

Noot bij Vزر. Rb Rotterdam 12 februari 2003, Yarosa vs. OPTA
Wouter Hins

1. OPTA, de onafhankelijke toezichthouder op het gebied van post en telecommunicatie, heeft de goede gewoonte veel van haar besluiten te publiceren op een website (www.opta.nl). Dat is prettig voor de beoefenaren van het telecommunicatierecht, die op deze manier het beleid van OPTA op de voet kunnen volgen. Het is ook goed voor de handhaving van het gelijkheidsbeginsel. Voor telecom-bedrijf X is het immers van groot belang te weten hoe zijn concurrenten Y en Z in een vergelijkbare situatie door OPTA werden behandeld. Publicatie van besluiten is echter niet altijd plezierig voor de onderneming op wie het besluit betrekking heeft. Het kan voorkomen dat het besluit melding maakt van allerlei bedrijfs- en fabricagegegevens die vertrouwelijk aan OPTA zijn medegedeeld (vgl. art. 10, eerste lid sub c, van de Wob). Ook op andere manieren kan door publicatie onevenredig nadeel worden toegebracht (vgl. art. 10, tweede lid, onder g, van de Wob). Er is daarom regelmatig verschil van mening tussen de OPTA en belanghebbenden over de vraag welke delen van een besluit vertrouwelijk dienen te blijven. Bij de NMa is dit probleem eveneens bekend.

2. Bovenstaande uitspraak van 12 februari 2003 gaat over een dergelijke kwestie. OPTA heeft eind vorig jaar op grond van art. 6.3 Telecommunicatiewet een besluit genomen tot beslechting van een geschil tussen Yarosa en KPN Mobile. OPTA wil dit besluit grotendeels openbaar maken, terwijl Yarosa meent dat openbaarmaking achterwege dient te blijven. Volgens een doorgaans welingelichte bron stelt Yarosa zich op het standpunt dat zij een originele vorm van 'bijzondere toegang' heeft bedacht, waardoor zij als eerste in staat zal zijn bepaalde diensten op de markt aan te bieden¹. Door publicatie van het besluit kunnen concurrenten op de hoogte raken van het ondernemingsplan en dreigt de voorsprong van Yarosa verloren te gaan. Twee hoofdvragen kunnen in de uitspraak van de voorzieningenrechter worden onderscheiden. Bevat de brief van 6 november 2002, waarin OPTA het voornemen tot publicatie aankondigde, een publiekrechtelijke rechtshandeling? Met andere woorden: is het een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb, waartegen bezwaar en beroep open staat? De tweede hoofdvraag is of de beslissing tot openbaarmaking gebaseerd is op de Telecommunicatiewet of op de Wob. Dat is enerzijds van belang voor de bevoegdheid van de rechter – is de hoogste rechter het CBB dan wel de ABRvS? – en anderzijds voor de kring van personen die te zijner tijd wellicht kennis mogen nemen van het besluit.

3. In haar beslissing van 3 december 2002 tot niet-ontvankelijkverklaring van het bezwaarschrift oordeelde OPTA dat de brief van 6 november 2002 geen besluit was. De voorzieningenrechter denkt daar anders over. Weliswaar is de aankondiging van de publicatie op zichzelf geen besluit, want de publicatie is slechts een feitelijke

¹ Preadvies A.T. Ottow voor de jaarvergadering 2003 van de VAR 'Het verschil tussen duivenhokken en telecommunicatie. De bestuurs(proces)rechtelijke obstakels bij het toezicht op de telecommunicatiemarkt', Boom Juridische Uitgeverij, Den Haag, paragraaf 4.3.4 (de openbaarheid van het toezicht).

handeling. Er is echter wel degelijk sprake van een besluit voorzover de brief van 6 november ziet op het oordeel dat sommige passages wel en andere niet van bedrijfsvertrouwelijke aard zijn. OPTA hanteerde bij deze oordeelsvorming art. 10 Wob als toetsingskader. 'Door aldus te handelen anticipeert verweerder in feite op een mogelijk toekomstig verzoek om informatie als bedoeld in artikel 3 van de Wob', zo overweegt de voorzieningenrechter. De beslissing om zo'n verzoek wel of niet in te willigen is naar vaste jurisprudentie een besluit in de zin van art. 1:3 Awb. Het besluit van OPTA tot niet-ontvankelijkverklaring van het bezwaarschrift was daarom onjuist en wordt door de voorzieningenrechter met toepassing van art. 8:86 Awb vernietigd. OPTA moet alsnog inhoudelijk kijken naar de gegrondheid van het bezwaarschrift. Om dit geen academische oefening te laten zijn, krijgt OPTA het bevel om vooralsnog niet tot openbaarmaking over te gaan.

4. De zaak wordt interessant wanneer men deze vergelijkt met een eerdere uitspraak van de Rotterdamse voorzieningenrechter (Vzr. Rb. Rotterdam 24 december 2002, Snitjer en BAM vs. dg-NMa, www.rechtspraak.nl, LJN-nr. AF2989). De NMa had onderzoek gedaan naar een eventuele overtreding van het kartelverbod door de bouwondernemingen Snitjer en BAM. Op grond van artikel 60 Mededingingswet moest het desbetreffende rapport van de NMa met alle relevante stukken ter inzage worden gelegd voor belanghebbenden. Omdat art. 60, derde lid, Mw verwijst naar art. 3:11 Awb juncto art. 10 Wob, kan een uitzondering worden gemaakt voor vertrouwelijke gegevens. Snitjer en BAM drongen erop aan bijna alle documenten als vertrouwelijk in de zin van art. 10, eerste lid, aanhef en sub c, van de Wob te kwalificeren, maar de NMa wees dit verzoek af bij brief van 6 december 2002. Was dit een beschikking? Nee, zo oordeelde de voorzieningenrechter. De brief van 6 december was slechts informatief en kondigde de feitelijke handeling van publicatie aan. 'Dat verweerder in zijn brief een oordeel geeft omtrent de vertrouwelijkheid van bepaalde gegevens doet daaraan niet af', zo voegde de rechter hieraan toe. Het is vooral deze laatste overweging die de vraag oproept hoe de uitspraken in Yarosa, resp. Snitjer/BAM met elkaar te rijmen zijn.

5. De Snitjer-uitspraak wijst op de ratio van de Mededingingswet, alsmede op de wetsgeschiedenis. Uit het feit dat de wetgever in art. 60, tweede lid, Mw bepaalt dat de stukken 'ter inzage' worden gelegd, resp. in art. 3:11, tweede lid, Awb uitdrukkelijk spreekt over een 'mededeling' dat bepaalde stukken niet ter inzage worden gelegd, volgt reeds – aldus de voorzieningenrechter in Snitjer – dat niet beoogd is een besluit te creëren. Dit geldt te meer nu in andere procedures op grond van de Mededingingswet de wetgever wel expliciet heeft voorzien in het geven van een tussentijdse 'beschikking' indien tot publicatie wordt overgegaan. De voorzieningenrechter noemt in dat verband art. 18, derde lid, art. 35, derde lid, en art. 42, derde lid, Mw. Uit de wetsgeschiedenis (PG Mw p. 573) van deze artikelen blijkt dat de wetgever een beschikking van de NMa heeft voorgeschreven met het oogmerk een afzonderlijke rechtsgang naar de administratieve rechter open te stellen. A contrario concludeerde de voorzieningenrechter dat in het onderhavige geval geen besluit in de zin van art. 1:3 Awb voorlag. De zaak Snitjer/BAM vs. NMa is na deze uitspraak dan ook afgehandeld door de civiele rechter te 's-Gravenhage (Vzr. Rb. 's-Gravenhage 22 januari 2003, www.rechtspraak.nl, LJN-nr. AF3195).

6. Wat maakt de Yarosa-zaak anders? Waarom is het rechtsoordeel van de OPTA over de toepasselijkheid van art. 10, eerste lid, aanhef en sub c, van de Wob daar wel een beschikking? Misschien is de verklaring als volgt. De voorzieningenrechter in Yarosa verwijst een aantal malen naar de Procedureregeling Geschillen OPTA (juli 2002), die hij aanmerkt als een beleidsregel. De relevante artikelen daarvan zijn geciteerd in de bovenstaande uitspraak. Belangrijk is vooral art. 6, lid 3, van de Procedureregeling Geschillen OPTA:

'Indien het college van oordeel is dat bepaalde informatie ten onrechte als vertrouwelijk is aangemerkt, deelt hij de partij die de vertrouwelijkheid heeft ingeroepen dat mede. Het college gaat niet eerder tot verstrekking van de informatie aan de wederpartij over dan een week na verzending van voornoemde mededeling of zoveel eerder als de partij die de vertrouwelijkheid heeft ingeroepen met de verstrekking instemt.'

De officiële toelichting bij art. 6, lid 3, motiveert deze wachttijd met het argument dat binnen die periode een bezwaarschrift en eventueel een verzoek om een voorlopige voorziening kunnen worden ingediend. Misschien heeft het bestaan van deze beleidsregel de brief van 6 november 2002 naar de status van publiekrechtelijke rechtshandeling opgetild². Een andere verklaring lijkt me beter: niet Yarosa, maar Snitjer was de uitzondering.

7. De tweede hoofdvraag was of de OPTA bij haar beslissing tot openbaarmaking een besluit nam op grond van de Telecommunicatiewet dan wel de Wob. Die vraag is om verschillende redenen van belang. Zou het gaan om een besluit op grond van de Telecommunicatiewet, dan is volgens art. 17.1 Tw. alleen de rechtbank te Rotterdam bevoegd om van het geschil kennis te nemen. Vervolgens staat hoger beroep open bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven, aldus de bijlage bij de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie. Voor een besluit op grond van de Wob gelden daarentegen de normale competentieregels van de Awb: beroep bij de rechtbank van het rechtsgebied waarbinnen de eiser woont, resp. statutair gevestigd is (art. 8:7, lid 2, Awb), en hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (art. 37, lid 1, WRvS). Een besluit tot openbaarmaking dat zijn grondslag vindt in de Wob impliceert bovendien dat een ieder inzage kan krijgen in het desbetreffende document. Belangstellenden hoeven geen specifiek belang aan te tonen (zie ABRvS 25 april 2000, *Damen vs. Minister van Justitie, Mediaforum 2000-6*, nr. 39 m.nt. Wouter Hins). Zou de beslissing gebaseerd zijn op bijvoorbeeld artikel 6.2, derde lid, van de Telecommunicatiewet, dan zouden alleen 'belanghebbenden' aanspraak kunnen maken op de informatie.

8. In bovenstaande uitspraak overweegt de voorzieningenrechter dat de grondslag van het bestreden besluit niet is te herleiden tot de Telecommunicatiewet. Met andere woorden: het besluit van OPTA van 6 november 2002 was rechtstreeks gebaseerd op de Wob. Dat is met name van belang voor de vraag bij welke instantie hoger beroep kan worden ingesteld. Volgens de gebruikelijke mededeling onder de uitspraak is dat

² In de jurisprudentie over 'zelfstandige schadebesluiten' blijkt het bestaan van een achterliggende beleidsregel ook een relevante factor. Zie o.a. ARRvS 28 januari 1991, *Gem.stem 6922.8* (Willemspoortunnel).

de ABRvS. Mijns inziens is die conclusie juist. Noch de beslissing van OPTA waartegen het beroep werd ingesteld, noch artikel 6 van de Procedureregeling verwijst naar enig artikel in de Telecommunicatiewet. Voor een creatieve interpretatie waarin de rechtsgang voor telecommunicatiezaken wordt uitgebreid tot besluiten die nauw met het telecommunicatietoezicht samenhangen, bestaat naar mijn mening geen aanleiding. Uitzonderingen op een hoofdregel van de Awb moeten beperkt worden uitgelegd. Daar komt bij dat de wetgever de bevoegdheid tot interpretatie van de Wob heeft willen concentreren bij de ABRvS. Om die reden zijn besluiten van productschappen en bedrijfsschappen op grond van de Wob expliciet onttrokken aan de rechtsmacht van het CBB. Zie art. 18, eerste lid, aanhef en onder a, van de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie (PG Awb II, p. 576).

9. De situatie ligt anders bij de bekendmaking van overeenkomsten inzake interconnectie, bijzondere toegang en ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk. Hiervoor bevat de Tw een afzonderlijke regeling in de artikelen 6.2, derde lid, 6.9, tweede lid, en 6.10, vijfde lid. OPTA kan een afschrift van de bij haar gedeponeerde overeenkomsten aan belanghebbenden ter beschikking stellen, met uitzondering van 'naar het oordeel van het college als vertrouwelijk aan te merken bedrijfsgegevens'. Een beslissing om voorbij te gaan aan een verzoek om vertrouwelijkheid is nu wel rechtstreeks gebaseerd op de Telecommunicatiewet. Over de uitleg en toepassing van de drie genoemde artikelen heeft OPTA op 7 oktober 2002 beleidsregels bekend gemaakt met de enigszins misleidende naam 'Beleidsregels inzake depot en openbaarmaking van overeenkomsten inzake interconnectie, bijzondere toegang en ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk'. Misleidend, want het gaat niet om een algemene 'openbaarmaking', zoals bedoeld in de Wob, maar alleen om een bekendmaking aan belanghebbenden. In de paragrafen 7 en 8 van de beleidsregel worden procedurele en materiële criteria beschreven voor de behandeling van vertrouwelijke bedrijfsgegevens.

10. Deze regels roepen echter weer nieuwe vragen op. Paragraaf 7 van de beleidsregels inzake depot en openbaarmaking behandelt het geval dat OPTA en depotplichtige partijen van mening verschillen over de vraag welke gegevens als vertrouwelijk moeten worden aangemerkt. Nadat partijen de gelegenheid hebben gekregen hun zienswijze naar voren te brengen stelt OPTA een 'openbare' versie van de gedeponeerde stukken vast. Wijkt deze versie af van wat één der partijen wenselijk acht, dan geldt een wachttijd van een week voordat OPTA de openbare versie aan belanghebbenden beschikbaar stelt. Die termijn is gelijk aan de wachttijd in de reeds genoemde Procedureregeling Geschillen OPTA. De bedoeling is, zo stelt paragraaf 7, lid 8, 'partijen in de gelegenheid te stellen zich te wenden tot de *civiele* rechter'. Is dit in het licht van de Yarosa-uitspraak vol te houden? Door nu reeds een standpunt in te nemen over de vertrouwelijkheid anticipeert OPTA in feite op een mogelijk toekomstig verzoek om informatie als bedoeld in artikel 6.2, derde lid, Tw, zo zou men kunnen redeneren. Bovendien is de materie net als in de Yarosa-uitspraak nader geregeld door middel van een beleidsregel. Niet de civiele rechter zou dan bevoegd zijn, maar de administratieve rechter. Gezien de grondslag van de desbetreffende beleidsregel in de Telecommunicatiewet zijn de bevoegde rechters mijns inziens de rechtbank te Rotterdam, resp. het CBB in hoger beroep.

11. Wat zijn de consequenties van de Yarosa-uitspraak voor de NMa? De NMa heeft ook beleidsregels bekend gemaakt betreffende haar werkwijze, laatstelijk gepubliceerd in de Staatscourant van 1 mei 2002, nr. 82, p. 48. Paragraaf 4 heeft betrekking op het doen van meldingen en de indiening van aanvragen en klachten. Het zevende tot en met tiende lid gaan over beslissingen met betrekking tot de openbaarheid van in dat kader ingediende stukken. Het tiende lid luidt als volgt: *'Indien de dg-NMa van oordeel is dat bepaalde informatie, gelet op de criteria genoemd in artikel 10 van de Wet openbaarheid van bestuur, ten onrechte als vertrouwelijk is aangemerkt, stelt hij degene die de vertrouwelijkheid heeft ingeroepen daarvan op de hoogte, alvorens tot openbaarmaking wordt overgegaan.'* In de zaak Snitjer/BAM vs. NMa was deze beleidsregel niet van toepassing, want daar ging het niet om een melding, aanvraag of klacht, maar om een rapport van de NMa zelf. Geen besluit in de zin van de Awb, zo was de conclusie van de voorzieningenrechter. Alleen de burgerlijke rechter was bevoegd. Betreft het geschil echter wel de vertrouwelijkheid van een melding, aanvraag of klacht, dan is de gelijkenis met Yarosa groot. Immers, de NMa anticipeert in feite op een mogelijk toekomstig verzoek om informatie krachtens artikel 3 Wob en heeft haar beleid omschreven in een beleidsregel. Consequent is dan een kwalificatie als beschikking op grond van de Wob, die kan worden aangevochten bij de normale administratieve rechter. Hoger beroep bij de ABRvS. Tenslotte zijn er nog de bijzondere gevallen van de artikelen 18, derde lid, art. 35, derde lid, en art. 42, derde lid, Mededingingswet. De daar bedoelde besluiten zijn door de wetgever expliciet als beschikking aangemerkt en vinden hun grondslag in de Mededingingswet zelf. Gezien artikel 93 Mw is de rechtbank te Rotterdam exclusief bevoegd met hoger beroep bij het CBB.

12. Het is een ingewikkelde kluwen. Soms is een rechtsoordeel omtrent de vertrouwelijkheid van stukken een feitelijke handeling, soms een besluit. Soms gaat het om toepassing van de Wob, soms om toepassing van de Telecommunicatiewet of de Mededingingswet. Al naar gelang de situatie is de burgerlijke rechter, de normale administratieve rechter of de gespecialiseerde administratieve rechter bevoegd. Een opruimingsoperatie door de wetgever is dringend gewenst.