

gevangenisstraf af te schaffen. Deze resolutie wijst onder meer op het intimiderend effect dat – de mogelijkheid van – een gevangenisstraf op het leveren van een bijdrage aan het publiek debat kan hebben.

Nu is het mijns inziens de vraag of op grond van deze jurisprudentie van het EHRM zonder enige aarzeling geconcludeerd kan worden dat als in een zaak als de onderhavige nooit een gevangenisstraf zou kunnen worden opgelegd. Het EHRM pleegt namelijk een onderscheid aan te brengen tussen bijdragen aan het publiek debat en 'persoonlijke aanvallen' (bijv. EHRM 31 mei 2011, 5995/06, *Sabanovic/Montenegro and Serbia*). Het is naar mijn mening niet volstrekt zeker, dat voor laatstgenoemde uitlatingen gevangenisstraf ook uit den boze is. Daarbij valt te wijzen op het feit dat in zaken als *Cumpăniă and Mazăre en Saaristo* de uitlatingen niet zagen op een gewone burger. Voorts is het niet uitgesloten dat juist het 'repetierend' beschuldigen van een burger, met voorbijgaan aan het onschuldbeginsel, een zaak een zodanig uitzonderlijk karakter kan geven dat een gevangenisstraf te verdedigen is. De hier gemaakte kanttekeningen zijn echter niet van dien aard dat de conclusie van de AG geen stimulans zou kunnen vormen om een verzoekschrift in te dienen bij het EHRM.

In het nationale recht lijken de naweën van de Deventer moordzaak nu ten einde. Dat betekent overigens niet dat de klusjesman van zijn odium is verlost. Op Wikipedia vindt men hem onder het lemma 'Deventer moordzaak' bij naam en toenaam genoemd; daarbij wordt vermeld dat hij naar de overtuiging van De Hond de dader is.

Nr. 21 Novec/Alticom

Rechtbank Rotterdam, sector kanton, 11 maart 2011

Vonnis in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid NOVEC BV, gevestigd te 's-Gravenhage en kantoorhoudende te Vianen, eisers bij exploit van dagvaarding van 14 september 2010, gemachtigde: mr. A. Th. Meijer, advocaat te Rotterdam,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid ALTICOM BV, gevestigd en kantoorhoudende te Meppel, gedaagde, gemachtigde: mr. R. Ludding, advocaat te Amsterdam.

Partijen zullen worden aangeduid als 'Novec' en 'Alticom'.

1. Het verloop van de procedure

Novec heeft gevorderd, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

1. voor recht te verklaren dat de huurovereenkomst d.d. 30 januari 2009 gesloten tussen Novec en Alticom nog steeds tussen partijen van kracht is en niet is geëindigd met het geschilbesluit d.d. 26 april 2010 van OPTA;
2. voor recht te verklaren dat Novec bevoegd was tot verrekening van het bedrag ad € 48.065,03 (exclusief BTW);
3. Alticom te veroordelen in de kosten van deze procedure, te vermeerderen met de nakosten.

Alticom heeft van antwoord geconcludeerd tot niet ontvankelijkheid van Novec in haar vorderingen dan wel haar deze te ontzeggen. In reconventie heeft zij gevorderd:

1. Primair: voor recht te verklaren dat de huurovereenkomst van 30 januari 2009, gesloten tussen Alticom en Novec per 28 juni 2009, althans vanaf de dagtekening van dit vonnis is ontbonden;
2. Subsidiar: Novec te gebieden op grond van artikel 6:248 lid 1 BW te onderhandelen met Alticom over een aanpassing van de huurovereenkomst van 30 januari 2009, gesloten tussen Alticom en Novec, aan het besluit van Opta van 26 april 2010 en ongedaanmaking van de daaruit resulterende onbalans ten aanzien van de economische eigendom, exclusiviteit en mogelijkheden tot opzegging, een en ander als in reconventie uiteengezet, alsmede Novec te veroordelen tot betaling van € 48.065,03 (excl BTW), te vermeerderen 'met wettelijke handelsrente [...]';
3. Meer subsidiar: wijziging van de huurovereenkomst van 30 januari 2009, gesloten tussen Alticom en Novec op grond van arti-

kel 6:248 lid 1 BW, dan wel zo nodig op grond van artikel 6:258 BW, waarbij in de huurovereenkomst wordt opgenomen dat de vergoeding voor de verhuur in de opbouw € 1.342,- (excl BTW) per m² zal bedragen, waarbij de exclusiviteit en de economische eigendom van Novec uit de huurovereenkomst worden verwijderd, alsmede dat Alticom gelijk Novec in artikel 14,3 van de huurovereenkomst de mogelijkheid krijgt de huurovereenkomst tussentijds op te zeggen met in acht name van een opzegtermijn van 9 maanden;

4. Meer meer subsidiair: de huurovereenkomst van 30 januari 2009, gesloten tussen Alticom en Novec, al dan niet gedeeltelijk, te vernietigen.

De kantonrechter heeft op 16 november 2010 een tussenvonnissen gewezen en een comparitie van partijen gelast, welke heeft plaatsgevonden op 21 januari 2011 in aanwezigheid van mevrouw Middelkoop namens Novec, bij gestaan door de gemachtigde en door de heren E. Boerma en U. I. de Ruiters en mevrouw C. Bos aan de zijde van Alticom, eveneens bijgestaan door de gemachtigde.

De kantonrechter heeft bepaald dat heden vonnis wordt gewezen.

2. De vaststaande feiten

Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend dan wel niet (voldoende) gemotiveerd weersproken alsmede op grond van de in zoverre niet weersproken inhoud van de producties staat tussen partijen – voorzover thans van belang – het volgende vast:

2.1. Alticom is verhuurder van betonnen mastvoeten, dan wel torens, waarvan er 13 dienen als basis voor antennemasten van Novec. Novec is aanbieder van infrastructuur van opstelpunten voor ethercommunicatie en verhuurt op haar beurt mastruimte aan aanbieders van mobiele telefonie en verspreiders van omroepsignalen. Tot het gehuurde behoren behalve de opstelpunten voor de zendmasten op de torens ook de onderbouwen bij de torens, met daarin voorzieningen voor elektriciteitstoevoer en de zendapparatuur.

2.2. Op 30 januari 2009 hebben partijen een nieuwe huurovereenkomst tot medegebruik gesloten. De overeenkomst volgt op een eerder tussen Novec en KPN, als rechtsvoorgangster van Alticom, gesloten overeenkomst die per 1 januari 2008 door KPN werd opgezegd. Overeengekomen is dat voor de huur van de opstelruimten € 1.383,88 per m² zal worden betaald. Daarnaast zijn vergoedingen verschuldigd voor energieverbruik en toegangspassen en -sleutels.

2.3. Op grond van de van toepassing zijnde Telecommunicatiewet (TW) heeft Novec op 26 mei 2009 een geschilbeslechtsingsverzoek gedaan aan OPTA en gevraagd het maximaal redelijke tarief vast te stellen. Op 26 april 2010 heeft OPTA het maximaal redelijke tarief voor medegebruik per 1 februari 2009, voor geheel 2009, vastgesteld op € 1.342,- per vierkante meter (excl BTW).

2.4. In de huurovereenkomst zijn onder meer de volgende overwegingen en bepalingen opgenomen.

Overweging E: Partijen zijn gebonden aan de bepalingen van artikel 3.11 van de Telecommunicatiewet, op grond waarvan zij derden de mogelijkheid moeten bieden om medegebruik te maken van antenneopstelpunten, zoals onder meer masten en torens, (enz.);

Overweging G: Partijen bekend zijn met het feit dat het onderwerp van de onderhavige overeenkomst voorwerp is van nationale en internationale regulering en zich ervan bewust zijn dat hun afspraken met inachtneming van die regulering uitgevoerd en eventueel zelfs aangepast zullen moeten worden;

Artikel 2.2. Alticom verhuurt exclusief aan Novec Opstelruimtes als omschreven in de bij deze overeenkomst gevoegde bijlage. Novec heeft het economisch eigendom van de op de opstelruimte geplaatste masten voor de duur van deze overeenkomst. Novec heeft als doel de op de opstelruimtes geplaatste masten c.q. mastruimte te verhuren voor het plaatsen van antennes en zendapparatuur;

Artikel 10.4: Voor 2009 zijn partijen overeengekomen om de huurverhoging als genoemd in artikel 10.1 in twee fasen te laten plaatsvinden: de eerste 50% van de verhoogde huur met ingang van 1 februari 2009 en de overige 50% op 1 juli 2009. Dit betekent dat Novec aan Alticom voor de huur van de opstelruimte per 1 februari 2009 een huurvergoeding verschuldigd is van € 78.810,42 per maand, exclusief indexatie en excl. BTW. Per 1 juli 2009 bedraagt de huur voor opstelruimte € 93.411,90 per maand exclusief indexatie en excl. BTW.

Artikel 14.1: Deze overeenkomst gaat in op 1 februari 2009 en wordt aangegaan voor de duur van 15 jaren.

Artikel 15.2: In die gevallen waarin deze overeenkomst niet voorziet, streven

partijen naar het bereiken van een oplossing naar redelijkheid en billijkheid. Als zich een verandering van omstandigheden of een verandering van de toepasselijke regulering voordoet die een belangrijke invloed heeft op (de werking van) één of meer bepalingen uit deze overeenkomst, hebben partijen het recht de wederpartij om herziening van de betreffende bepaling(en) te vragen, over welke herziening partijen te goeder trouw zullen onderhandelen.

3. De vordering en de grondslag ervan in conventie

In het geschilbeslechtsingsbesluit heeft OPTA het maximaal redelijke tarief vastgesteld. Daarmee is niet een essentieel onderdeel aan de huurovereenkomst komen te ontvallen. De huurovereenkomst is onverkort van kracht. Partijen waren zich bewust van de mogelijke regulering op grond van de Telecommunicatiewet. De ingroeieregeling van artikel 10.4 van de huurovereenkomst is geldig. Het OPTA-besluit sluit een lager dan maximaal tarief niet uit. Met in achtneming van het OPTA besluit en rekening houdend met de ingroeieregeling heeft Novec een bedrag van € 48.065,03 onverschuldigd betaald.

4. Het verweer in conventie

Van februari 2008 tot en met januari 2009 is uitvoerig onderhandeld over de huurovereenkomst. Voor Novec was de huurprijs van ondergeschikt belang en zij heeft toegezegd de huurprijs niet in een geschilbeslechtsingsverzoek aanhangig te maken bij OPTA. Novec heeft desondanks een geschil aanhangig gemaakt bij OPTA en zij heeft daarbij de overige bestanddelen van de overeenkomst niet ter discussie gesteld. Alticom heeft tegen het OPTA besluit beroep ingesteld. Op grond van het OPTA besluit is Novec aanvullend een bedrag van € 79.732,31 (excl BTW) verschuldigd. De bevoegdheid van OPTA is louter van bestuursrechtelijke aard en heeft geen civiel effect. De mogelijkheid om in te grijpen in civielrechtelijke verhoudingen moet in de wet zijn verankerd en daarvan is geen sprake. Ongewijzigde voortzetting van de overeenkomst kan van Alticom niet worden gevergd. De huurprijs is slechts een onderdeel van een geheel van samenhangende afspraken. Wijziging van de huurprijs verstoort de economische balans. Ook de ingroeieregeling behoort tot die balans. Alticom is verplicht het tarief aan te passen. Het gaat in die omstandigheid niet aan om de bedongen korting eveneens te handhaven.

5. De vordering en de grondslag ervan in reconventie

5.1. Ontbinding van de overeenkomst wordt gevorderd omdat voortzetting van de huurovereenkomst van Alticom niet gevergd kan worden. De hoogte van de huurprijs kan niet los worden gezien van de overige afspraken en daarom zal bij een verlaagde huurprijs opnieuw onderhandeld moeten worden over de volledige huurovereenkomst. Het besluit van OPTA betekent dat de te betalen vergoeding fors lager zal zijn dan verwacht en daarom kan Alticom geen acceptabel rendement genereren, althans wordt die mogelijkheid gereduceerd. De vorderingen in reconventie worden gebaseerd op artikel 6:248, lid 1 BW, onvoorziene omstandigheden, dan wel dwaling.

5.2. Novec weerspreekt de vorderingen van Alticom gemotiveerd.

6. De beoordeling in conventie en in reconventie

6.1. De samenhang tussen de vorderingen in conventie en in reconventie rechtvaardigt een gelijktijdige beoordeling van de vorderingen.

6.2. Tussen partijen is een huurovereenkomst tot stand gekomen. Uit artikel 7:201 BW blijkt dat de essentialia van de huurovereenkomst zijn dat de verhuurder aan de huurder een zaak, of gedeelte daarvan, in gebruik verstrekt aan de huurder en dat de huurder zich tot een tegenprestatie verbindt.

6.3. Novec heeft op grond van het bepaalde in artikel 12.2 TW in combinatie met artikel 3.11 TW een geschilbeslechtsingsverzoek gedaan bij OPTA en gevraagd het maximaal redelijk tarief vast te stellen. OPTA heeft het maximaal redelijk tarief vastgesteld. Dit maximaal redelijke tarief is lager dan het overeengekomen tarief.

6.4. Tegen het besluit van OPTA is hoger beroep ingesteld. Alticom heeft verzocht dit geding te schorsen in afwachting van de uitkomst van het hoger beroep. Novec verzet zich tegen een aanhouding. De kantonrechter zal de behandeling van dit geding niet aanhouden. Het ingestelde beroep heeft geen schorsende werking. Dit betekent dat het besluit van OPTA op dit moment rechtskracht heeft en voor partijen bindend is. Er is in deze omstandigheid geen reden voor het aanhouden van dit geding. Daar is des te minder reden voor omdat

het onbekend is hoe lang de behandeling in beroep op zich zal laten wachten.

6.5. Dat OPTA bevoegd is een uitspraak te doen over het voorgelegde geschil is tussen partijen niet in geschil. De telecommunicatiewet geeft partijen deze bevoegdheid in artikel 12,2 TW en daarvan kan niet worden afgeweken. Of Novec tijdens de onderhandelingen die hebben geleid tot de totstandkoming van de overeenkomst zou hebben toegezegd dat zij OPTA niet zal inschakelen is dan ook niet van belang. Zelfs wanneer deze toezegging zou zijn gedaan, ontneemt dat Novec niet het haar wettelijk toegekende recht om een geschil aan OPTA voor te leggen. Alticom is, zo blijkt uit het bepaalde in de overwegingen E en G in de considerans bij de huurovereenkomst, op de hoogte van deze wettelijke regels en behoort daarom rekening te houden met de mogelijkheid dat haar wederpartij zich kan wenden tot OPTA. De hiervoor geschetste omstandigheden zijn inherent aan het feit dat tussen partijen geen volledige contracteervrijheid bestaat. De mastvoeten of torens zijn de unieke plekken voor het op hoogte plaatsen van zendmasten en om die reden kent de TW in artikel 13 een contracteerplicht. Alticom is gehouden te verhuren aan alle partijen die dat willen, terwijl Novec gehouden is van Alticom te huren bij gebrek aan andere aanbieders. De overheid heeft in deze situatie gemeend de markt te moeten reguleren. Om te voorkomen dat Alticom, als enige aanbieder, de prijzen kan dicteren, kent artikel 12 TW een regeling voor geschilbeslechting door OPTA. Deze regulering biedt partijen de mogelijkheid te contracteren en vervolgens een geschil achteraf voor te leggen aan OPTA. Dit is hier gebeurd en Alticom kan daarom een mogelijke toezegging om van deze rechtsgang af te zien, niet aan Novec tegenwerpen.

6.6. Door de beslissing van OPTA is de huurprijs gemaximeerd op een lager niveau dan overeengekomen. In haar op 28 juni 2010 verzonden brief schrijft Alticom naar aanleiding van deze beslissing: 'Ik stel vast dat een essentieel bestanddeel – de wilsovereenstemming tussen partijen over het tarief – aan de overeenkomst tussen Alticom en Novec is ontvallen, zodat deze overeenkomst per 26 april 2010 is opgehouden te bestaan'. In haar conclusie van antwoord vertaalt Alticom deze alinea als een ontbinding van de huurovereenkomst buiten rechte. De kantonrechter oordeelt dat de brief van 28 juni 2010 niet kan gelden als een ontbinding van de huurovereenkomst. Door de beslissing van OPTA is weliswaar de hoogte van de tegenprestatie gewijzigd, maar dat brengt niet met zich mee dat van een huurovereenkomst geen sprake meer kan zijn. Er is immers nog altijd een tegenprestatie en daarmee is er nog altijd sprake van de twee essentialia van een huurovereenkomst.

Een partij is op grond van artikel 6:1265 BW bevoegd tot ontbinding van de huurovereenkomst wanneer de andere partij tekortschiet in de nakoming van één van haar verbintenissen. In deze zaak is niet gesteld of gebleken dat Novec tekortschiet in de nakoming van de overeenkomst. Het inschakelen van OPTA kan bezwaarlijk als een tekortschieten worden aangemerkt, gelet op de wettelijke bevoegdheid om OPTA in te schakelen. Deze bevoegdheid kan niet worden uitgesloten en ook een mogelijke toezegging doet niet af aan het wettelijk recht om een geschil aan OPTA voor te leggen.

De overeenkomst is door de brief van 28 juni 2010 dan ook niet ontbonden. Op grond van de hiervoor genoemde overwegingen wordt eveneens de vordering tot ontbinding in rechte niet toegewezen. Van een tekortschieten door Novec in de uitvoering van de overeenkomst is niet gebleken.

6.7. De geschilbeslechting door OPTA wordt aangemerkt als bestuursrechtelijk van aard, ook al ziet het besluit niet op een besluit van een bestuursorgaan, maar op de civielrechtelijke verhouding tussen twee marktpartijen. Daardoor is het de vraag welke invloed het OPTA besluit heeft op de inhoud van de civielrechtelijke overeenkomst die de onderhavige overeenkomst is. Het staat vast dat partijen gebonden zijn aan het besluit van OPTA. Wanneer Alticom zich niet aan het besluit zou houden, riskeert zij bestuursrechtelijke handhavingmaatregelen. OPTA heeft de vrij overeengekomen prijsstelling in deze zaak gereguleerd met haar besluit. Het OPTA besluit werkt op die wijzende door in de civielrechtelijke verhouding tussen partijen. Een andere uitleg zou moeten betekenen dat de overeenkomst op het punt van de prijsstelling moet worden gewijzigd en dat partijen daartoe opnieuw in onderhandeling moeten treden. Het komt de kantonrechter voor dat dit niet de bedoeling van de wetgever kan zijn geweest. Een nieuwe ronde van onderhandelen kan niet snel tot resultaat leiden omdat de meest gereede partij zich zal willen beroepen op de door OPTA als maximaal beoordeelde prijs, terwijl de andere partij toch gebonden is een huurovereenkomst aan te gaan. Bovendien kan

een nieuwe overeenkomst opnieuw aan OPTA worden voorgelegd. De 'oude' Telecommunicatiewet (1998) kende niet een bepaling waaruit blijkt dat de besluiten van OPTA moeten doorwerken in de civielrechtelijke verhouding. Desondanks werd aangenomen dat deze besluiten wel doorwerkten in de civielrechtelijke verhouding. De op dit moment geldende Telecommunicatiewet kent evenmin een regel waaruit blijkt van een civiel effect. Omdat op dit punt geen wijziging is beoogd van de wettelijke regels, moet worden aangenomen dat ook in de huidige wet sprake is van doorwerking van het bestuursrechtelijke besluit in de civiele overeenkomst.

De kantonrechter komt tot het oordeel dat de overeenkomst tussen partijen is blijven bestaan, zij het dat de overeengekomen prijsstelling wordt vervangen door de uit het besluit van OPTA volgende prijs.

6.8. Nu wordt geoordeeld dat het OPTA besluit civiel effect heeft geldt dat de beslissing leidt tot een aanpassing van de huurovereenkomst. Het staat Alticom niet vrij om Novec meer in rekening te brengen dan het maximaal redelijke tarief dat door OPTA is vastgesteld. Het feit dat het gaat om een maximaal redelijk tarief impliceert dat het partijen wel vrij staat een lager tarief overeen te komen. Dit heeft tot gevolg dat de overeengekomen ingroeieregeling, voorzover deze tot een lager tarief leidt dan het maximaal redelijke tarief, tussen partijen van kracht blijft. Daardoor is Novec bevoegd geweest het bedrag van € 48.065,03 te verrekenen. Alticom kan geen aanspraak maken op het door OPTA vastgestelde tarief voorzover dat strijdig is met de contractuele ingroeieregeling.

6.9. Het besluit van OPTA houdt in dat de huurprijs dient te worden aangepast. Alticom bepleit een wijziging van de overeenkomst omdat, naar zij stelt, door deze aanpassing van de huurprijs de economische balans uit de overeenkomst verdwijnt. Zij meent dat door de aanpassing van één van de huurvoorwaarden ook alle andere voorwaarden zullen moeten worden aangepast. Door Alticom is deze stelling niet met feiten en omstandigheden onderbouwd, zodat het gevorderde al om die reden moet stranden. Daarbij komt dat de gevorderde wijziging van de overeenkomst zou impliceren dat de kantonrechter het OPTA besluit inhoudelijk zou moeten gaan toetsen. Deze bevoegdheid heeft de kantonrechter niet. Het OPTA besluit heeft immers formele rechtskracht. Aangenomen moet worden dat OPTA bij het beoordelen van het geschil alle omstandigheden van het geval, en dus ook de door Alticom genoemde overige huurvoorwaarden, in haar oordeelsvorming heeft betrokken. Ook de huurovereenkomst (artikel 15.2) verplicht partijen niet om nader te onderhandelen. Het OPTA besluit kan niet als een omstandigheid worden aangemerkt die niet kon worden voorzien en van een verandering van omstandigheden of regulering die partijen tot het nader onderhandelen noopt is geen sprake. De gevorderde wijziging op grond van artikel 6:248 BW wordt afgewezen.

6.10. De wijziging van de prijs door OPTA kan niet als een onvoorziene omstandigheid in de zin van artikel 6:258 BW worden aangemerkt. Op grond van het tweede lid van dit artikel kan een wijziging niet worden uitgesproken wanneer de gewijzigde omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van degene die er zich op beroept. In dit geval is sprake van een wijziging tengevolge van een in de TW vastgelegde mogelijkheid tot geschilbeslechting. Dit is een omstandigheid waarmee Alticom rekening behoorde te houden en derhalve geen omstandigheid die voor haar onvoorzien is, dan wel een omstandigheid die, gelet op de toepasselijkheid van de TW bepalingen in de overeenkomst, voor rekening van Alticom komt.

6.11. De door Alticom gevorderde vernietiging van de huurovereenkomst omdat zij zou hebben gedwaald wordt afgewezen. Dwaling veronderstelt dat de dwalende partij geen juiste voorstelling van zaken heeft gehad door onwetendheid of een actieve mededeling van de wederpartij. Alticom doelt hier op de, niet vaststaande, mededeling van Novec dat zij OPTA niet zal inschakelen. De kantonrechter oordeelt dat Alticom, zelfs als deze mededeling zou zijn gedaan, rekening heeft moeten houden met de mogelijkheid dat Novec desondanks gebruik zou kunnen maken van het haar wettelijk toegekende recht om OPTA in te schakelen. Alticom is een professionele partij met kennis van zaken op het gebied van het telecommunicatierecht. De gang naar OPTA kan dan ook niet als dwaling worden gekwalificeerd.

6.12. De door Novec gevorderde nakosten worden afgewezen. De vordering is niet toewijsbaar nu de wet voor deze kosten – voor zover dit vonnis daartoe een ontoereikende titel zou bieden – een speciale procedure heeft voorgeschreven in het eveneens op de procedure voor

de kantonrechter toepasselijke artikel 237 lid 4 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

6.[13]. Als de in het ongelijk gestelde partij wordt Alticom veroordeeld tot betaling van de kosten van het geding in conventie en in reconventie. De wettelijke handelsrente over de proceskostenveroordeling is niet toewijsbaar, omdat niet wordt voldaan aan de eis die artikel 6:119a lid 1 daaraan stelt. De wettelijke rente van artikel 6:119 BW wordt wel toegewezen, doch niet eerder dan na veertien dagen na de betekening van het vonnis.

7. De beslissing

de kantonrechter:

7.1. in conventie:

- verklaart voor recht dat de huurovereenkomst d.d. 30 januari 2009 gesloten tussen Novec en Alticom nog steeds tussen partijen van kracht is en niet is geëindigd met het geschilbesluit d.d. 26 april 2010 van OPTA;
- verklaart voor recht dat Novec bevoegd was tot verrekening van het bedrag ad € 48.065,03 (exclusief BTW);
- veroordeelt Alticom tot betaling van de kosten van het geding tot op heden vastgesteld op een bedrag van € 281,89 aan verschotten en op € 1.200,- (2 punten) voor het salaris van de gemachtigde te vermeerderen met de wettelijke rente over de proceskosten vanaf veertien dagen na de betekening van het vonnis;
- wijst af het meer of anders gevorderde en verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;

7.2. in reconventie:

- wijst de vorderingen af;
- veroordeelt Alticom in de kosten van het geding tot op heden vastgesteld op € 1.200,- (2 punten) voor het salaris van de gemachtigde;

Dit vonnis is gewezen door de kantonrechter mr. L.J. van Die en uitgesproken ter openbare terechtzitting.

Noot

Bas Braeken

Mr. B.J.H. Braeken is advocaat te Amsterdam (Stibbe).

De hierboven afgedrukte uitspraak betreft een civiele procedure tussen NOVEC en Alticom waarin de Rechtbank Rotterdam (Sector Kanton) zich heeft moeten buigen over de civielrechtelijke consequenties van een geschilbesluit van OPTA voor een reeds bestaande overeenkomst. Het is zeker niet de eerste keer dat de civiele rechter wordt gevraagd een oordeel te vellen over de civielrechtelijke consequenties van een geschilbesluit van OPTA. In deze annotatie zal worden toegelicht hoe de uitspraak van de kantonrechter zich verhoudt ten opzichte van eerdere jurisprudentie.

Feiten

Alticom is eigenaar van betonnen mastvoeten (torens) in Nederland waarop zij ruimte verhuurt aan onder meer NOVEC (onderdeel van TenneT). Op die ruimte plaatst NOVEC masten waarin op hun beurt partijen als KPN en Broadcast Partners antennes hangen die kunnen worden gebruikt voor de etherdistributie van radiosignalen.

De tussen NOVEC en Alticom gesloten huurovereenkomst dateert van 30 januari 2009. In die overeenkomst was een huurtarief overeengekomen van € 1.383,88 per m². Een aantal maanden later maakt NOVEC een geschil aanhangig bij OPTA. In haar geschilbesluit van 26 april 2010¹ heeft OPTA het maximaal redelijke tarief voor 2009 vastgesteld op € 1.342,- per m².

Tussen NOVEC en Alticom ontstaat vervolgens een geschil over de vraag of het geschilbesluit van OPTA, waarin dus een ander tarief wordt vastgesteld dan overeengekomen, ertoe leidt dat een essentieel onderdeel van de overeenkomst is komen te vervallen. NOVEC meent van niet en verwijst daartoe naar de overeenkomst waarin uitdrukkelijk is vastgelegd dat de afspraken uit de overeenkomst voorwerp

¹ OPTA/AM/2010/201351.

zijn van nationale en internationale regulering, wat betekent dat hun afspraken met inachtneming van die regulering uitgevoerd en eventueel zelfs aangepast zullen moeten worden. In conventie vordert NOVEC dan ook een verklaring voor recht dat de huurovereenkomst van 30 januari 2009 nog steeds tussen partijen van kracht is en niet is geëindigd als gevolg van OPTA's geschilbesluit. Tevens vordert NOVEC een verklaring voor recht dat zij bevoegd was om over te gaan tot verrekening vanwege een eerder afgesproken kortingsregeling.

Alticom daarentegen stelt zich op het standpunt dat ongewijzigde voortzetting van de overeenkomst niet van haar kan worden geveerd. Alticom betoogt dat de huurprijs onderdeel is van een geheel van samenhangende afspraken. Wijziging van de huurprijs zou volgens Alticom de economische balans tussen die afspraken verstoren. In reconventie vordert Alticom dan ook primair ontbinding van de overeenkomst. Subsidiar vordert Alticom wijziging van de overeenkomst.

Uitspraak kantonrechter

In zijn uitspraak wijst de kantonrechter er in de eerste plaats op dat Alticom, vanwege de bevoegdheid van OPTA ex art. 12.2 j^o 3.4 Tw, 'rekening behoof[de] te houden met de mogelijkheid dat haar wederpartij zich kan wenden tot OPTA.' Gelet hierop bestond tussen partijen 'geen volledige contracteervrijheid' (r.ov. 6.5). Van een rechtsgeldige ontbinding kan geen sprake zijn nu NOVEC niet is tekortgekomen in één van de op haar rustende verbintenissen (r.o. 6.6). De kantonrechter overweegt voorts dat een besluit van OPTA doorwerkt in de civielrechtelijke verbintenissen tussen partijen. Indien Alticom niet de door OPTA vastgestelde tarieven in rekening brengt, riskeert zij namelijk handhaving van OPTA. De kantonrechter acht het onaannemelijk dat de wetgever heeft beoogd om telkens wanneer OPTA een besluit heeft genomen met een mogelijke impact in de civielrechtelijke verhouding tussen partijen, partijen opnieuw in onderhandeling zouden moeten treden over een aanpassing van de overeenkomst.

Ook overweegt de kantonrechter dat de afgesproken kortingsregeling onverkort blijft gelden. Het door OPTA vastgestelde tarief is namelijk een maximaal redelijk tarief. Het staat partijen vrij een lager tarief in rekening te brengen. NOVEC mocht dan ook terecht overgaan tot het verrekenen van een geldsom ter grootte van de maximaal afgesproken kortingsregeling.

Commentaar

De uitspraak van de kantonrechter is interessant omdat hij ingaat op de effecten van een geschilbesluit van OPTA voor de civielrechtelijke verhouding tussen twee partijen.

Over de omgekeerde situatie, namelijk de effecten van een civielrechtelijke verhouding voor de reikwijdte van OPTA's geschilbeslechtende bevoegdheden is – in dit tijdschrift² – al eerder het nodige gezegd. Bepalend voor de reikwijdte van die geschilbeslechtende bevoegdheid is de aanwezigheid van overeenstemming tussen partijen. Indien er geen overeenkomst bestaat of indien er een lacune is in de overeenkomst (bijvoorbeeld omdat er geen overeenstemming is over de tarieven), dan is sprake van een zogeheten art. 12.2 lid 1 Tw-geschil. In zo een geval beschikt OPTA over een ruime beleids- dan wel beoordelingsvrijheid bij het beslechten van een geschil, die in de regel slechts marginaal wordt getoetst.

Wanneer echter wel een overeenkomst bestaat tussen partijen, maar één van de partijen zich niet langer kan vinden in de overeenkomst dan is sprake van een art. 12.2 lid 2 Tw-geschil OPTA dient in dat geval uit te gaan van de rechtmatigheid van de overeenkomst en kan slechts beoordelen of de uit de overeenkomst voortvloeiende verbintenissen in strijd zijn met het bij of krachtens de Telecommunicatiewet bepaalde. Eén en ander brengt mee dat de aanwezigheid van overeenstemming bepalend is voor de reikwijdte van OPTA's geschilbeslechtende bevoegdheid.

In bovenstaande zaak gaat het dus om de spiegelbeeldige situatie, waarin OPTA op de voet van art. 12.2 lid 2 Tw een besluit heeft genomen, dat vervolgens doorwerkt in de contractuele relatie. Dat klinkt eigenlijk niet meer dan logisch. Indien OPTA vaststelt dat een (deel van een) overeenkomst strijdig is met het bij of krachtens de Telecommunicatiewet bepaalde, dan lijkt het in de rede te liggen dat die overeenkomst moet worden aangepast in lijn met het besluit van het terzake deskundig bestuursorgaan.

Eerdere civiele jurisprudentie

Toch vindt doorwerking van geschilbesluiten in civiele procedures niet onder alle omstandigheden plaats. Al in 2002 heeft Ottow erop gewezen dat de civiele rechter in (met name: incasso)procedures niet altijd uitgaat van de doorwerking van OPTA's besluiten in de civielrechtelijke verhouding.³ Bekend zijn bijvoorbeeld de civiele en bestuursrechtelijke procedures die KPN met onder meer Enertel, BT en T-Mobile heeft gevoerd.⁴ Uit het artikel van Ottow blijkt dat laatstgenoemde aanbieders verschillende incassoprocedures tegen KPN aanhangig hadden gemaakt nadat KPN weigerde de (volgens haar) te hoge FTA-tarieven van deze partijen te voldoen.

Nadat de Rechtbank Rotterdam (Sector Civiel) in een tussenvonniss bepaalde dat de oorspronkelijk tussen beide partijen overeengekomen tarieven niet meer golden, richtte Energis zich tot OPTA met het verzoek om de tarieven vast te stellen. Bij besluit van 15 oktober 2001 stelt OPTA de tarieven vast 'op het door Energis bepaalde niveau'.⁵ De hoogte van deze tarieven kwam aldus overeen met de eerder tussen partijen overeengekomen tarieven. In haar beslissing op bezwaar van 11 januari 2002 heeft OPTA haar besluit bevestigd. Toen KPN daaropvolgend weigerde de FTA-tarieven te voldoen vorderde Energis in een civiel kort geding dat KPN zou worden veroordeeld tot betaling van de geldsom. Deze vordering werd op 14 mei 2002 afgewezen door de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam (Sector Civiel). De voorzieningenrechter overwoog daartoe dat niet op voorhand kon worden uitgesloten dat KPN's beroep tegen OPTA's beslissing op bezwaar gegrond zou worden verklaard.

Evenmin succesvol waren BT's pogingen om in een civiele procedure KPN te doen verplichten tot betaling van (vermeend) achterstallige facturen voor door BT geleverde FTA-diensten. Bij uitspraak van 18 maart 2002 wees de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag (Sector Civiel) BT's vordering af aangezien de gepretendeerde vordering niet (voldoende) aannemelijk was. In de bodemzaak bepaalde de Rechtbank Rotterdam op 23 mei 2002 dat de oorspronkelijk overeengekomen tarieven niet meer golden en dat deze opnieuw moesten worden vastgesteld door OPTA.⁶

In deze zaak had OPTA eerder laten weten BT's geschilverzoek niet in behandeling te zullen nemen, dit in afwachting van de uitkomst van de civiele procedure. OPTA wilde het geschilverzoek pas behandelen nadat in de civiele procedure was bepaald dat de tussen BT en KPN destijds afgesproken tarieven niet meer golden. In dat geval zou OPTA een geschilprocedure behandelen langs de lijnen van het geschilbesluit Energis-KPN. Tot op grote hoogte kon in de civiele procedure dus al worden geanticipeerd op de uitkomst van een eventuele geschilprocedure tussen beide partijen. Toch was die aankondiging van OPTA voor de civiele rechter niet voldoende om KPN te gelasten de tussen BT en KPN destijds overeengekomen tarieven te voldoen.

Anders liep het in de civiele procedure tussen de curator van het gefailleerde QS Communications (QSC) tegen KPN.⁷ In die zaak vorderde de curator dat KPN zou worden veroordeeld tot betaling van een geldsom van € 247.670,56 wegens (in haar ogen) te veel betaalde collocatievergoedingen. QSC beriep zich daarbij op de tarieven zoals OPTA die had vastgesteld in het geschilbesluit KPN-BaByXL van 15 augustus 2001⁸ (gedeeltelijk aangepast bij beslissing op bezwaar van 11 februari 2002⁹). Tegen de beslissing op bezwaar had KPN geen beroep ingesteld zodat deze tarieven onherroepelijk waren vastgesteld. In navolging van het KPN-BaByXL-besluit had KPN haar verde-

2 Zie b.v. Q.R. Kroes en B.J.H. Braeken, 'Telecom-geschilbeslechting: een jurisprudentie-update', *Mediaforum* 2009-4, p. 146-154.

3 A.T. Ottow, 'De bevoegdheidsverdeling tussen OPTA en de civiele rechter', *Mediaforum* 2002-10, p. 316-319.

4 De door Ottow in haar artikel genoemde procedures zijn merendeels niet gepubliceerd. De auteur is bij enkele procedures betrokken geweest. Tenzij anders vermeld, baseert de auteur zich op de door Ottow beschreven feiten en uitspra-

ken.

5 OPTA/IBT/2001/203129.

6 Zie verwijzing in *Mediaforum* 2002-11/12, p. 360.

7 Rb. Rotterdam 31 mei 2006, IJN AX9000.

8 15 augustus 2001/OPTA/IBT/2001/201893 (OPTA/JZ/2002/2200392) deels aangepast.

9 OPTA/JZ/2002/2200392.

ring op QSC voor door QSC bestelde collocatiediensten verminderd met een bedrag van NLG 4.127.854,50. De curator meende evenwel dat met het BaByXL-besluit ook de rechtsgrond voor een eerste termijnbetaling die QSC had verricht was komen te ontvallen. KPN bestreed dat aangezien in haar ogen de eerste termijnbetaling onderdeel vormde van een betalingsregeling. Volgens KPN deed het BaByXL-besluit niet af aan de rechtsgrond voor die termijnbetaling.

De rechtbank oordeelde op dit feitelijk punt anders. Maar interessant zijn met name de overwegingen van de rechtbank ten aanzien van de doorwerking van geschilbesluiten van OPTA naar derde partijen:

KPN heeft terecht aangevoerd dat QSC niet rechtstreeks rechten kan ontlenen aan het BaByXL besluit in die zin dat daardoor ook in haar rechtsverhouding met KPN nieuwe verbintenissen zijn ontstaan die in de plaats zijn getreden van de tot dan toe tussen deze partijen bestaande verbintenissen. De rechtbank begrijpt evenwel het standpunt van de curator en met name diens beroep op onverschuldigde betaling zo, en vult voor zover nodig de rechtsgronden in deze zin aan, dat de curator het standpunt inneemt dat de betalingsverplichting jegens KPN ingevolge de overeenkomsten onder deze omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (artikel 6:248 BW).

Aldus begrepen treft de stelling van de curator doel. Nu de OPTA de door KPN te hanteren tarieven in het BaByXL besluit met terugwerkende kracht heeft vastgesteld in de rechtsverhouding tussen KPN en BaByXL, leidt het hiervoor genoemde toepasselijke wettelijk regime, in het bijzonder het daarin vastgelegde non-discriminatie beginsel, in het onderhavige geval tot het doordeel dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat KPN jegens QSC aanspraak zou mogen maken op betaling van meer dan het bedrag waarop zij recht zouden hebben gehad indien in de overeenkomsten de door de OPTA in het BaByXL besluit vastgestelde tarifieringsystematiek zou zijn gevolgd.

Deze uitspraak illustreert dat op grond van de redelijkheid en billijkheid doorwerking van geschilbesluiten naar relaties tussen niet bij het geschil betrokken partijen onder omstandigheden mogelijk is. Dat doet de vraag rijzen waarom de Rechtbank Rotterdam in de zaak KPN-QSC tot een geheel andere uitkomst kwam dan in de zaak KPN-BT. Ik zie in elk geval twee belangrijke verschillen.

In de eerste plaats hechtte de Rechtbank Rotterdam in de zaak KPN-BaByXL veel belang aan de non-discriminatieplicht zoals die op KPN rust(te). Op grond van die plicht diende KPN afnemers die zich in een gelijke positie bevinden gelijkwaardig te behandelen. Dat betekent dat het zowat is uitgesloten dat OPTA in een geschilbesluit tussen KPN en QSC de tarieven voor geleverde collocatiediensten op een ander niveau zou vaststellen dan in het BaByXL-besluit. In de zaak KPN-BT betrof het daarentegen door BT geleverde diensten. BT baseerde zich op een besluit waarin de tarieven van Energis waren vastgesteld, maar er was geen wettelijke verplichting op grond waarvan voor BT dezelfde tarieven zouden moeten worden vastgesteld. Gelet hierop was het in beginsel niet ondenkbaar dat voor BT andere FTA-tarieven zouden worden vastgesteld dan voor Energis. Een geheel bevredigende verklaring voor het verschil in uitkomst is dit overigens niet omdat OPTA wel degelijk schriftelijk had aangekondigd om een (eventueel) geschil tussen KPN en BT langs dezelfde lijnen te zullen afdoen als in het besluit KPN-BaByXL.

Een tweede – waarschijnlijk belangrijkere – verklaring voor het verschil in uitkomst is dat het BaByXL-besluit waarop de curator van QSC zich beriep onherroepelijk was geworden. De in het BaByXL-besluit vastgestelde tarieven stonden dus definitief vast. Daarentegen was in de Energis- en BT-procedures nog beroep aanhangig tegen OPTA's geschilbesluit waarin Energis' FTA-tarieven waren vastgesteld. Deze tarieven stonden nog niet definitief vast en niet kon worden uitgesloten dat KPN na afloop van de (hoger) beroepsprocedure alsnog gelijk zou krijgen.

Voor deze lezing is steun te vinden in een arrest van de Hoge Raad van 7 april 1995. Daarin overwoog de Hoge Raad weliswaar dat in civiele procedures moet worden uitgegaan van de geldigheid van een besluit, ook al is daartegen nog een bestuursrechtelijke procedure aanhangig.¹⁰ Maar tegelijkertijd nuanceerde de Hoge Raad dit uitgangspunt als volgt:

de eisen van een behoorlijke rechtspleging kunnen meebrengen dat de burgerlijke rechter, teneinde mogelijk tegenstrijdige beslissingen te voorkomen, zijn uitspraak aanhoudt totdat zodanige onherroepelijke beslissing is verkregen; daartoe zal met name grond bestaan ingeval te verwachten valt dat bij die beslissing het besluit zal worden vernietigd. De burgerlijke rechter kan ook, in plaats van zijn uitspraak aan te houden, die uitspraak doen onder de voorwaarde van de uitkomst van de administratiefrechtelijke rechtsgang.¹¹

Hiermee wordt duidelijk dat, indien de bestuursrechtelijke procedure nog aanhangig is, de civiele rechter bij de beslissing om de procedure aan te houden toch kan treden in de vermoedelijke rechtmatigheid van het besluit. In de zaak KPN/Energis deed de voorzieningenrechter dit ook. Ondanks dat de FTA-tarieven van Energis door OPTA waren vastgesteld en dit besluit niet was geschorst, werd de door Energis gevraagde (primaire) vordering afgewezen.¹² De civiele rechter had kennelijk twijfels over de rechtmatigheid van het besluit – die door KPN werd bestreden – en wilde om die reden eerst de uitkomst van de bestuursrechtprocedure afwachten.

Dat brengt ons vervolgens terug bij de hierboven afgedrukte uitspraak van de kantonrechter. Ook Alticom verzocht om de civiele procedure aan te houden in afwachting van de uitkomst van het beroep tegen OPTA's geschilbesluit. De kantonrechter zag daartoe echter geen aanleiding en overwoog dat het besluit van OPTA niet is geschorst en voor partijen bindend is. Ook wees de kantonrechter op de onzekerheid omtrent de duur van de beroepsprocedure.

Conclusie

In de afgelopen jaren is over de doorwerking van geschilbesluiten van OPTA in civiele rechtsverhoudingen het nodige geprocedeerd. Als dergelijke besluiten onherroepelijk zijn geworden, dan is uitgangspunt dat de door OPTA vastgestelde regels (mede) bepalend zijn voor de (invulling van de) contractuele verhouding tussen de bij het geschil betrokken partijen. Uit de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam in de zaak KPN-QSC blijkt dat onder omstandigheden geschilbesluiten via de band van de redelijkheid en billijkheid zelfs kunnen doorwerken in de civiele verhouding tussen niet bij het geschilbesluit betrokken partijen.

Ook wanneer tegen een geschilbesluit van OPTA nog een bestuursrechtelijke procedure aanhangig is en dat besluit derhalve nog niet onherroepelijk is geworden, dient de civiele rechter in beginsel uit te gaan van de geldigheid van het besluit. De civiele rechter kan evenwel besluiten om de civiele procedure aan te houden of een voorwaardelijke uitspraak te wijzen, indien hij verwacht dat het besluit zal worden vernietigd.

De uitspraak van de kantonrechter in NOVEC-Alticom is binnen dat rechtskader goed te volgen. Uit de uitspraak blijkt overigens niet dat Alticom gemotiveerd had bepleit of te verwachten was dat OPTA's geschilbesluit zal worden vernietigd. Uit de uitspraak kan worden opgemaakt dat Alticom voornamelijk had aangevoerd dat OPTA niet bevoegd is in te grijpen in de civielrechtelijke verhoudingen tussen partijen. In de uitspraak laat de kantonrechter zich in elk geval niet uit over de vermoedelijke rechtmatigheid van OPTA's geschilbesluit. Uit de praktijk blijkt dat besluiten van OPTA met enige regelmaat worden vernietigd. Dat zou op zichzelf genomen voer moeten geven voor advocaten die in een civiele procedure willen betogen dat kan worden verwacht dat een besluit van OPTA zal worden vernietigd in de bestuursrechtelijke procedure. Niettemin lijkt in dergelijke gevallen van uit oogpunt van rechtszekerheid enige terughoudendheid van de civiele rechter op zijn plaats.

10 HR 7 april 1995, NJ 1997/166 (Smit/Staat), r.o.v. 3.6.

11 Idem.

12 A. T. Ottow, a.w., p. 317. Mogelijk speelde hierbij ook een rol dat sprake was van een kort geding. Volgens vaste jurisprudentie is voor toewijzing van geldvorde-

ringen in kort geding als de verschuldigdheid boven redelijke twijfel is verheven. De enkele aanwezigheid van een (niet-geschorst) besluit van een toezichthouder is daartoe kennelijk onvoldoende.