

Besluit OPENBAAR

Ons kenmerk: OPTA/AM/2009/202889

Zaaknummer: 09.0226.28

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 Online Breedband B.V. en Tele2 Nederland B.V.

1 Samenvatting

1. Met onderhavig besluit beslist het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) op een verzoek van Online Breedband B.V. (hierna: Online) en Tele2 Nederland B.V. (hierna: Tele2) (beide hierna gezamenlijk: Online/ Tele2) 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 (gedeeltelijk) voor inwilliging in aanmerking komt.

2 Procedure

2. Bij brief van 25 september 2009 heeft Online/ Tele2 met een beroep op de Wob het college verzocht om toezending van een kopie van de beslissing van het college op het wob-verzoek van UPC, d.d. 23 september 2009, inclusief alle aan UPC verstrekte stukken in de vorm waarin zij aan UPC zijn verstrekt. Tevens verzoekt Online/ Tele2 om een kopie van alle overige onder het college berustende stukken (elektronische stukken daaronder begrepen) die betrekking hebben op de tenuitvoerlegging en implementatie van de marktanalysebesluiten Omroep 2009 (UPC en Ziggo). Hieronder zijn begrepen (a) alle correspondentie met UPC, Ziggo, het Ministerie van Economische Zaken (hierna: EZ) en de NMa over de implementatie van deze besluiten en (b) alle externe rapporten over WLR-C (waaronder begrepen de rapporten van prof. Quaedvlieg en het TILT (Universiteit Tilburg) over de auteursrechtelijk aspecten van WLR-C).

3. Bij brief van 29 september¹ heeft het college de ontvangst van het verzoek om informatie van 25 september 2009 bevestigd en een kopie bijgevoegd van de stukken welke in het kader van het Wob-verzoek aan UPC zijn verstrekt.

4. Het verzoek heeft betrekking op documenten die (mede) informatie bevatten die derden – UPC en Ziggo - aangaan. Dat is voor het college reden geweest UPC en Ziggo te vragen naar haar zienswijze met betrekking tot het verzoek. Op 13 oktober 2009 heeft het college per brief² Ziggo gevraagd aan te geven of een aantal stukken bedrijfsvertrouwelijke gegevens bevat. Daarnaast heeft het college UPC

¹ Kenmerk: OPTA/AM/2009/202598.

² Kenmerk: OPTA/AM/2009/202794.

Besluit OPENBAAR

per brief op 14 oktober 2009³ hetzelfde verzoek gedaan.

5. Bij email van 14 oktober 2009 heeft UPC haar zienswijze gegeven. Op 21 oktober 2009 heeft Ziggo haar zienswijze gegeven, per e-mail.
6. Op 21 oktober 2009 heeft het college Online/ Tele2 telefonisch en per e-mail verzocht in te stemmen met een uitstel voor het nemen van het onderhavige besluit tot eind oktober. Online heeft per e-mail bevestigd hiermee in te stemmen.

Inventarisatie relevante documenten

7. Naast de reeds op 29 september verstrekte documenten berusten bij het college de volgende documenten:

Correspondentie UPC en OPTA:

1. E-mail inclusief bijlagen UPC aan OPTA, d.d. 2 april 2009;
2. E-mail OPTA aan UPC, d.d. 11 mei 2009;
3. E-mail UPC aan OPTA, d.d. 17 mei 2009;
4. E-mail UPC aan OPTA, d.d. 18 mei 2009;
5. E-mail UPC aan OPTA, d.d. 18 mei 2009;
6. E-mail UPC aan OPTA, d.d. 18 mei 2009;
7. E-mail UPC aan OPTA, d.d. 19 mei 2009;
8. Brief van UPC aan OPTA, d.d. 19 mei 2009;
9. Brief OPTA aan UPC, kenmerk: OPTA/AM/2009/201213, d.d. 20 mei 2009;
10. Brief OPTA aan UPC, kenmerk: OPTA/AM/2009/201197, d.d. 26 mei 2009;
11. E-mail inclusief bijlage UPC aan OPTA, d.d. 10 juli 2009;
12. E-mail UPC aan OPTA, d.d. 9 augustus 2009;
13. E-mail OPTA aan UPC, d.d. 1 september 2009.

Correspondentie Ziggo en OPTA:

14. E-mail inclusief bijlage OPTA aan Ziggo, d.d. 9 april 2009;
15. E-mail Ziggo aan OPTA, d.d. 20 april 2009;
16. E-mail inclusief bijlage OPTA aan Ziggo, d.d. 21 april 2009;
17. E-mail Ziggo aan OPTA, d.d. 14 mei 2009;
18. Brief OPTA aan Ziggo, kenmerk: OPTA/AM/2009/201215, d.d. 20 mei 2009;
19. E-mail Ziggo aan OPTA, d.d. 3 juni 2009;
20. Brief OPTA aan Ziggo, kenmerk: OPTA/AM/2009/201372, d.d. 5 juni 2009;
21. E-mail OPTA aan Ziggo, d.d. 12 juni 2009;
22. E-mail Ziggo aan OPTA, d.d. 14 juli 2009;
23. E-mail Ziggo aan OPTA, d.d. 3 augustus 2009;
24. E-mail Ziggo aan OPTA, d.d. 31 juli 2009;

³ Kenmerk: OPTA/AM/2009/202812.

Besluit OPENBAAR

- 25. E-mail Ziggo aan OPTA, d.d. 10 augustus 2009;
- 26. E-mail Ziggo aan OPTA, d.d. 2 september 2009.

8. Tevens berusten volgens Online/ Tele2 bij het college in ieder geval een tweetal rapporten welke betrekking hebben op WLR-C implementatiebesluit en de auteursrechtelijke aspecten hieromtrent. In dat kader heeft het college een rapport onder zich, "Wederkoop op de kabel en het auteursrechtelijke openbaarmakingsbegrip" geschreven door de heer M. Schellekens en een rapport/ advies van professor A.A. Quaedvlieg.

9. Ten slotte heeft het college in het kader van zijn besluitvorming een aantal adviezen gevraagd aan externe deskundigen met betrekking tot WLR-C en de auteursrechtelijke aspecten hieromtrent. Dit heeft geresulteerd in een aantal notities van deze externe adviseurs. In dit kader heeft het college tevens contact gehad met de NMa. Dit heeft geresulteerd in een advies van de NMa.

3 Zienswijze UPC en Ziggo

10. Het college heeft UPC en Ziggo om haar zienswijzen gevraagd met betrekking tot de correspondentie welke is gevoerd met het college in het kader van het WLR-C implementatiebesluit en welke niet reeds aan Online/ Tele2 in het kader van de Industry Groups WLR-C is verstrekt. De correspondentie die aan UPC respectievelijk Ziggo is voorgelegd is hiervoor omschreven in randnummer 7.

11. Ziggo stelt zich op het standpunt dat het verzoek gedeeltelijk ziet op bedrijfsvertrouwelijke informatie omdat het hier bedrijfs- en fabricage gegevens betreft. Ziggo is van oordeel dat deze informatie daarom niet verstrekt mag worden. Het gaat om de volgende informatie uit de e-mail d.d. 14 juli 2009 van dhr. Lieverse aan OPTA. Deze e-mail is een vervolg op de mail van 13 juli 2009 van dhr. Lieverse aan OPTA. In deze laatst genoemde mail geeft Ziggo in de eerste zin van de 3^e alinea een beschrijving van het aantal SOP's waaraan signalen worden geleverd. Dit getal is als vertrouwelijk aangemerkt. Tevens wordt in derde zin van de 3^e alinea het geschatte getal voor het aantal cliënten dat via deze SOP's worden bediend als vertrouwelijk aangemerkt.

12. UPC geeft het college te kennen dat de aan haar voorgelegde stukken geen bedrijfsvertrouwelijke informatie bevatten.

Besluit OPENBAAR

4 Juridisch kader

13. 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.

14. 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.

15. Ingevolge artikel 11, eerste lid, van de Wob wordt, in geval van een verzoek om informatie uit documenten, opgesteld ten behoeve van intern beraad, geen informatie verstrekt over daarin opgenomen persoonlijke beleidsopvattingen.

16. Ingevolge het tweede lid van artikel 11 van de Wob kan over persoonlijke beleidsopvattingen met het oog op een goede en democratische bestuursvoering informatie worden verstrekt in niet tot personen herleidbare vorm. Indien degene die deze opvatting heeft geuit of zich erachter heeft gesteld, daarmee heeft ingestemd, kan de informatie in tot personen herleidbare vorm worden verstrekt.

17. Ingevolge artikel 1 van de Wob, voor zover hier van belang, wordt in deze wet en de daarop berustende bepalingen verstaan onder:

*“c. intern beraad: het beraad over een bestuurlijke aangelegenheid binnen een bestuursorgaan, dan wel binnen een kring van bestuursorganen in het kader van de gezamenlijke verantwoordelijkheid voor een bestuurlijke aangelegenheid;
f. persoonlijke beleidsopvatting: een opvatting, voorstel, aanbeveling of conclusie van één of meer personen over een bestuurlijke aangelegenheid en de daartoe door hen aangevoerde argumenten.”*

5 Beoordelingskader

18. Het college is van oordeel dat sprake is van een verzoek om informatie als bedoeld in artikel 3, eerste lid, van de Wob. Het college zal hierna aangeven of en in hoeverre er sprake is van informatie die in het licht van de artikelen 10 en/of 11 van de Wob niet wordt verstrekt.

Bedrijfsvertrouwelijkheid

19. Op grond van artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wob blijft het verstrekken van informatie achterwege voor zover dit bedrijfs- en fabricagegegevens betreft, die door een natuurlijke persoon of rechtspersoon vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld.

Het openbaar worden van dergelijke gegevens kan een bedrijf ernstig schaden, omdat concurrenten

Besluit OPENBAAR

daarmee hun voordeel zouden kunnen doen. Bedrijven hebben dan ook een gerechtvaardigd belang dat dergelijke gegevens vertrouwelijk blijven.

20. Volgens vaste jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak is van bedrijfs- en fabricagegegevens sprake:

“Indien en voor zover uit die gegevens wetenswaardigheden kunnen worden afgelezen of afgeleid met betrekking tot de technische bedrijfsvoering of het productieproces dan wel met betrekking tot afzet van producten of de kring van afnemers en leveranciers.”⁴

21. Het college deelt de mening van Ziggo dat de e-mail van Ziggo aan OPTA d.d. 14 juli 2009 (bijlage 14 bij dit besluit) informatie bevat met bedrijfs- en fabricagegegevens als bedoeld in artikel 10, eerste lid, aanhef en onderdeel c, van de Wob en waaruit wetenswaardigheden kunnen worden afgelezen of afgeleid met betrekking tot de afzet van producten.

22. Alle overige correspondentie tussen OPTA en UPC en tussen OPTA en Ziggo (voor zover nog niet eerder aan Online/ Tele2 verstrekt) zoals genoemd in randnummer 7, is naar oordeel van het college openbaar.

23. Met betrekking tot de twee rapporten over WLR-C, welke in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken (hierna: EZ) zijn geschreven, merkt het college het volgende op. Het rapport “Wederverkoop op de kabel en het auteursrechtelijke openbaarmakingsbegrip” van dhr. M. Schellekens, blijkt na navraag bij EZ een openbaar rapport te zijn. Ditzelfde geldt voor “Second opinion wederverkoop kabelrechten” van professor A.A. Quaedvlieg. Ondertussen heeft EZ de twee rapporten ook op haar website geplaatst. De rapporten zijn te vinden via de volgende link:
http://www.ez.nl/Actueel/Kamerbrieven/Kamerbrieven_2009/Maart/Elektronische_communicatie_en_media_omroepdistributie_en_inrichting_toezicht.

Intern beraad

24. Het college is van oordeel dat de notities van de externe deskundigen over WLR-C en de auteursrechtelijke aspecten hieromtrent die hij heeft geraadpleegd en het advies van de NMa, zijn opgesteld ten behoeve van intern beraad waarin persoonlijke beleidsopvattingen zijn opgenomen. Op grond van artikel 11, eerste lid, van de Wob zal het college de bewuste informatie dan ook niet verstrekken.

25. Artikel 11, eerste lid, van de Wob beoogt onder meer ambtenaren alsmede alle andere bij het intern beraad betrokkenen in staat te stellen vrijelijk hun opvattingen te uiten ten behoeve van de beleidsvoorbereiding of – uitvoering zonder dat zij daarmee naderhand worden geconfronteerd en hun opvattingen bijvoorbeeld worden uitgespeeld tegen de opvattingen van anderen.

⁴ Zie bijvoorbeeld ARRS 30 september 1985, AB 1987, 43 en ABRvS 17 juli 2002, LJN-nummer AE5445.

Besluit OPENBAAR

26. Op dit moment is het college bezig met de besluitvorming omtrent de implementatie van WLR-C, de beoordeling van de referentieaanbiedingen en operationaliseringsvoorstellen van Ziggo en UPC. Eind oktober zal het ontwerp implementatiebesluit ter consultatie aan de markt worden voorgelegd en tevens ter notificatie aan de Europese Commissie worden voorgelegd. De besluitvorming is nog niet definitief. Naar verwachting zal het college aan het eind van dit jaar zijn definitieve besluit voor Ziggo respectievelijk UPC publiceren.

27. De in verschillende externe adviezen opgenomen persoonlijke beleidsopvattingen en de overige inhoud van deze documenten zijn zozeer met elkaar verweven dat het de publicatie van de desbetreffende documenten in zijn geheel in de weg staat. De persoonlijke beleidsopvattingen kunnen bovendien niet worden verstrekt in een niet tot de persoon herleidbare vorm. Verstrekking van onderhavige gegevens is op grond van artikel 11, tweede lid, Wob dan ook niet mogelijk.

28. Het college merkt op dat Online/ Tele2 een nieuw verzoek op grond van de Wob in kan dienen op het moment dat de besluitvorming van het college omtrent de WLR-C implementatiebesluiten definitief is.

6 Besluit

29. Gelet op vorenstaande wordt het verzoek om informatie die betrekking heeft op de tenuitvoerlegging en implementatie van de marktanalysebesluiten Omroep 2009 ingevolge artikel 3, vijfde lid, van de Wob, gedeeltelijk ingewilligd.

Bedrijfsvertrouwelijke gegevens

30. De desbetreffende informatie zal u worden verstrekt, behalve voor zover deze informatie gegevens bevat die het college hiervoor heeft aangemerkt als bedrijfs- en fabricagegegevens in de zin van artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wob. Deze informatie is onleesbaar gemaakt. Een afschrift van de e-mail correspondentie tussen OPTA en UPC respectievelijk Ziggo, zoals genoemd in randnummer 7, treft u als bijlage bij dit besluit aan.

Besluit OPENBAAR

Intern beraad

31. Notities van externe deskundigen over WLR-C en de auteursrechtelijke aspecten hieromtrent die het college heeft geraadpleegd en het advies van de NMa worden niet verstrekt aan Online/ Tele2, met uitzondering van het rapport “Wederverkoop op de kabel en het auteursrechtelijke openbaarmakingsbegrip” en het rapport “Second opinion wederverkoop kabelrechten”. Deze rapporten staan inmiddels op de website van EZ, maar volledigheidshalve zijn deze twee documenten als bijlage bij dit besluit gevoegd.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,
namens het college,
Plv. afdelingshoofd afdeling Markten

mr. S.R. Formsma

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 doorgestuurd 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 bezwaarschrift door het college worden behandeld.