

Brinkhof

ADVOCATEN

PER EMAIL EN AANGETEKEND
OPTA
t.a.v. dhr de. J. Barendregt
Postbus 90420
2509 LK DEN HAAG

datum	19 oktober 2009	van	P. Burger
uw ref.		telefoon	+31 20 30 53 231
onze ref.	PB/20090089/10532	fax	+31 20 30 53 241
betreft	Zienswijze ontwerpbesluit WPC-IIa BT, COLT, Verizon, Priority	e-mail	patrick.burger@brinkhof.com

Geachte heer Barendrecht,

Namens BT Nederland N.V., COLT Telecom B.V. Verizon Nederland B.V. (hierna BCV) alsmede Priority Telecom Netherlands B.V. (hierna: Priority) informeer ik u als volgt.

BCV en Priority hebben kennis genomen van het ontwerpbesluit tariefbesluit WPC-IIa dat op 7 september 2009 in het kader van de openbare voorbereidingsprocedure aan marktpartijen bekend is gemaakt. Namens het samenwerkingsverband BCPA is op 15 oktober 2009 een zienswijze ingediend tegen het ontwerpbesluit. Onderstaande geldt als aanvulling op die zienswijze. Priority heeft tot op heden geen zienswijze ingediend en dat doet dat thans alsnog (uitsluitend voor wat betreft de collocatietarieven).


Alle diensten en andere werkzaamheden worden verricht op basis van een overeenkomst van opdracht met de maatschap Brinkhof. Deze maatschap bestaat uit rechtspersonen en is gevestigd in Amsterdam. De algemene voorwaarden van Brinkhof maken deel uit van de overeenkomst. Deze voorwaarden, waarin een aansprakelijkheidsbeperking, de toepasselijkheid van Nederlands recht en de exclusieve bevoegdheid van de Nederlandse rechter zijn bedongen, worden op verzoek kosteloos toegezonden en zijn eveneens te vinden op www.brinkhof.com.

In het ontwerpbesluit worden onder andere de huisvestingstarieven voor collocatie vastgesteld. OPTA heeft in het kader van WPC I vergelijkbare tarieven vastgesteld in haar besluit van 30 januari 2009 (huisvestingstarieven 2006-2008). Zoals uw College bekend hebben Partijen tegen dat laatste besluit beroep ingesteld. Een afschrift van het beroepschrift wordt overgelegd als bijlage¹. De daarin opgenomen grieven dienen thans als zienswijze in het kader van WPC-IIa als herhaald en ingelast te worden beschouwd. Hoewel het ontwerpbesluit WPC-IIa veel minder gemotiveerd is ten aanzien van de kosten die ten grondslag liggen aan de huisvestingstarieven die OPTA voornemens is goed te keuren, gaan Partijen er vanuit dat de keuzes vergelijkbaar zijn als die in WPC I. OPTA gaat in onderdeel 5.1.5 slechts in op de waardebeoordeling van terreinen en gebouwen. Uit voornoemd beroepschrift volgt dat Partijen zich daarin niet kunnen vinden. Datzelfde geldt voor andere kostenposten en het gebruikte kostentoe rekeningsmodel. Verwezen wordt verder naar het beroepschrift.

PB/20090089/

Partijen gaan er overigens vanuit dat OPTA - bij een eventuele vernietiging van haar besluit van 30 januari 2009 - ook het WPC-IIa besluit ambtshalve zal aanpassen conform de aanwijzingen van het CBb.

Met vriendelijke groet,



Patrick Burger

College van Beroep voor het bedrijfsleven
Procedurenr. Awb 09/376 Sz
29 mei 2009

AANVULLEND BEROEPSCHRIFT

Namens

- 1. Telez Nederland B.V.**
- 2. BBned N.V.**
- 3. BT Nederland N.V.**
- 4. COLT Telecom B.V.**
- 5. Online Breedband B.V.**
- 6. Priority Telecom Netherlands B.V.**
- 7. Verizon Nederland B.V.**
- 8. Easynet Nederland B.V.**

(verenigd in de Associatie van Competitieve Telecomoperators)

Hierna te noemen: Partijen

Gemachtigde: mr. P. Burger

Inzake: Wholesale price cap besluit periodieke tarieven huisvesting co-locatie van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) d.d. 30 januari 2009 (kenmerk OPTA/AM/2009/200012)

Inleiding en samenvatting	3
Feitelijk kader	5
Gronden van beroep	6
1 Formele grieven	6
1.1 <i>OPTA heeft door KPN gehanteerde kosten die ten grondslag liggen aan het door OPTA goedgekeurde tarief ten onrechte niet aan Partijen bekend gemaakt</i>	<i>6</i>
2 EDC Systeem ongeschikt voor vaststellen vierkante metertarieven	8
2.1 <i>OPTA heeft ten onrechte de EDC systematiek gebruikt om de huurtarieven vast te stellen.....</i>	<i>8</i>
3 aanpassing Keuzes binnen EDC en onvoldoende controle input KPN....	15
3.1 <i>Waardestijging gebouwen / terreinen ten onrechte niet toegerekend aan collocatie.....</i>	<i>15</i>
3.2 <i>De door KPN opgevoerde afschrijvingen en vermogenskosten vertegenwoordigen geen daadwerkelijk door KPN gemaakte kosten</i>	<i>17</i>
3.3 <i>Onvoldoende onderzoek naar buitensporige operationele kosten.....</i>	<i>20</i>
4 benchmark / Efficiëntietoets	26
4.1 <i>OPTA heeft ten onrechte een onjuiste efficiëntieanalyse uitgevoerd door zonder nadere motivering aan te sluiten bij de CEA</i>	<i>27</i>
4.2 <i>OPTA heeft de door Partijen aangedragen benchmarks ten onrechte als “niet vergelijkbaar” afgedaan en daarmee de door KPN opgevoerde kosten en de uitkomst van de kostentoerekening niet onderworpen aan een efficiëntieanalyse en een benchmark.....</i>	<i>29</i>
5 Footprintfactor.....	34
6 SEV.....	35
7 Overige grieven.....	37
7.1 <i>OPTA heeft bij de bepaling van het kostengeoriënteerde tarief ten onrechte geen rekening gehouden met de geografische ligging of locatie van gebouwen.....</i>	<i>37</i>
Conclusie	38

INLEIDING EN SAMENVATTING

- 1 Bij inleidend beroepschrift d.d. 11 maart 2009 hebben Partijen op nader aan te voeren gronden beroep aangekend tegen het "Wholesale price cap besluit periodieke tarieven huisvesting collocatie" van OPTA d.d. 30 januari 2009 met kenmerk OPTA/AM/2009/200012 (hierna: bestreden besluit).
- 2 Bij brief van 20 april 2009 heeft uw College aan Partijen een termijn gegund tot en met 29 mei 2009 voor het aanvullen van de gronden van beroep. Door middel van dit aanvullend beroepschrift voldoe ik namens Partijen tijdig aan dat verzoek.
- 3 Het bestreden besluit betreft een sterk verlaagd uitvoeringsbesluit van de in december 2005 door OPTA bekend gemaakt marktanalysebesluiten ontbundelde toegang, huurlijnen, gespreksopbouw, gespreksdoorgifte en gespreksafgifte (hierna: Marktanalysebesluiten 2005).¹ In al die besluiten heeft OPTA het verlenen van collocatie als onderdeel van de toegangsverplichting (bijbehorende faciliteit) opgelegd. Voor die collocatie (en overige vormen van toegang) diende KPN op basis van voornoemde besluiten kostengeoriënteerde tarieven te hanteren door middel van een (kostengeoriënteerd) prijsplafond.
- 4 De daadwerkelijke prijsplafonds en de nadere invulling van de norm kostenoriëntatie heeft in eerste instantie plaatsgevonden in het WPC-besluit van OPTA van 27 september 2006 met kenmerk OPTA/TN/2006/201811. Voor Collocatie bestaat dat tarief uit een eenmalige vergoeding, een huisvestingscomponent (vierkante meter tarieven voor het gebruik van de ruimte) en een vierkante metertarief voor gezamenlijke en projectkosten. In het WPC-besluit van 27 september 2006 heeft OPTA de besluitvorming over het huisvestingstarief aangehouden omdat uw College in de uitspraak van 13 juli 2006 de eerder door OPTA (voor de marktanalyses) in een geschilbesluit vastgestelde huisvestingskosten had vernietigd.²
- 5 In het bestreden besluit heeft OPTA alsnog de vierkante meter tarieven voor collocatie zoals die gelden vanaf april 2006 vastgesteld.³ Partijen zijn sedert eind 2006 in overleg met OPTA over de correcte invulling van de kostenoriëntatienorm voor vierkante meters voor collocatie. Voor zover de in deze periode tussen Partijen en OPTA uitgewisselde correspondentie niet door OPTA in de onderhavige procedure als op de zaak betrekking hebbende stukken wordt overgelegd, zullen Partijen dat in deze procedure alsnog doen.

1 www.opta.nl. Zie als voorbeeld Besluit marktanalyse Wholesale ontbundelde toegang d.d. 21 december 2005, kenmerk OPTA/BO/2005/203431 te vinden op www.opta.nl

2 Uitspraak van 13 juli 2006 in de zaken AWB 05/701, 05/708 en 05/709 Sa, BaByXL/KPN, LJN: AY3821.

3 Welliswaar heeft OPTA inmiddels nieuwe marktanalysebesluiten genomen maar nog geen nieuw WPC besluit zodat de in het bestreden besluit vastgestelde tarieven nog steeds als overgangstarieven gelden.

- 6 Voornoemde vaststelling van de vierkante metertarieven voor huisvesting is volgens Partijen om meerdere redenen onrechtmatig. Het enkele feit dat het door OPTA vastgestelde tarief vijf keer hoger is dan het vierkante metertarief voor vergelijkbare ruimtes zoals die in een situatie van volledige concurrentie tot stand komt is reeds een aanwijzing dat de nu vastgestelde tarieven onrechtmatig zijn. Zoals uw College bekend waren de overgangstarieven gebaseerd op de in de Tiscali-procedure (voorheen BaByXL) uitgevoerde *benchmark* van commerciële huurtarieven voor vergelijkbare bedrijfsruimten. De aldus vastgestelde marktprijs was 115,51 per footprint (58 Euro per vierkante meter). In het bestreden besluit stelt OPTA KPN in staat om een tarief van maar liefst 580 Euro per footprint (~~290~~ Euro per vierkante meter) te vragen. Dat is feitelijk de kale huurprijs. Daarbij dient dan nog eens bedacht worden dat daar nog **bijkomen** de project- en gezamenlijke kosten die OPTA in het WPC besluit van 27 september 2006 op 351 euro per footprint heeft vastgesteld (hetgeen neerkomt op 175 euro per vierkante meter). In totaal betalen partijen aan vierkante metervergoeding per juli 2006: 931 euro per footprint hetgeen neerkomt op **465** euro per vierkante meter. De eenmalige tarieven bedragen 44.000 euro per configuratie) De enkele stelling van OPTA dat het door haar voorgestelde tarief nu eenmaal voortvloeit uit het EDC-model is onder die omstandigheden volstrekt onvoldoende. Een en ander zal hierna nog nader worden toegelicht.
- 7 Meer specifieke zijn Partijen van mening:
- dat OPTA ten onrechte de door KPN (en nadien) OPTA aan het tarief ten grondslag gelegde kosten – en meer in het bijzonder de vermogenskosten, afschrijvingen, OPEX – voor Partijen als vertrouwelijk heeft aangemerkt. KPN had de vertrouwelijkheid van die cijfers – in ieder geval ten aanzien van Partijen – in 2006 reeds prijsgegeven;
 - dat de door OPTA toegepaste EDC-methode met alle daarbij behorende kunstmatige ingrepen (zoals “current cost accounting”) niet geschikt is om vierkante meter tarieven voor onroerend goed vast te stellen (want daar gaat het uitsluitend om in het bestreden besluit);
 - dat als EDC al toegepast had kunnen worden, in dat systeem in verband met en gezien de aard van deze specifieke dienstverlening aanpassingen gedaan hadden moeten worden. De nu door OPTA toegepaste systematiek leidt tot tarieven die niets te maken hebben met de daadwerkelijke kosten die KPN maakt voor de verhuurde vierkante meters voor collocatie. Het vaststellen van tarieven op basis van de daadwerkelijke kosten is nadrukkelijk de opdracht geweest van uw College aan OPTA in uw uitspraak in hoger beroep van 13 juli 2006.⁴ Zo leidt de door OPTA gehanteerde systematiek er bijvoorbeeld toe dat de waardeinstijging van het onderhavige onroerend goed tot een substantiële verhoging van de vermogenskosten die KPN in rekening mag brengen terwijl een waardeinstijging in werkelijk-

⁴ CBB 13 juli 2006, LJN AY3821.

heid helemaal niet leidt tot hogere kapitaallasten voor KPN (maar juist tot een vermindering van de kosten vanwege de toekomstige hogere opbrengst);

- dat OPTA ten onrechte is afgeweken van het uitgangspunt en doel van de aan KPN in de Marktanalysebesluiten 2005 opgelegde tariefregulering, te weten dat daarmee tarieven worden vastgesteld die op een normaal concurrerende markt tot stand zouden zijn gekomen. In randnummer 423 van het Marktanalysebesluit ULL 2005⁵ formuleerde OPTA dat in algemene zin als volgt:

Het opleggen van een verplichting tot tariefregulering bewerkstelligt dat KPN tarieven hanteert die ook tot stand zouden zijn gekomen in een situatie van effectieve concurrentie op de markt voor ontbundelde toegang.

- dat OPTA de uitkomst (EDC-tarief) – die zoals gezegd in geen enkele verhouding staat tot de tarieven die in een concurrerende omgeving tot stand komen – had moeten toetsen door middel van efficiëntieanalyse. Daarvoor had OPTA niet de eerder uitgevoerde Competitieve Efficiëntie Analyse (CEA, vergelijking/benchmark met US LeCs) moeten gebruiken, maar had OPTA een op vierkante meter huurtarieven toegespitste *benchmark* moeten worden uitgevoerd (en die door Partijen ook is aangedragen). In ieder geval heeft OPTA niet enkel kunnen verwijzen naar de door NERA uitgevoerde CEA;
- dat OPTA onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de vaststelling (taxatie) door of namens KPN van de gemiddelde waarde van het voor collocatie gebruikt onroerend goed en de representativiteit van die taxaties;
- dat OPTA een te hoge footprintfactor heeft vastgesteld;
- dat OPTA in het bestreden besluit ten onrechte heeft bepaald dat KPN alsnog kosten voor de zogenoemde systeem gebonden elektriciteitsvoorzieningen (SEV) in rekening mag brengen aan afnemers van collocatie.

FEITELIJK KADER

- 8 Zoals hiervoor al is aangegeven heeft er voorafgaand aan het bestreden besluit intensief overleg met OPTA plaatsgevonden over de invulling van de norm kostenoriëntatie naar aanleiding van de Tiscali uitspraak van uw College van 13 juli 2006. Dat proces is door OPTA beschreven in paragraaf 3 van het bestreden besluit. Partijen verwijzen daar kortheidshalve naar.

⁵ Besluit marktanalyse Wholesale ontbundelde toegang d.d. 21 december 2005, kenmerk OPTA/BO/2005/203431 te vinden op www.opta.nl

- 9 In het kader van deze voorbereiding zijn door Partijen verschillende brieven en naar OPTA gestuurd waarbij tevens relevante stukken zijn overgelegd. Een overzicht van die correspondentie is te vinden in randnummer 3 van de zienswijze van Partijen op het Ontwerpbesluit van 23 september 2008. Zowel deze zienswijze als de genoemde correspondentie zijn in deze beroepsprocedure aan te merken als op de zaak betrekking hebbende stukken zodat deze door OPTA zullen moeten worden overgelegd.
- 10 Partijen achten het noodzakelijk dat uw College een beeld krijgt van het soort panden en ruimten voor collocatie waar het in deze procedure om gaat. Zij zullen op een later moment om die reden nog een beschrijving van de verschillende panden geven (zie daarvoor overigens ook het hierna nog te bespreken rapport van Fakton) met daarbij behorende foto's om een en ander te visualiseren.

GRONDEN VAN BEROEP

- 11 Hieronder zullen partijen de gronden van beroep nader toelichten.

1 FORMELE GRIEVEN

1.1 OPTA heeft door KPN gehanteerde kosten die ten grondslag liggen aan het door OPTA goedgekeurde tarief ten onrechte niet aan Partijen bekend gemaakt

- 12 Een formele – doch belangrijke – grief van Partijen is het feit dat OPTA in het bestreden besluit noch in andere correspondentie met Partijen bekend heeft gemaakt welke kosten door KPN (en OPTA) in annex 23B precies zijn gehanteerd ter bepaling van het huisvestingstarief (vierkante metertarief).
- 13 In randnummer 46 van het bestreden besluit wordt verwezen naar Annex 18s (“Collocatie, MDF, ICA en ILL Huisvesting Periodieke vergoedingen 2006-2008”) en annex 23B (“Collocatie MDF, ICA en ILL Huisvesting, Periodieke vergoeding 2000-2005”) behorend bij het WPC-I systeem. Deze annexen – waar het bestreden besluit op is gebaseerd – zijn in openbare vorm (zonder cijfers) gepubliceerd op de website van KPN.⁶ Beide annexen worden als **productie 1** overgelegd. Uit deze stukken alsmede uit randnummer 54 van het bestreden besluit is af te leiden dat het vierkante metertarief bestaat uit de volgende vier kostencomponenten: Vermogenskosten, afschrijvingen, Operationele kosten (OPEX) en Interest on receivables (IOR). In randnummer 56 van het bestreden besluit wordt vervolgens alleen de optelsom van deze vier kostenposten gegeven (huisvestingstarief per vierkante meter), te weten 290 Euro per april 2006 (aflopend tot 261 euro per 1 juli 2008). Hoe dat vierkante metertarief verdeeld is over de vier verschillende kostenposten, volgt niet uit het bestreden besluit.

⁶ Zie voetnoot 22 bestreden besluit. www.kpn-wholesale.nl.

- 14 Het is Partijen bekend dat cijfermateriaal in de EDC stukken van KPN normaal gesproken door OPTA – op verzoek van KPN – als vertrouwelijk worden behandeld. In dit geval had daar echter een uitzondering op moeten worden gemaakt nu KPN zelf reeds voorafgaand aan het bestreden besluit (in een eerder stadium van de voorfase) te kennen heeft gegeven de in annex 23B opgenomen cijfers behorend bij voornoemde vier kostenposten ten opzichte van Partijen in ieder geval niet als vertrouwelijk te beschouwen. In het kader van de hiervoor onder het feitelijk kader al genoemde ronde tafel bijeenkomst op 1 december 2006 heeft KPN namelijk besloten die informatie gewoon bekend te maken en de volgende informatie uit Annex 23B met partijen gedeeld. Als **productie 2** wordt overgelegd de uitnodiging van OPTA d.d. 28 november 2006 voor voornoemde ronde tafel bijeenkomst waarmee OPTA (met goedkeuring van KPN) als bijlage de volgende informatie aan Partijen bekend heeft gemaakt:

Additionele informatie behorende bij de openbare versie van Annex 23B

Het cijfermateriaal in de EDC annexen van KPN zijn bedrijfsvertrouwelijk. Dit geldt ook voor het cijfermateriaal in Annex 23B. Vanwege het bijzondere karakter van dit dossier is KPN éénmalig bereid om voor bepaalde gegevens een uitzondering te maken teneinde de ronde tafel met marktpartijen te faciliteren:

Tabellen uit Annex 23B:

	2000	2001	2002	2003
Vermogenskosten Per m2	145	145	169	178
Afschrijvingen per m2	64	77	74	115
OPEX per m2	114	117	113	114
IOR	7	7	8	8
Totaal	330	346	364	414

Tabel 1. Kostprijs Collocatie huisvesting per vierkante meter (in Euro's per jaar)

	2000 - 2003
Verlichting, verwarming en water	0
Schoonmaak	10
Beveiliging en bewaking	20
Onderhoud gebouwen	28
Verbouwingen	7
Asbest verwijderen en milieu	0
Grond- en waterschaplasten	4
Verzekeringspremie	1
Overige huisvestingslasten	4
Organisatiekosten SU TG	23
Besturing en ondersteuning OVN	17
Totaal Operationele Huisvestingskosten	114

Tabel 6 Gemiddelde operationele huisvestingskosten technische ruimten per vierkante meter (in Euro's per jaar)

- 15 Uit die bijlage volgt dat KPN heeft aangegeven “vanwege het bijzondere karakter van dit dossier” bereid te zijn om voor deze gegevens een uitzondering te maken op de bedrijfsvertrouwelijkheid. Niet valt in te zien waarom in ieder geval deze gegevens (vermogenskosten, afschrijvingen, OPEX en IOR) in latere fase van de procedure opeens wel als vertrouwelijk kwalificeren. OPTA heeft dat ook niet gemotiveerd. Partijen verzoeken uw College dan ook in het kader van de nog uit te voeren beoordeling van de vertrouwelijkheid van de door OPTA nog over te leggen stukken op basis van artikel 8:29 Awb, voornoemde informatie niet als

bedrijfsvertrouwelijk voor partijen te kwalificeren (en een beroep daarop door OPTA af te wijzen).

- 16 Hoewel de uiteindelijke tarieven die OPTA heeft vastgesteld niet identiek zijn aan die in dit voorstel van KPN (ze zijn zelfs hoger nu OPTA KPN ook nog eens toestaat de zogenoemde en hierna nog te bespreken SEV kosten mee te nemen), gaan Partijen – zolang zij de uiteindelijk door OPTA gebruikte cijfers niet kennen – uit van de verdeling van de kosten over de vier posten zoals hiervoor is weergegeven. Concreet betekent dit dat grootste kostenpost – tussen de 40-45 % van het vierkante metertarief – uit vermogenskosten bestaat, gevolgd door operationele kosten (114 Euro) die 30-35% van het vierkante metertarief beslaat. De post afschrijvingen neemt in de jaren van voornoemd overzicht (2000-2003) in omvang toe (van 64 naar 115 euro, bijna een verdubbeling) en maakt uiteindelijk in 2003 28% van het tarief per vierkante meter uit. De vierde post – interests on receivable (IOR, vermogenskosten over de aan andere aanbieders gefactureerde bedragen) is – ten opzichte van de andere drie kostenposten – te verwaarlozen.
- 17 Verder wordt uit voornoemde stukken duidelijk dat de operationele kosten voornamelijk uit schoonmaak, beveiliging, bewaking, onderhoud, verbouwingen en personele lasten (KPN SU TG en OVN, zie hierna grief 3.3) bestaan. De (enorme) vermogenskosten zijn het product van de vermogenskostenvoet (WACC) en de netto boekwaarde van de vaste activa gebaseerd op basis van current costing.

2 EDC SYSTEEM ONGESCHIKT VOOR VASTSTELLEN VIERKANTE METERTARIEVEN

2.1 OPTA heeft ten onrechte de EDC systematiek gebruikt om de huurtarieven vast te stellen

- 18 Partijen zijn primair van mening dat OPTA ten onrechte de EDC systematiek heeft gebruikt voor het vaststellen van vierkante meter tarieven voor collocatie.

Subsidiar (zie volgende grieven) geldt dat ook als EDC wel gebruikt had kunnen worden, er als gevolg van de specifieke dienst waar het hier over gaat, op sommige punten van de standaard systematiek had moeten worden afgeweken.

- 19 Daartoe is van belang dat uit de EDC systematiek zoals die door OPTA is gehanteerd tarieven voortkomen die geen relatie hebben met de daadwerkelijke kosten die KPN heeft en maakt voor collocatieverhuur. Dat is in strijd met hetgeen uw College in de voornoemde uitspraak van 13 juli 2006 in de Tiscali procedure heeft gesteld:⁷

⁷ LJN AY3821

Het College kan uit de van toepassing zijnde regelgeving voor KPN als aanbieder van toegang tot het aansluitnetwerk, voor zover hier van belang, geen andere verplichting afleiden dan dat zij, behoudens een redelijke rendementsopslag, een collocatietarief rekent dat niet hoger is dan de kosten die zij voor deze dienst daadwerkelijk maakt. [onderstreping gemachtigde]

Dat OPTA kennelijk meent dat de in de boeken van KPN opgenomen afschrijvings- en vermogenskosten van het onroerend goed waarin zich de collocatieruimten bevinden niet de werkelijke kosten weergeven, betekent evenwel niet dat OPTA onmogelijk de daadwerkelijk door KPN gemaakte kosten kan vaststellen. Evenmin vormt deze moeilijkheid zonder meer een reden om een eigen maatstaf in de vorm van een zogenaamde benchmark te hanteren. Gesteld noch gebleken is dat het voor OPTA onoverkomelijke bezwaren oplevert te onderzoeken welke kosten KPN heeft gemaakt en welke kosten op basis van het principe van kostenoriëntatie aan de geleverde dienst zouden moeten worden toegerekend.

- 20 OPTA dient – aldus uw College – vast te stellen welke kosten KPN daadwerkelijk voor collocatie maakt. Weliswaar zag die uitspraak op de situatie voorafgaand aan de Marktanalysebesluiten 2005, maar de norm kostenoriëntatie is op zichzelf niet veranderd met de Marktanalysebesluiten. Ook OPTA verwijst overigens in het bestreden besluit veelvuldig naar de uitspraak van uw College.
- 21 Partijen zijn van mening – en zullen dat in de hierna volgende grieven ook nog nader aantonen – dat de systematiek die OPTA aanhoudt – de EDC systematiek met daarin kunstmatige regulatoire keuzes zoals current cost accounting – nu juist niet leidt tot het bepalen van tarieven die de kosten reflecteren die KPN daadwerkelijk heeft.

EDC berekent niet daadwerkelijke kosten voor vierkante meters

- 22 Dat met het gebruik van de EDC systematiek de daadwerkelijke kosten van KPN voor collocatieverhuur (kale huur) niet kunnen worden vastgesteld, volgt ook uit hetgeen OPTA zelf in de hoger beroepsprocedure (Tiscali-procedure) heeft gesteld. In de uitspraak van uw College wordt het standpunt van OPTA als volgt verwoord:

6.2.2 De door KPN opgevoerde huisvestingskosten vallen uiteen in (1) operationele kosten die voor de huisvesting van KPN worden gemaakt, (2) afschrijvingskosten van de gebouwen en (3) vermogenskosten van gebouwen. De laatste twee posten heeft KPN gebaseerd op de afschrijvingskosten en de boekwaarde van haar gebouwen, zoals die in de boeken van KPN is opgenomen. Deze boekwaarde zegt echter weinig over de werkelijke huisvestingskosten, zodat een kostengeoriënteerd tarief niet zonder

meer kan worden gebaseerd op de door KPN in haar boeken opgenomen kosten.

De door KPN voorgestane methode is niet geschikt om de kosten te bepalen. De boekwaarde van de gebouwen van KPN geeft een vertekend beeld, doordat in deze gebouwen toegang tot het aansluitnet verkregen kan worden. Daarnaast weerspiegelt de boekwaarde van een gebouw mede de waarde van de ingerichte ruimte.

KPN beroept zich op de gemiddelde afschrijvings- en vermogenskosten voor al haar gebouwen. In die kosten is ook de waarde van de ingerichte ruimte meegenomen. Voor collocatie zullen die kosten veel lager liggen, omdat de inrichtingskosten al in andere tarieven verdisconteerd zijn. De besluiten over het eenmalige tarief hebben formele rechtskracht gekregen, waarmee slechts de afschrijvings- en vermogenskosten van de kale ruimte overblijven. De kosten van die kale ruimte kunnen niet uit de boeken van KPN worden afgeleid, omdat daarin als gezegd de kosten van de ingerichte ruimte zijn opgenomen.

- 23 Uit de uitspraak van uw College in de Tiscali procedure volgt ook niet - zoals OPTA lijkt te veronderstellen - dat OPTA naar aanleiding van die uitspraak verplicht is de EDC-methodiek te gaan gebruiken (in plaats van een benchmark), in tegendeel. Uw College heeft alleen aangegeven dat de door OPTA (toen nog) aangevoerde beperkingen van EDC er niet aan in de weg staan om toch de daadwerkelijke kosten vast te stellen (bijvoorbeeld door een heel ander systeem waarbij wel naar de kostprijs wordt gekeken):

Het College kan uit de van toepassing zijnde regelgeving voor KPN als aanbieder van toegang tot het aansluitnetwerk, voorzover hier van belang, geen andere verplichting afleiden dan dat zij, behoudens een redelijke rendementsopslag, een collocatietarief rekent dat niet hoger is dan de kosten die zij voor deze dienst daadwerkelijk maakt.

[..]

Waarom OPTA blijkens de Richtsnoeren ervoor heeft gekozen niet een kostengeoriënteerd tarief vast te stellen op basis van de door KPN opgevoerde kosten, maar de huisvestingscomponent van het collocatietarief te relateren aan de marktprijzen die gelden voor vergelijkbaar vastgoed, is niet uit het bestreden besluit op te maken. Blijkens de gedingstukken is de achterliggende gedachte dat OPTA kritiek heeft op de door KPN gepresenteerde tariefopbouw, waarbij de toerekening van de indirecte huisvestingskosten voor OPTA een probleem vormt. Dat OPTA kennelijk meent dat de in de boeken van KPN opgenomen afschrijvings- en vermogenskosten van het onroerend goed waarin zich de collocatieruimten bevinden niet de werkelijke kosten weergeven, betekent evenwel niet dat OPTA onmogelijk de daadwerkelijk door KPN gemaakte kosten kan vaststellen. [onderstreping gemachtigde] Evenmin vormt deze moeilijkheid zonder

meer een reden om een eigen maatstaf in de vorm van een zogenaamde benchmark te hanteren. Gesteld noch gebleken is dat het voor OPTA onoverkomelijke bezwaren oplevert te onderzoeken welke kosten KPN heeft gemaakt en welke kosten op basis van het principe van kostenoriëntatie aan de geleverde dienst zouden moeten worden toegerekend.

- 24 OPTA heeft in die procedure dus zelf aangegeven dat met de boekhoudkundige methode de daadwerkelijke kosten niet kunnen worden vastgesteld, onder andere omdat de in de boeken van KPN opgenomen vermogens- en afschrijvingskosten niet de werkelijke kosten weergeven. Dat laatste is één van de hoofdgrievens in deze procedure (!). Aan dat door OPTA zelf vastgestelde feit is nadien niets veranderd. Toch neemt OPTA in het bestreden besluit gewoon de boekhoudkundige methode (met daarin ook naar eigen zeggen niet de daadwerkelijke afschrijvings en vermogenskosten van het onroerend goed) tot uitgangspunt. Dat is onbegrijpelijk en onjuist.
- 25 Het door OPTA gehanteerde EDC-systeem biedt voor KPN inderdaad allerlei mogelijkheden om kosten op te voeren die er – zoals hierna nog meer specifiek aan de orde zal komen – in werkelijkheid (en daar gaat het om) niet zijn. Een goed voorbeeld zijn de (ook eerder zelf door OPTA genoemde) in werkelijkheid niet bestaande enorme vermogenskosten (zie hierna ook grief 3.2 (en daarin genoemde subgrief over vermogenskosten) die door KPN worden opgevoerd (40-45% van de huisvestingskosten) die ook nog eens substantieel stijgen 145-178 euro per vierkante meter in 2000 – 2003).⁸ Dat laatste geldt ook voor de afschrijvingen die zoals gezegd in 3 jaar bijna verdubbelen (64-115 Euro), terwijl er in werkelijkheid natuurlijk niets aan deze kosten is veranderd in 3 jaar (in ieder geval niet een verdubbeling van de kosten). Men hoeft dus geen deskundige te zijn om te begrijpen dat in dat geval geen sprake kan zijn van daadwerkelijke kosten.
- 26 Als daarbij nog bedacht wordt dat het onroerend goed waar het in casu om gaat – gezien de leeftijd – waarschijnlijk feitelijk grotendeels is afgeschreven en het bovendien gaat om een bijzondere *asset* die zonder *cost of captial* (vermogenskosten) alleen maar meer waard is geworden, wordt duidelijk dat niet is gebleken dat de door KPN opgevoerde stijging van vermogenskosten is gebaseerd op daadwerkelijke onderliggende kosten.. Maar die waardevermeerdering leidt er in het EDC systeem wel toe dat Partijen meer moeten gaan betalen (zie hierna grief 3.2).
- 27 Hetzelfde geldt overigens voor de operationele kosten. Zoals hierna nog aan de orde zal komen zijn de operationele kosten – feitelijk de beheerskosten – normaal gesproken 5-10% van het tarief. Dat volgt uit een hierna nog te bespreken rapport van Zadelhoff. Bij KPN is dat bijna 30%. Zie ook hierna grief 3.3 (en

⁸ Zoals hierna in grief 3 nog aan de orde zal komen zijn de vermogenskosten fictief en het gevolg van kunstmatige theoretische ingrepen die met de werkelijke kosten niets van doen hebben.

daarin opgenomen subgrievens) waar meer in detail op de door KPN opgegeven operationele kosten wordt ingegaan. Hier is van belang dat dit enkele feit voor OPTA reeds aanleiding had moeten zijn dat het EDC systeem geen correct systeem is om vierkante metertarieven te bepalen.

- 28 Tenslotte geldt dat ook de door Partijen overgelegde benchmarks (die hierna in de grieven in hoofdstuk 4 van dit beroepschrift nog verder aan de orde komen) uitwijzen dat het resultaat van de door OPTA gehanteerde EDC methode in geen enkele verhouding staat tot vierkante metertarieven zoals die in een (wel) concurrerende markt tot stand komen. Ook dat had zonder meer een reden moeten zijn voor OPTA om de EDC-systematiek niet te passen.

Kostprijsdekkende methode

- 29 Het is om die reden dat Partijen in de voorfase – en zij doen dat thans weer – een deskundige hebben ingeschakeld, te weten Fakton, die Partijen op verzoek heeft geadviseerd over de wel gangbare methode om huurtarieven voor collocatieruimtes vast te stellen (op basis van daadwerkelijke kosten). Het rapport van Fakton van 13 december 2006 wordt overgelegd als **productie 3**. Recentelijk heeft Fakton een tweede rapport/opinie uitgebracht waarin – naar aanleiding van het bestreden besluit – een aanvullende opinie van deze deskundige is opgenomen (**productie 4 (wordt nog overgelegd)**). Fakton legt in deze rapportages uit dat met een boekhoudkundige methode zoals EDC (en ingevuld door OPTA) geen tarieven voor collocatiehuur kunnen worden vastgesteld die een weergave zijn van de feitelijke kosten en opbrengsten (rekening houdend met een waardevermindering). Ook als men de current cost accounting methode hanteert (zoals in het bestreden besluit) komt het systeem niet tot de feitelijke kosten, omdat – zoals toegelicht in het rapport 2009 – KPN wel hogere vermogenskosten rekent (die er niet zijn) maar de waardewinst niet doorberekent in de huur. Uit de rapportages volgt dat de feitelijke (en dus daadwerkelijke kosten) het beste kunnen worden vastgesteld door middel van de zogenoemde kostprijsdekkende methode.
- 30 Kort gezegd wordt bij de kostprijsdekkende huur methode (die veel wordt toegepast in de huurpraktijk) de vervangingswaarde van het gebouw gehanteerd. De berekening van de huurwaarde geschiedt door te stellen dat constante waarde van de huren gelijk is aan de investering plus de contante waarde van alle toekomstige kosten minus de contante waarde van de restwaarde. Zie pagina 3 van het rapport van 13 december 2006. Uitgaand van een normaal rendement voor de belegger en rekening houdend met de exploitatiekosten wordt alsdan voor de aanstaande huurperiode de huur berekend. Hierbij wordt rekening gehouden met een eventuele veroudering. De huur wordt ieder jaar verhoogd met de CPI. Belangrijk verschil met de EDC methode is dat hiermee in de huurprijs rekening wordt gehouden met de restwaarde van het gebouw. In de door OPTA gehanteerde methode is dat niet het geval en leidt restwaarde uitsluitend tot meer vermogenskosten (zie ook hierna).

- 31 Fakton geeft aan dat het grote voordeel van deze methode (ook) is dat eenmalig de huur wordt vastgesteld op basis van de vervangingswaarde en deze daarna jaarlijks verhoogd. Er wordt dus een normaal huurcontract gesloten zonder tussentijdse ingewikkelde berekeningen. Het enige dat nodig is, is dat aan het begin van de huurovereenkomst de vervangingswaarde en redelijke exploitatiekosten worden vastgesteld. De methode is bovendien eenvoudig toe te passen met terugwerkende kracht.
- 32 OPTA is in het bestreden besluit ten onrechte aan deze methode – waarmee wel de daadwerkelijke kosten kunnen worden vastgesteld – voorbij gegaan. Het verweer van OPTA in het bestreden besluit tegen vernoemde stellingen van Partijen en de door Fakton beschreven gangbare berekeningsmethode van huurprijzen kan om meerdere redenen geen stand houden.
- In de eerste plaats stelt OPTA in randnummer 66 dat de EDC systematiek is vastgelegd in Marktanalysebesluiten 2005 en de daarbij behorende tarief annexen. OPTA “merkt op” dat Partijen hun beroep tegen de WPC-methodiek (waaronder de EDC systematiek) zoals opgenomen in deze marktanalysebesluiten hebben ingetrokken en voorts geen beroep hebben aangetekend tegen het WPC-besluit van 27 september 2006. OPTA lijkt zich derhalve te beroepen op de formele rechtskracht van de Marktanalysebesluiten 2005. Met dat standpunt gaat OPTA echter voorbij aan het feit dat Partijen hun beroep tegen de Marktanalysebesluiten 2005 ten aanzien van de WPC-systematiek destijds hebben ingetrokken naar aanleiding van het tot stand komen van een minnelijke regeling met KPN over de voicetarieven. Los van het feit dat die schikking niet zag op collocatie huisvestingstarieven, weet OPTA heel goed dat Partijen destijds uitdrukkelijk hun rechtspositie ten aanzien van de bezwaren tegen de EDC-systematiek in eventuele toekomstige procedures niet hebben willen prijsgeven. In dat kader is met de advocaat van OPTA nadrukkelijk afgesproken dat de intrekking niet in toekomstige procedures aan hen zou worden tegengeworpen (zie mailbericht van Landsadvocaat, opgenomen in randnummer 14 zienswijze ACT van 23 september 2008). Gelet op die toezegging kan in OPTA in redelijkheid thans niet het verweer voeren dat Partijen het beroep tegen de Marktanalysebesluiten 2005 ten aanzien van WPC hebben ingetrokken.

Belangrijker nog is dat OPTA uiteraard de mogelijkheid en plicht heeft om af te wijken van de door haar in de marktanalysebesluiten opgenomen EDC-systematiek indien de toepassing daarvan tot onevenredige uitkomsten leidt of als er methodes zijn waarmee de daadwerkelijke kosten beter vastgesteld kunnen worden. In randnummer 69 bestreden besluit stelt OPTA in dat kader zelf terecht:

Het college vindt dat een aanpassing van de voorschriften over tariefregulering in de marktbesluiten alleen gewenst is als dit leidt tot een betere uitwerking van kostenoriëntatie.

In tegenstelling tot hetgeen OPTA meent, leidt de kostprijsdekkende methode tot een veel betere uitwerking van kostenoriëntatie omdat met die methode – veel meer dan bij EDC – een tarief kan worden vastgesteld op basis van de kosten die KPN daadwerkelijk maakt voor collocatie en die dus in de verhuurprijs terug moeten komen. Bovendien leidt toepassing van de kostprijsdekkende methode tot tarieven die aansluiten bij huurtarieven die tot stand komen in een competitieve omgeving (een van de doelstellingen van kostenoriëntatie zoals hiervoor in de inleiding als is toegelicht (zie citaat uit ULL marktanalyse 2005 in randnummer 7 van dit beroepschrift). De tarieven die OPTA thans heeft vastgesteld liggen daar honderden procenten van af en staan daarmee in geen enkele verhouding tot daadwerkelijk kostengeoriënteerde tarieven .

- In de tweede plaats wijst OPTA op het feit dat zij – op grond van de uitspraak van uw College in de Tiscali procedure – de tarieven op werkelijke kosten van KPN moet baseren, hetgeen volgens OPTA door het EDC systeem gebeurt. Zoals hiervoor al is aangegeven – en hierna ook nog aan de orde komt – volgen uit het EDC systeem zoals door OPTA toegepast niet de daadwerkelijke kosten van KPN en volgt uit de uitspraak van uw College geenszins dat OPTA de EDC methode moet gebruiken. Sterker nog, uit die uitspraak volgt dat OPTA de daadwerkelijke kosten moet vaststellen en voorts dat OPTA zelf heeft aangegeven dat de boekhouding van KPN daarvoor geen goede maatstaf is gezien de vermogenskosten en afschrijvingen die niet de werkelijke kosten weerspiegelen . .
- In de derde plaats stelt OPTA dat de kostprijsdekkende methode geen voordelen biedt boven de EDC-methode. Die stelling wordt echter niet verder onderbouwd en reeds om die reden is het bestreden besluit onvoldoende gemotiveerd. Zoals uit het Fakton rapport blijkt heeft de kostprijsdekkende methode tot groot voordeel boven EDC dat daarmee wel de daadwerkelijke kosten van KPN voor de collocatiehuur bepaald kunnen worden, rekening houdend met onder andere de restwaarde van de gebouwen. Ook de nadelen die OPTA in het bestreden besluit (als enige) noemt – te weten de administratieve lasten en onzekerheden (zie randnummer 6g bestreden besluit) – zijn niet alleen onjuist maar ook geen reden om deze methode niet te gebruiken. OPTA geeft in dat kader aan dat bij de kostprijsdekkende methode de kasstromen uit het verleden (investeringen en operationele kosten) vanaf het moment van aanschaf en de toekomstige kasstromen tot het moment van afstoting ingeschat moeten worden. Dat argument snijdt echter geen hout. Het enkele feit dat deze methode zeer gebruikelijk is in de vastgoedpraktijk geeft reeds aan dat deze inschattingen (voor de toekomst) uitstekend gemaakt kunnen worden. Ook onderzoek naar de investeringen in het verleden is geen ingewikkelde exercitie zoals OPTA wil doen geloven.
- Tenslotte is ook de stelling van OPTA in randnummer 6g van het bestreden besluit dat het gebruik van een andere methode voor collocatie huurtarieven een risico van dubbeltelling met zich brengt niet nader onderbouwd. Dat probleem is er overigens ook niet omdat ook bij de kostprijsdekkende methode de controle op eventuele dubbeltellingen gewoon kan worden uitgevoerd.

- 33 De conclusie is dan ook dat OPTA geenszins heeft gemotiveerd waarom de kostprijsdekkende methode een betere methode is om daadwerkelijke kosten vast te stellen dan de EDC methodiek. Dat terwijl OPTA zelf in de Tiscali procedure heeft toegegeven dat deze laatste boekhoudkundige methode leidt tot het opvoeren van kosten (zoals vermogenskosten en afschrijvingen) die KPN in werkelijkheid niet heeft (en zodoende niet leidt tot het vaststellen van tarieven gebaseerd op de daadwerkelijke kosten (en opbrengsten).

3 AANPASSING KEUZES BINNEN EDC EN ONVOLDOENDE CONTROLLE INPUT KPN

- 34 Voor zover OPTA voor het vaststellen van de kale huurprijs (vierkante metertarieven, zonder het aanbrengen van voorzieningen) al gebruik heeft kunnen maken van de EDC systematiek, dan geldt dat een aantal specifieke (algemene) keuzes die OPTA in dit systeem (in alle door marktanalysebesluiten gereguleerde markten) maakt, voor het bepalen van het vierkante metertarief voor collocatie - gezien het specifieke karakter van de dienstverlening - had moeten worden aangepast. De nu door OPTA toegepaste systematiek leidt - zoals hiervoor al is aangegeven - tot tarieven die niets te maken hebben met de daadwerkelijke kosten die KPN maakt voor de verhuurde vierkante meters voor collocatie. Zo leidt de door OPTA gehanteerde systematiek er bijvoorbeeld toe dat de waardestijging van het onderhavige onroerend goed tot een substantiële verhoging van de vermogenskosten die KPN in rekening mag brengen terwijl een waardestijging in werkelijkheid helemaal niet leidt tot hogere kapitaallasten voor KPN (maar juist tot een vermindering van de kosten vanwege de toekomstige hogere opbrengsten).
- 35 Ten slotte heeft OPTA onvoldoende onderzoek verricht naar de input van de kosten - waaronder de operationele kosten - in het systeem.
- 36 Een en ander zal hieronder worden toegelicht.

3.1 Waardestijging gebouwen / terreinen ten onrechte niet toegerekend aan collocatie

- 37 In de eerste plaats heeft OPTA geen rekening gehouden met de bijzondere situatie die zich ten aanzien van collocatie voordoet, te weten dat de gebouwen (of de grond waarop die gebouwen staan) waarin collocatie door KPN wordt geleverd in de loop der jaren alleen maar meer waard zijn geworden. Een tweede bijzonderheid is dat een groot deel deze gebouwen - de MDF/nummer centrales - door KPN verkocht zullen worden (of dat inmiddels zijn) vanwege de uitfasering van het oude netwerk en de overstap naar ALL IP. Uit het derde kwartaalverslag 2005 van KPN blijkt dat de verkoopopbrengst van de nummercentrales 1 miljard Euro zal opleveren hetgeen - vergeleken bij de toenmalige boekwaarde van 600 miljoen Euro - een boekwinst van 400 miljoen Euro zal opleveren.. Het is vol-

gens Partijen logisch en consistent dat die waarde­stijging en te maken winst of tot uitdrukking komt in de huur­tarieven voor deze col­locatieruimten.

- 38 OPTA heeft echter ten onrechte bij het bepalen van de huurprijs geen rekening gehouden met de waarde­stijging (en dus de te behalen winst). Zoals hierna nog zal worden to­egelicht, leidt die winst die KPN op deze gebouwen maakt of nog gaat maken tot additionele (vermogens)kosten voor Partijen. KPN zou in dat op­zicht dus dubbel aan de waarde­stijging van haar gebouwen gaan verdienen vol­gens de berekeningen van OPTA.
- 39 Ook Fakton geeft in haar rapportage/opinie 2009 aan dat bij een boekhoudkun­dige methode waar current cost accounting wordt gehanteerd de waardewinst als gevolg van de herwaardering er toe zou moeten leiden dat de huur lager wordt (hetgeen een eventuele stijging van vermogenskosten zou compenseren). Zie voornoemd rapport dat nog als productie 4 zal worden overgelegd. Vastge­steld moet echter worden dat deze waarde­stijging / waardewinst niet ten goede komen aan de huurder.
- 40 Uit een antwoordbrief van KPN aan OPTA in de voorfase van 21 december 2006 **productie 5** blijkt dat KPN de boekwinst die zij behaalt op de verkoop van ge­bouwen uitsluitend als "negatieve kosten" toerekent aan ALL IP (in plaats van mee te nemen in de huisvestingscomponent van de col­locatiekosten). De rede­ning is dat de verkoop geschiedt als gevolg van ALL IP en de opbrengst daar dus ook aan toegerekend moet worden. KPN stelt in deze brief:

Bij verkoop van een technisch gebouw wordt na de verkoop de boekwaar­de van het betreffende pand afgeboekt tegen het corresponderende deel van de opbrengst. Het verschil van de totale opbrengst met de (afgeboek­te) boekwaarde wordt als boekwinst c.q het boekverlies geboekt onder overige baten in de winst-en-verliesrekening. De boekwinst c.q het boek­verlies wordt in de kostprijs­calculatie niet meegenomen onder huisves­tingskosten. Daar een causaal verband bestaat tussen de boekwinsten en het ALL IP-concept zijn de boekwinsten 2005 op technische panden als negatieve kosten toegewezen aan het ALL IP-portfolio.[..] Daar een cau­saal verband bestaat tussen de boekwinsten en de investeringen in ALL IP, worden de boekwinsten technische gebouwen in enig jaar, te beginnen in 2005, uitgesmeerd over 7 jaar, de geschatte levensduur van de be­drijfsmiddelen ALL IP (glas, behuizing en apparatuur).

- 41 Verder stelt KPN in een antwoordbrief aan OPTA van 10 januari 2007 **productie 6**:

Om verschillende redenen is er geen aanleiding om een eventuele boek­winst van de verkoop van gebouwen tot uitdrukking te laten komen in de kostprijs voor MDF. ICA en ILL huisvesting. Het is zeer onwaarschijnlijk dat er gedurende de resterende looptijd van de WPC, 2007 en 2008, ge-

bouwen ontruimd kunnen worden waarin momenteel collocatie wordt geleverd. Daarnaast wijs ik u erop dat OPTA in het WPC besluit van 27 september 2006 heeft aangegeven dat investeringen in ALL IP en eventuele boekwinsten gedurende de looptijd van de WPC met elkaar moeten worden verrekend. Hiervan mocht niet worden toegerekend aan MDF. Aangezien MDF collocatie in marktbesluit van 22 december 2006 als bijbehorende faciliteit bij MDF wordt gezien geldt bovenstaande bepaling ook voor MDF collocatie.

- 42 Partijen zijn van mening dat de winst op terreinen en gebouwen ten onrechte geen rol speelt bij het bepalen van de kostprijs voor collocatiehuur. Wanneer gekeken wordt naar de daadwerkelijke kosten op basis van de boekhouding van KPN, dan is het logisch en redelijk om de restwaarde / boekwinst in de kostprijs mee te nemen, bijvoorbeeld in de vorm van een negatieve afschrijving. Dat geldt voor zowel de gebouwen als de terreinen. Hierna zal nog worden toegelicht dat dit meenemen niet kan leiden tot additionele vermogenskosten, omdat die er eenvoudigweg niet zijn.
- 43 In het bestreden besluit stelt OPTA in randnummer 80 “dat KPN de restwaarde zoals die in de gecertificeerde jaarrekening wordt gehanteerd, ook toepast in de EDC rapportage”. Bij gebrek aan wetenschap wordt dat betwist. In ieder geval is het onwaarschijnlijk dat de restwaarde terugkomt in de kosten voor collocatiehuisvesting omdat dit niet strookt met de enorme verhoging van de kapitaalkosten.

3.2 De door KPN opgevoerde afschrijvingen en vermogenskosten vertegenwoordigen geen daadwerkelijk door KPN gemaakte kosten

- 44 Veruit de meeste kosten die KPN opvoert (45%) ter onderbouwing van haar vierkante metertarief voor kale huisvesting bestaan uit vermogenskosten. In de concept annex 23b uit december 2006 stegen de vermogenskosten van 145 euro in 2000 naar maar liefst 178 euro per vierkante meter in 2003 (zie tabel in grief 1.1). Op de tweede plaats volgen de afschrijvingen die bijna 30% van het vierkante metertarief bepalen. Partijen zijn van mening dat deze posten onmogelijk de kosten weergeven die KPN daadwerkelijk maakt voor afschrijvingen en vermogenskosten, nu het gaat om gebouwen en terreinen die – als ze al moeten worden afgeschreven – inmiddels volledig moeten zijn afgeschreven en bovendien een enorme restwaarde vertegenwoordigen (zie ook vorige grief). OPTA heeft dat ook onvoldoende onderbouwd en onderzocht. Bovendien geldt voor de afschrijvingen op gebouw gebonden voorzieningen dat deze niet aan collocatieafnemers kunnen worden toegerekend omdat zij de voorzieningen die ze gebruiken – bovenop het kale vierkante metertarief – volledig zelf moeten betalen aan KPN zelfs zonder enige vergoeding van de restwaarde bij het verlaten van de collocatieruimte. Daarnaast ook aangegeven dat als het al gaat om afschrijvingen op gebouwen er geen samenhang is met collocatiedienstverlening nu de markt-

partijen de voorzieningen die bovenop de kale vierkante meters komen geheel zelf moet betalen zelfs zonder enige terugbetaling van de restwaarde door KPN.

Afschrijvingen

- 45 Partijen zijn van mening dat OPTA ten onrechte afschrijvingen op gebouwen en gebouwgebonden voorzieningen toestaat. Aangezien de gebouwen in de loop van de jaren van de beoordeling in waarde zijn gestegen, kan van afschrijvingen geen sprake zijn. In lijn de EDC systematiek zoals opgenomen in annex B.2.3 van de Marktanalysebesluiten 2005 zou de waardevermindering moeten leiden tot een negatieve afschrijving.⁹ OPTA heeft aangegeven dat de afschrijvingen vooral zitten op voorzieningen in gebouwen. Van die voorzieningen maakt de collocatie-afnemer echter geen gebruik. Zoals hiervoor al is aangegeven moet de afnemer van collocatie alle voor hem aangebrachte voorzieningen zelf betalen (zonder restitutie).
- 46 Ten aanzien van de afschrijvingen geldt dat OPTA in het bestreden besluit in randnummer 80 slechts aangeeft "dat het voor activaposten als gebouwen en gebouwgebonden installaties begrijpelijk is dat deze worden afgeschreven naar restwaarde van nihil". De redenering daarachter is dat gebouwen voor een toekomstige koper geen waarde meer zullen hebben. In een brief van KPN aan OPTA van 27 november 2006 (waar OPTA in randnummer 80 naar verwijst) stelt KPN dienaangaande:

De technische gebouwen zijn noodzakelijk voor de dienstverlening van KPN en zijn ook de enige reden waarom KPN deze in bezit heeft. Een eventueel verschil met de marktwaarde wordt met name veroorzaakt door de mogelijke herontwikkelingswaarde van het pand en vooral door de herontwikkelingswaarde van de grond waarop het pand zich bevindt. Op terreinen wordt door KPN niet afgeschreven. [] Als er al reden zijn om in dit specifieke geval af te wijken van de boekhouding van KPN en over te gaan op een marktgeoriënteerde waardering dan zal een eventuele waardevermindering voor het overgrote deel aan terreinen moeten worden toegerekend. Bij de herontwikkeling zal het bestaande gebouw eerder als last dan als lust worden gezien door projectontwikkelaars.

- 47 Partijen betwisten dat de gebouwen van KPN (de nummercentrales) geen restwaarde vertegenwoordigen en daarom afgeschreven zouden moeten worden naar nihil. Niet alleen de grond (terrein) heeft een bepaalde restwaarde (zie hierna) maar dat geldt eveneens voor de veelal historische (oud PTT) gebouwen op die grond waarin de nummercentrales van KPN van oudsher gevestigd zijn. Een goed voorbeeld daarvan is de nummercentrale achter het paleis op de dam

⁹ Zie randnummer 19, annex B.2.3. Marktanalysebesluiten 2005: "Bij FCM worden herwaarderingen via het resultaat van de kostprijzen geleid. Afwaarderingen leiden tot een extra kostenpost in het jaar van afwaardering (en dus tot hogere kostprijzen) en opwaarderingen leiden tot een vrijval ten gunste van de kostprijzen in het jaar van de opwaardering (een winst of een korting op de kosten),

in Amsterdam of op de Singel 240 in Amsterdam. Het hoeft geen betoog dat dergelijke historische panden een restwaarde hebben en niet weggehaald zullen worden (en ook niet mogen worden). Zo zijn er vele oud KPN/PTT gebouwen.

- 48 Als dat overigens al anders zou zijn (en gebouwen wel naar nihil moeten worden afgeschreven), dan geldt dat het hier gaat om gebouwen die KPN reeds vele tientallen jaren in bezit heeft (erfgoed van het oude Staatsbedrijf dat sinds het begin van de 20^e eeuw actief is), zodat die gebouwen al lang volledig afgeschreven zouden moeten zijn..

Vermogenskosten

- 49 Op terreinen wordt volgens OPTA (en KPN) niet afgeschreven. Dat is op zichzelf terecht omdat die terreinen (net als overigens de gebouwen, zie hiervoor) een bepaalde restwaarde hebben. Ten onrechte wordt ook ten aanzien van de terreinen (zoals hiervoor is aangegeven) geen rekening gehouden met de restwaarde als gevolg van de waardeinstijging voor de kostprijs. Dat zou moeten leiden tot een negatieve afschrijving.. Als dat wel zou gebeuren dan leidt dat volgens OPTA tot hogere vermogenskosten. OPTA stelt in randnummer 8o:

Zoals KPN ook uiteenzet, zal een hogere restwaarde vooral gelden voor terreinen, hetgeen leidt tot hogere vermogenskosten op terreinen, terwijl de afschrijvingen en vermogenskosten op gebouwen ongewijzigd blijven.

- 50 Hoewel uit het bestreden besluit niet duidelijk wordt hoe KPN komt aan de enorme post vermogenskosten en afschrijvingen - hetgeen op zichzelf reeds een motiveringsgebrek is - volgt uit het citaat in ieder geval dat een hoge restwaarde (een toekomstige opbrengst van het gebouw) leidt tot hogere vermogenskosten. Dat is onlogisch, omdat het feit dat een bepaald gebouw een hogere restwaarde heeft er feitelijk niet toe leidt dat KPN meer vermogenskosten zou hebben. In tegendeel, de hoge restwaarde (en (toekomstige) opbrengst leidt juist tot extra opbrengsten van KPN en niet tot meer kosten. De hogere verwachte opbrengst hoeft immers niet te worden gefinancierd en leidt dus niet tot hogere vermogenskosten.
- 51 Aangezien de vermogenskosten gevormd worden door de boekwaarde van de activa zijn de enorme vermogenskosten waarschijnlijk het gevolg van het door OPTA gehanteerde principe van *current cost accounting*. Terwijl in de gecertificeerde jaarrekening van KPN de historische kostenmethode als grondslag voor de waardering van activa en bepaling van afschrijvingsbedragen wordt gehanteerd, heeft OPTA in het kader van de wholesaleregulering gekozen voor een afwijkende waardebeoordeling op basis van vervangingswaarde (*current cost accounting CCA*). Daartoe vindt een herwaardering van de activa plaats en wordt feitelijk gekeken wat het kost om de activa nu te vervangen (een meer actuele waarde dus dan de historische kostprijs). Dat heeft zoals gezegd directe gevolgen

voor de vermogenskosten. In het Marktanalysebesluit ULL 2005 (annex B.2.3) stelt OPTA dienaangaande:

Ook leidt de toepassing van CCA ertoe dat de vermogenskosten aangepast worden, gegeven dat deze worden berekend over de vervangingswaarde van de activa

- 52 Het bizarre resultaat lijkt thans te zijn dat de herwaardering (opwaardering) van gebouwen die KPN bezit (als gevolg van CCA en het feit dat de gebouwen in de loop der jaren veel meer waard zijn geworden) in dit systeem tot meer kosten leidt die KPN in rekening mag brengen aan huurders van collocatieruimten en dus tot een hogere huurprijs. Dat terwijl de herwaardering juist tot een kostenbesparing zou moeten leiden als men kijkt naar de werkelijke kosten van KPN (en dus minder in plaats van meer kosten). Het is evident dat KPN aldus via dit systeem vermogenskosten in rekening mag brengen die er feitelijk niet zijn en die met de daadwerkelijke kosten niets van doen hebben.

In de "normale" markt hoeft een eigenaar van een woning of bedrijvenpand immers ook niet meer hypotheekrente te gaan betalen voor aangetrokken vermogen als zijn pand in waarde is gestegen.

- 53 Het EDC systeem zal – als daar al niet van afgeweken wordt (zie hoofdstuk 2 van dit beroepschrift) – moeten worden aangepast om dit effect (vermogenskosten in rekening brengen die KPN niet heeft) uit het systeem te halen om recht te doen aan het vereiste dat alleen daadwerkelijke kosten in rekening kunnen worden gebracht. Immers niet het EDC systeem moet leidend zijn, maar daadwerkelijke kosten.

3.3 Onvoldoende onderzoek naar buitensporige operationele kosten

- 54 Hoewel OPTA in het bestreden besluit de operationele kosten van KPN per vierkante meter als bedrijfsvertrouwelijk heeft aangemerkt (zie randnummer 124 alsmede grief 1.1 van dit beroepschrift), is het Partijen uit de voorfase bekend dat de operationele kosten van KPN in de periode 2000 – 2003 gemiddeld 115 Euro per vierkante meter bedroeg (zie hiervoor grief 1.1 van dit beroepschrift). De operationele kosten zijn dus ruim 1/3 van de het totale (en op zichzelf reeds excessieve) vierkante meter tarief per jaar.
- 55 Zoals hierna nog zal worden toegelicht, heeft OPTA – terecht – vele kritische kanttekeningen geplaatst bij deze kosten. Daar is het echter bij gebleven. De door KPN gegeven antwoorden – die geen verklaring geven voor de buitensporige kosten – zijn door OPTA klakkeloos overgenomen. OPTA heeft dan ook onvoldoende onderzoek uitgevoerd naar de juistheid en redelijkheid van deze kosten. Het bestreden besluit is in dat opzicht onzorgvuldig voorbereid en onvoldoende gemotiveerd.

Als de opgegeven kosten juist blijken te zijn – hetgeen niet voor de hand ligt en ook niet daadwerkelijk door OPTA is onderzocht – dan volgt uit de hierna nog te bespreken *benchmarks* dat deze excessief zijn (en meer bedragen dan het gehele huurtarief voor vergelijkbare ruimten) en OPTA om die reden niet akkoord had kunnen gaan met deze kosten

- 56 In de hiervoor al genoemde Tiscali procedure die heeft geleid tot de uitspraak van uw College van 13 juli 2006 heeft een benchmark van Zadelhoff een belangrijke rol gespeeld (**productie 7**). Hoewel uw College in die uitspraak zoals gezegd heeft aangegeven dat OPTA de daadwerkelijke kosten van KPN moet bepalen en onderzoeken, speelt die benchmark toch een belangrijke rol bij de beoordeling van de redelijkheid van de door KPN opgevoerde kosten (zie ook volgende grief). Uit de Zadelhoff benchmark volgt – voor zover in deze grief van belang – dat in een normaal concurrerende omgeving het aandeel operationele kosten ongeveer 5-10% van de huurprijs per vierkante meter bedraagt. Dat komt met toepassing van de Zadelhoff benchmark neer op ongeveer 5 euro per vierkante meter. Zie randnummer 124 bestreden besluit alsmede de overgelegde Zadelhoff-benchmark. De operationele kosten die KPN berekend zijn derhalve 23 keer hoger dan de operationele kosten die in een concurrerende omgeving worden gehanteerd. In casu gaat het om meer dan 25% van het op zichzelf reeds excessieve vierkante metertarief en om 115 ipv 5 euro per vierkante meter.
- 57 De enkele stelling in randnummer 124 van het bestreden besluit dat de Zadelhoff benchmark geen schoonmaak- en bewakingskosten bevat, verklaart dit enorme verschil geenszins. Datzelfde geldt voor de stelling in hetzelfde randnummer dat de gebouwen van KPN ouder zijn dan die uit de Zadelhoff benchmark. Op deze benchmark wordt in hoofdstuk 4 van dit beroepschrift nog nader ingegaan.
- 58 Ook de door Partijen ingeschakelde deskundige Fakton heeft in het rapport 2009 aan de hand van een vergelijking standaardgegevens terzake van exploitatiekosten (operationele kosten) die gelden voor kantoren (toegepast op collocatie) berekend wat een realistisch bedrag per vierkante meter kan zijn. Gemiddeld komt deze deskundige – met een ruime marge – op een bedrag van maximaal 25 euro per vierkante meter terwijl KPN op 114 (!) euro uitkomt. Fakton concludeert “dat de extreem hoge kosten die KPN in rekening brengt voor servicekosten voor gemiddeld zeer eenvoudige kantoren op geen enkele wijze te verklaren zijn bij een vergelijking met kantoren die veel meer servicekosten behoeven”.
- 59 Dat ook OPTA wel begrijpt dat hier een niet te rechtvaardigden verschil aanwezig is, blijkt wel uit een brief die zij in de voorfase op 10 november 2006 stuurde (**productie 8**) naar aanleiding van de concept annex 23b. OPTA stelde in deze brief:

De operationele kosten zijn omvangrijk. In een brief van DTZ Zadelhoff aan KPN van 6 juni 2003 beschrijft DTZ Zadelhoff dat volgens haar ope-

rationele kosten bij verhuur van bedrijfsgebouwen bestaan uit kosten voor basisonderhoud (bijvoorbeeld gevel, schilderwerk, dak), kosten aan installaties, waterschapslasten, OZB, assurantiepremie, beheerkosten en rioolrechten. Deze kosten bedragen volgens DTZ Zadelhoff, zoals is op te maken uit haar brief aan KPN [vertrouwelijk] procent [dit is volgens het bestreden besluit 5-10 procent, toevoeging gemachtigde] van de bruto huurprijs die ongeveer [vertrouwelijk] [bedraagt. De exploitatiekosten bedragen dus maximaal [vertrouwelijk] dit is volgens het bestreden besluit 5 Euro, toevoeging gemachtigde] per vierkante meter per jaar. Volgens KPN bedragen de operationele kosten bij huisvesting co-locatie [vertrouwelijk] per vierkante meter per jaar. Zoals in de brief van DTZ Zadelhoff aan KPN wordt aangegeven is het te verwachten dat de exploitatiekosten bij verhuur van co-locatie hoger zullen zijn. Het blijft echter moeilijk te verklaren dat de operationele kosten ruimt twintig maal hoger zijn, zeker in ogenschouw nemend dat kosten gedeeltelijk zijn opgenomen in eenmalige kosten en project- en gezamenlijke kosten. [onderstreping gemachtigde] Het grote verschil met de benchmark roept bij zowel OPTA als bij marktpartijen veel vragen en twijfels op. Om deze reden wenst OPTA per OPEX-post graag een verklaring waarom deze kosten gedeeltelijk worden toegerekend aan afnemers van MDF-co-locatie.

- 60 In dezelfde brief worden vervolgens per onderdeel van de operationele kosten (zie tabel opgenomen in grief 1.1 van dit beroepschrift) door OPTA aan KPN vele zeer kritische vragen over die excessieve kostenposten gesteld. Uit de voor Partijen beschikbare correspondentie (welke als productie wordt overgelegd) is af te leiden dat een heldere verklaring voor deze extreme kosten niet wordt gegeven. OPTA neemt die niet onderbouwde antwoorden in het bestreden besluit veelal één op één over als de hare zonder enig eigen kritisch onderzoek. Het bestreden besluit is op dit punt dan ook onvoldoende gemotiveerd en onzorgvuldig voorbereid wegens het gebrek aan onderzoek door OPTA.
- 61 Over de belangrijkste onderdelen (de hoogste kostenposten) stelde OPTA onder andere het volgende aan de orde in de voorfase:
- **Schoonmaak.** Het gaat hier om maar liefst 10 euro per vierkante meter in 2006. Het gaat hier aldus om vele uren voor schoonmaak. In de brief van 10 november 2006 geeft OPTA aan de omvang erg hoog te vinden temeer daar KPN in een eerdere antwoordbrief al had aangegeven dat er een daling van de schoonmaakkosten zou zijn omdat het niet om kantoorgebouwen gaat (waar schoonmaken duurder is dan voor technische gebouwen). OPTA wijst erop dat marktpartijen hebben aangegeven dat er in collocatie ruimtes hoe dan ook bijna niet wordt schoongemaakt.

In de door KPN op 20 november 2006 toegestuurde reactie op voornoemde vragen wordt op de extreme schoonmaakkosten niet ingegaan (**productie 9**). Het enige dat KPN op 14 december 2006 aan OPTA toestuurt is een gedeelte uit de

SLA voor schoonmaak door de firma De Vos ESD control (**productie 10**). Voor partijen is van deze SLA zichtbaar een opsomming van de schoonmaakwerkzaamheden in collocatieruimten die kennelijk onder deze SLA vallen. Daaruit volgt niet meer dan dat deze firma kennelijk onder andere de deurknoppen, lichtknopjes, stoelen en tafels afneemt en verzameld afval in de container doet. Daarnaast heeft KPN op 22 maart een aantal inspectierapporten van CLEAN overgelegd waaruit blijkt dat er in maart 2007 op een locatie in Rotterdam is schoongemaakt (**productie 11**).

Het is uitsluitend op basis van deze twee niets zeggende stukken dat OPTA in randnummer 118 van het bestreden besluit concludeert:

De kosten van schoonmaak heeft KPN nader onderbouwd via service level agreements en inspectierapporten (brief van KPN van 14 december 2006 en email van 22 maart 2007)

Van enige onderbouwing van de daadwerkelijke kosten is met deze stukken echter geen sprake. Een pagina uit een SLA en een controleformulier van een schoonmaker zeggen natuurlijk niets over de daadwerkelijk gemaakte kosten en geven geen antwoord op de vraag waarom excessieve schoonmaakkosten worden gehanteerd voor technische ruimtes die nauwelijks enige schoonmaak vereisen (en waar door Partijen ook geconstateerd wordt dat er niet wordt schoongemaakt). Het is in dat kader goed om voor ogen te houden dat het hier gaat om ruimtes vaak in kelders van gebouwen waar wat apparatuur staat opgesteld en waar dus nauwelijks wat valt schoon te maken. Het is geen kantoorruimte.

Op basis van voornoemde stukken moet worden vastgesteld dat OPTA - terecht - in de voorfase heeft geconstateerd dat er veel te hoge kosten voor schoonmaak lijken te worden opgevoerd, maar een daadwerkelijk onderzoek naar die kosten door OPTA en een verklaring van KPN zijn ten onrechte uitgebleven. Het bestreden is op dit punt dus wederom onvoldoende gemotiveerd en voorts onzorgvuldig voorbereid.

- **Beveiliging en bewaking.** OPTA vraagt zich in voornoemde brief af om wat voor bewaking en beveiliging het gaat en in hoeverre die kosten aan afnemers van collocatie zijn toe te rekenen. KPN heeft hierop geen antwoord gegeven. Toch keurt OPTA deze kosten klakkeloos goed in het bestreden besluit. Zulks ten onrechte. Daarbij komt dat Partijen uit ervaring weten dat de meeste MDF-centrales van KPN onbemand zijn en er van permanente bewaking helemaal geen sprake is. Ook daar had OPTA nader onderzoek moeten doen. In de boekhouding kun je van alles toerekenen maar het gaat er uiteindelijk om of er kosten worden opgevoerd voor diensten die ook daadwerkelijke worden geleverd.
- **Onderhoud gebouwen.** Dit betreft de op een na grootste kostenpost binnen de Opex, in 2000-2003 volgens de hiervoor opgenomen tabel (grief 1.1) 28 euro per

vierkante meter (waarbij voor ogen moet worden gehouden dat de Zadelhoff benchmark voor alle Opex op 5 Euro uitkwam. Wederom stelde OPTA in de brief van 10 november 2006 kritische vragen:

KPN rapporteert [vertrouwelijk] onderhoudskosten per vierkante meter. In het besluit inzake het geschil BaByXL-KPN met betrekking tot de periodieke tarieven voor co-locatieruimten (oktober 2002) is aangegeven dat de onderhoudskosten via de project- en gezamenlijke kosten aan afnemers van co-locatieruimten worden doorberekend. Dit betekent dat deze kosten dus niet nogmaals in huisvestingskosten verrekend mogen worden. Verder beoordeelt het college deze kosten als vrij hoog, aangezien deze hoger zijn de totale opex die volgens de benchmark slechts [vertrouwelijk] [dit is 5 euro, toevoeging gemachtigde] bedragen.

In een brief van 27 oktober 2006 (**productie 12**) geeft KPN als reactie slechts aan dat onderhoud preventief (schilderwerk bijv.) en correctief (reparaties van storingsen) kan zijn. Dit antwoord is in randnummer 119 van het bestreden besluit door OPTA gewoon overgenomen. Waarom de kosten zo absurd hoog zijn, wordt door KPN niet toegelicht en is ook ten onrechte niet verder door OPTA onderzocht. Dat zal na vernietiging van het bestreden besluit alsnog moeten gebeuren.

- **Personeelskosten (SU TG¹⁰ en OVN¹¹).** De grootse kostenpost betreft de personele lasten gemoeid met collocatie. Deze zijn opgenomen onder kostenposten "Organisatiekosten SU TG" (23 euro per vierkante meter) en "Besturing en ondersteuning OVN" (17 euro per vierkante meter). Ook hier zijn terecht zeer kritische vragen door OPTA over gesteld in de al genoemde brief van 10 november 2006:

OPTA beoordeelt de organisatiekosten van SU TG van [vertrouwelijk] [is 23 euro per vierkante meter in het overzicht opgenomen onder grief 1.1, toevoeging gemachtigde] per jaar als erg hoog. Ervan uitgaande dat organisatiekosten hoofdzakelijke bestaan uit arbeidskosten, dan zouden bij de organisatieonderdeel SU TG in 2005 ongeveer [vertrouwelijk] arbeidskrachten werkzaam zijn van wie de arbeidskosten volledig worden toegerekend aan gebruikers van technische ruimte. In het gesprek tussen OPTA en KPN van 3 oktober jl. heeft KPN aangegeven dat de mensen van SU TG de administratie doen, site visits regelen, bestellingen doen, technische tekeningen maken en inkoop regelen. De geschetste kosten lijken OPTA buitensporig hoog [onderstreping gemachtigde] voor deze beperkte activiteiten. Deze activiteiten reiken volgens OPTA niet verder dan beheersactiviteiten van makelaar bij verhuur van bedrijfsruimten. Van de organisatie-

¹⁰ Service Unit technische gebouwen

¹¹ Operator Vaste Net

kosten van SU TG zijn bovendien de arbeidskosten voor projecten afgetrokken [die horen namelijk bij de service- en projectkosten thuis waar OPTA zoals hiervoor is aangegeven een apart tarief voor vaststelt, toevoeging gemachtigde]

En voorts

OPTA beoordeelt de besturings- en ondersteuningskosten van OVN van [vertrouwelijk] [is 17 euro per vierkante meter in het overzicht opgenomen onder grief 1.1, toevoeging gemachtigde] per vierkante meter per jaar als erg hoog [onderstreping gemachtigde]. Uit eenzelfde redenering als voor organisatieonderdeel SU TG volgt dat bij organisatieonderdeel IVN in 2005 ongeveer [vertrouwelijk] arbeidskrachten werkzaam zijn van wie de arbeidskosten volledig worden toegerekend aan gebruikers van technische ruimte. Van deze kosten zijn als het goed is de arbeidskosten voor projecten afgetrokken.

In een antwoordbrief van 27 november 2006 is door KPN alleen aangegeven hoeveel FTE binnen SU TG er toegewezen is aan de collocatieruimte (dat had OPTA zelf al vastgesteld) (**productie 13**). In een tweede brief van 12 december 2006 (**productie 13**) wordt door KPN slechts aangegeven welke werkzaamheden deze FTE's binnen SU-TG en OVN voor collocatie uitvoeren. Volgens KPN zitten in de post organisatiekosten SU-TG "met name FTE kosten ten behoeve van voorraadmanagement en levering (zorgen voor voldoende ruimte, koelcapaciteit etc), service en performance (beheer gebouwen, bewaking, toegangsverlening etc.) en Competence management (zoals proces- en systeem management, contactbeheer)". Daarbij komt dat Partijen al substantiële bedragen voor KPN personeel betalen in de vorm van gezamenlijke- en projectkosten (341 euro per footprint, zie inleiding van dit beroepschrift).

Ook hier moet worden vastgesteld dat er geen bevredigende antwoorden zijn gekomen op de kritische vragen van OPTA. OPTA heeft zelf ook geen nader feitelijk onderzoek gedaan en deze excessieve personeelskosten voor technische ruimtes ten onrechte dus alsnog gewoon goedgekeurd. OPTA heeft nota bene zelf aangegeven dat het hier feitelijk om niet meer dan beheerskosten gaat (of kan gaan) die makelaars ook hebben bij verhuur van panden. De door Partijen ingeschakelde deskundige heeft berekend dat dergelijke beheerskosten gemiddeld 1,91 euro per vierkante meter bedragen hetgeen in geen verhouding staat tot de in totaal 40 euro per vierkante meter die KPN voor beheer in rekening brengt.

OPTA herhaalt in randnummer 120 van het bestreden besluit niet meer dan voornoemd antwoord uit de brief van KPN van 27 november 2006 waarbij OPTA aangeeft dat het door KPN genoemde aantal FTE "haar niet onredelijke voorkomt". Deze conclusie staat haaks op de eerdere vaststelling door OPTA dat de

personeelskosten per vierkante meter haar buitensporig voorkomen. Van enig onderzoek door OPTA (of verantwoording aangedragen door KPN) die reden zou die eerste constatering te herzien (en de buitensporige personeelskosten alsnog goed te keuren) is niet gebleken. De door OPTA genoemde antwoorden van KPN in voornoemde brief van 27 november 2007 (en dat is het enige waar OPTA naar verwijst in randnummer 120 van het bestreden besluit) zijn daarvoor in ieder geval volstrekt onvoldoende.

- 62 Kortom, het onderzoek van OPTA is onvolledig geweest en het goedkeuren van de operationele kosten is niet meer geweest dan het overnemen van veelal nietszeggende en niet nader onderbouwde stellingen van KPN. OPTA zal na vernietiging alsnog een zorgvuldig en kritisch onderzoek moeten uitvoeren naar deze kosten, zeker nu blijkt dat die kosten 23 keer hoger zijn dan in een normale concurrerende omgeving het geval zou zijn geweest.

4 BENCHMARK / EFFICIËNTIETOETS

- 63 Als de door KPN opgevoerde kosten al juist en daadwerkelijk gemaakt zouden zijn – hetgeen in de voorgaande grieven is betwist – dan had OPTA deze tarieven vervolgens moeten toetsen aan tarieven voor vergelijkbare ruimten om te verifiëren of het gaat om efficiënte kosten en om tarieven die ook op een “normaal functionerende markt” gelden. Dat is ten onrechte niet gebeurd.
- 64 Het is in dit kader goed om voor ogen te houden dat voor de collocatieruimten die Partijen bij KPN moeten inkopen/huren teneinde onder andere ontbundelde toegang (ULL) te kunnen afnemen (en daarmee breedbanddiensten te kunnen aanbieden), geen alternatief bestaat. Om ULL te kunnen afnemen dienen Partijen hun netwerkapparatuur in de betreffende MDF-centrale te plaatsen teneinde de lijn te kunnen overnemen. Een huurlocatie in de nabijheid van de MDF-centrale is geen optie, omdat daar geen ULL kan worden afgenomen. Daarmee kwalificeren deze MDF-centrales (en overigens ook de overige centrales waar voor wholesalediensten collocatie moet worden afgenomen) zonder meer als “essential facility”. KPN heeft de facto een monopolie ten aanzien van deze collocatieruimten. Onder die omstandigheden zal – zo zal iedere econoom beamen – nooit een huurtarief tot stand komen zoals dat in een wel concurrerende omgeving tot stand komt.
- 65 Uitgangspunt en doel van de aan KPN in de Marktanalysebesluiten 2005 opgelegde tariefregulering is dan ook dat daarmee tarieven worden vastgesteld die op een normaal concurrerende markt tot stand zouden zijn gekomen. In randnummer 423 van het al genoemde Marktanalysebesluit ULL 2005 stelt OPTA in algemene zin het volgende:

Het opleggen van een verplichting tot tariefregulering bewerkstelligt dat KPN tarieven hanteert die ook tot stand zouden zijn gekomen in een situatie van effectieve concurrentie op de markt voor ontbundelde toegang.

- 66 Kortom, de tariefregulering en methode die OPTA daar voor kiest, moet uiteindelijk tot resultaat hebben dat tarieven vastgesteld worden die op een (wel) concurrerende markt tot stand komen.
- 67 Om die doelstelling te bereiken heeft OPTA voor bijvoorbeeld voor de dienst ontbundelde toegang gekozen voor een systeem waarmee de door KPN opgevoerde kosten (EDC) door middel van een benchmark getoetst worden aan de efficiënt geachte aanbieders in de VS (Local Exchange Carriers (LEC's)) die in een meer competitieve omgeving opereren. Uit een door NERA in opdracht van OPTA in 2006 uitgevoerd onderzoek is volgens OPTA gebleken dat KPN even efficiënt was als voornoemde US LECs.¹²
- 68 Partijen zijn van mening dat OPTA in het bestreden besluit door middel van een benchmark had moeten toetsen hoe de door KPN opgevoerde kosten (en daaruit volgende vierkante metertarieven) zich verhouden tot de vierkante metertarieven die een wel concurrerende omgeving tot stand komen. Alleen op die manier had OPTA immers kunnen voldoen aan de door haar zelf bepaalde doelstelling van het bestreden besluit: tarifiering alsof de markt concurrerend was. Dat onderzoek naar de vergelijkbare vierkante metertarieven in de (wel) concurrerende markt is ten onrechte niet door OPTA uitgevoerd. Hierna zal nog worden toegelicht dat de conclusie alsdan zou zijn geweest de tarieven van KPN in geen verhouding staan (honderden procenten hoger zijn) dan de tarieven die in een concurrerende markt tot stand komen. OPTA verwijst in het bestreden besluit enerzijds - en ten onrechte (zie hierna) - naar de uitkomsten van het NERA onderzoek (CEA). Daarnaast bespreekt OPTA ook (zij het summier) de door Partijen aangedragen nationale en internationale benchmarks maar oordeelt zij ten onrechte en zonder nader onderzoek dat deze niet te vergelijken zijn met de tarieven van KPN.

4.1 OPTA heeft ten onrechte een onjuiste efficiëntieanalyse uitgevoerd door zonder nadere motivering aan te sluiten bij de CEA

- 69 OPTA verwijst in randnummer 18 het bestreden besluit naar de door NERA uitgevoerde efficiëntieanalyse (CEA) en de vergelijking van KPN met Amerikaanse aanbieders:

In de marktbesluiten heeft het college bepaald dat op bijbehorende faciliteiten variant 2 van de WPC van toepassing is. Dit houdt in dat op de kosten en kostprijzen die met behulp van het EDC-systeem zijn bepaald een efficiëntiecorrectie toegepast wordt op basis van een vergelijking van de efficiëntie van KPN met de gemiddelde efficiëntie van Amerikaanse aanbieders. Voor het WPC-besluit van 27 september 2006 heeft het adviesbureau NERA een efficiëntieanalyse uitgevoerd. Daarbij is vastgesteld

¹² NERA, "The Comparative Efficiency of KPN" 30 March 2006, www.opta.nl

dat KPN in vergelijking met de Amerikaanse aanbieders efficiënt is. Daarom is de efficiëntiecorrectie nul.

- 70 Uit het NERA onderzoek kunnen echter geen conclusies getrokken worden over de redelijkheid van de vierkante meter huurtarieven en efficiëntie van KPN ten aanzien van die tarieven of relatie met concurrerende marktprijzen. Niet alleen heeft NERA geen onderzoek gedaan naar de vierkante metertarieven die US LECS voor collocatie hanteren, een dergelijk onderzoek had ook niets gezegd over de redelijkheid van de huurtarieven van KPN. De Nederlandse huurmarkt is uiteraard een geheel andere markt dan die Amerikaanse huurmarkt en is daarmee dus niet te vergelijken. Een verwijzing naar de CEA ten aanzien van Nederlandse vierkante metertarieven is dan ook zinloos. OPTA had alleen naar een op de Nederlandse vierkante meterprijzen toegespitste benchmark kunnen verwijzen (zie hierna).
- 71 De stelling van OPTA in randnummer 71 van het bestreden besluit dat de CEA ziet op de totale kosten van KPN en dat het WPC-systeem niet de mogelijkheid biedt om voor aparte categorieën van dienstverlening specifieke efficiëntiekortingen toe te passen, ziet er aan voorbij dat de CEA iets zegt of kan zeggen over de vierkante metertarieven. Voor zover dat wel de bedoeling is geweest van OPTA, had ze daar van moeten afwijken omdat als gevolg van voornoemde redenen een vergelijking met US LECs eenvoudigweg niet mogelijk is.
- 72 OPTA doet het ook elders in het besluit voorkomen alsof zij ten aanzien van de collocatie huurtarieven gebonden zou zijn aan dit voor collocatiehuur nietszeggende onderzoek van NERA. Dat is onjuist.
- 73 In de eerste plaats is in de Marktanalysebesluiten 2005 ten aanzien van bijbehorende faciliteiten bepaald dat OPTA voor iedere bijbehorende faciliteit – waar collocatie onder er één van is – zal onderzoeken of toepassing van de CEA geschikt is als vergelijking/benchmark:
- Ten aanzien van de bijbehorende faciliteiten komt de te gelden tariefregulering overeen met variant 2 uit het WPC systeem. Wel zal ten aanzien van deze faciliteiten individueel bekeken moeten worden of de resultaten van de CEA toegepast kunnen worden. Het college zal dan ook voor iedere onlosmakelijk verbonden dienst en faciliteit onderzoeken of toepassing van de CEA geschikt is.*
- 74 Dezelfde afwijkingsbevoegdheid is in het dictum van de Marktanalysebesluiten 2005 opgenomen. Net zoals voor de EDC-systematiek in het algemeen geldt, heeft OPTA ook specifiek voor de benchmark de mogelijkheid en plicht af te wijken van de door haar bepaalde systematiek, indien de toepassing daarvan tot onevenredige uitkomsten leidt of als er methodes zijn waarmee de daadwerkelijke kosten beter vastgesteld kunnen worden. Partijen verwijzen nogmaals naar

randnummer 69 van het bestreden besluit waarin OPTA in dat kader zelf terecht:

Het college vindt dat een aanpassing van de voorschriften over tariefregulering in de marktbesluiten alleen gewenst is als dit leidt tot een betere uitwerking van kostenoriëntatie.

- 75 Dat OPTA ook zelf van mening is dat zij voor de door KPN in Nederland gehanteerde vierkante metertarieven voor collocatiehuur een andere benchmark moet gebruiken dan de vergelijking met US LEC's volgt ook uit het bestreden besluit waarin OPTA op verschillende plaatsen in gaat op de door Partijen aangedragen benchmarks;

72 Desondanks heeft het college de genoemde benchmarkgegevens bestudeerd en onderzocht of de verschillen tussen de op basis van EDC berekende kostprijzen van KPN en de benchmark verklaarbaar zijn.

73 Het college heeft de Zadelhoff-benchmark gebruikt bij de beoordeling, evenals twee andere benchmarkgegevens die door Fakton ter beschikking zijn gesteld en de commerciële huurprijzen die KPN voor vergelijkbare vormen van co-locatie rekent.

[..]

110 In de tweede plaats heeft het college – voor zover mogelijk de hoogte van de kostprijs per vierkante meter van KPN vergeleken met de in de markt gehanteerde huurprijzen. [...] Het college concludeert op basis hiervan dat op basis van deze informatie er geen indicaties zijn dat de kosten en kostprijzen van KPN te hoog zouden zijn.

- 76 Op de onjuiste beoordeling van de hier genoemde benchmark wordt in de volgende grief ingegaan. In het kader van de onderhavige grief geeft het feit dat OPTA de benchmarks in haar oordeel heeft betrokken (zij het op onjuiste wijze) aan dat ook OPTA van mening is dat de benchmark met US LECs niets zegt over de vraag of de vierkante huurtarieven van KPN huurtarieven die in een concurrerende omgeving tot stand komen reflecteren.

4.2 OPTA heeft de door Partijen aangedragen benchmarks ten onrechte als “niet vergelijkbaar” afgedaan en daarmee de door KPN opgevoerde kosten en de uitkomst van de kostentoerekening niet onderworpen aan een efficiëntieanalyse en een benchmark

- 77 Zoals aangegeven is ook OPTA blijkens haar stellingen in het bestreden besluit van mening dat zij bevoegd en verplicht is de door KPN opgevoerde kosten te toetsen aan de tarieven die voor vergelijkbare ruimten in een concurrerende omgeving tot stand komen.

- 78 Die benchmarks zijn door Partijen in de voorfase aangedragen, maar ten onrechte door OPTA buiten beschouwing gelaten of zonder diepgaand onderzoek terzijde geschoven. Feitelijk zijn er in de voorfase drie verschillende benchmarks aangedragen.

Zadelhoff-benchmark

- 79 Deze benchmark uit 2005 speelde een rol in voornoemde Tiscali procedure, maar is nog immer relevant als toets van de door KPN opgevoerde kosten (welke toets ook in het geheel niet door de uitspraak van uw College in de Tiscali-procedure wordt uitgesloten zoals OPTA lijkt te veronderstellen.
- 80 Over deze Zadelhoff benchmark stelt OPTA in randnummer 124 van het bestreden besluit ten onrechte dat deze – waar het gaat om de operationele kosten (zie ook grief 3.3) – niet goed vergelijkbaar is met de kosten van KPN. In de eerste plaats omdat de Zadelhoff benchmark geen schoonmaak- en bewakingsdiensten omvat. Dat is echter geen argument om deze benchmark af te wijzen. Voor alle aangedragen benchmarks geldt dat als OPTA aantoonbaar kan maken dat de tarieven niet te vergelijken zijn, de tarieven van KPN ontbundeld hadden kunnen worden om de vergelijking wel mogelijk te maken. Dat geldt natuurlijk zeker voor schoonmaak- en bewakingsdiensten die eenvoudig ook uit het KPN tarief gehaald kunnen worden nu OPTA bekend is met die kosten.
- 81 Ten tweede voert OPTA – feitelijk wederom één op één overgenomen uit een antwoord van KPN (zie voetnoot 78 bestreden besluit en de daar genoemde brief van KPN van 20 november 2006 die als **productie 9** is overgelegd) – aan dat de gebouwen die KPN heeft “niet te vergelijken zijn met loodsen zoals in de Zadelhoff benchmark opgenomen”. OPTA gaat daarbij in de eerste plaats voorbij aan het feit dat de Zadelhoff-benchmark niet uitsluitend loodsen betreft, maar betrekking heeft op bedrijfsruimten in het algemeen. In de door KPN in de brief van 20 november 2006 genoemde brief van Zadelhoff aan KPN van 7 januari 2003 (**productie 15**) geeft Zadelhoff aan dat haar benchmark (die uitkomst op 45-55 Euro per vierkante meter voor de kale huur) ziet op bedrijfshallen. Dat betekent echter niet dat dit geen houvast is voor de stelling dat een tarief van 280 Euro excessief is. De stelling in dezelfde brief van Zadelhoff dat de panden van KPN meer te vergelijken zijn met kantoorpanden miskent enerzijds dat ook in kantoorpanden een veel lager tarief geldt voor de technische ruimten dan voor de kantoren zelf.¹³ Bovendien zitten niet alle centrales van KPN in (kelders van) kantoorpanden. Hiervoor onder het feitelijk kader is een beschrijving gegeven van de panden van KPN die soms inderdaad in (de kelders van) kantoorgebouwen zitten maar veelal bestaan uit zelf opgezette eenvoudige bedrijfsruimten.

¹³ Ter vergelijking: het kantoor van de gemachtigde bevindt zich in Amsterdam Oud Zuid. De vierkante meterprijs die het advocatenkantoor Brinkhof betaalt ligt voor kantoorruimte rond de 260 Euro. Voor de serverruimte in de kelder geldt – zoals te doen gebruikelijk – een apart tarief, te weten 60 Euro per vierkante meter. Die laatste ruimte is vergelijkbaar met collocatieruimte.

- 82 OPTA geeft voorts aan dat alleen de operationele kosten – wanneer de personeelskosten worden weggelaten – binnen de benchmark van Zadelhoff liggen. Dat is feitelijk onjuist. Zoals hiervoor is aangegeven, bedraagt de OPEX gemiddeld 114 Euro. De personele lasten zijn 40 Euro zodat er ook dan nog steeds 74 Euro aan operationele kosten wordt opgevoerd, hetgeen 18% van het tarief uit 2003 betreft (en bovendien een veelvoud is van de 5 Euro die Zadelhoff noemt).

BenchmarkTelez PoPs

- 83 Om iedere discussie over “appels en peren” weg te nemen is in de voorfase door Partijen een benchmark overgelegd afkomstig van Telez (**productie 16**). In het kader van de interconnectie tussen het netwerk van KPN en dat van Telez heeft Telez in de directe nabijheid van de regionale centrales van KPN eigen ruimten gehuurd (de zogenoemde Points of Presence) van waaruit fysiek een verbinding wordt gelegd met de nabij gelegen KPN centrale. Voor de apparatuur van Telez is een identieke technische ruimte nodig als de ruimte die nodig is om in de KPN centrale zelf te collocatie af te nemen. De ruimten die Telez huurt (en de commerciële tarieven die zij daarvoor betaalt) dus zonder meer vergelijkbaar.
- 84 Uit deze benchmark volgt een gemiddeld tarief dat Telez betaalt van 92 Euro per vierkante meter (service inbegrepen). Dat staat in schril contrast met de 465 Euro die KPN aan Partijen voor kale huur en gezamenlijke- en projectkosten in rekening mag brengen. OPTA heeft ook deze benchmark niet willen gebruiken in het bestreden besluit. Zij stelt daarover in randnummer 76 van het bestreden besluit:

Het college stelt vast dat dit uiteenlopende type gebouwen betreft waarvoor sterk uiteenlopende huurprijzen betaald worden, en waarvan niet duidelijk is of deze gebouwen vergelijkbaar zijn met de centrale gebouwen van KPN, dan wel welke kosten nog gemaakt worden om deze gebouwen geschikt te maken als technisch gebouw. Wel is duidelijk dat het tarief van KPN meer dienstverlening omvat dan vervat is in de huurprijs die deze partij betaalt. Verschillen betreffen in ieder geval schoonmaak, beveiliging en bewaking, besturing en technische beheer van de gebouwen en gebouwgebonden installaties. Het college blijft daarom bij de conclusie dat deze huurprijzen niet goed vergelijkbaar zijn met de kosten van technische ruimten in de centralegebouwen van KPN en dat op grond van deze huurprijzen niet vastgesteld kan worden dat KPN “te duur” zou zijn.

- 85 Dat standpunt dient te worden verworpen. Het lijkt erop dat OPTA alle aanwijzingen die wijzen op excessieve tarieven probeert af te serveren om bij haar besluit en de daarin opgenomen tarieven die in geen enkele verhouding staan met de commerciële markttarieven voor vergelijkbare ruimten te kunnen blijven. Als er iets vergelijkbaar is dan zijn het deze technische ruimten die Telez huurt voor haar apparatuur en de interconnectie met het KPN netwerk. Zoals in de inleiding al is aangegeven, zullen Partijen in de loop van deze procedure nog foto's

overleggen die dat illustreren. Dat “niet duidelijk is of deze gebouwen vergelijkbaar zijn” is dan ook onjuist althans onvoldoende gemotiveerd. Als die onduidelijkheid er zou zijn, dan had OPTA daar nadere vragen over moeten stellen aan Tele2, omdat op voorhand duidelijk zou moeten zijn dat de technische ruimten waar het hier om gaat wel degelijk vergelijkbaar moeten zijn nu het gaat om vergelijkbare telecomapparatuur waaraan dezelfde huisvestingseisen worden gesteld.

- 86 Door Partijen is toegelicht dat voornoemde 92 Euro tevens de project- en servicekosten behelzen en er geen eenmalige- en aanvullende SEV kosten zijn die Tele2 hoeft te betalen.¹⁴ Dit is dus het totaaltarief. Dat het tarief van KPN volgens OPTA meer diensten omvat – als dat al juist zou zijn – maakt dat niet anders. Zoals hiervoor al is aangegeven is OPTA zeer goed in staat om die extra dienstverlening van KPN – als die er al zou zijn – uit het tarief te halen zodat een vergelijking nog beter mogelijk is. De enkele stelling “dat er meer diensten door KPN geleverd worden” is in ieder geval volstrekt onvoldoende om deze benchmark als niet relevant af te doen.
- 87 Deze lokaties worden door Tele2 gehuurd met hetzelfde doel als de huur van collocaties bij KPN. Voor MDF toegang is Tele2 gedwongen haar apparatuur zo dicht mogelijk op te stellen bij de MDF. Daardoor is huur in het pand van KPN noodzakelijk. Voor interconnectie kan Tele2 uitwijken naar andere lokaties en dat is wat Tele2 gedaan heeft. Deze lokaties zijn daarmee vergelijkbaar met die van KPN..

Vergelijking collocatietarieven andere lidstaten

- 88 In randnummer 75 refereert OPTA aan een overzicht dat verstrekt is door één van de ACT leden van de tarieven die zij in andere landen in Europa betaalt voor gebruik van collocatie ruimte van de incumbent. Ook ten aanzien van deze benchmark stelt OPTA in randnummer 75 van het bestreden besluit dat het in die landen veelal gaat om de kale huurprijs terwijl het tarief bij KPN ook andere dienstverlening omvat. Zoals hiervoor al is aangegeven, is die weerlegging niet afdoende om de benchmark terzijde te schuiven. OPTA is uitstekend in staat om de echte kale huurprijs van KPN te bepalen door daar de “andere dienstverlening” af te halen. De overgelegde benchmark – waaruit enorme verschillen naar voren komen ten opzichte van KPN – was zonder meer reden geweest dat verdere onderzoek te doen. Dat is ten onrechte niet gebeurd hetgeen onzorgvuldig is en bovendien leidt tot een gebrekkige motivering van het bestreden besluit.

¹⁴ Hetgeen de vergelijking nog schrijnender maakt nu Partijen aan KPN, naast de 280 Euro aan huisvesting ook nog een 458 per vierkante meter aan eenmalige kosten en 175 Euro per vierkante meter aan gezamenlijke en projectkosten moeten betalen. Zie randnummer 32 zienswijze Partijen van 23 september 2008

- 89 Daarnaast is in de zienswijze van Partijen op een andere benchmark gewezen waar OPTA in het geheel niet op in gaat.

Vergelijking met commerciële KPN tarieven

- 90 De enige benchmark die OPTA kennelijk wel acceptabel en vergelijkbaar vond is – opvallend genoeg – een door KPN aangedragen benchmark. In randnummer 110 geeft OPTA dat zij in het kader van de voorbereiding van het bestreden besluit beoordeeld heeft wat de commerciële tarieven zijn die KPN hanteert voor technische ruimtes (dus anders dan voor collocatie zijn) die volgens OPTA vergelijkbaar zijn. In randnummer 110 stelt OPTA:

In de tweede plaats heeft het college, voor zover mogelijk de hoogte van de kostprijs per vierkante meter van KPN vergeleken met in de markt gehanteerde huurprijzen. Op dit punt merkt het college het volgende op. KPN verhuurt op commerciële basis technische ruimten, de vergelijkbaar zijn met de co-locatieruimten waar partijen gebruik van maken. De prijzen die KPN hiervoor rekent zijn ruim hoger dan de tarieven die partijen in het kader van co-locatie betalen.

- 91 Wat dit “onderzoek” van OPTA precies heeft ingehouden, wordt duidelijk wanneer gekeken wordt naar de brief van KPN van 21 december 2006 waar OPTA in randnummer 110 naar verwijst. Het is niet meer dan het overnemen van het volgende door KPN gegeven antwoord in die brief van 21 december 2006:

KPN verhuurt diverse soorten technische ruimten, waaronder cyber centers, datacenters en Telehousing/marktplaats tegen marktconforme voorwaarden. Laatstgenoemde categorie (Telehousing/marktplaats) is naar de mening van KPN het best vergelijkbaar met de MDF collocatie dienstverlening. Tariefranges voor deze dienst zijn: VVE ter dekking van de noodzakelijke investering, gemiddeld rond de [vertrouwelijk]. Daar komt een maandbedrag van de rond [vertrouwelijk] per maand voor [vertrouwelijk] footprints bij. Andere soorten ruimten zoals cyber centers hebben doorgaans een lagere VVE en een hoger maandtarief (oplopend tot EUR [vertrouwelijk] per maand)

- 92 Meer onderzoek is er niet geweest. Of de door KPN genoemde Telehousing inderdaad vergelijkbaar is, heeft OPTA niet onderzocht. Of de tarieven juist zijn, heeft OPTA ook niet onderzocht. Zij heeft ook geen navraag gedaan bij de Telehousing tarieven van andere partijen. OPTA neemt gewoon een antwoord van een paar regels van KPN over in het besluit en motiveert daarmee dat zij een benchmark zou hebben uitgevoerd. Het behoeft geen betoog dat daar geen sprake van is geweest.

- 93 Partijen merken op dat de Telehousing tarieven (en diensten) van KPN waar OPTA over spreekt niet vergelijkbaar zijn met de collocatieruimten waar het in deze procedure over gaat. Een dergelijke dienstverlening bestaat per definitie uit veel meer dan alleen de huur van kale meters want kent doorgaans aanvullende diensten en afgesproken service levels. Om die reden is het logisch dat de tarieven hoger zijn (als dat inderdaad zo is, hetgeen OPTA niet heeft onderzocht). De enige benchmark die OPTA dus gebruikt is een klassiek voorbeeld van “appels en peren”.

5 FOOTPRINTFACTOR

- 94 OPTA heeft in het bestreden besluit ten onrechte een footprintfactor van 2,0 vierkante meter vastgesteld. De footprintfactor is berekend door de voor collocatieruimten beschikbare ruimte te delen door het aantal gebouwde footprints (zie randnummer 130 van het bestreden besluit).
- 95 Partijen zijn van mening dat OPTA voor het vaststellen van de footprintfactor had moeten vaststellen welke extra vrije ruimte er redelijkerwijs om een configuratie moet bestaan in een MDF-centrale. Daartoe is als bijlage bij de zienswijze van Partijen van 23 september 2008 een tekening van Tele2 overgelegd die de standaard situatie van een configuratie/opstelling in een MDF-centrale weer geeft. Daaruit volgt dat de footprintfactor niet meer van 1,6 vierkante meter kan bedragen. Een zelfde berekening is in 2005 overigens ook door Tiscali gemaakt (zie randnummer 43 zienswijze Partijen van 23 september 2008).
- 96 OPTA stelt in randnummer 176 van het bestreden besluit in reactie op dit overzicht dat in collocaties ook ruimte in beslag wordt genomen door voedings- en ventilatorkosten en dat (kast) deuren geopend moeten worden. Daarom is een footprintfactor van 1,6 volgens OPTA te laag. OPTA miskent daarmee dat in het door Tele2 overgelegde overzicht wel degelijk rekening is gehouden met deuren die geopend moeten worden. Deze vaststelling door OPTA en daarmee de afwijzing van de door Partijen aangedragen footprintfactor van 1,6 is dus feitelijk onjuist.
- 97 Dat uit de KPN gegevens volgt dat het gemiddelde ruimtebeslag in de praktijk op 2,0 vierkante meter komt – hetgeen bij gebrek aan wetenschap wordt betwist – maakt dit alles niet anders. Het gaat erom dat KPN zo efficiënt mogelijk collocatieruimten indeelt (waartoe ze geen natuurlijke prikkel heeft, althans niet voor de ruimten voor concurrenten). Uit de door Partijen overgelegde tekeningen volgt hoe een dergelijke efficiënte indeling zou kunnen plaatsvinden.
- 98 OPTA heeft ook ten onrechte niet vastgesteld hoeveel ruimte er daadwerkelijk in beslag wordt genomen. In randnummer 177 van het bestreden besluit geeft OPTA dat zij met de gegevens die ze van KPN heeft gekregen in staat is om vast te stellen hoeveel collocaties er in de collocatieruimten passen. Daarmee heeft OPTA echter niet vastgesteld hoeveel vierkante meters er daadwerkelijke in ge-

bruik zijn. Uit een memo van OPTA inzake een bespreking met KPN van 27 februari 2007 (**productie 16**) volgt dat OPTA de leegstand in de KPN centrales wilde controleren maar dat dit feitelijk niet mogelijk was omdat de administratie daartoe bij KPN ontbreekt. .

6 SEV

99 In het bestreden besluit wordt niet alleen het vierkante metertarief voor collocatiehuur vastgesteld. OPTA heeft het KPN in bestreden besluit ten onrechte toegestaan om ook hele andere kosten - te weten de vermeende kosten voor de zogenoemde Systeem Gebonden Elektriciteitsvoorzieningen (SEV) - aan Partijen in rekening te brengen in het lijntarief (tarief voor ontbundelde toegang).

100 De kosten van SEV hebben volgens KPN betrekking op systeemgebonden elektriciteitsvoorzieningen, zoals gelijkrichters en accu's. Wat dit nu precies voor kosten zijn, is uit het bestreden besluit niet af te leiden. Het zou gaan om algemene elektriciteitsvoorzieningen die op een centrale locatie in een centralegebouw staan opgesteld en waarbij sprake is van gemeenschappelijk gebruik van deze voorzieningen. De kosten houden klaarblijkelijk verband met de diensten 48V no break en 230 AC monitored supply, maar zijn volgens KPN geen onderdeel van de eenmalige tarieven voor deze diensten (zie randnummer 92 en 94 bestreden besluit).

Partijen die 48 no break of de 230 monitored supply-dienst afnemen, maken gebruik van de SEV. Het gebruik van de SEV dienstverlening is geen standaarddienstverlening maar een optionele dienst, aangezien partijen niet verplicht zijn de 48 no break of de 230V monitored supply-dienst af te nemen.

101 Deze "nieuw" gevonden kosten worden nu in het besluit over de vierkante meter tarieven "meegenomen" en uiteindelijk als (enorme) additionele kostenpost in het lijntarief gezet. Zulks ten onrechte.

102 Partijen zijn primair van mening dat deze SEV-kosten die samenhangen met de 48 no break en 230 v monitored supply kwalificeren als eenmalige kosten. OPTA geeft zelf ook aan dat de SEV niet in het vierkante metertarief thuis horen omdat het een optionele dienst is. Over de eenmalige kosten zijn al besluiten genomen in het verleden die alle formele rechtskracht hebben zodat OPTA die kosten nu niet opeens in een later besluit alsnog kan opleggen (een besluit dat bovendien geen betrekking heeft op dergelijke eenmalige kosten). Ook OPTA heeft dat overigens in de voorfase onderkend. Zo stelde OPTA in een brief van 12 februari 2007 aan marktpartijen:

In het Elektriciteitsbesluit van 14 mei 2002 is over de SEV-kosten opgemerkt dat als uitgangspunt wordt genomen dat met het VVE-besluit op

bezwaar inzake BaByXL d.d. 11 februari 2002 reeds alle investeringen ten behoeve van energievoorzieningen zijn afgedekt. Dit geldt ook voor de kosten voor de noodstroomvoorziening alsmede kosten voor accu's, omvormers en gelijkrichters. KPN heeft geen rechtsmiddelen aangewend, zodat dit besluit formele rechtskracht heeft.

- 103 Hieruit volgt dus dat de kosten (SEV) die nu op basis van de aantallen lijnen worden berekend ook volgens OPTA reeds in eerdere besluiten in de eenmalige tarieven versleuteld zijn of hadden moeten zijn. Hoe OPTA nu tot het oordeel komt in het bestreden besluit dat dit opeens anders zou zijn, is onduidelijk maar in ieder geval in strijd met de formele rechtskracht van voornoemde besluiten.
- 104 Partijen verwijst voorts naar de Tiscali-procedure die heeft geleid tot de al eerder in dit beroepschrift genoemde uitspraak van uw College van 13 juli 2006 waarin OPTA ook stelde dat zij – als gevolg van eerdere besluitvorming – uitsluitend nog het vierkante metertarief kon vaststellen:

KPN beroept zich op de gemiddelde afschrijvings- en vermogenskosten voor al haar gebouwen. In die kosten is ook de waarde van de ingerichte ruimte meegenomen. Voor collocatie zullen die kosten veel lager liggen omdat de inrichtingskosten al in andere tarieven verdisconteerd zijn. De besluiten over het eenmalige tarief hebben formele rechtskracht gekregen waarmee slechts de afschrijving- en vermogenskosten van de kale ruimte overblijven.

- 105 Niet alleen zijn de eenmalige tarieven voor collocatie in de Tiscali BaByXL besluiten vastgesteld. Ook in het WPC besluit 2006 – dat eveneens formele rechtskracht heeft – zijn door OPTA de eenmalige collocatietarieven vastgesteld. De discussie over SEV – als die al gevoerd kan worden gezien het rechtszekerheidsbeginsel – had in die procedure moeten plaatsvinden.
- 106 Partijen wijzen er voorts op dat zij in de voorfase (eind 2008) de in het kader van een WOB-procedure de beschikking hebben gekregen over een verslag van een gesprek tussen KPN en OPTA op 14 november 2004. Dat verslag is met een begeleidende brief van de gemachtigde in de voorfase overgelegd en wordt in het kader van de beroepsprocedure als **productie 17** overgelegd. Uit dit verslag volgt dat KPN en OPTA het er in 2004 over nota bene zelf over eens waren dat de SEV-kosten gedekt worden door de eenmalige tarieven voor elektriciteit.
- 107 Dit verslag maakt het nu alsnog opvoeren van deze kosten (als periodieke lijntarieven) evident onrechtmatig. De enige reactie van OPTA in het bestreden besluit op dit punt is dat voornoemd gesprek ging over de uitbreiding van de stroomvoorziening als gevolg van het plaatsen van miniconfiguraties. Dat ver-

weer treft geen doel omdat dit laatste natuurlijk niets van doen heeft met het toerekenen van optionele faciliteiten. Daarover waren OPTA en KPN het blijkens het verslag met elkaar eens.

- 108 Ook de stelling van OPTA in het bestreden besluit dat marktpartijen in ieder geval sinds 2007 rekening hadden kunnen houden met additionele SEV kosten omdat KPN in de toenmalige besprekingen met OPTA (en marktpartijen) aan heeft gegeven dat er extra niet gedekte kosten waren, snijdt geen hout. Pas als OPTA formele besluiten neemt, staat voor partijen iets vast en niet als KPN iets roept tijdens besprekingen in de voorfase van besluitvorming. Los daarvan geldt dat het rechtszekerheidsbeginsel zich verzet tegen het nu (feitelijk) aanpassen van eerdere besluiten door OPTA. Als er al SEV kosten in rekening gebracht kunnen worden zou die additionele bijdrage hooguit voor toekomstige nieuw te bestellen (48 no break / 230) systemen gevraagd kunnen worden. Het nu genomen besluit heeft echter met name betrekking op en gevolgen voor optionele 48 no break / 230 systemen die in het verleden door Partijen al zijn afgenomen. Hadden partijen destijds geweten dat de kosten voor deze optionele diensten zo substantieel hoger zouden zijn (als gevolg van de extra kosten) dan zouden zij die systemen nooit hebben afgenomen en een andere (eigen) oplossing hebben gekozen. Het rechtszekerheidsbeginsel verzet zich dan ook tegen deze wijziging.
- 109 Overigens gingen ook de standaard contracten (referentie-aanbiedingen) van KPN niet uit van de nu ingevoerde opslag.

7 OVERIGE GRIEVEN

7.1 OPTA heeft bij de bepaling van het kostengeoriënteerde tarief ten onrechte geen rekening gehouden met de geografische ligging of locatie van gebouwen

- 110 Partijen zijn van mening dat in het bestreden besluit ten onrechte één tarief wordt gehanteerd voor alle collocatieruimten in Nederland. Dat doet geen recht aan het feit dat vierkante metertarieven nu eenmaal niet gelijk zijn in Nederland maar per plaats (en zelfs binnen een plaats) enorm kunnen verschillen. Nergens wordt deze keuze door OPTA in het bestreden besluit gemotiveerd.
- 111 Overigens stelde ook de rechtbank in de al genoemde Tiscali procedure destijds vast dat geografische differentiatie nodig was:¹⁵

Ten aanzien van één aspect volgt de rechtbank verweerder evenwel niet. Om te kunnen komen tot een realistische, kostengeoriënteerde prijs zal naar het oordeel van de rechtbank bij de tariefopbouw, anders dan verweerder meent, rekening dienen te worden gehouden met de geografische ligging c.q. de locatie van de gebouwen. Bij de huur van gebouwen

¹⁵ Rechtbank Rotterdam 11 augustus 2005 (KPN/Tiscali/OPTA), LJN AV 2341

maakt het immers een groot verschil of deze gelegen zijn op speciaal daartoe bestemde en aangelegde bedrijfsterreinen dan wel gesitueerd in een woonwijk. Het is een feit van algemene bekendheid dat in de laatstgenoemde situatie in het algemeen hogere grond- en huurprijzen worden gehanteerd. Nu verweerder zulks uitdrukkelijk heeft miskend is het bestreden besluit in zoverre onjuist gemotiveerd en komt het, na gegrondverklaring van het beroep, voor vernietiging in aanmerking.

CONCLUSIE

- 112 Partijen concluderen op grond van het voorgaande tot gegrond verklaring van het beroep en vernietiging van het bestreden besluit.

Brinkhof

PER EMAIL EN AANGETEKEND
OPTA
t.a.v. dhr de. J. Barendregt
Postbus 90420
2509 LK DEN HAAG

ADVOCATEN

datum	19 oktober 2009	van	P. Burger
uw ref.		telefoon	+31 20 30 53 231
onze ref.	PB/20090089/	fax	+31 20 30 53 241
betreft	Zienswijze ontwerpbesluit WPC-IIa BT, COLT, Verizon	e-mail	patrick.burger@brinkhof.com

Geachte heer Barendrecht,

Namens BT Nederland N.V., COLT Telecom B.V. Verizon Nederland B.V. (hierna BCV) alsmede Priority Telecom Netherlands B.V. (hierna: Priority) informeer ik u als volgt.

BCV en Priority hebben kennis genomen van het ontwerpbesluit tariefbesluit WPC-IIa dat op 7 september 2009 in het kader van de openbare voorbereidingsprocedure aan marktpartijen bekend is gemaakt. Namens het samenwerkingsverband BCPA is op 15 oktober 2009 een zienswijze ingediend tegen het ontwerpbesluit. Onderstaande geldt als aanvulling op die zienswijze. Priority heeft tot op heden geen zienswijze ingediend en dat doet dat thans alsnog (uitsluitend voor wat betreft de collocatietarieven).

In het ontwerpbesluit worden onder andere de huisvestingstarieven voor collocatie vastgesteld. OPTA heeft in het kader van WPC I vergelijkbare tarieven vastgesteld in haar besluit van 30 januari 2009 (huisvestingstarieven 2006-2008). Zoals uw College bekend hebben Partijen tegen dat laatste besluit beroep ingesteld. Een afschrift van het beroepschrift wordt overgelegd als bijlage¹. De daarin opgenomen grieven dienen thans als zienswijze in het kader van WPC-IIa als herhaald en ingelast te worden beschouwd. Hoewel het ontwerpbesluit WPC-IIa veel minder gemotiveerd is ten aanzien van de kosten die ten grondslag liggen aan de huisvestingstarieven die OPTA voornemens is goed te keuren, gaan Partijen er vanuit dat de keuzes vergelijkbaar zijn als die in WPC I. OPTA gaat in onderdeel 5.1.5 slechts in op de waardebepaling van terreinen en gebouwen. Uit voornoemd beroepschrift volgt dat Partijen zich daarin niet kunnen vinden. Datzelfde geldt voor andere kostenposten en het gebruikte kostentoe rekeningsmodel. Verwezen wordt verder naar het beroepschrift.

Alle diensten en andere werkzaamheden worden verricht op basis van een overeenkomst van opdracht met de maatschap Brinkhof. Deze maatschap bestaat uit rechtspersonen en is gevestigd in Amsterdam. De algemene voorwaarden van Brinkhof maken deel uit van de overeenkomst. Deze voorwaarden, waarin een aansprakelijkheidsbeperking, de toepasselijkheid van Nederlands recht en de exclusieve bevoegdheid van de Nederlandse rechter zijn bedongen, worden op verzoek kosteloos toegezonden en zijn eveneens te vinden op www.brinkhof.com.

PB/20090089/

Partijen gaan er overigens vanuit dat OPTA - bij een eventuele vernietiging van haar besluit van 30 januari 2009 - ook het WPC-IIa besluit ambtshalve zal aanpassen conform de aanwijzingen van het CBb.

Met vriendelijke groet,



Patrick Burger