



Besluit

Beslissing op bezwaar Woo-verzoek

Ons kenmerk : ACM/UIT/593466
Zaaknummer : ACM/22/180788
Datum : **03 maart 2023**

Samenvatting

In dit besluit verklaart de Autoriteit Consument en Markt (hierna: de ACM) het bezwaar van [vertrouwelijk] (hierna: [vertrouwelijk]) tegen de afwijzing van haar verzoek om openbaarmaking gegrond. In plaats van het integraal weigeren van al de verzochte stukken heeft de ACM elk document zelfstandig beoordeeld.

1. Verloop van de procedure

1. Bij brief van 15 juli 2022 heeft [vertrouwelijk] (hierna: [vertrouwelijk]) op grond van de Wet open overheid (hierna: Woo) verzocht om openbaarmaking van de integrale bijdragen inclusief de documentatie en correspondentie die betrekking heeft op de voorbereiding van de ACM op de:
 - i. evaluatie van VBER (EU) No 330/2010;
 - ii. impact assessment van de herziening van VBER (EU) No 330/2010;
 - iii. concept VBER en de bijbehorende conceptrichtsnoeren; en
 - iv. European Competition Network Verticals Working Group.¹
2. De ACM heeft bij besluit van 7 oktober 2022 (hierna: bestreden besluit) het verzoek van [vertrouwelijk] afgewezen.² Dit omdat – kort gezegd – de ACM geen ruimte had deze stukken openbaar te maken omdat dit de internationale betrekkingen zou kunnen bemoeilijken in de toekomst.
3. Op 15 november 2022 heeft [vertrouwelijk] bezwaar ingediend tegen het bestreden besluit.³ Op 12 december 2022 heeft [vertrouwelijk] haar bezwaar aangevuld.⁴ Op de hoorzitting van 16 januari 2023 heeft [vertrouwelijk] haar bezwaar verder toegelicht.⁵
4. Op 1 november 2022 verstuurde [vertrouwelijk] per e-mail een verzoek tot verstrekking van een document uit het dossier.⁶ De ACM heeft op 1 november 2022 per e-mail laten weten dat de verstrekking van het document in die fase niet mogelijk was.⁷ Op 15 november 2022 maakte [vertrouwelijk] ook bezwaar tegen de e-mail van de ACM van 1 november 2022.⁸ Op de hoorzitting van 16 januari 2023 heeft [vertrouwelijk] dit bezwaar ingetrokken, omdat de ACM het zaakdossier had verstrekt.

¹ ACM/IN/704762.

² ACM/UIT/584336.

³ ACM/IN/728401.

⁴ ACM/IN/734616.

⁵ Van de hoorzitting is een verslag (kenmerk: ACM/UIT/590222) gemaakt dat aan [vertrouwelijk] is gestuurd (kenmerk: ACM/UIT/591110).

⁶ ACM/IN/726214.

⁷ ACM/UIT/586247.

⁸ ACM/IN/728401.

2. Behandeling bezwaar

2.1. Toezicht, handhaving en regulering door de ACM

5. Net als in het bestreden besluit past de ACM in dit besluit de Woo toe in plaats van de Instellingswet ACM.
6. De ACM heeft in ruim twintig wetten in formele zin en in Europese verordeningen taken opgedragen gekregen in het kader van toezicht, handhaving en regulering. Bij de uitvoering van die taken is de ACM in hoge mate afhankelijk van het kunnen beschikken over vertrouwelijke gegevens en inlichtingen van ondernemingen, waarop zij toezicht houdt. De betrokken ondernemingen verstrekken die gegevens en inlichtingen aan de ACM in het vertrouwen dat de ACM deze niet openbaar maakt.
7. Het is niet te rechtvaardigen dat de ACM zulke gegevens toch openbaar maakt. Niet alleen de ondernemingen van wie de gegevens afkomstig zijn kunnen schade ondervinden door zulke openbaarmaking. Ook het toezicht van de ACM zelf kan daarmee ernstig worden geschaad. Indien de ACM gegevens en inlichtingen openbaar maakt die in vertrouwen aan haar zijn verstrekt, kan de vertrouwensrelatie tussen de ACM en de onder toezicht gestelde ondernemingen onder druk komen te staan. De uitvoering van de wettelijke taken van de ACM kan daardoor worden bemoeilijkt.
8. De wetgever heeft in de Instellingswet ACM mede met het oog op het doel van het toezicht van de ACM, een afzonderlijk stelsel van geheimhouding en openbaarmaking geïntroduceerd voor de informatie die de ACM voor dat toezicht onder zich heeft. De bepalingen van die wet hebben voorrang boven de bepalingen van de Woo.⁹ Zoals opgenomen in randnummer 5 past de ACM voor dit verzoek de Woo toe. De gevraagde documenten zien namelijk niet op een dossier waar het uitgangspunt van geheimhouding als bedoeld in artikel 7 Instellingswet ACM van toepassing is.

2.2. Bezwaargronden

9. [Vertrouwelijk] kan zich niet met het bestreden besluit verenigen en geeft hiertoe de volgende bezwaargronden:
 - a) De ACM heeft niet alle correspondentie waar het verzoek op ziet, opgenomen in de inventarislijst.
 - b) De ACM heeft in het bestreden besluit in strijd gehandeld met de uitzonderingsgronden in de Woo door uit te gaan van vertrouwelijkheid van alles dat in het European Competition Network (hierna: ECN) wordt uitgewisseld en van alles dat in de opgevraagde documenten staat.
 - c) De ACM beroept zich op een advies van de Europese Commissie (hierna: Commissie) ten aanzien waarvan de Commissie (tenminste ten dele) niet bevoegd is.
 - d) De ACM handelt in strijd met beginselen van behoorlijk bestuur door na te laten een belangenafweging te verrichten, althans, door dit onvoldoende te motiveren.

Inventarisatie documenten

10. Tijdens de hoorzitting overwoog [vertrouwelijk] dat zij het niet overtuigend vindt dat de ACM alle correspondentie waarop haar verzoek ziet, heeft opgenomen in de inventarislijst bij het besluit omdat slechts één gespreksverslag is opgenomen in de inventarislijst. De ACM deelt deze opvatting niet. De ACM heeft zoals beschreven in het bestreden besluit in de digitale archieven gezocht naar relevante informatie.¹⁰ Alle documenten die zijn aangetroffen na de zoekslag in mailboxen en gearchiveerde

⁹ Artikel 8.8 van de Woo.

¹⁰ ACM/UIT/584336, p. 2.

mappen van de ACM-medewerkers die betrokken waren bij het consultatieproces rondom de VBER zijn opgenomen in de inventarislijst.

11. De ACM acht het bezwaar van [vertrouwelijk] met betrekking tot de inventarisatie van documenten ongegrond.

Vertrouwelijkheid Verordening 1/2003

12. [Vertrouwelijk] stelt dat de ACM zich niet mocht baseren op vertrouwelijkheid van alle informatie die binnen het ECN wordt uitgewisseld. Volgens [vertrouwelijk] geldt juist een ruimere toegang tot documenten indien de Commissie in de hoedanigheid van wetgever optreedt, zoals bij de totstandkoming van de gewijzigde VBER. Dergelijke documenten moeten zoveel mogelijk rechtstreeks toegankelijk worden gemaakt. Dit staat, volgens [vertrouwelijk], expliciet in Verordening 1049/2001, onder andere in overweging zes.
13. In het bestreden besluit heeft de ACM geconcludeerd dat de gevonden documenten niet geopenbaard konden worden, omdat het belang van openbaarheid niet opweegt tegen het belang van de betrekkingen van Nederland met andere landen en internationale organisaties.¹¹
14. Een afwijzing van een verzoek tot openbaarmaking op grond van artikel 5.1, tweede lid, sub a, van de Woo dient op grond van het derde lid van dat artikel uitdrukkelijk te worden gemotiveerd. De memorie van toelichting bij de Woo overweegt dat verstrekking van informatie achterwege blijft voor zover aan het belang van de betrekkingen met andere landen en staten en met internationale organisaties “ernstig nadeel” wordt toegebracht. Dit kan worden aangetoond middels consultatie van de betreffende staat of organisatie.¹²
15. De Commissie geeft in haar reactie op de consultatie van de ACM aan dat de openbaarmaking van de documenten door de ACM een *detrimental* effect kan hebben op het functioneren van het ECN.¹³ Voorts heeft de Commissie het belang van vertrouwelijkheid geïllustreerd door te verwijzen naar de vertrouwelijkheid die geldt binnen het ECN in het kader van lopende procedures. Dat de Commissie het belang van vertrouwelijkheid binnen het ECN mede illustreert met wetgeving en jurisprudentie die in beginsel zien op lopende procedures, doet wat de ACM betreft niet af aan het gewicht dat mag worden toegekend aan het belang dat de Commissie hecht aan vertrouwelijkheid van al hetgeen dat in het ECN wordt behandeld.
16. Het voorgaande overwegend, komt de ACM tot de conclusie dat het belang van algemene openbaarmaking van de stukken die inzicht geven in hetgeen in het ECN wordt besproken niet opweegt tegen het belang van de betrekkingen van Nederland met andere landen en internationale organisaties, in dit geval de Commissie. De ACM acht het bezwaar van [vertrouwelijk] met betrekking tot de vertrouwelijkheid in Verordening 1/2003 ongegrond en vult de motivering van het bestreden besluit aan met deze paragraaf.

Bevoegdheid Commissie

17. Volgens [vertrouwelijk] had de ACM de Commissie niet formeel of informeel moeten consulteren over de documenten die niet afkomstig zijn van de Commissie. Hiertoe draagt zij het volgende aan.
18. Artikel 5 van de Verordening 1049/2001 is niet van toepassing ten aanzien van de openbaarmaking van documenten die niet afkomstig zijn van een EU-instelling, aldus [vertrouwelijk]. De Commissie is derhalve niet bevoegd om de ACM te adviseren over documenten afkomstig van de ACM. Volgens [vertrouwelijk] onderkent de Commissie dit zelf ook in haar advies.¹⁴ De Commissie zou evenmin bevoegd zijn de ACM te adviseren op grond van Verordening 1/2003. De Commissie mag in het kader

¹¹ Artikel 5.1, tweede lid, onder a, van de Woo.

¹² *Kamerstukken II* 2013/14, 33328, nr. 9, p. 44.

¹³ ACM/IN/718496.

¹⁴ ACM/IN/718496.

van Verordening 1/2003 alleen adviseren omtrent kartel- en misbruikprocedures. Hieruit volgt dat de ACM het weigeren van de documenten die niet van de Commissie afkomstig zijn niet mag baseren op de zienswijze van de Commissie, aldus [vertrouwelijk]. Tot slot is de Commissie volgens [vertrouwelijk] niet bevoegd om de ACM te adviseren over de toepassing van de nationale wetgeving, in dit geval de Woo,

19. De ACM stelt voorop dat zij op basis van artikel 5 van Verordening 1049/2001 bij een verzoek om openbaarmaking van documenten afkomstig van de Commissie de Commissie dient te raadplegen. Dit ging om negen documenten aangegeven als nummer: 30, 33, 35, 37, 39, 50, 53, 54 en 57 op de inventarislijst bijgevoegd als Bijlage 1. Het klopt dat de ACM aanvankelijk een bredere selectie van stukken, waaronder stukken niet afkomstig van de Commissie, aan de Commissie had voorgelegd. Zoals de Commissie in haar stuk zelf aangeeft, en zoals [vertrouwelijk] ook opmerkt, geeft de Commissie formeel gezien enkel een advies over de negen hiervoor genoemde stukken.¹⁵
20. Ten aanzien van de andere stukken geeft de Commissie mee dat zij denkt dat de ACM waarschijnlijk een vergelijkbare redenering kan toepassen. In de memorie van toelichting bij de Woo is met betrekking tot de uitzonderingsgrond onder artikel 5.1, tweede lid, sub a, van de Woo overwogen:

“Ook in andere gevallen zal de meest zorgvuldige manier om aan te tonen dat in redelijkheid mag worden aangenomen dat openbaarmaking tot een verslechtering van de betrekkingen zal leiden, zijn om de betreffende staten of organisaties daarover te consulteren. Dat kan sterke aanwijzingen opleveren dat de betrekkingen zullen verslechteren.”¹⁶

De wetgever heeft expliciet overwogen dat de meest zorgvuldige manier van toetsing van artikel 5.1, tweede lid, sub a, van de Woo het consulteren van de betreffende staten of organisaties is. De ACM kan [vertrouwelijk] dan ook niet volgen in haar stelling dat zij de Commissie geen documenten had moeten voorleggen die niet van de Commissie afkomstig zijn. Dat de Commissie niet bevoegd is om toepassing te geven aan de Woo maakt niet dat de ACM haar advies niet mag meewegen bij haar beoordeling.

21. De ACM acht het bezwaar van [vertrouwelijk] met betrekking tot de onbevoegdheid van de Commissie om advies te geven ongegrond.

Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

22. Volgens [vertrouwelijk] heeft de ACM in strijd gehandeld met verschillende beginselen van behoorlijk bestuur. Uit artikel 5.1, tweede lid, sub a, van de Woo en artikel 3:4 van de Awb volgt dat de ACM een zelfstandige belangenafweging dient te maken. De ACM gaat volgens [vertrouwelijk] alleen in op het belang van de internationale betrekkingen tussen Nederland en de Commissie. Het belang van openbaarmaking voor een goed functioneren van de overheid komt niet ter sprake.
23. In het geval de belangenafweging wel heeft plaatsgevonden acht [vertrouwelijk] deze onvoldoende gemotiveerd. Volgens [vertrouwelijk] moet bij een beroep op artikel 5.1, tweede lid, sub a, van de Woo een bestuursorgaan een uiteenzetting geven van de aard van de schade voor de betrekkingen met de betrokken buitenlandse instantie. Een ander voorbeeld waaruit blijkt dat de ACM haar besluit niet voldoende heeft gemotiveerd blijkt uit het feit dat het onduidelijk is welke documenten ze aan de Commissie heeft voorgelegd.
24. Indien de documenten vertrouwelijke informatie bevatten betekent dit, volgens [vertrouwelijk], niet dat de ACM deze integraal kan weigeren. De ACM dient de route te kiezen die het belang van openbaarmaking het minst schaadt. De ACM had de vertrouwelijke delen kunnen lakken. De Commissie onderkent in haar advies ook dat de ACM een *item-by-item assessment* had moeten doen.

¹⁵ Kenmerk: ACM/IN/718496.

¹⁶ *Kamerstukken II* 2013/14, 33328, nr. 9, p. 44.

- Omdat de ACM deze minder ingrijpende mogelijkheid niet heeft benut, handelt zij in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. Naast het feit dat dit volgens [vertrouwelijk] in strijd is met het bestuursrecht acht zij het ook onbevredigend dat de ACM niet bereid is transparant te zijn.
25. Zoals ook overwogen in het bestreden besluit heeft de ACM het belang van de betrekkingen van Nederland met internationale organisaties afgewogen tegen het algemene belang bij de openbaarheid van de betrokken informatie.¹⁷
26. De memorie van toelichting van de Woo verduidelijkt dat het belang van de betrekkingen met internationale organisaties, zoals in dit geval de Europese Unie, in de weg staat aan de openbaarmaking van informatie, wanneer redelijkerwijs kan worden verwacht dat de openbaarmaking ervoor zorgt dat internationale contacten moeilijker zullen verlopen.¹⁸ Zoals toegelicht in randnummer 20 is het consulteren van de internationale organisatie over het algemeen de meest zorgvuldig manier om hierover duidelijkheid te verkrijgen. Uit het advies van de Commissie, dat is gesteund op de vereiste mate van betrouwbaarheid binnen het ECN, volgt dat het aannemelijk is dat het integraal openbaar maken van de gevonden stukken de internationale contacten zal bemoeilijken. Het zou namelijk een algemeen nadelig effect hebben op de werking van het ECN indien binnen het ECN gedeelde documenten openbaar worden. Het integraal openbaar maken van de gevonden documenten zou het besluitvormingsproces van het ECN ernstig kunnen ondermijnen. Binnen het ECN moet nauwe samenwerking mogelijk zijn. Nationale mededingingsautoriteiten moeten zich in ECN-vergaderingen vrijelijk kunnen uitlaten zonder het risico te lopen dat de inhoud van deze vergaderingen via een openbaarmakingsverzoek in een van de lidstaten openbaar wordt gemaakt. Dit ondermijnt de mogelijkheid tot open discussies binnen het ECN.
27. Het feit dat de betrekkingen tussen de ACM en de Commissie zouden kunnen verslechteren weegt in dit geval zwaarder dan het algemene belang van openbaarheid van informatie. De ACM kan [vertrouwelijk] dan ook niet volgen in haar bezwaar dat de ACM geen belangenafweging zou hebben verricht.
28. Het bezwaar van [vertrouwelijk] omtrent het kiezen van de route die het belang van openbaarmaking het minst schaadt acht de ACM gegrond. Het zorgvuldigheidsbeginsel (artikel 3:2 Awb) en het motiveringsbeginsel (artikel 3:46 Awb) brengen mee dat de ACM elk document zelfstandig dient te beoordelen. Tijdens de heroverweging in bezwaar heeft de ACM per zelfstandig onderdeel gecontroleerd of het openbaar maken van deze stukken in strijd zou komen met artikel 5.1, tweede lid, van de Woo. In Bijlage 1 bij dit besluit heeft de ACM een inventarislijst van de gevonden documenten bijgevoegd. De openbaarmaking van een aantal documenten weigert de ACM integraal. Dit zijn de documenten voorgelegd aan de Commissie en de documenten die hiermee sterke gelijkenis vertonen. De inhoud van deze documenten is volledig verweven met informatie die inzicht geeft in wat is besproken in het ECN en komen hierdoor niet voor openbaarmaking in aanmerking. Voor de overige documenten is de vertrouwelijke informatie die evenwel inzicht zouden geven in hetgeen is behandeld in de ECN gelakt. Hiernaast zijn persoonsgegevens gelakt en enkele passages die mogelijk inzicht geven in (lopende) zaken van de ACM. In Bijlage 1 staat per document aangegeven welke grond uit de Woo is gebruikt bij het beoordelen van het gevonden document. Tijdens controle bleek dat een aantal documenten dubbel op de inventarislijst van het bestreden besluit staan. De ACM geeft in Bijlage 1 aan welke documenten het betreft.
29. De ACM vult de motivering van het bestreden besluit aan met deze paragraaf.

¹⁷ Kenmerk: ACM/UIT/584336, p. 2.

¹⁸ Kamerstukken II 2013/14, 33328, nr. 9, p. 44.

3. Proceskostenvergoeding

30. [Vertrouwelijk] verzoekt om een vergoeding van de proceskosten op grond van artikel 7:15 Awb. Ingevolge artikel 7:15, tweede lid, van de Awb, worden de kosten, die een belanghebbende in verband met de behandeling van het bezwaar redelijkerwijs heeft moeten maken, door het bestuursorgaan uitsluitend vergoed, voor zover het bestreden besluit wordt herroepen wegens een aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid.
31. Uit de heroverweging op bezwaar volgt dat de ACM gehouden was de gevonden documenten te beoordelen per zelfstandig onderdeel. Door alle documenten integraal te weigeren heeft de ACM niet voldaan aan het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. De kosten voor het maken van het bezwaar en het bijwonen van de hoorzitting komen voor vergoeding in aanmerking. De proceskostenvergoeding bedraagt voorts overeenkomstig het Besluit proceskosten bestuursrecht €1.194,-.¹⁹

4. Besluit

De Autoriteit Consument en Markt:

- I. verklaart het bezwaar gegrond;
- II. herroept het bestreden besluit voor zover dit ziet op de documenten die de ACM nu verstrekt;
- III. verstrekt de documenten zoals opgenomen in Bijlage 1 bij het besluit;
- IV. vult de motivering van het besluit aan zoals opgenomen in dit besluit; en
- V. wijst [vertrouwelijk] een proceskostenvergoeding toe van €1.194,-.

Den Haag, **03 maart 2023**

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

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

Als u belanghebbende bent, kunt u beroep instellen tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde beroepschrift naar de Rechtbank Amsterdam, Sector bestuursrecht, Postbus 75850, 1070 AW Amsterdam. Dit moet u doen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit bekend is gemaakt. Meer informatie over de beroepsprocedure vindt u op www.rechtspraak.nl.

¹⁹ De ACM kwalificeert het gewicht van de zaak als een gemiddelde zaak. Zie A5, C1 en B2 onder 2 van de bijlage Besluit proceskosten bestuursrecht.

Bijlage 1: Inventarislijst

Zie excel.