



Ons kenmerk: ACM/DJZ/2014/203542
Zaaknummer: 13.1442.51.1.01

Beslissing op bezwaar van de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM)

I. Verloop van de procedure

1. Bij besluit van 17 februari 2014 met kenmerk ACM/DE/2014/200898 (hierna: het bestreden besluit) heeft ACM het verzoek om openbaarmaking van TenneT TSO B.V. (hierna: TenneT) op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob) grotendeels afgewezen.
2. Tegen dit besluit heeft TenneT bij brief van 13 maart 2014 bezwaar gemaakt.
3. Bij brief van 29 april 2014 heeft ACM de beslissing op het bezwaarschrift met zes weken verdaagd.
4. ACM en TenneT hebben op 27 mei 2014 telefonisch besproken dat geen behoefte bestaat aan het organiseren van een hoorzitting.

II. Bezwaargronden

5. In bezwaar heeft TenneT – samengevat weergegeven – in algemene zin opgemerkt dat het bestreden besluit onvoldoende is gemotiveerd en voorbereid. Dit geldt volgens TenneT in het bijzonder voor het beroep van ACM op de zogenoemde relatieve uitzonderingsgronden van de Wob. Een onderbouwde belangenafweging was hier volgens TenneT op zijn plaats geweest.
6. Voor zover het verzoek is afgewezen op grond van artikel 11, eerste lid, van de Wob betoogt TenneT dat geen sprake is van documenten ten behoeve van intern beraad. Het contact met andere toezichthouders zoals het Bundesnetzagentur en de Council for European Energy Regulators (hierna: CEER) moet volgens TenneT worden gekwalificeerd als gestructureerd overleg. Daarnaast vallen deze andere toezichthouders volgens TenneT niet onder de reikwijdte van de Wob. Het zijn volgens TenneT namelijk geen bestuursorganen als bedoeld in de Wob. De gevraagde documenten die samenhangen met de benchmarkonderzoeken waarop ACM haar methodebesluiten heeft gebaseerd, hebben



volgens TenneT een extern karakter. Een andere classificatie van deze documenten verdraagt zich volgens TenneT ook niet met de stelling van ACM dat het consortium dat de onderzoeken heeft uitgevoerd, onafhankelijk is. Verder voert TenneT aan dat het onwaarschijnlijk is dat in alle documenten ten behoeve van intern beraad persoonlijke beleidsopvattingen zouden voorkomen of dat die documenten niet geschoond van dergelijke opvattingen openbaar zouden kunnen worden gemaakt. TenneT verwacht dat het bij de betreffende correspondentie niet gaat om persoonlijke beleidsopvattingen, maar om feiten of de resultaten van onderzoek van feitelijke aard.

7. Verder betoogt TenneT dat ACM ten onrechte toepassing heeft gegeven aan artikel 10, tweede lid, aanhef en onder a, van de Wob. Deze uitzonderingsgrond is volgens TenneT bedoeld voor diplomatieke correspondentie, interne stukken van internationale organisaties en voorbereidende stukken voor verdragen en andere internationale afspraken. Het is duidelijk dat TenneT om een ander soort documenten heeft verzocht. Zij verwacht dat deze documenten geen politiek gevoelige onderwerpen omvatten. ACM heeft volgens TenneT verder onvoldoende inzichtelijk gemaakt dat het Bundesnetzagentur bezwaar zou hebben tegen de openbaarmaking van de documenten.
8. Ten slotte betoogt TenneT dat ACM ten onrechte toepassing heeft gegeven aan artikel 10, tweede lid, aanhef en onder d, van de Wob. Deze uitzonderingsgrond heeft volgens TenneT geen betrekking op de begrip "toezichtstrategie" zoals ACM meent, maar op controletechnieken en –tactieken. Volgens TenneT valt niet in te zien dat de verzochte correspondentie hierover informatie zou bevatten en is het verontrustend dat ACM kennelijk haar toezichtstrategie toepast in de benchmark-onderzoeken. Toepassing van artikel 10, tweede lid, aanhef en onder d, van de Wob verdraagt zich volgens TenneT ook niet met de claim van ACM dat sprake is van onafhankelijk onderzoek. Verder wijst TenneT erop dat blijkens de memorie van toelichting inspectie, controle en toezicht zijn gericht op het vaststellen van niet strafbare feiten. De correspondentie waarom is verzocht is niet gericht op het vaststellen van feiten, maar op de berekeningswijze van de doelmatigheidskortingen en de communicatie met de uitvoerders van het onderzoek.

III. Beoordeling

9. Het verzoek van TenneT heeft betrekking op alle documenten over de totstandkoming van de e3grid2012-studie en de STENA2012-studie. In bijzonder betreft het documentatie inzake de contacten tussen ACM enerzijds en Frontier Economics Ltd, SumicSid SPRL en Consentec GmbH¹ (hierna: het consortium) anderzijds, tussen ACM en andere toezichthouders, en documenten betreffende second opinions of andere adviezen over deze studies.

¹ Inclusief PricewaterhouseCoopers N.V. als onderaannemer.



10. ACM deelt niet het standpunt van TenneT dat het bij de betreffende documenten – hoofdzakelijk e-mailberichten – niet gaat om informatie opgesteld ten behoeve van intern beraad. Blijkens de wetsgeschiedenis (Kamerstukken II, 1986-1987, 19 859, nr. 3, p. 13) wordt het interne karakter van een stuk bepaald door het oogmerk waarmee het stuk is opgesteld. Ook documenten afkomstig van derden die niet tot de kring van de overheid behoren, kunnen blijkens de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (bijvoorbeeld ECLI:NL:RVS:2013:CA2883) worden aangemerkt als documenten die zijn opgemaakt ten behoeve van intern beraad, indien de documenten met dat oogmerk zijn opgesteld. De aan de orde zijnde e-mailberichten hebben betrekking op het proces dat heeft geleid tot de e3grid2012-studie en de STENA2012-studie. De inhoud van die e-mailberichten is onvoldragen; het gaat om voorstellen, aanbevelingen en persoonlijke opvattingen die in een open discussie over de onderzoeken zijn uitgewisseld.
11. Daarmee staat vast dat de afzenders van de e-mailberichten de bedoeling hebben gehad dat deze zouden dienen voor henzelf of het gebruik door anderen binnen de overheid. ACM ziet niet in dat dit in tegenspraak zou zijn met het feit dat de studies zijn uitgevoerd door een onafhankelijk consortium. Het interne karakter van het beraad komt niet te vervallen doordat daaraan het karakter van gestructureerd overleg zou moeten worden toegekend. Hoewel in algemene zin kan worden gezegd dat regelmatig overleg plaatsvindt tussen ACM en andere toezichthouders zoals het Bundesnetzagentur en CEER, maar de betreffende e-mailberichten hebben betrekking op specifieke, voor de zesde reguleringsperiode bedoelde, studies.
12. Nu de e-mailberichten zijn opgesteld ten behoeve van intern beraad wordt op grond van artikel 11, eerste lid, van de Wob geen informatie verstrekt over de daarin opgenomen persoonlijke beleidsopvattingen. Zoals in het bestreden besluit is opgemerkt, bevatten de e-mailberichten zowel feitelijke informatie als persoonlijke beleidsopvattingen. Vanwege de grote verwevenheid van de persoonlijke beleidsopvattingen met de feitelijke informatie in de e-mailberichten kunnen beide niet, althans niet op begrijpelijke wijze, van elkaar worden gescheiden. ACM laat daarom, ook bij de heroverweging van het bestreden besluit in bezwaar, de openbaarmaking van de e-mailberichten op grond van artikel 11, eerste lid, van de Wob integraal achterwege.
13. ACM heeft zich ten aanzien van een aantal e-mailberichten waarbij het Bundesnetzagentur is betrokken, tevens beroepen op artikel 10, tweede lid, aanhef en onder a, van de Wob. Met deze uitzonderingsgrond wordt blijkens de wetsgeschiedenis (Kamerstukken II, 1986-1987, 19 859, nr. 3, p. 34) beoogd te voorkomen dat de wettelijke plicht tot het verstrekken van informatie tot gevolg zou hebben dat de Nederlandse internationale betrekkingen schade zouden lijden. Voor toepassing van deze bepaling is voldoende dat men als gevolg van het verschaffen van informatie voorziet dat het internationale contact op bepaalde punten stroever zal gaan lopen. Blijkens de rechtspraak (bijvoorbeeld ECLI:NL:RVS:2011:BP4737) kan uit de aard en inhoud van de gevraagde informatie zelf



volgen dat die voor de andere staat vertrouwelijk is. Gelet op het feit dat de e-mailberichten van en naar het Bundesnetzagentur betrekking hebben op het proces dat heeft geleid tot de studies, staat naar het oordeel van ACM voldoende vast dat het Bundesnetzagentur rekent op de vertrouwelijkheid van deze berichten. Ook bij heroverweging van het bestreden besluit in bezwaar weegt ACM het belang van goede betrekkingen met het Bundesnetzagentur zwaarder dan het belang van openbaarmaking. ACM zal in de toekomst vaker met deze toezichthouder samenwerken en daarvoor is een goed contact wenselijk.

14. ACM heeft zich ten aanzien van een aantal e-mailberichten tevens beroepen op artikel 10, tweede lid, aanhef en onder d, van de Wob, aangezien uit deze berichten de wijze waarop door haar het toezicht wordt uitgeoefend, kan worden afgeleid. Dit betekent niet dat ACM in de benchmark-onderzoeken haar toezichtstrategie heeft toegepast. In het kader van deze onderzoeken heeft ACM namelijk geen toezichtshandelingen verricht. ACM ziet niet in dat de uitzonderingsgrond genoemd in artikel 10, tweede lid, aanhef en onder d, van de Wob niet van toepassing zou zijn, omdat de e-mailberichten volgens TenneT niet zijn gericht op het vaststellen van feiten en de studies zijn uitgevoerd door een onafhankelijk consortium. Ook bij heroverweging van het bestreden besluit in bezwaar weegt ACM het belang van het effectief kunnen uitoefenen van toezicht zwaarder dan het belang van het verstrekken van de betreffende e-mailberichten.

15. Gezien het voorgaande falen de bezwaargronden van TenneT.

IV. Dictum

16. ACM verklaart het bezwaar van TenneT ongegrond.

Den Haag, - 3 JUL 2014

Autoriteit Consument en Markt
namens deze,

mr. M.T.P.J. van Oers
Directeur Juridische Zaken

Tegen dit besluit kan degene wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking daarvan beroep instellen bij de sector bestuursrecht van de bevoegde rechtbank. Nadere informatie over de beroepsprocedure is te vinden op www.rechtspraak.nl.