

Besluit

Openbaar bedrijfsvertrouwelijke passages zijn weergegeven als [bedrijfsvertrouwelijk]

Ons kenmerk: OPTA/EGM/2004/203095

Zaaknummer: E04203051

Datum: 10 augustus 2004

Besluit van het College van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit op grond van artikel 2 van de Wet Openbaarheid van Bestuur aangaande het tariefvoorstel van KPN voor de wijziging van het retentie deel van de 06760-eindgebruikerstarieven.

1 Samenvatting

Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) heeft van Enertel N.V. (hierna: Enertel) een verzoek ontvangen waarin zij aangeeft vernomen te hebben dat Koninklijke KPN N.V. (hierna: KPN) een tariefvoorstel ter beoordeling bij het college heeft ingediend. Dit tariefvoorstel betreft een wijziging van het retentiegedeelte van de 06760-eindgebruikerstarieven. Enertel verzoekt het college op grond van artikel 4:8 van de Algemene Wet Bestuursrecht (hierna: Awb) in staat gesteld te worden haar zienswijze bij het college naar voren te brengen. Tevens verzoekt Enertel het college haar de voor dit tariefvoorstel relevante stukken toe te sturen. Indien dit laatste niet mogelijk is wordt het college verzocht dit verzoek te lezen als zijnde een informatieverzoek op grond van de Wet Openbaarheid van Bestuur (hierna: de Wob).

Het college had ten tijde van ontvangst van het verzoek van Enertel reeds het tariefvoorstel van KPN goedgekeurd. Reeds om die reden is het niet mogelijk Enertel op grond van 4:8 van de Awb haar zienswijze te laten voorleggen aan het college. Daarbij merkt het college op dat hij van mening is dat een beoordeling van een tariefvoorstel zich niet leent voor het vooraf horen van derden op grond van artikel 4:8 Awb. Derhalve beschouwt het college het informatieverzoek van Enertel als zijnde een informatieverzoek op grond van de Wob.

Het college heeft aan de verschillende marktpartijen gevraagd welke passages uit de betreffende stukken zij aanmerken als zijnde bedrijfsvertrouwelijk. Het college heeft de bedrijfsvertrouwelijkheid van de aangemerkte passages beoordeeld en is van oordeel dat deze bedrijfsvertrouwelijke informatie bevatten. Het college heeft deze passages onleesbaar gemaakt. De openbare versie van deze stukken zijn als bijlage bij dit besluit gevoegd.

2 Verloop van de procedure

Op 21 juli 2004 heeft het college een fax, met referentie PB/389819/OPTA-b01, van Enertel ontvangen. Het college heeft Enertel per brief, met kenmerk OPTA/EGM/2004/202710, op 2 augustus 2004 te kennen gegeven dat hij de termijn verlengt met twee weken.

Besluit

Openbaar bedrijfsvertrouwelijke passages zijn weergegeven als [bedrijfsvertrouwelijk]

3 Feiten

Enertel geeft in de fax van 21 juli 2004 aan dat zij heeft vernomen dat KPN een tariefvoorstel bij het college heeft ingediend voor de wijziging van het retentiegedeelte van de 06760-eindgebruikerstarieven. Het college heeft op 13 mei 2004 dit tariefvoorstel, met kenmerk 2004-U-0144-RvB, van KPN ontvangen. Op 8 juli 2004 heeft het college het tariefvoorstel per besluit, met kenmerk OPTA/EGM/2004/202099 (openbare versie), goedgekeurd.

Het door het college goedgekeurde tariefvoorstel betreft een verhoging van de retentie van de 06760-eindgebruikerstarieven. Het eindgebruikerstarief voor de 06760-dienst¹ is opgebouwd uit een retentie voor KPN en een afdracht aan een andere aanbieder. De retentie is een vergoeding voor het gebruik van het netwerk van KPN en de afdracht is een vergoeding voor het gebruik van het netwerk van de andere aanbieder. De hoogte van de afdracht wordt door de andere aanbieder vastgesteld, KPN draagt deze vergoeding volledig af aan de andere aanbieder. Het tariefvoorstel van KPN betreft uitsluitend een wijziging van de hoogte van de retentie. Van een wijziging van de afdracht is derhalve geen sprake.

Enertel verzoekt het college op grond van artikel 4:8 van de Awb haar in de gelegenheid te stellen haar zienswijze aangaande KPN's tariefvoorstel van 13 mei 2004 bij het college naar voren te brengen. Ten tweede verzoekt Enertel het college haar, op grond van artikel 4:8 van de Awb, alle relevante stukken die aan de aanvraag van KPN ten grondslag liggen, te doen toekomen. Enertel geeft aan dat, indien het niet mogelijk blijkt te zijn om de relevante stukken in het kader van haar eerste verzoek te verstrekken, dit verzoek gelezen moet worden als zijnde een verzoek op grond van de Wob.

4 Juridisch kader

Artikel 4:8, eerste en tweede lid van de Awb bepalen:

"1. Voordat een bestuursorgaan een beschikking geeft waartegen een belanghebbende die de beschikking niet heeft aangevraagd naar verwachting bedenkingen zal hebben, stelt het die belanghebbende in de gelegenheid zijn zienswijze naar voren te brengen indien:

- a. de beschikking zou steunen op gegevens over feiten en belangen die de belanghebbende betreffen, en*
- b. die gegevens niet door de belanghebbende zelf ter zake zijn verstrekt.*

2. Het eerste lid geldt niet indien de belanghebbende niet heeft voldaan aan een wettelijke verplichting gegevens te verstrekken."

Artikel 2 van de Wob bepaalt:

¹ De 06760-nummerreeks is beschikbaar voor het routeren van internetinbelverkeer. Internetinbelverkeer van KPN-abonnees begint op het netwerk van KPN en wordt door KPN afgeleverd bij een ISP, die op het netwerk van een andere aanbieder is aangesloten. KPN stuurt uiteindelijk de rekening aan de eindgebruiker.

Besluit

Openbaar bedrijfsvertrouwelijke passages zijn weergegeven als [bedrijfsvertrouwelijk]

“Een bestuursorgaan verstrekt bij de uitvoering van zijn taak, onverminderd het elders bij de wet bepaalde, informatie overeenkomstig deze wet.”

Het eerste, tweede en derde lid van artikel 3 van de Wob bepalen verder:

“1. Een ieder kan 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.

2. De verzoeker vermeldt bij zijn verzoek de bestuurlijke aangelegenheid of het daarop betrekking hebbend document, waarover hij informatie wenst te ontvangen.

3. Een verzoek om informatie wordt ingewilligd met inachtneming van het bepaalde in de artikelen 10 en 11.”

Artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wob luidt als volgt:

“1. Het verstrekken van informatie ingevolge deze wet blijft achterwege voor zover dit:

c. bedrijfs- en fabricagegegevens betreft, die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld.”

Uit de jurisprudentie² volgt dat van bedrijfsvertrouwelijkheid sprake is indien en voor zover uit de gegevens wetenswaardigheden kunnen worden gelezen of afgeleid met betrekking tot de technische bedrijfsprocessen, het productieproces, dan wel met betrekking tot de afzet van producten of de kring van afnemers en leveranciers.

Artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g, van de Wob luidt als volgt:

“2. Het verstrekken van informatie ingevolge deze wet blijft eveneens achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen de volgende belangen:

g. het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.”

5 Overwegingen

Het college heeft zijn overwegingen ten aanzien van het verzoek van Enertel opgesplitst in twee onderdelen. Ten eerste het verzoek van Enertel op grond van artikel 4:8 van de Awb om haar zienswijze naar voren te mogen brengen. Hierbij zal het college ook ingaan op het informatieverzoek op grond van dit artikel. Ten tweede het informatieverzoek van Enertel op grond van de Wob.

5.1 Overwegingen ten aanzien van het voorleggen van Enertel's zienswijze

Enertel verzoekt het college op grond van artikel 4:8 van de Awb haar in de gelegenheid te stellen haar zienswijze met betrekking tot het tariefvoorstel van KPN bij het college naar voren te brengen. Enertel geeft aan hiertoe alleen in staat te zijn wanneer het college haar, ten behoeve van haar voorbereiding, alle relevante stukken die aan het tariefvoorstel ten grondslag liggen, doet toekomen.

² Onder andere ABRvS, 9 april 2003, AB 2003, 201.

Besluit

Openbaar bedrijfsvertrouwelijke passages zijn weergegeven als [bedrijfsvertrouwelijk]

Het college heeft het verzoek van Enertel op 21 juli 2004 ontvangen, het college heeft het betreffende tariefvoorstel van KPN reeds op 8 juli 2004 goedgekeurd. In zijn brief van 2 augustus 2004 heeft het college aan Enertel aangegeven dat het college hierdoor het verzoek van Enertel niet kan honoreren.

Het college wenst daarbij nog op te merken dat hij van oordeel is dat openbaarmaking van het feit dat het college een tariefvoorstel heeft ontvangen de indienende partij onevenredig benadeelt. Deze partij ziet naar het oordeel van het college bij openbaarmaking zijn voorgenomen strategie geopenbaard worden nog voordat er een besluit door het college is genomen over het voorstel. Verder bestaat de beoordelingsprocedure van voorstellen tot wijziging van KPN's eindgebruikerstarieven voor off net verkeer³, voor zover het een wijziging van de retentie van KPN betreft, en on net verkeer⁴ uit een kostenoriëntatie toets. Deze procedure geschiedt op basis van door KPN verstrekte bedrijfsvertrouwelijke gegevens en leent zich niet voor het vooraf horen van derden. Aangezien Enertel het college heeft verzocht gehoord te worden in het kader van een dergelijke tariefwijziging, namelijk de wijziging van de retentie van KPN van 06760-internetinbeldiensten, wijst het college het verzoek van Enertel op dit punt af. Een uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank van Rotterdam⁵ bevestigt dat de beoordelingsprocedure van een tariefvoorstel door het college zich niet leent voor het vooraf horen van derden. De rechtbank stelt:

“Aangezien het derde lid, van artikel 36 van het Boht van verweerder verlangt dat binnen drie weken op de aanvraag beslist dient te worden en er dikwijls concurrentiegevoelige informatie wordt verstrekt, leent deze procedure zich niet goed voor het vooraf horen van derdebelanghebbende.”

5.2 Overwegingen ten aanzien van het informatieverzoek

Het college heeft in zijn brief van 2 augustus 2004 aan Enertel aangegeven dat hij het verzoek om informatie op grond van artikel 4:8 van de Awb niet kan honoreren. Het college heeft het verzoek van Enertel om informatie dan ook gelezen als zijnde een verzoek op grond van de Wob.

Het college dient bij het openbaar maken van stukken bedrijfsvertrouwelijke informatie, zoals bedoeld in artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, Wob, achterwege te laten. Van bedrijfsvertrouwelijkheid is sprake indien en voor zover uit de gegevens wetenswaardigheden kunnen worden gelezen of afgeleid met betrekking tot de technische bedrijfsvoering of het productieproces, dan wel met betrekking tot de afzet van producten of de kring van afnemers en leveranciers.

Het college heeft aan de betrokken marktpartijen gevraagd welke passages uit hun correspondentie met het college zij aanmerken als zijnde bedrijfsvertrouwelijk. Het college heeft de bedrijfsvertrouwelijkheid van de aangegeven passages beoordeeld. Het college is van mening dat uit de aangegeven passages inderdaad informatie gelezen of afgeleid kan worden met betrekking tot de

³ Off net verkeer is verkeer vanaf het netwerk van KPN dat eindigt op het netwerk van een andere aanbieder.

⁴ On net verkeer is verkeer dat ontspringt en eindigt op het netwerk van KPN.

⁵ Uitspraak van 26 januari 2004 in de geschillen VTELEC 03/03690-HRK e.a.

Besluit

Openbaar bedrijfsvertrouwelijke passages zijn weergegeven als [bedrijfsvertrouwelijk]

technische bedrijfsvoering of het productieproces, de afzet van producten en de kring van afnemers en leveranciers.

Het college heeft daarom deze bedrijfsvertrouwelijke passages onleesbaar gemaakt en heeft de openbare versie van deze stukken als bijlage bij dit besluit gevoegd. Het betreft de volgende stukken:

- Brief van KPN van 27 april 2004 met kenmerk 04/029 pricing;
- Fax van Versatel van 4 mei 2004 zonder kenmerk;
- Tariefvoorstel van KPN van 12 mei 2004 met kenmerk 2004-00144-RvB;
- Brief van Tiscali van 14 mei 2004 zonder kenmerk;
- Brief van het college van 14 mei 2004 met kenmerk OPTA/EGM/2004/201739;
- E-mail van MCI van 17 mei 2004 zonder kenmerk;
- Brief van KPN van 3 juni 2004 met kenmerk 04/032 pricing;
- Brief van het college van 22 juni 2004 met kenmerk OPTA/EGM/2004/202149
- Besluit van het college van 8 juli 2004 met kenmerk OPTA/EGM/2004/202099.

6 Dictum

Het college besluit, op grond van artikel 2 van de Wob, de bovengenoemde stukken aangaande zijn goedkeuringsbesluit voor een hogere retentie in de 06760-eindgebruikerstarieven aan Enertel te doen toekomen. De bedrijfsvertrouwelijke passages uit de bijgevoegde stukken zijn door het college onleesbaar gemaakt.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,
namens het college,
hoofd van de afdeling Eindgebruikersmarkt (plv.)

mr. F.J.G. van der Plas

Bezwaar

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, t.a.v. afdeling Juridische Zaken, 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.