

Besluit Openbaar

Ons kenmerk OPTA/AM/2012/202323

Zaaknummer: 12.0167.28

Datum:

Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit op grond van artikel 3, vijfde lid, van de Wet openbaarheid van bestuur inhoudende de gedeeltelijke inwilliging van een verzoek om informatie van Broadcast Technology & Development B.V.

1. Inleiding

Met onderhavig besluit, beslist het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) op een verzoek om informatie op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob). Hiertoe is nagegaan in hoeverre het verstrekken van de desbetreffende informatie achterwege dient te blijven vanwege enige (uitzonderings)grond in de Wob. Het college komt tot de slotsom dat het verzoek deels voor inwilliging in aanmerking komt.

2. Procedure

Bij brief van 13 augustus 2012 - bij het college binnengekomen op 14 augustus 2012 - heeft Broadcast Technology & Development B.V. (hierna: BTD), met een beroep op de Wob, het college verzocht om toezending van afschriften van de volgende documenten:

1. De volledige Allongeovereenkomst¹ die op 3 juli 2007 tussen NOVEC en KPN is gesloten inclusief eventuele bijlagen en alle eventueel nadien overeengekomen wijzigingen en aanpassingen bij die Allongeovereenkomst;
2. De door KPN met NOVEC op basis van de kaderregeling (en/of op basis van de Allonge) gesloten Locatieovereenkomsten;
3. Alle correspondentie (brieven, e-mails, gespreksverslagen inbegrepen) tussen OPTA en NOVEC en/of tussen OPTA en KPN en/of tussen NOVEC en KPN betreffende de totstandkoming, uitleg, toepassing en uitvoering van de onder a genoemde Allongeovereenkomsten en b genoemde Locatieovereenkomsten;
4. De vergoedingen zoals KPN die aan NOVEC voldoet voor het gebruik van zendmasten van NOVEC en zoals die voortvloeien uit de onder a en b genoemde, of andere bij OPTA in bezit zijnde documenten; zulks uitdrukkelijk met inbegrip van de plaatsing en exploitatie van antennesystemen voor digitale omroepuitzendingen;
5. Alle overige documenten die OPTA onder zich houdt en die betrekking hebben op de toepassing van het principe van non-discriminatie door NOVEC op de afnemers van

¹ Onder deze Allongeovereenkomst verstaat BTD tevens de tussen Novec B.V. en Nozema Services B.V. gesloten "Knipovereenkomst".

Besluit Openbaar

mastruimte, respectievelijk de toepassing en/of uitwerking van de Allongevereenkomst zoals die tussen NOVEC en KPN gesloten is;

6. Alle verslagen van en correspondentie over de jaarlijkse besprekingen tussen NOVEC en OPTA over de door NOVEC gehanteerde tarieven in de periode tussen 2005 en heden;
7. De tussen NOVEC en OPTA gewisselde documenten waaruit blijkt op welke wijze het tarief van NOVEC bepaald wordt, met inbegrip van alle daaraan ten grondslag liggende elementen; waaronder in elk geval begrepen de elementen die in de "clustering" van de masttarieven betrokken worden, waaronder de per zendmast betrokken kosten en opbrengsten, de elementen die in die clustering betrokken worden, de concrete afname in strekkende meters per zendmast voor elke zendmast die in de clustering betrokken wordt, de concrete afname in vierkante meters per zendmast of zenderopstelgebouw per zendmast voor elke zendmast en elk zenderopstelgebouw die in de clustering betrokken wordt, de bestaande kapitaallasten (gespecificeerd per zendmast) en de door NOVEC berekende WACC/ROA;
8. Het overleg (of de overleggen) dat (of die) kennelijk onlangs heeft (of hebben) plaatsgevonden tussen OPTA en NOVEC, over de gevolgen, implementatie en uitvoering van artikel 3.24 Telecommunicatiewet. Indien en voor zover van dat overleg geen verslag zou zijn opgemaakt, verzoekt BTD om dat alsnog te doen en daarvan een verslag ter hand te stellen.
9. De rapportage die OPTA opstelde, of heeft doen opstellen, naar aanleiding van de jaarlijkse berekening, zoals zij die heeft voorgeschreven in overweging 142 van haar besluit van 29 augustus 2002, kenmerk juli2002/OPTA/I/99/2072 waarvan de verplichtingen, na splitsing onder algemene titel, zijn overgegaan op NOVEC B.V.

Bij brief van 14 augustus 2012 heeft het college de ontvangst van voormeld verzoek om informatie bevestigd en aangegeven dat hij gebruik maakt van zijn bevoegdheid de beslistermijn ex artikel 6 van de Wob te verdagen. Verder is in die brief onder meer opgemerkt dat het verzoek betrekking heeft op documenten die (mede) informatie bevatten die derden aangaat, hetgeen voor het college reden is geweest NOVEC B.V. (hierna: NOVEC) te vragen naar haar zienswijze. Bovendien is ook KPN schriftelijk in kennis gesteld van het verzoek om informatie.

Bij brieven van 7 en 12 september 2012 heeft NOVEC haar zienswijze gegeven.

3. Juridisch kader

Ingevolge artikel 3, eerste lid, Wob kan een ieder een verzoek om informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid richten tot een bestuursorgaan of een onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf.

Ingevolge het vijfde lid van artikel 3 Wob wordt een verzoek om informatie ingewilligd met inachtneming van het bepaalde in de artikelen 10 en 11 van de Wob.

Artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, Wob bepaalt dat geen informatie wordt verstrekt voor zover dit bedrijfs- en fabricagegegevens betreft, die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld.

Besluit Openbaar

Artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g, Wob bepaalt dat het verstrekken van informatie achterwege blijft voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen het belang van het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van de bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.

4. Zienswijze NOVEC

In haar zienswijze van 7 september 2012 onderschrijft NOVEC het voorlopige oordeel van het college dat de documenten bedoeld onder nummer 1 tot en met 5, 7 en 9 kwalificeren als bedrijfs- en fabricagegegevens in de zin van artikel 10, eerste lid, aanhef en onderdeel c, Wob, dan wel de gevraagde documenten niet bij hem berusten, dan wel de gevraagde documenten/informatie reeds aan BNT ter kennis zijn gesteld.

Ten aanzien van zowel het gesprekverslag van 2010, 2011 als dat van 2012 beroept NOVEC zich primair op integrale vertrouwelijkheid omdat de gesprekken in vertrouwelijkheid hebben plaatsgevonden.

Subsidiar is NOVEC van mening dat ten minste pagina 1 van 2, 3^e punt alsmede pagina 2 van 2, 4^e punt uit het verslag van 2011 vertrouwelijk zijn. Wat betreft het verslag uit 2012 is naar het oordeel van NOVEC het laatste punt op pagina 1 en dat doorloopt op pagina 2 vertrouwelijk. Deze passages zien op de bedrijfsvoering van NOVEC.

5. Beoordeling

Het college is van oordeel dat sprake is van een verzoek om informatie als bedoeld in artikel 3, eerste lid, van de Wob. Hierna wordt getoetst of en in hoeverre sprake is van informatie die in het licht van artikel 10 van de Wob niet wordt verstrekt. Het college zal wat betreft de diverse informatieverzoeken de nummers aanhouden zoals die hiervoor in § 2 (Procedure) zijn opgesomd.

1 en 2 Allongeovereenkomst en Locatieovereenkomsten

De hiervoor onder 1 bedoelde Allongeovereenkomst, is in het kader van het bij het college door Broadcast Newco Two B.V.² (hierna: BNT) op 9 juli 2009 aanhangig gemaakte geschil tussen BNT en NOVEC ex artikel 12.2 van de Tw (zaaknummer 09.0170.21) door NOVEC vertrouwelijk aan het college overgelegd. Het college is van oordeel dat deze overeenkomst bedrijfs- en fabricagegegevens bevat als bedoeld in artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wob. Dit geldt evenzeer voor de onder 2 bedoelde Locatieovereenkomsten, waarover het college de beschikking heeft gekregen in het kader van een eerder in 2009 in behandeling genomen geschil tussen KPN en NOVEC. Het gaat immers om informatie betreffende de afzet van de diensten van NOVEC en één van haar afnemers. Het college wijst er nog op dat de Allongeovereenkomst deel uitmaakt van de processtukken zoals die

² BTD en BNT werken in het economisch verkeer onder de naam Broadcast Partners.

Besluit Openbaar

in de beroepsprocedures over de besluiten van het college in voormeld geschil tussen BNT en NOVEC zijn ingediend bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: het CBb). In die procedures heeft het college het CBb verzocht om onder meer ten aanzien van de Allongeovereenkomst toepassing te geven aan artikel 8:29, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht.

3 Totstandkoming, uitleg, toepassing en uitvoering van de overeenkomsten

Nu het college zowel de Allongeovereenkomst als de Locatieovereenkomsten als bedrijfsvertrouwelijk beschouwt, ziet het college, naar zijn oordeel logischerwijs, ook de informatie over de totstandkoming, uitleg, toepassing en uitvoering van die overeenkomsten - voor zover daarover bij het college documenten berusten - als bedrijfsvertrouwelijke informatie in de zin van artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wob.

4 Vergoedingen KPN aan NOVEC

Ten aanzien van het verzoek om informatie bedoeld onder nummer 4 merkt het college op dat bij hem geen documenten berusten over vergoedingen die KPN thans aan NOVEC voldoet voor het gebruik van zendmasten van NOVEC. Wel merkt het college nog op dat bij hem een rapport berust dat op verzoek van het college, door het accountantskantoor Mazars, in 2009 is opgesteld in het kader van de geschilprocedure tussen KPN en NOVEC met betrekking tot het tarief dat NOVEC aan KPN rekent voor het (mede)gebruik van de antenne-opstelpunten. Het college heeft de openbare versie van dat rapport reeds aan BNT verstrekt naar aanleiding van een door BNT op 16 september 2009 ingediend Wob-verzoek³. Voor zover in de openbare versie van dat rapport passages onleesbaar zijn gemaakt, is dat - onder verwijzing naar de relevante bepalingen uit de Wob - gemotiveerd.

5 Informatie betreffende toepassing van het principe van non-discriminatie

Het college verwijst ten aanzien van het verzoek om informatie betreffende de toepassing van het principe van non-discriminatie door NOVEC op de afnemers van mastruimte, naar de stukken waarover BNT reeds in het kader van de geschilprocedure BNT/NOVEC en de daarop volgende beroepsprocedures beschikt. Het college heeft daarbij het oog op de pleitnota van NOVEC ten behoeve van de hoorzitting op 19 augustus 2009 en de schriftelijke reactie van NOVEC van 1 september 2009 op het door BNT opgestelde rekenvoorbeeld betreffende de mast van NOVEC in IJsselstein. Voor het overige berusten bij het college geen documenten ten aanzien van dit onderwerp.

6 Verslagen/correspondentie over de jaarlijkse besprekingen tussen NOVEC en OPTA

In het verzoek onder nummer 6 vraagt BTB om afschriften van alle verslagen van en correspondentie over de jaarlijkse besprekingen tussen NOVEC en OPTA en over de door NOVEC gehanteerde tarieven in de periode tussen 2005 en heden. Het college merkt op dat bij hem een tweetal verslagen berust van gesprekken die hebben plaatsgevonden tussen medewerkers van OPTA en medewerkers van NOVEC. Afschriften van deze verslagen zullen u, onder weglating van (bedrijfs)vertrouwelijke informatie, worden verstrekt.

³ Besluit van 20 oktober 2009 (OPTA/AM/2009/202197) en de beslissing op het bezwaar van 9 maart 2010 (OPTA/AM/20101/200781).

Besluit Openbaar

Voor zover er in vorenbedoelde verslagen passages onleesbaar zijn gemaakt, gaat het om informatie die kwalificeert als bedrijfsvertrouwelijke informatie als bedoeld in artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, Wob, dan wel informatie die bij openbaarmaking zal leiden tot onevenredige benadeling als bedoeld in artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g, Wob, van NOVEC.

In het verslag van 17 juni 2010 zijn twee passages onleesbaar gemaakt. De eerste passage bevat informatie over investeringen door NOVEC in haar infrastructuur alsmede over haar bedrijfsvoering en/of bedrijfsvisie en –strategie. De tweede passage betreft informatie over door NOVEC gemaakte huurkosten voor een specifieke locatie alsmede investeringskosten in haar infrastructuur.

De eerste als vertrouwelijk aangemerkte passage in het verslag van 31 mei 2011 betreft informatie over de ontwikkeling van de exploitatiekosten van NOVEC als gevolg van de wetswijziging alsmede bewijstechnische gevolgen van deze wetswijziging en mogelijke gevolgen daarvan voor de bedrijfsvoering van NOVEC. In de tweede passage gaat NOVEC - in het licht van de op stapel staande wetswijziging - in op de exploitatieplannen van haar infrastructuur en haar dienstverlening.

Het college merkt nog op dat hij het primaire standpunt van NOVEC, inhoudende dat sprake is van integrale vertrouwelijkheid, niet onderschrijft omdat, afgezien van de hiervoor beoordeelde passages, de gespreksverslagen voor het overige geen informatie bevat die wordt beschermd door een van de uitzonderingsgronden van de Wob.

Voor het overige berusten bij het college geen documenten betreffende dit verzoek om informatie.

7 Documenten betreffende de wijze waarop het NOVEC-tarief wordt bepaald

Ook aangaande het verzoek bedoeld onder nummer 7 verwijst het college BTD in het bijzonder naar het eerder genoemde rapport van Mazars alsmede de stukken waarover BNT reeds beschikt in het kader van de geschilprocedure BNT/NOVEC en de daarmee verband houdende beroepsprocedures, voor zover het college ten aanzien van die stukken niet een beroep heeft gedaan op artikel 8:29, eerste lid, Awb.

8 Overleggen in het kader van artikel 3.24 Telecommunicatiewet

Wat betreft het verzoek onder nummer 8, over het overleg (of de overleggen) dat (of die) kennelijk onlangs heeft (of hebben) plaatsgevonden tussen OPTA en NOVEC, over de gevolgen, implementatie en uitvoering van artikel 3.24 Telecommunicatiewet, berust bij het college een gespreksverslag. Een afschrift van dit gespreksverslag zal, behoudens (bedrijfs)vertrouwelijke informatie, worden verstrekt.

De in het verslag van 13 juni 2012 als vertrouwelijk aangemerkte passage onder de tiende bullet bevat informatie over de contractrelatie van NOVEC met Alicom, de ontwikkeling daarin alsmede informatie van NOVEC over haar toekomstige bedrijfsvoering. Deze informatie kwalificeert als bedrijfsvertrouwelijke informatie als bedoeld in artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, Wob, dan wel informatie die bij openbaarmaking zal leiden tot onevenredige benadeling als bedoeld in artikel 10,

Besluit Openbaar

tweede lid, aanhef en onder g, Wob, van NOVEC.

Het college merkt nog op dat hij het primaire standpunt van NOVEC, inhoudende dat sprake is van integrale vertrouwelijkheid, niet onderschrijft omdat, afgezien van de hiervoor beoordeelde passages, de gespreksverslagen voor het overige geen informatie bevat die wordt beschermd door een van de uitzonderingsgronden van de Wob.

9 De rapportage naar aanleiding van OPTA's besluit van 29 augustus 2002

Ten aanzien van het laatste onderdeel van het verzoek dat ziet op de rapportage over het besluit van het college van 29 augustus 2002, wordt opgemerkt dat een dergelijke rapportage niet is opgesteld. Een document dienaangaande berust niet bij het college.

6. Besluit

Gelet op vorenstaande wordt het op grond van artikel 3, vijfde lid, van de Wob, ingediende verzoek om informatie van BTD gedeeltelijk ingewilligd. Voor het overige wijst het college het verzoek af omdat sprake is van bedrijfsvertrouwelijke informatie in de zin van artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wob, dan wel openbaarmaking zal leiden tot onevenredige benadeling als bedoeld in artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g, Wob.

Omdat - gelet op artikel 6, vijfde lid, Wob - in dit geval een belanghebbende naar verwachting bezwaar tegen deze openbaarmaking zal hebben, wordt de informatie niet eerder verstrekt dan twee weken nadat onderhavige beslissing bekend is gemaakt.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,
namens het college,
(plv) Afdelingshoofd Markten

mr. K.J. Graver

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt bezwaar maken bij het College van de OPTA.

Het postadres is: College van de OPTA, Postbus 90420, 2509 LK Den Haag.

Het bezwaarschrift moet zijn ondertekend en moet ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaar is gericht bevatten. Voorts moet het bezwaarschrift de gronden van het bezwaar bevatten.

Het college wijst u op de mogelijkheid die de Algemene wet bestuursrecht de indiener van een bezwaarschrift biedt, om in dat geschrift het college te verzoeken de bezwaarschriftenfase over te slaan. Indien het college uw verzoek inwilligt, zal uw bezwaarschrift worden doorgezonden naar de rechtbank en daar als beroepschrift worden behandeld. De procedure kan daardoor worden verkort. Indien het college uw verzoek niet inwilligt, staat tegen deze beslissing geen beroep open en zal uw

**Besluit
Openbaar**

bezwaarschrift door het college worden behandeld.