

Vzgr Rb Den Haag, 3 november 2009, Staat v KPN



OVEREENKOMST

KPN had onder Raamovereenkomst OT2006 geen tariefverhoging mogen doorvoeren

- Op grond van het een en ander, in onderling verband en samenhang gezien, is de voorzieningenrechter van oordeel dat voorshands genoegzaam is gebleken dat KPN geen tariefverhogingen had mogen doorvoeren. KPN dient zich te houden aan de met de Staat overeengekomen tarieven in de Raamovereenkomst en dient over te gaan tot correcte facturering.

Vindplaatsen: LJN: [BK3963](#); Mediaforum 2010, nr. 3, p. 27, m.nt. Burger

Vzgr Rb Den Haag, 3 november 2009

(R.J. Paris)

RECHTBANK 'S-GRAVENHAGE

Sector civiel recht - voorzieningenrechter

Vonnis in kort geding van 3 november 2009,

gewezen in de zaak met zaak- / rolnummer: 347365 / KG ZA 09-1217 van:

de Staat der Nederlanden (Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,

de Strategische Beheer Organisatie – Interdepartementaal Contractmanagement),

zetelende te 's-Gravenhage,

eiser,

advocaat mr. I.M. Walrecht te 's-Gravenhage,

tegen:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid KPN Telecom B.V.,

thans KPN B.V.,

zetelende en kantoorhoudende te 's-Gravenhage,

gedaagde,

advocaat mr. K. Dadi te Amsterdam.

Partijen worden hierna respectievelijk aangeduid als 'de Staat' en 'KPN'.

1. De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting van 19 oktober 2009 wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

1.1. De Staat heeft op 12 mei 2006 een openbare Europese Aanbesteding uitgeschreven voor "Overheidstelecomdiensten".

1.2. Het bestek "OverheidsTelecom 2006 (OT2006) Vaste Telefonie" betreft het Cluster Vast dat uit twee Percelen bestaat: Retail en Wholesale (verder het bestek). Deze aanbesteding wil continuïteit en innovatie

combineren door nieuwe telecomdiensten slim aan te besteden. De aanbesteding is een initiatief van de rijksoverheid, maar alle organisaties met een publieke functie kunnen er aan deelnemen.

1.3. In het bestek onder paragraaf 1.5 'Voorwerp van deze aanbesteding' staat vermeld dat aanbieders op één Perceel of op beide Percelen kunnen aanbieden en dat voor Retail aan drie Aanbieders een Raamovereenkomst zal worden gegund.

1.4. In hoofdstuk 4 'Invloed veranderende wet- en Regelgeving' van het bestek wordt in paragraaf 4.2, voor zover hier relevant, het volgende meegedeeld (waarbij de Staat wordt aangeduid met Aanbesteder en KPN met Aanbieder):

"4.2 Toekomstige ontwikkelingen

Zoals bekend stelt de OPTA (toevoeging voorzieningenrechter: OPTA staat voor Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit, verder de OPTA) regelmatig nieuwe regelingen vast onder andere om de mededinging op de telecommunicatiediensten en een goede kwaliteit van telecommunicatiedienstverlening te blijven waarborgen. (...)

Door het continue toezicht van de OPTA, kunnen regelingen ook tijdens de looptijd van de Raamovereenkomsten geïntroduceerd worden. Als een regeling van kracht wordt die van toepassing is op de diensten die onderdeel zijn van de Raamovereenkomst, dient Aanbieder deze regelingen toe te passen op haar diensten of dient Aanbieder in voorkomende gevallen andere Aanbieders in staat te stellen haar diensten zodanig aan te passen dat deze andere Aanbieders deze diensten in lijn met de nieuwe regelingen kan aanbieden. De Aanbesteder zal Aanbieders in staat stellen de Raamovereenkomsten zodanig aan te passen dat de Aanbieder conform OPTA-regelingen acteert".

1.5. In hoofdstuk 15 'Financiële aanbidding' van het bestek wordt in paragraaf 15.1, voor zover hier van belang, het volgende meegedeeld:

"In paragraaf 15.2 beschrijft de Aanbesteder op welke wijze de tarieven weergegeven dienen te worden. De Aanbesteder definieert welke tariefcomponenten de Aanbieder dient op te geven. Dit betekent dat naast de genoemde tariefcomponenten geen andere kosten in rekening kunnen worden gebracht, tenzij Deelnemer (toevoeging voorzieningenrechter: een organisatieonderdeel van de overheid) of SBO (toevoeging voorzieningenrechter: de Strategische Beheer Organisatie – Interdepartementaal Contractmanagement, verder te noemen: de SBO) en Aanbieder in de Nadere Overeenkomst vergoedingen voor op dat moment nader te bepalen speciale diensten en te leveren apparatuur overeenkomen.

Het is expliciet niet acceptabel dat andere tariefcomponenten worden geïntroduceerd. Alle kosten die naar uw mening voor verrekening in aanmerking komen, moeten dus in deze tariefcomponenten zijn verwerkt".

1.6. KPN heeft zich middels een offerte op 14 juli 2006 ingeschreven voor het Cluster Vast. De management-samenvatting van de offerte vermeldt, voor zover relevant, het volgende:

“KPN biedt abonnementen aan binnen de daartoe gestelde wettelijke kaders. Toekomstige wijzigingen in deze kaders zullen automatisch en per direct doorgevoerd worden. Dat betekent in de praktijk direct profiteren van doorgevoerde tariefsverlagingen”.

1.7. De aanbesteding – Cluster Vast, Perceel Retail – is door de Staat (onder meer) gegund aan KPN. Op 6 oktober 2006 hebben partijen een Raamovereenkomst OT2006 gesloten betreffende leveringen van Telecommunicatiediensten en Apparatuur voor dit Perceel (verder de Raamovereenkomst).

1.8. De Staat is de Raamovereenkomst mede ten behoeve van diverse organisatieonderdelen van de overheid aangegaan (verder de Deelnemers).

1.9. De Raamovereenkomst heeft een looptijd van vier jaar en eindigt na ommekomst van de looptijd op 1 oktober 2010 van rechtswege.

1.10. In hoofdstuk 11 ‘Algemeen’ van het bestek wordt in paragraaf 11.1, voor zover hier van belang, het volgende meegedeeld:

“Op basis van de aanbiedingen van de Aanbieders waaraan een Raamovereenkomst wordt gegund zal de Aanbesteder een Producten- en Dienstcatalogus opstellen (PDC). Deelnemers zullen bij het gunnen van een Nadere Overeenkomst diensten verwerven uit deze PDC”.

In het Prijzenoverzicht van de PDC staat het volgende vermeld:

“De PDC geeft een zo accuraat en volledig mogelijk overzicht van alle prijscomponenten die in de Raamovereenkomsten zijn opgenomen en door de opdrachtnemers in rekening kunnen brengen voor hun dienstverlening”.

1.11. Artikel 14 van de Raamovereenkomst heeft betrekking op ‘Kwaliteitsgaranties met betrekking tot de Telecommunicatiediensten’. Lid 1 luidt als volgt (waarbij KPN wordt aangeduid met Opdrachtnemer):

“Opdrachtnemer garandeert dat de in Bijlage 1 opgenomen functionaliteiten, specificaties, levertijden en serviceniveaus voor de Basisdiensten en Additionele Diensten en de in Nadere Overeenkomsten opgenomen functionaliteiten, specificaties, levertijden en serviceniveaus voor de Speciale Diensten worden nagekomen”.

1.12. Artikel 24 van de Raamovereenkomst bevat bepalingen die betrekking hebben op de tarieven voor de telecommunicatiediensten. De leden 1, 3, 6 van dit artikel luiden als volgt:

“1.

De Tarieven voor de Telecommunicatiediensten zijn vermeld in Bijlage 2. De Tarieven bestaan uit drie categorieën, te weten:

- *eenmalige Tarieven,*
- *vaste Tarieven, maandelijks;*
- *variabele Tarieven, waaronder Uurtarieven voor Speciale Diensten.*

(...)

3.

Een deelnemer is aan Opdrachtnemer de vergoedingen verschuldigd zoals in de Nadere Overeenkomst vermeld. De vergoedingen voor de Basisdiensten en Additionele Diensten zijn uitsluitend gebaseerd op de

Tarieven zoals vermeld in Bijlage 2. De vergoedingen voor de Speciale Diensten en Apparatuur zijn uitsluitend gebaseerd op de Tarieven respectievelijk Prijzen uit de offerte terzake van die Speciale Diensten respectievelijk Apparatuur.

(...)

6.

De in de vorige leden bedoelde Tarieven en Prijzen omvatten alle kosten die voor het gebruik van de betreffende Telecommunicatiediensten respectievelijk levering van Apparatuur moeten worden gemaakt.”

1.13. Artikel 24 lid 7 van de Raamovereenkomst luidt, onder meer, als volgt:

“7.

Opdrachtnemer is niet gerechtigd de in de Bijlage 2 opgenomen Tarieven gedurende de looptijd van deze overeenkomst te wijzigen, tenzij er sprake is van:

- *levering van gereguleerde Telecommunicatiediensten waarvoor de van toepassing zijnde tarieven zoals goedgekeurd door OPTA gelden. In dat geval worden de Tarieven in Bijlage 2 en Nadere Overeenkomsten terzake van de levering van die diensten aangepast conform de goedkeuring van de OPTA;*

(...)

1.14. Artikel 25 van de Raamovereenkomst heeft betrekking op de facturering. Leden 1 en 4 van de Raamovereenkomst luiden als volgt:

“1.

Opdrachtnemer factureert vergoedingen gebaseerd op: - eenmalige Tarieven van de Telecommunicatiediensten en Prijzen voor de Apparatuur zo spoedig mogelijk na Acceptatie met inachtneming van het gestelde in lid 4 van dit artikel, en

- *vaste Tarieven en variabele Tarieven van de Telecommunicatiediensten maandelijks achteraf.*

(...)

4.

Opdrachtnemer draagt er zorg voor dat de wijze waarop hij facturen verzendt in overeenstemming is met de elektronische afhandeling van facturen door of namens een Deelnemer. In geval van een geschil over de facturering zal de elektronische factuur leidend zijn”.

1.15. In artikel 40 van de Raamovereenkomst is een bewijsbeding opgenomen dat als volgt luidt:

“Deze Raamovereenkomst en Nadere Overeenkomsten omvatten alle afspraken die tussen partijen zijn gemaakt over het onderwerp van deze overeenkomsten en vervangen alle eventuele afspraken en correspondentie tussen partijen daarover. Bij een geschil tussen partijen over de uitleg van de Raamovereenkomst en/of de Nadere Overeenkomst is, behoudens bewijs van het tegendeel, de tekst van de overeenkomsten bepalend.

1.16. Artikel 45 van de Raamovereenkomst betreft ‘Wijzigingen van overeenkomsten’. Lid 1 luidt als volgt:

“1.

Partijen kunnen met een wijzigingsovereenkomst wijzigingen aanbrengen in de Raamovereenkomst en Nadere Overeenkomsten. In Bijlage 8 is een model van de wijzigingsovereenkomst opgenomen. Wijzigingen

worden uitsluitend op initiatief van de Staat overeengekomen”.

1.17. In Bijlage 1 behorende bij de Raamovereenkomst zijn de specificaties van de telecommunicatiediensten weergegeven. Index 3.9.12.3 gaat over de specificatie van gesprekskosten die in twee categorieën zijn verdeeld. Categorie 3.9.12.3 - 1 bestaat uit ‘Aantallen en duur per tariefklasse’ en categorie 3.9.12.3 - 2 bestaat uit ‘Toegepaste tarieven’.

1.18. KPN heeft gedurende de looptijd van de Raamovereenkomst een aantal keer haar tarieven voor de telecommunicatiediensten verhoogd. In dit kort geding gaat het om de volgende tariefverhogingen:

- september 2007: in rekening brengen van factuurkosten van € 1,05 (verder de factuurkosten), en
- 1 maart 2008 en 1 februari 2009: inflatiecorrecties beltarieven vaste telefonie.

1.19. Bij e-mail van 27 januari 2009 is door mevrouw [X] van De Nederlandsche Bank N.V. (een Deelnemer) bij de heer [Y] van de SBO geklaagd over de inflatiecorrectie beltarieven vaste telefonie per 1 februari 2009.

1.20. Sinds eind januari 2009 bereiken de SBO ook andere klachten van Deelnemers: de facturen van KPN zouden volgens de Staat ondoorzichtig en oncontroleerbaar zijn, omdat niet te achterhalen is in hoeverre op basis van de onder de Raamovereenkomst geldende tariefcomponenten wordt gefactureerd.

1.21. Op 25 maart 2009 en 16 april 2009 hebben tussen partijen gesprekken plaatsgevonden over de onder 1.18 vermelde tariefverhogingen door KPN. Tevens hebben partijen onderling gecorrespondeerd hetgeen niet tot een oplossing heeft geleid waarna de Staat dit kort geding heeft geëntameerd.

2. De vorderingen, de gronden daarvoor en het verweer

2.1. De Staat vordert na eiswijziging – zakelijk weergegeven – KPN te veroordelen:

I. om gedurende de looptijd van de Raamovereenkomst jegens de Staat en alle Deelnemers onder de Raamovereenkomst voor alle Telecommunicatiediensten voor het Perceel Retail van het Cluster Vast zoals weergegeven in Bijlage 1 van de Raamovereenkomst de tarieven te hanteren conform Bijlage 2 van de Raamovereenkomst en Deel II (Prijzenoverzicht) van de PDC;

II. om binnen acht weken na het wijzen van dit vonnis over te gaan tot correctie van alle facturen (inclusief de schrapping van de factuurkosten) waarin KPN na inwerkingtreding van de Raamovereenkomst een van (Bijlage 2 van) de Raamovereenkomst en de PDC afwijkend tarief heeft gehanteerd en om voor alle onjuiste facturen aan de Staat, althans aan de betreffende Deelnemers, een creditnota te sturen, op straffe van een dwangsom;

III. om binnen acht weken na het wijzen van dit vonnis over te gaan tot begrijpelijke facturering in overeenstemming met de bepalingen van de artikelen 24 en 25 van de Raamovereenkomst en sub 3.9 van Bijlage 1 bij de Raamovereenkomst, waarbij in ieder geval inzichte-

lijk wordt gemaakt dat de tarieven worden gehanteerd zoals weergegeven in Bijlage 2 van de Raamovereenkomst en Deel II (Prijzenoverzicht) van de PDC, op straffe van een dwangsom;

subsidiair

om in ieder geval met ingang van 1 januari 2010 jegens de Staat en alle Deelnemers onder de Raamovereenkomst voor alle Telecommunicatiediensten voor het Perceel Retail van het Cluster Vast de tarieven te hanteren zoals weergegeven in Bijlage 2 van de Raamovereenkomst en Deel II (Prijzenoverzicht) van de PDC.

2.2. Daartoe voert de Staat het volgende aan.

Uitgangspunt van de Raamovereenkomst is dat wijzigingen van de tarieven voor de telecommunicatiediensten slechts in beperkte mate mogelijk zijn. Deze beperkte wijzigingsmogelijkheid vloeit voort uit het aanbestedingstraject dat aan de Raamovereenkomst vooraf is gegaan. KPN wist bij het uitbrengen van de offerte dat de door haar geoffreerde tarieven voor de duur van de Raamovereenkomst zouden vastliggen en dat, als er al een wijziging mogelijk zou zijn, deze op grond van artikel 45 van de Raamovereenkomst pas zou kunnen worden doorgevoerd nadat partijen daartoe een wijzigingsovereenkomst op initiatief van de Staat zouden hebben gesloten.

Naast het feit dat KPN niet eenzijdig en zonder wijzigingsovereenkomst een tariefwijziging kan bewerkstelligen, biedt artikel 24 lid 7 van de Raamovereenkomst geen ruimte voor de door KPN doorgevoerde tariefverhogingen. Met dit artikel heeft de Staat KPN de mogelijkheid willen bieden om de tarieven onder de Raamovereenkomst aan te passen indien KPN hiertoe door strengere, althans gewijzigde, regulering wordt gedwongen. Dat dit artikel met dit doel is opgenomen in de Raamovereenkomst volgt uit hoofdstuk 4 van het bestek. Tegen deze achtergrond en gelet op het feit dat geen sprake is van nieuwe of gewijzigde regelgeving van OPTA of enig besluit waaruit blijkt dat tariefverhoging is geboden, is de situatie als bedoeld in artikel 24 lid 7 van de Raamovereenkomst niet aan de orde. Bovendien volgt uit de letterlijke tekst van dit artikel – die gelet op artikel 40 van de Raamovereenkomst bepalend is – dat er een goedkeuring van OPTA aan de tariefverhogingen ten grondslag moet liggen. Dat hiermee op een impliciete goedkeuring wordt gedoeld, zoals door KPN wordt betoogd, ligt niet voor de hand.

Daarnaast voldoen de facturen van KPN niet aan het bepaalde in de artikelen 24 lid 1 en 25 lid 1 van de Raamovereenkomst. Zij zijn ondoorzichtig en oncontroleerbaar. KPN is ondanks verzoek daartoe niet overgegaan tot begrijpelijke facturering. Uit een onderzoek (in opdracht van de Staat) door het bedrijf Telegrootgebruik B.V. volgt dat de facturen van KPN niet voldoen aan de eisen van de Raamovereenkomst. Zij zijn volgens dit onderzoek niet transparant en in strijd met de afspraken die partijen hierover hebben gemaakt. Ten onrechte worden factuurkosten van € 1,05 in rekening gebracht en uit de facturen wordt niet duidelijk welke tarieven door KPN zijn toegepast. Uit

sub 3.9 van Bijlage 1 bij de Raamovereenkomst volgt dat op KPN wel de verplichting rust dit te doen. KPN heeft zich aan de in deze Bijlage neergelegde eisen – waarvan in casu met name sub 3.9.12.3 - 2 relevant is – geconformeerd, maar houdt zich hier niet aan.

Er is spoedeisend belang nu de Deelnemers geruime tijd te veel betalen voor de geleverde diensten van KPN en KPN niet bereid is conform de afspraken in de Raamovereenkomst te factureren en zich ook niet bereid toont om inzichtelijk te maken welke tarieven zij tot op heden heeft gehanteerd.

2.3. KPN voert gemotiveerd verweer, dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

3. De beoordeling van het geschil

3.1. KPN heeft als primair verweer aangevoerd dat de Staat niet ontvankelijk is in zijn vorderingen nu het spoedeisend belang van zijn vorderingen gesteld noch gebleken is. Anders dan KPN heeft betoogd, heeft de Staat voldoende gesteld ter onderbouwing van zijn spoedeisend belang bij een voorziening in kort geding. Daartoe verwijst de voorzieningenrechter naar het hiervoor onder 2.2 weergegeven betoog van de Staat. Dit verweer wordt daarom verworpen.

3.2. In dit kort geding verschillen partijen van mening over de uitleg van artikel 24 lid 7 van de Raamovereenkomst. In het midden kan blijven of de tariefverhogingen door KPN tijdig zijn aangezegd nu dat er niet aan afdoet dat de Staat zich op de Raamovereenkomst kan beroepen.

3.3. De vraag hoe in een schriftelijke overeenkomst de verhouding van partijen is geregeld en of de overeenkomst een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van die overeenkomst. Voor de beantwoording van die vraag komt het ook aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht.

3.4. De Staat heeft aangevoerd dat artikel 24 lid 7 in de Raamovereenkomst is opgenomen met de bedoeling om te voorkomen dat er een conflict ontstaat tussen contractuele verplichtingen tussen de Staat en KPN en verplichtingen opgelegd door OPTA. De Staat heeft KPN de mogelijkheid willen bieden om de tarieven onder de Raamovereenkomst aan te passen, indien KPN hiertoe door strengere, althans gewijzigde, regulering wordt gedwongen. Dat het artikel juist met dit doel in de Raamovereenkomst is opgenomen volgt uit het bestek, aldus de Staat. KPN stelt zich hiertegenover op het standpunt dat zolang de tariefverhogingen binnen een door OPTA gestelde bandbreedte van de minimale ondergrens en maximale bovengrens zijn gebleven en de verhogingen niet discriminatoir zijn, KPN op voorhand goedkeuring heeft van OPTA voor de tariefverhogingen. Toetsing door OPTA vindt pas achteraf plaats. Nu de afwijzing van OPTA achteraf is

uitgebleven, heeft KPN impliciete goedkeuring van OPTA, aldus KPN.

3.5. Om de vraag te kunnen beantwoorden of de door KPN doorgevoerde tariefverhogingen geoorloofd zijn dient de Raamovereenkomst nader te worden uitgelegd. Bij de uitleg van artikel 24 lid 7 van de Raamovereenkomst dient met name belang te worden gehecht aan het bestek dat aan het sluiten van de Raamovereenkomst is voorafgegaan. Met de Staat is de voorzieningenrechter van oordeel dat het bestek van doorslaggevende betekenis is. Immers het bestek bepaalt op welke voorwaarden KPN heeft kunnen inschrijven. In paragraaf 4.2 van het bestek (zie onder 1.4) staat vermeld dat door het continue toezicht van OPTA regelingen ook tijdens de looptijd van de Raamovereenkomst kunnen worden geïntroduceerd en dat de Staat KPN in staat zal stellen de Raamovereenkomst zodanig aan te passen dat KPN conform de OPTA regelingen acteert. KPN heeft echter geen stukken overgelegd waaruit blijkt dat sprake is van een nieuwe of gewijzigde regelgeving van OPTA of enig ander besluit waaruit blijkt dat tariefverhogingen zijn geboden. Van een expliciete goedkeuring door OPTA kan derhalve geen sprake zijn. Dat partijen in genoemd artikel ook bedoeld hebben dat een impliciete goedkeuring van OPTA een tariefverhoging toestaat, is onaannemelijk. Immers in dat geval zou KPN formeel de mogelijkheid hebben haar tarieven naar elk gewenst niveau te verhogen, mits zij binnen de door OPTA gestelde bandbreedte blijft en mits zij niet discriminatoir handelt. Een dergelijke uitleg verdraagt zich niet met de gedetailleerde prijsvaststelling in de Raamovereenkomst.

3.6. KPN heeft nog wel aangevoerd dat in de managementsamenvatting van haar offerte staat vermeld dat toekomstige wijzigingen binnen de daartoe gestelde wettelijke kaders automatisch en per direct zullen worden doorgevoerd. De voorzieningenrechter oordeelt dat KPN zich met de offerte slechts heeft ingeschreven voor de aanbesteding. Van doorslaggevende betekenis is voornoemde paragraaf 4.2 van het bestek. Daarnaast is in paragraaf 15.1 van het bestek meegedeeld dat het expliciet niet acceptabel is dat andere tariefcomponenten worden geïntroduceerd en dat alle kosten in deze tariefcomponenten moeten zijn verwerkt. Partijen hebben bedoeld duidelijke en strikte afspraken te maken over de (hoogte van de) tarieven. Met het aangaan van de Raamovereenkomst heeft KPN zich derhalve jegens de Staat gebonden om tegen de overeengekomen tarieven te leveren. Bovendien staat in de managementsamenvatting dat toekomstige wijzigingen voor de Staat in de praktijk betekenen direct profiteren van doorgevoerde tariefverlagingen. Nu dit geschil betrekking heeft op tariefverhogingen, maakt de managementsamenvatting niet voldoende aannemelijk dat de door KPN doorgevoerde tariefverhogingen geoorloofd zijn.

3.7. Daarbij komt dat, als gekeken wordt naar de letterlijke tekst van artikel 24 lid 7 van de Raamovereenkomst, ook de interpretatie dat het moet gaan om een expliciete goedkeuring van OPTA het

meest voor de hand ligt. Het niet-handhavend optreden achteraf na een tariefwijziging, hetgeen KPN verstaat onder een impliciete goedkeuring, is niet de meest voor de hand liggende uitleg van deze bepaling, omdat in dat geval geen sprake is van een goedkeuring.

3.8. Vervolgens heeft KPN aangevoerd dat op haar de non-discriminatieverplichting rust. Volgens KPN houdt deze verplichting in dat wanneer KPN jegens vergelijkbare zakelijke afnemers hogere tarieven rekent, zij die hogere tarieven vervolgens ook aan de Staat moet doorvoeren. Het is KPN niet toegestaan een uitzondering te maken voor de Staat, aldus KPN. De Staat heeft deze stelling gemotiveerd weersproken. De voorzieningenrechter oordeelt dat de uitleg die KPN aan de non-discriminatieverplichting geeft niet de juiste kan zijn. Aannemelijker is dat het voor KPN de verplichting schept om jegens andere vergelijkbare zakelijke afnemers het met de Staat in de Raamovereenkomst overeengekomen tarief te hanteren voor zover dit een gunstiger tarief is. Het omgekeerde – zoals door KPN is betoogd – kan daarom niet het geval zijn.

3.9. Op grond van het een en ander, in onderling verband en samenhang bezien, is de voorzieningenrechter van oordeel dat voorshands genoegzaam is gebleken dat KPN geen tariefverhogingen had mogen doorvoeren. KPN dient zich te houden aan de met de Staat overeengekomen tarieven in de Raamovereenkomst en dient over te gaan tot correcte facturering. Daarom zullen de vorderingen onder 2.1.I en 2.1.II, als hierna vermeld, worden toegewezen. De voorzieningenrechter overweegt verder dat de gevorderde dwangsom op de creditnota onder vordering 2.1.II niet kan worden opgelegd nu het sturen van een creditnota tevens inhoudt dat een geldsom betaald moet worden. Nu de dwangsom betrekking zou hebben op betaling van een geldsom, kan de dwangsom ingevolge het bepaalde in artikel 611a lid 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering niet worden opgelegd.

3.10. De voorzieningenrechter komt niet toe aan de beoordeling van de vraag of een wijzigingsovereenkomst ingevolge artikel 45 van de Raamovereenkomst afgesloten had moeten worden nu uit voorgaande volgt dat KPN geen tariefverhogingen had mogen doorvoeren.

3.11. Tot slot overweegt de voorzieningenrechter met betrekking tot de vordering onder 2.1.III het volgende. Uit de facturen van KPN die de Staat als productie 3 bij zijn dagvaarding heeft overgelegd zijn de toegepaste tarieven en de duur per tariefklasse van de gesprekskosten niet gespecificeerd. Daarom zal de vordering van de Staat met betrekking tot het overgaan tot begrijpelijke facturering worden toegewezen. Hier doet niet aan af dat KPN heeft aangevoerd dat met een factuur en de belbasistarieven die op kpn.com staan vermeld op eenvoudige wijze het gehanteerde tarief kan worden vastgesteld. Deze wijze van specificatie is niet in de Raamovereenkomst overeengekomen. Wel is in artikel 14 lid 1 van de Raamovereenkomst bepaald dat KPN haar facturen conform Bijlage 1 behorende bij de Raamovereenkomst zal specificeren. Nu KPN afwijkt van het bepaalde in sub 3.9.12.3 van voornoemde bijlage, zal de vordering onder 2.1.III worden toegewezen.

3.12. Verder heeft KPN ten aanzien van de tariefverhogingen een beroep op rechtsverwerking gedaan ingevolge artikel 6:89 Burgerlijk Wetboek. Met betrekking tot de tariefverhoging met ingang van 1 maart 2008 – die volgens KPN vergelijkbaar is met die van 1 februari 2009 – heeft de Staat onweersproken gesteld dat hij van deze verhoging pas op de hoogte is gesteld in het gesprek dat tussen partijen heeft plaatsgevonden op 16 april 2009. Met betrekking tot de factuurkosten heeft de Staat onweersproken aangevoerd dat hij hiermee pas bekend is geworden nadat het bedrijf Telegrootgebruik B.V. hem zulks bij brief van 24 juli 2009 had bericht. Vaststaat dat na voormelde data de Staat direct heeft gereclameerd bij KPN zodat de Staat niet verweten kan worden niet tijdig te hebben gereclameerd.

3.13. Oplegging van een dwangsom met betrekking tot de vordering onder 2.1.III, als stimulans tot nakoming van de te geven beslissing, is aangewezen. De op te leggen dwangsom zal worden gematigd en gemaximeerd. Voorts zal er worden bepaald dat de op te leggen dwangsom vatbaar is voor matiging door de rechter, voor zover handhaving daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, mede in aanmerking genomen de mate waarin aan de veroordeling is voldaan, de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid daarvan.

3.14. KPN zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van dit geding.

4. De beslissing

De voorzieningenrechter:

- veroordeelt KPN om gedurende de looptijd van de Raamovereenkomst jegens de Staat en alle Deelnemers onder de Raamovereenkomst voor alle Telecommunicatiediensten voor het Perceel Retail van het Cluster Vast zoals weergegeven in Bijlage 1 van de Raamovereenkomst (productie 2a bij de dagvaarding) de tarieven te hanteren conform Bijlage 2 van de Raamovereenkomst en Deel II (Prijzenoverzicht) van de PDC (productie 10 bij de dagvaarding);

- veroordeelt KPN om binnen acht weken na de betekening van dit vonnis over te gaan tot correctie van alle facturen (inclusief de schrapping van de factuurkosten) waarin KPN na inwerkingtreding van de Raamovereenkomst een van (Bijlage 2 van) de Raamovereenkomst en de PDC afwijkend tarief heeft gehanteerd en om voor alle onjuiste facturen aan de Staat, althans aan de betreffende Deelnemers, een creditnota te sturen;

- veroordeelt KPN om binnen acht weken na de betekening dit vonnis over te gaan tot begrijpelijke facturering in overeenstemming met de bepalingen van de artikelen 24 en 25 van de Raamovereenkomst en sub 3.9 van Bijlage 1 bij de Raamovereenkomst, waarbij in ieder geval inzichtelijk wordt gemaakt dat de tarieven worden gehanteerd zoals weergegeven in Bijlage 2 van de Raamovereenkomst en Deel II (Prijzenoverzicht) van de PDC (productie 10 bij de dagvaarding);

- bepaalt dat indien KPN niet aan laatstgenoemde veroordelingen voldoet, KPN een dwangsom verbeurt van € 2500,- per dag, tot een maximum van € 250.000,-;

- bepaalt dat bovenstaande dwangsom vatbaar is voor matiging op de wijze zoals onder 3.13 is vermeld;
- veroordeelt KPN in de kosten van dit geding, tot dusverre aan de zijde van de Staat begroot op € 1.163,98, waarvan € 816,- aan salaris advocaat, € 262,- aan griffierecht en € 85,98 aan dagvaardingskosten, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf twee weken na de dag der betekening van dit vonnis tot de dag der algehele voldoening;
- veroordeelt KPN tot betaling aan de Staat van € 131,- aan nakosten zonder betekening van dit vonnis;
- verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;
- wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit vonnis is gewezen door mr. R.J. Paris en in het openbaar uitgesproken op 3 november 2009.
