

Openbaar besluit

Openbaar: 0610239

BESLUIT

Ons kenmerk : OPTA/TN/2006/201961
zaaknummer : 0610239
datum : 30 juni 2006

Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit op de bezwaren van Koninklijke KPN N.V. (hierna: KPN) tegen het besluit van het college van 3 februari 2006, waarbij het college positief heeft beslist op een door een aantal telecomaanbieders ingediend verzoek om toezending van een afschrift van de ongeschoonde versie van het boeterapport van 18 november 2005. Bij dat besluit is beslist dat het rapport, met uitzondering van een aantal passages, zal worden verstrekt.

1. Samenvatting

Bij besluit van 3 februari 2006 heeft het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) besloten tot openbaarmaking van een boeterapport gedateerd 18 november 2005 (hierna: het boeterapport), met weglating van een aantal in het dictum van het besluit van 3 februari 2006 genoemde passages. KPN heeft tegen dit besluit bezwaar gemaakt. Het college verklaart de bezwaren van KPN grotendeels gegrond.

2. Verloop van de procedure

2.1 Op 18 november 2005 heeft een toezichthoudend ambtenaar van het college een boeterapport (kenmerk OPTA/BO/2005/203306) opgesteld. In het rapport wordt vastgesteld dat KPN Telecom B.V. een groot aantal ongeoorloofde kortingen heeft verstrekt. Op grond van dit rapport heeft het college bij besluit van 28 november 2005 (kenmerk OPTA/TN/2005/203364) KPN een bestuurlijke boete van € 17 miljoen opgelegd. Bij de bepaling van de hoogte van de boete heeft het college de bereidheid van KPN betrokken een bedrag van € 18 miljoen aan marktpartijen ter compensatie ter beschikking te stellen, onder een aantal door KPN geformuleerde voorwaarden. KPN heeft tegen het boetebesluit geen rechtsmiddel aangewend. Marktpartijen hebben de door KPN gestelde voorwaarden geaccepteerd, waarna het bedrag van € 18 miljoen is uitgekeerd.

2.2 Bij brief van 19 december 2005 heeft mevrouw mr. N.J. Linssen, namens BT Nederland N.V., Colt Telecom B.V., Enertel N.V., MCI Nederland B.V., Priority Telecom Netherlands B.V., Versatel Nederland B.V. en Atlantic Telecom Business B.V. (hierna aan te duiden als "marktpartijen") met een beroep op artikel 3 Wob gevraagd om toezending van een ongeschoonde versie van het boeterapport, inclusief de daarbij behorende bijlagen 1 t/m 11 en een ongeschoonde versie van het boetebesluit, inclusief de bijlagen 1 t/m 3. Bij het primaire besluit van 3 februari 2006 heeft het college

Openbaar besluit

geconstateerd dat een aantal van de in de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) opgenomen uitzonderingsgronden en beperkingen (artikelen 10, lid 1 aanhef en onder c Wob, artikel 10, lid 2 aanhef en onder e en g Wob) zich tegen openbaarmaking van een gedeelte van de door marktpartijen gevraagde informatie verzet. Het college heeft besloten het verzoek om informatie voor het overige in te willigen door openbaarmaking van geschoonde versies van het boeterapport en het besluit ter beschikking te stellen. Marktpartijen hebben tegen dit besluit geen bezwaar gemaakt.

2.3 KPN heeft bij brief van 24 februari 2006 bezwaar gemaakt tegen het besluit, voor zover dat ertoe strekt om een aantal onderdelen van het rapport wel openbaar te maken. Het betreft hier de volgende passages in het boeterapport:

- pagina 13, tweede alinea (eerste alinea van paragraaf 4.3);
- pagina 14, tweede tot en met vierde alinea;
- pagina 33, zesde (laatste) alinea;
- pagina 34, eerste en tweede alinea in hun geheel.

2.4 Bij brief van 19 april 2006 zijn KPN en marktpartijen uitgenodigd voor een hoorzitting op 15 mei 2006. Marktpartijen en KPN hebben bij brieven van 24 april 2006 respectievelijk 27 april 2006 aangegeven gebruik te willen maken van de gelegenheid om te worden gehoord.

2.5 In de brief van 27 april 2006 heeft KPN gevraagd om haar standpunt buiten aanwezigheid van marktpartijen te mogen toelichten. Het college heeft daarmee ingestemd. KPN is vervolgens op 15 mei 2006 buiten aanwezigheid van marktpartijen gehoord.

2.6 Na afloop van de mondelinge toelichting van KPN is vastgesteld dat de door KPN tijdens deze hoorzitting verstrekte informatie van dien aard was dat, achteraf beschouwd, geen sprake was van gewichtige redenen die zouden kunnen rechtvaardigen dat belanghebbenden afzonderlijk worden verhoord. Bij brief van 22 mei 2006 heeft het college aan KPN meegedeeld dat de mondelinge en schriftelijke inbreng van KPN tijdens dit gedeelte van de hoorzitting aan de gemachtigden van marktpartijen zal worden toegezonden. KPN heeft bij brief van 24 mei 2006 gereageerd op de brief van het college van 22 mei 2006. Per brief van 6 juni 2006 heeft het college KPN laten weten dat de reactie van KPN geen elementen bevat die het college hebben doen besluiten terug te komen op zijn besluit. In deze brief van 6 juni 2006 heeft het college opnieuw aan KPN meegedeeld dat de mondelinge en schriftelijke inbreng van KPN tijdens dit gedeelte van de hoorzitting aan de gemachtigden van marktpartijen zal worden toegezonden. Per brief van 16 juni 2006 is schriftelijke inbreng van KPN openbaar gemaakt aan gemachtigde van marktpartijen.

3. De gronden van bezwaar

3.1 KPN heeft, kort samengevat, de volgende gronden van bezwaar aangevoerd.

3.2 KPN stelt zich op het standpunt dat de onderdelen, tegen de openbaarmaking waarvan zij

Openbaar besluit

bezwaar heeft, bestaan uit bedrijfs- en fabricagegegevens als bedoeld in artikel 10 lid 1, aanhef en onder c, Wob. Naar het oordeel van KPN verzet dit artikel zich tegen openbaarmaking van de desbetreffende onderdelen.

3.3 KPN stelt voorts dat openbaarmaking van de desbetreffende onderdelen achterwege moet blijven omdat zij door openbaarmaking onevenredig zou worden benadeeld (art. 10 lid 2, onder g, Wob). KPN voert aan dat de informatie betrekking heeft op een kwestie die inmiddels tot de volledige schikking van partijen heeft geleid. Het enige belang dat marktpartijen bij openbaarmaking zouden kunnen hebben, is het gebruik van deze informatie om KPN te schaden. KPN betoogt verder dat de Wob tot doel heeft de burger in de gelegenheid te stellen inzicht te krijgen in bestuurlijke besluitvormingsprocessen en niet om concurrenten inzicht te geven in interne bedrijfsprocessen van concurrenten.

3.4 Bij gelegenheid van de hoorzitting heeft KPN zich voorts nog op het standpunt gesteld dat openbaarmaking van de desbetreffende passages ertoe zal leiden dat KPN in de toekomst minder snel eigener beweging informatie aan het college zal verstrekken. Naar het oordeel van KPN verzet ook artikel 10 lid 2, onder d, Wob zich om die reden tegen openbaarmaking.

4. Juridisch kader

4.1 Artikel 3 lid 1 Wob bepaalt dat een ieder een verzoek om informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid kan richten tot een bestuursorgaan. Een bestuurlijke aangelegenheid is "een aangelegenheid die betrekking heeft op beleid van een bestuursorgaan, daaronder begrepen de voorbereiding en de uitvoering ervan" (artikel 1 onder b Wob).

4.2 Artikel 3 lid 3 Wob bepaalt dat de verzoeker bij zijn verzoek geen belang hoeft te stellen.

4.3 Artikel 10 lid 1 onder c Wob bepaalt dat het verstrekken van informatie ingevolge deze wet achterwege blijft voor zover dit bedrijfs- en fabricagegegevens betreft, die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld.

4.4 Artikel 10 lid 2 Wob bepaalt, voor zover hier relevant, het volgende:

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

(...)

d. inspectie, controle en toezicht door bestuursorganen;

(...)

g. het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijk persoon of rechtspersonen danwel derden."

Openbaar besluit

5. Overwegingen

Bedrijfs- en fabricagegegevens

5.1 De passages, tegen de openbaarmaking waarvan KPN bezwaar heeft, beschrijven de door KPN gebruikte werkwijze bij het overeenkomen en uitkeren van individuele kortingen, waarvan het aanbieden in strijd was met de bij en krachtens de Telecommunicatiewet (oud) gestelde regels.

5.2 Ingevolge artikel 10 eerste lid onder c Wob wordt geen informatie verstrekt over bedrijfs- en fabricagegegevens. Artikel 10 lid 1 onder c Wob is een absolute uitzonderingsgrond, die restrictief moet worden geïnterpreteerd. Volgens vaste rechtspraak is van bedrijfs- of fabricagegegevens slechts sprake “indien en voor zover uit die gegevens wetenswaardigheden kunnen worden afgelezen of afgeleid met betrekking tot de technische bedrijfsvoering of het productieproces danwel met betrekking tot de afzet van producten of de kring van afnemers en leveranciers.” (ABRvS 17 juli 2002, LJN-nr. AE5445 en ABRvS 3 maart 1998, AB1998, 435). Het college is van oordeel dat de omschrijving van de werkwijze bij het overeenkomen en uitbetalen van ongeoorloofde kortingen niet is aan te merken als een beschrijving van technische bedrijfsvoering of een productieproces. Het college vindt daarvoor ook steun in de bedoeling van artikel 10 lid 1 onder c Wob: de bescherming van concurrentiegevoelige gegevens. De achterliggende gedachte bij artikel 10 lid 1 onder c Wob is dat concurrenten niet, door het overnemen van bedrijfsvoering of productieproces, in een betere positie ten opzichte van hun concurrent mogen komen.

5.3 Het college acht het bezwaar van KPN dat de desbetreffende passages zijn aan te merken als bedrijfs- en fabricagegegevens in de zin van artikel 10 lid 1 onder c Wob derhalve zonder grond.

Onevenredige benadeling

5.4 Met betrekking tot het standpunt van KPN dat zij onevenredig wordt benadeeld indien de desbetreffende informatie openbaar wordt gemaakt, merkt het college het volgende op. KPN kan in deze stelling worden gevolgd. Door openbaarmaking van de desbetreffende passages wordt inzicht geboden in de door KPN, bij het verlenen en uitbetalen van ongeoorloofde kortingen, gebruikte werkwijze. Aannemelijk is dat het openbaar worden van deze informatie KPN zal schaden. Dat betekent dat het belang dat moet worden voorkomen dat KPN onevenredig wordt benadeeld aan de orde is.

5.5 Het college heeft vervolgens dit belang afgewogen tegen het algemene belang dat de desbetreffende informatie openbaar wordt. Het college is, deze belangen afwegend, tot de conclusie gekomen dat het belang van KPN bij het voorkomen van onevenredige benadeling in dit geval zwaarder weegt dan het publieke belang van informatieverstrekking. Het college betreft hierbij in het bijzonder dat het gaat om informatie uit het verleden, dat KPN een compliance programma heeft ingericht om dergelijke handelingen in de toekomst te voorkomen, dat de werkwijze bij het toekennen en uitbetalen van ongeoorloofde kortingen op zichzelf niet relevant is voor het oordeel van OPTA,

Openbaar besluit

zoals neergelegd in het boetebesluit, dat KPN op grote schaal ongeoorloofde kortingen heeft verschaft en de desbetreffende werkwijze ook niet van betekenis is geweest voor de hoogte van de aan KPN opgelegde boete.

5.6 Het college komt, na heroverweging, tot het oordeel dat openbaarmaking van drie van de vier door KPN genoemde passages afstuit op het bepaalde in artikel 10 lid 2 onder g Wob. Dat geldt niet voor de passage op pag. 33, zesde (laatste) alinea van het boeterapport. Uit de passage (beginnende met de woorden "Uit het KPN document (...)") en eindigt met de woorden "betrokken waren" kan geen informatie worden afgeleid met betrekking tot de werkwijze van KPN bij het overeenkomen of uitbetalen van de ongeoorloofde kortingen.

Belang van het toezicht

5.7 Het college is voorts van oordeel dat openbaarmaking van de in de vorige paragrafen genoemde passage op pag. 33, zesde (laatste) alinea van het boeterapport niet afstuit op artikel 10 tweede lid onder d Wob. Zo KPN door openbaarmaking van deze (algemene) passage in de toekomst al terughoudender zou worden met het meewerken aan een onderzoek als het onderhavige is het college van oordeel dat de inhoud van de desbetreffende passage zodanig algemeen is dat het belang van de publieke informatieverstrekking zwaarder weegt.

5.8 Het voorgaande leidt tot het oordeel dat de bezwaren van KPN gegrond worden verklaard, met uitzondering van de passage op pag. 33, zesde (laatste) alinea.

6. Dictum

1. Het college verklaart het bezwaarschrift van KPN gericht tegen zijn besluit van 3 februari 2006 gegrond, voor zover het betrekking heeft op de volgende passages in het boeterapport:

- pagina 13, tweede alinea (eerste alinea van paragraaf 4.3);
- pagina 14, tweede tot en met vierde alinea;
- pagina 34, eerste en tweede alinea in hun geheel.

Het college besluit in zoverre alsnog het namens marktpartijen ingediende verzoek om informatie van 19 december 2005 af te wijzen.

Openbaar besluit

2. Het college verklaart het bezwaarschrift van KPN gericht tegen zijn besluit van 3 februari 2006 ongegrond, voor zover het de volgende passage betreft:

- pagina 33, zesde (laatste) alinea.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,
namens het college,
Hoofd Telefonie & Nummers

drs. D.I. Bos

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt beroep instellen bij de Rechtbank binnen het rechtsgebied waar de indiener van het beroepschrift zijn woonplaats heeft.

Het beroepschrift moet ondertekend en moet ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het beroep is gericht bevatten. Voorts moet het beroepschrift de gronden van het beroep bevatten en dient het afschrift van het bestreden besluit te worden meegezonden.

Voor het instellen van beroep is griffierecht verschuldigd. Informatie hierover kan worden ingewonnen bij de griffie van de Rechtbank.