

**ZIENSWIJZE
VAN STRAATEN POST & INTRAPOST**

in reactie op:
Concept Beleidsregel Postmarkt d.d. 7 juni 2016
in het kader van de toepassing door de Autoriteit Consument en Markt
van de artikelen 13a tot en met 13k van de Postwet 2009

datum : 19 juli 2016
regeling : Concept ministeriele regeling van Minister van Economische Zaken

Samenvatting

1. Van Straaten Post B.V. (hierna ook: "Van Straaten Post") en Intrapost B.V. (hierna ook: "Intrapost"), hebben kennis genomen van de Concept Beleidsregel Postmarkt d.d. 7 juni 2016, in het kader van de toepassing door de Autoriteit Consument en Markt van de artikelen 13a tot en met 13k van de Postwet 2009.
2. Van Straaten Post en Intrapost (hierna gezamenlijk ook aangeduid als Partijen) zijn beiden postvervoerbedrijven die actief zijn op de zakelijke markt voor partijenpost. Partijen hebben allebei een focus op tijdkritische postdienstverlening (postbezorging binnen de 24- en 48 uur). Hun bedrijfsmodel is gericht op een hoog niveau van service, waarbij zij hun zakelijke klanten, zoveel mogelijk ont-zorgen. Beide partijen hebben gedeeltelijk een eigen netwerk voor postbezorging en gedeeltelijk zijn deze partijen afhankelijk van het landelijk dekkend netwerk van PostNL.
3. Partijen willen met deze zienswijze duidelijk maken dat de concept beleidsregel van de Minister van Economische Zaken (hierna ook "de Minister") ernstige en onomkeerbare gevolgen zal hebben op de zakelijke markt voor partijenpost. Voor instandhouding van concurrentie op de postmarkt is het essentieel dat de beleidsregel wordt verworpen en niet inwerking treedt.
4. De wetgever heeft in het wetgevend kader van het ex-ante toezicht geïncorporeerd dat ACM zorgvuldig moet handelen. De ACM zal ook zonder de beleidsregel slechts proportioneel mogen optreden tegen een partij waarvan - na zorgvuldig onderzoek - is komen vast te staan dat die een machtspositie heeft. De beleidsregel is dus zeker niet nodig om zorgvuldig handelen van de ACM te waarborgen. Toch eist de beleidsregel zwaardere onderzoeken en legt de beleidsregel een zwaardere bewijslast op aan ACM. Het effect is dat er niet meer vlot en adequaat opgetreden kan worden, op de wijze zoals door de wetgever bedoeld was met het ex ante toezicht. Het speelveld valt stil, en dat is de eigenlijke bedoeling van de beleidsregel. Het gevolg van de beleidsregel is dan ook heel schadelijk: namelijk de snelheid en effectiviteit van de handhaving wordt gefrustreerd. Als de partij met aanmerkelijke marktmacht niet meer vlot en efficiënt teruggefloten kan worden, komt dit maar één partij ten goede, namelijk de partij met aanmerkelijke marktmacht. In dit geval is dat PostNL.
5. De Minister lijkt de indruk te hebben dat PostNL beschermt moet worden vanwege tekorten op de Universele Postdienstverlening¹. Onduidelijk is óf er daadwerkelijk tekorten zijn in het kader van de UPD. De pakkettenpost

¹ *Wijziging van de Postwet 2009 tot modernisering en flexibilisering van de universele postdienstverlening (modernisering UPD),*

OPENBARE VERSIE

die ook onder de UPD valt zou juist een enorme groei doormaken, maar daar wordt niet over gesproken. Ook blijven de vele voordelen die PostNL heeft vanwege haar UPD concessie buiten beeld. Naast een enorm volume en een enorm netwerk dat zij via de UPD heeft, heeft PostNL ook allerlei voordelen die minder in beeld zijn, zoals BTW voordelen. Als PostNL verliezen zou lijden in het kader van de UPD, is de oorzaak onduidelijk. Er kunnen immers legio redenen zijn (gebrek aan efficiency, allocatie kosten/inkomsten etc.). Bewijzen ontbreken! Opvallend is in ieder geval dat PostNL op allerlei momenten gedrag vertoont dat niet klopt met het beweerdelijk lastige financiële plaatje. Bijvoorbeeld in het kader van de aanbesteding van de Belastingdienst kan zij ineens met zeer lage prijzen inschrijven, in het kader van de Postcodeloterij is dat blijkbaar ook mogelijk. PostNL geeft aan de Postcodeloterij en Belastingdienst kortingen van meer dan 70% op haar bruto tarieven, om de concurrenten buiten de deur te houden.

6. Met de beleidsregel wil de Minister de UPD beïnvloeden via een ex ante toezicht instrument, dat uitsluitend ziet op de zakelijke markt voor partijenpost. Dit ex ante instrument dient bovendien om eerlijke concurrentie op deze zakelijke partijenpostmarkt te bewerkstelligen wanneer een partij aantoonbaar een economische machtspositie heeft. Met de beleidsregel wordt geen algemeen belang gediend, of de postzegelprijs laag gehouden; integendeel! De beleidsregel zal de traag ontluikende concurrentie op de zakelijke markt voor partijenpost in de kiem smoren en de partij met een economische machtspositie beschermen. De beleidsregel zal de prijs van de UPD niet veranderen maar wel onomkeerbare negatieve gevolgen hebben voor de liberalisering van de zakelijke markt voor partijenpost.
7. De afgelopen jaren heeft PostNL helaas aangetoond dat zij keer op keer haar tarievenstelsel (dat PostNL overigens zelf bedenkt en uitvoert) inzet om concurrerende postvervoerbedrijven te discrimineren. Dit is in strijd met artikel 9 Postwet 2009. De bedoeling is echter dat artikel 9 Postwet op termijn vervalt als het ex-ante markttoezicht van artikelen 13a tot en met 13k Postwet 2009 van kracht wordt. De bedoeling van artikelen 13a tot en met 13k Postwet 2009 is dan ook om de ACM een instrument te bieden waarmee sneller en efficiënter opgetreden kan worden, door specifieke verplichtingen op te leggen aan een partij die aanmerkelijke marktmacht heeft. Het zou daarmee doeltreffender moeten zijn dan artikel 9 Postwet 2009.
8. Merkwaardig is dat de ACM - na jarenlang onderzoek- op 9 juni 2016 een Ontwerpbesluit in het kader van aanmerkelijke marktmacht instrument ter consultatie voorlegt en dat juist 2 dagen daarvoor, op 7 juni 2016, de Minister een concept beleidsregel naar voren brengt die dwars daartegenin gaat. Over die conceptbeleidsregels is noch met ACM, noch met concurrenten van PostNL gesproken. Dit kan nauwelijks toeval zijn; zowel qua inhoud als qua timing komt dit één bepaalde partij wel bijzonder goed van pas.
9. Partijen zullen daarom in deze zienswijze ingaan op de volgende onderwerpen:
 - A. Doel wetgever met ex-ante toezicht van de artt. 13a tot en met 13k Postwet 2009;
 - B. Ontwerpbesluit Marktanalyse 24-uurs zakelijke post ACM van 9 juni 2016;
 - C. In de praktijk: PostNL belemmert rechtmatige concurrentie;
 - D. De beleidsregel maakt inbreuk op de autonomie van de ACM;
 - E. De Beleidsregel per artikel: bescherming partij met aanmerkelijke marktmacht.
 - F. Conclusie

A. Doel wetgever met ex-ante toezicht van de artt. 13a tot en met 13k Postwet 2009

10. Het wettelijke kader van het ex-ante toezicht beoogde om een snel en efficiënt middel te creëren om een partij die aantoonbaar aanmerkelijke marktmacht heeft in toom te houden². Aanmerkelijke marktmacht is hetzelfde als een economische machtspositie: het gaat om een partij die in staat is zich onafhankelijk van haar concurrenten en afnemers te gedragen en zo in staat is om concurrentie op de markt te verhinderen. Eerst moet de ACM dus onderzoek doen naar de relevante markt(en) en nagaan of een bepaalde partij over aanmerkelijke marktmacht beschikt. Pas dan kan bepaald worden of het nodig is om bepaalde verplichtingen op te leggen om te voorkomen dat de partij met aanmerkelijke marktmacht de concurrentie belemmert (art. 13b Postwet 2009). In artikel 13b lid 3 Postwet 2009 is daarbij expliciet aan de ACM opgelegd dat ACM bij het opleggen van verplichtingen de proportionaliteit in acht moet nemen. De verplichtingen die ACM oplegt moeten noodzakelijk, geschikt en passend zijn in het concrete geval, in het licht het doel van de wetgever en het geconstateerde mededingingsproblemen³. Het opleggen van één of meer verplichtingen in de zin van de artikelen 13^e tot en met 13k Postwet 2009, heeft tot doel om potentiële mededingingsproblemen te voorkomen.
11. Het ex-ante toezicht gaat om *preventief* toezicht, zodat voor een beperkte duur (verplichtingen kunnen maar een initiële duur van maximum duur van 3 jaar hebben) voorkomen kan worden dat een partij met aanmerkelijke marktmacht de markt kan frustreren, met onomkeerbare gevolgen voor de moeizaam ontluikende concurrentie. De noodzaak van dit kader is ontstaan door de grote ongelijkheid op de postmarkt en doordat het een krimpmarkt betreft. De ex-monopolist met een landelijk dekkend netwerk is zoveel sterker dan haar omgeving dat de concurrentie direct gesmoord kan zijn als de partij met aanmerkelijke marktmacht niet in toom gehouden kan worden. Preventief handhavend optreden moet dus snel en efficiënt zijn, anders is het te laat en is de concurrentie al om zeep.
12. De concept beleidsregel van de Minister gaat dwars tegen deze ratio en doelstelling van de artikelen 13a tot en met 13k Postwet 2009 in. De doelstelling en de verwacht effecten van de conceptbeleidsregel zouden zijn:
- a) De doelen van het ex ante toezicht nader te expliciteren;
 - b) Nadere invulling te geven aan de proportionaliteitseis; en
 - c) Op basis van het zorgvuldigheidsbeginsel een kwantitatieve impactanalyse voorschrijven.
- De beleidsregel maakt snel en efficiënt optreden van ACM ofwel onmogelijk ofwel traag en log. PostNL heeft aantoonbaar aanmerkelijke marktmacht, is een vele malen sterkere marktpartij, heeft financieel veel meer slagkracht en houdt ieder dispuut langer vol dan haar concurrenten. Met de concept beleidsregel kan PostNL snel en efficiënt optreden van ACM gemakkelijk belemmeren en vertragen, waardoor postvervoerbedrijven simpelweg te lang blootgesteld zullen worden aan de grillen van PostNL. De introductie van lange termijn consequenties en de vergaande bewijsverplichtingen, die het voor PostNL mogelijk maken om tot het eind der tijden erover te procederen of ACM wel werkelijk alles heeft aangetoond, hebben tot gevolg dat effectief preventief optreden niet langer mogelijk zal zijn voor ACM. Postvervoerbedrijven die dan, zoals de afgelopen jaren, steeds geconfronteerd worden met onrechtmatige tarieven en voorwaarden die PostNL - vanuit haar economische machtspositie - oplegt, krijgen te maken met een toezichthouder die wel wil maar niet kan optreden. Dit is voldoende om de ontluikende concurrentie op de zakelijke markt voor partijenpost volledig om

² Zo ook Memorie van Toelichting bij Wijziging van de Postwet 2009 ter invoering van ex ante toezicht op een postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht, Tweede Kamer, vergaderjaar 2012-2013, 33 501, nr. 3., p.5 onderaan en p. 6.

³ Memorie van Toelichting bij Wijziging van de Postwet 2009 ter invoering van ex ante toezicht op een postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht, Tweede Kamer, vergaderjaar 2012-2013, 33 501, nr. 3., p. 7 en 22.

OPENBARE VERSIE

zeep te helpen. Exact dat was hetgeen de wetgever wilde voorkomen door ex ante toezicht in te stellen.

13. Uit de toelichting bij de concept beleidsregels valt op te maken dat er een risico zou bestaan dat de UPD dienstverlening onder druk komt te staan door zware concurrentie op de zakelijke markt voor partijenpost en dat dit een bedreiging zou vormen voor de financiële stabiliteit van PostNL op deze krimpmarkt. Minister Kamp stelt in het verslag van algemeen overleg d.d. 20 april 2016⁴:

“De UPD is in de regel gericht op consumentenzaken, maar ook een deel van het zakelijk verkeer loopt via de UPD. (...) [red. PostNL] is een bedrijf dat met een reëel verslechterde markt voor poststukken te maken heeft en dat zich op een verantwoorde manier probeert aan te passen. Zo zie ik het. Wij hebben de UPD opgelegd aan het bedrijf. De wetgever heeft het bedrijf verplicht de UPD uit te voeren: dat zijn poststukken die individueel worden aangeboden. Daarop is jaar na jaar verlies gemaakt. “

14. De Minister beoogt met de concept beleidsregel PostNL te beschermen om daarmee de UPD dienstverlening veilig te stellen. Maar het verband dat de Minister trekt tussen de UPD dienstverlening en de zakelijke partijenpost markt bestaat niet. Ten eerste is onduidelijk of PostNL daadwerkelijk verlies heeft gemaakt op de Universele Post Dienstverlening. De pakkettenpost die ook onder de UPD valt zou juist een enorme groei doormaken, maar daar wordt niet over gesproken. Ook blijven de vele voordelen die PostNL heeft vanwege haar UPD concessie buiten beeld. Naast een enorm volume en een enorm netwerk dat zij via de UPD heeft, heeft PostNL ook allerlei voordelen die minder in beeld zijn, zoals BTW voordelen. Als PostNL verliezen zou lijden in het kader van de UPD, is de oorzaak onduidelijk. Er kunnen immers legio redenen zijn (gebrek aan efficiency, allocatie kosten/inkomsten etc.). Bewijzen ontbreken! De consequentie dat de postzegelprijs zou moeten stijgen om de UPD dienstverlening veilig te stellen, ofwel dat PostNL beter tegen concurrentie beschermt moet worden op de zakelijke markt voor partijenpost - zoals nu met de concept beleidsregel is beoogt - is ongefundeerd. Dat er geen dividend wordt uitgekeerd op een krimpmarkt⁵ wil niet zeggen dat PostNL bescherming van de Minister moet krijgen op een markt waar de beoogde vrije concurrentie al belemmerd wordt door PostNL, die aanmerkelijke marktmacht heeft.

15. Ten tweede is de financiering van de UPD-concessie separaat geregeld en kent een eigen tarievenstelsel met een winstmarge voor PostNL. PostNL krijgt een vergoeding voor de UPD die meer dan voldoende zou moeten zijn om het netwerk te financieren, waarmee het zowel in stand gehouden kan worden als geïnnoveerd. De UPD dienstverlening staat echter los van de financiering van de zakelijke partijenpost. De wetgever gaat expliciet uit van loskoppeling van de zakelijke dienstverlening en de Universele dienstverlening, zelfs met scheiding van kosten en tariefstellingen:

“De doelstelling van het bereiken van lagere prijzen is vooral relevant voor de zakelijke segmenten van het postvervoer. Het is de verwachting dat de daadwerkelijke concurrentie hier voor een neerwaartse druk op de prijsvorming zorgt. Daarvan profiteren met name bedrijven, en mogelijk ook de klanten van die bedrijven, als de lagere kosten van het postvervoer worden doorberekend. Voor de universele dienstverlening zijn lagere prijzen niet uitgesloten, maar er moet rekening mee worden gehouden dat de prijzen voor de universele dienstverlening kunnen stijgen als de kosten voor het vervoer en het instandhouden van het netwerk stijgen.”⁶

16. Blijkbaar is in stand houden van haar UPD-netwerk geen kost die de Universele dienstverlener (deels) zou moeten verhalen op de zakelijke markt. Sterker nog, met dit reeds gefinancierde (UPD) netwerk concurreert PostNL vervolgens op de zakelijke markt voor partijenpost. Bescherming van PostNL op de zakelijke markt heeft juist tot effect dat de toch al scheve verhoudingen op de zakelijke partijenpostmarkt, en wederom in het

⁴ Wijziging van de Postwet 2009 tot modernisering en flexibilisering van de universele postdienstverlening (modernisering UPD), Verslag van een algemeen overleg, vastgesteld 20 april 2016, Tweede Kamer, vergaderjaar 2015-2016, 34 024, nr.36, p.11

⁵ Wijziging van de Postwet 2009 tot modernisering en flexibilisering van de universele postdienstverlening (modernisering UPD), Verslag van een algemeen overleg, vastgesteld 20 april 2016, Tweede Kamer, vergaderjaar 2015-2016, 34 024, nr.36, p.10

⁶ Tweede Kamer vergaderjaar 2005-2006, 30536, nr.3, p. 7, onder “Concurrentie op de postmarkt

OPENBARE VERSIE

voordeel van PostNL, nog verder scheefgetrokken worden.

17. Van Straaten Post en Intrapost zijn de grootste concurrenten voor PostNL op de zakelijke markt voor tijdkritische post en hebben gezamenlijk nog maar 2 à 3 % marktaandeel. Postvervoerbedrijven als Van Straaten Post en Intrapost zijn per definitie deels afhankelijk van het netwerk van PostNL, omdat zij zelf nog geen landelijk dekkend netwerk hebben. Op de zakelijke partijenpost markt bepaalt PostNL zelf welke tarieven en voorwaarden zij aan haar afnemers, waaronder concurrerende postvervoerbedrijven, oplegt. Deze concurrerende postvervoerbedrijven betalen dus allang voor het gebruik van het (UPD) netwerk en de dienstverlening van PostNL. Ook op die tarieven kan PostNL winst maken. Alternatieve postvervoerbedrijven moeten van de tarieven die zij hun klanten in rekening kunnen brengen: een eigen netwerk opbouwen en uitbreiden, alle postdiensten verlenen (waarbij hun werknemers overigens gewone arbeidsovereenkomsten krijgen), de (hoge) facturen van PostNL betalen voor de delen die zij via PostNL laten bezorgen en zij moeten zelf nog een marge behalen. In de facturen die postvervoerbedrijven van PostNL krijgen zit ook voor een gedeelte de bekostiging van het landelijk netwerk, dat PostNL al via de UPD gefinancierd krijgt.
18. Ten derde maakt de Minister met de beleidsregel van 6 juni 2016, zoals hierboven al is uiteengezet, oneigenlijk gebruik van het regelgevend kader van artt. 13a tot en met 13k Postwet, die bedoeld is om preventief en efficiënt op te kunnen treden tegen een partij die (aantoonbaar) aanmerkelijke marktmacht heeft.

B. Ontwerpbesluit Marktanalyse 24-uurs zakelijke post ACM van 9 juni 2016;

19. Sinds 2014 heeft de ACM onderzoek gedaan en gewerkt aan een marktanalyse in het kader van de artt 13a tot en met 13k Postwet. Na al die tijd publiceert ACM op 9 juni 2016 haar 'Ontwerpbesluit Marktanalyse 24-uurs zakelijke post'⁷ (hierna "Ontwerpbesluit"), waarin zij vaststelt dat PostNL op alle drie onderzochte relevante markten aanmerkelijke marktmacht heeft. Nota Bene 2 dagen daarvóór heeft de Minister EZ met de concept beleidsregel de angel al uit het Ontwerpbesluit gehaald ten gunste van PostNL. ACM en concurrenten van PostNL zijn niet op voorhand geconsulteerd over de beleidsregel.
20. PostNL heeft volgens dit recente Ontwerpbesluit van ACM op alle 24-uurs kaders Aanmerkelijke Marktmacht (hierna ook "AMM"). Meer specifiek heeft PostNL een marktaandeel tussen 90-95% op de kleinzakelijke postmarkt; een marktaandeel tussen de 70-80% op de middenzakelijke postmarkt en een marktaandeel van tussen 80-90% op de grootzakelijke postmarkt. Partijen hebben *gezamenlijk* op deze markten kleinere marktaandelen dan 5%. Waarbij het belangrijk is te beseffen dat Van Straaten Post en Intrapost ook nog de grootste concurrenten van PostNL zijn binnen de levering van tijdkritische zakelijke partijenpostdiensten (dus binnen 24- en 48 uren kaders).
21. In het omvangrijke ACM onderzoek is geconcludeerd dat PostNL daadwerkelijk in staat is om eenzijdig de instandhouding en ontwikkeling van concurrentie op de markt te verhinderen en dat PostNL niet kan worden gecorrigeerd door haar omgeving, zoals klanten en afnemers. Uit het onderzoek volgt ook dat PostNL de prikkel én de mogelijkheid heeft om de markten te frustreren. PostNL kan op diverse wijzen de concurrentiepositie van andere postvervoerbedrijven ondermijnen, de ACM heeft dit brede scala aan mogelijkheden (waarvan diverse gedragingen zich overigens nu al in praktijk voordoen) in beeld gebracht in haar Ontwerpbesluit. ACM heeft daarom bepaald dat zij – overeenkomstig artt. 13a tot en met 13k Postwet 2009 - enkele specifieke verplichtingen aan PostNL wil opleggen. Het 140 pagina's tellende Ontwerpbesluit met de concept

⁷ Ontwerpbesluit marktanalyse 24-uurs zakelijke post, ACM, 9 juni 2016, kenmerk ACM/TVP/2016/203243_OV, zaaknummer 14.0296.36

OPENBARE VERSIE

verplichtingen voor PostNL wordt nu, net vóór het van kracht kan worden, midscheeps geraakt door de geheel onverwachte concept beleidsregel van de Minister.

22. Welke aanvullende onderzoeken zal ACM nu weer moeten doen om voor iedere verplichting alle markteffecten, maatschappelijke effecten en indirecte reguleringskosten te kwantificeren zodat op lange termijn alle postvervoerbedrijven hun netwerk kunnen innoveren en investeren in hun netwerk en gestimuleerd worden om te concurreren op kwaliteit? Het enige effect dat met al die onderzoeken wordt bereikt is dat PostNL, de partij met een economische machtspositie, beschermt wordt door vertraging die de beleidsregel meebrengt. Hierbij moet in gedachten worden gehouden dat op dit moment aan het huidige ontwerpbesluit, zonder de verzwaarde bewijsplichten die de Beleidsregel meebrengt, al twee jaar onderzoek aan ten grondslag ligt. Wat als een partij met aanmerkelijke marktmacht een nieuwe manoeuvre bedenkt om concurrenten dwars te zitten? Dan is er geen artikel 9 Postwet meer als vangnet, en kan de ACM niet snel preventief verplichtingen opleggen.
23. Overigens loopt de consultatie van de concept beleidsregel, – niet toevallig net als het concept ontwerpbesluit van ACM - precies tot 21 juli 2016. Zo kan de beleidsregel het Ontwerpbesluit van de ACM stilleggen, voordat die van kracht kan worden.

C. In de praktijk: PostNL belemmert rechtmatige concurrentie

24. Van Straaten Post en Intrapost zitten niet te wachten op geschillen met PostNL. Sinds 2013 is PostNL echter structureel hun rechtmatige concurrentie aan het frustreren. Voor partijen zat er niets anders op dan een handhavingsverzoek in te dienen bij ACM. Eerst anoniem, en later noodgedwongen openbaar. De vrees dat PostNL de mogelijkheid en de middelen die zij heeft zal inzetten om concurrentie te belemmeren is helaas niet ongegrond. Het is gebaseerd op de talloze voorbeelden van de afgelopen jaren, waarbij PostNL maatregelen heeft genomen die specifiek de concurrentiepositie van concurrerende postvervoerbedrijven troffen. Niet alleen ACM maar ook diverse rechters hebben vastgesteld dat PostNL steeds weer artikel 9 Postwet heeft overtreden⁸, zie in de voetnoot de verwijzingen. PostNL negeert deze uitspraken en gaat door met het belemmeren van concurrentie. Dat levert PostNL namelijk geld op.
25. Het Ontwerpbesluit van de ACM is helder: PostNL heeft aanmerkelijke marktmacht op de kleinzakelijke markt, de middenzakelijke markt en op de grootzakelijke markt. PostNL heeft de prikkel en de mogelijkheid om mededingingsbeperkende gedragingen te vertonen. Om dit te voorkomen moet ACM bepaalde - proportionele – verplichtingen opleggen. Daarbij is ook bekeken of er niet teveel nadeel voor PostNL aan de beoogde verplichting zou kleven. Het idee dat het niet zo een vaart loopt met de belemmeringen van PostNL van concurrentie op de postmarkt wordt door de praktijk weerlegt. De beleidsregel miskent de context van het speelveld, de hardleersheid van PostNL en de noodzaak tot snel en efficiënt optreden.

⁸ Zaaknr 12.0210.29; Besluit op bezwaar: 1 mei 2015- zaaknr 12.0210.29.1.01; VovVo ROT 13/6416; beroep ROT 15/3081 van 4 februari 2016/ Zaaknr 14.0778.53; Besluit op bezwaar: 12 januari 2016 – zaaknr 14.0778.53.1.01; VoVo ROT 15/2645; beroep ROT 16/1336/ Zaaknr 14.1177.53; Besluit op bezwaar 18 januari 2016 - zaaknr 14.1177.53.1.01; VoVo ROT 15/3079; Beroep ROT 16/1378 POST/ Zaaknr 15.0672.53; besluit op bezwaar 26 april 2016 – zaaknr 15.0672.53.1.01.

D. De beleidsregel maakt inbreuk op de autonomie van de ACM

26. ACM is een zelfstandig bestuursorgaan. De Minister EZ heeft de beleidsregel formeel opgesteld op basis van artikel 21 lid 1 Kaderwet Zelfstandige bestuursorganen en 4: 81 lid 1 Algemene wet bestuursrecht ("Awb"). Met de beleidsregel grijpt de minister evenwel in op een individuele zaak, hetgeen in strijd is met artikel 9 Instellingswet⁹. Het dictum van het Ontwerpbesluit is immers gericht tegen PostNL en zijn groepsmaatschappijen¹⁰. De timing van de beleidsregel maakt dat het niet losgezien kan worden van het Ontwerpbesluit. De Minister was van het Ontwerpbesluit op de hoogte en heeft doelbewust de ten uitvoerlegging ervan lam willen leggen. Dit blijkt temeer uit de toelichting bij de concept beleidsregel.
27. In de toelichting bij de concept beleidsregel staat dat er naar aanleiding van overleg met de Tweede Kamer op 31 maart 2016 een onderzoek in gang is gezet naar het functioneren van de postmarkt. *"Vanwege de situatie op de postmarkt, en de ontwikkeling van een nieuwe beleidsvisie op die postmarkt, dient voorlopig prudent te worden omgegaan met het opleggen aan postvervoerbedrijven van verplichtingen of het nemen van maatregelen die belangrijke en structurele consequenties kunnen hebben voor de wijze waarop deze markt nu en in de toekomst functioneert...¹¹"* Opmerkelijk genoeg heeft juist de beleidsmaatregel zelf heel duidelijk belangrijke en structurele consequenties voor de wijze waarop de postmarkt functioneert. Uit deze quote blijkt bovendien duidelijk dat de beleidsregel de bedoeling heeft om andere ontwikkelingen stil te leggen. Dit geldt in het bijzonder voor het "Ontwerpbesluit Marktanalyse 24-uurs zakelijke post" dat de ACM op 9 juni 2016 heeft uitgebracht en op basis waarvan ACM verplichtingen aan PostNL wil opleggen. Het middel van de ministeriele regeling wordt zo oneigenlijk ingezet.
28. In de toelichting staat vervolgens onder "2. Beleidsregels ex ante toezicht op de postmarkt": *"Hiermee geeft een minister vooraf via algemene regels aan op welke wijze hij vindt dat de taakuitoefening moet plaatsvinden. Binnen die algemene beleidsregels behoudt het zelfstandig bestuursorgaan de ruimte om in individuele gevallen een eigen afweging te maken. Wel geven de beleidsregels het zelfstandig bestuursorgaan richting bij het nemen van besluiten in individuele gevallen, en dient het bestuursorgaan overeenkomstig deze beleidsregels te handelen (...)"* De beleidsregels grijpen in dit concrete geval direct in op een individuele zaak, dit gaat veel verder dan richting geven. De stelling in de toelichting dat het zou gaan om algemene en voor herhaling toepasbare regels, miskent dat de doelstelling en effecten van de Beleidsregel gericht zijn op het ingrijpen in op het huidige Ontwerpbesluit van ACM. De Minister handelt in strijd met artikel 9 Instellingswet, schendt de autonomie van de ACM en treedt daarmee buiten zijn bevoegdheid.
29. Subsidiair doet zich ook de vraag voor of de Minister via het instrument van ex ante toezicht in het kader van aanmerkelijke marktmacht verplichtingen, beleidsregels mag uitvaardigen die niet in overeenstemming zijn met het doel van dat de wetgever voor ogen stond met de artikelen 13a tot en met 13k. De wetgever heeft immers gekozen voor gescheiden regimes voor de UPD en de zakelijke partijenpostmarkt, terwijl de wetgever heel goed wist dat het netwerk dat gebruikt wordt voor de UPD ook ingezet zou worden op de zakelijke partijenpost markt (zie artikel 13b lid 2 Postwet 2009). Sterker nog, de wetgever was van mening dat de toezichthouder verplichtingen mag opleggen wanneer er aanmerkelijke marktmacht wordt vastgesteld op de zakelijke markt voor partijenpost, welk risico zich juist voordoet bij een van oudsher monopolist, wanneer concurrentie

⁹ Artikel 9 lid 1 Instellingswet luidt als volgt: "Onze Minister en (...) onthouden zich van instructies die op een individuele zaak betrekking hebben."

¹⁰ Ontwerpbesluit marktanalyse 24-uurs zakelijke post, ACM, 9 juni 2016, kenmerk ACM/TVP/2016/203243_OV, zaaknummer 14.0296.36, p. 123/140 en p. 124/140.

¹¹ Toelichting Beleidsregel onder 1. "Doel en aanleiding".

OPENBARE VERSIE

onvoldoende op gang komt. De wetgever heeft duidelijk *niet* de bedoeling gehad dat de toezichthouder de lange termijn effecten op de UPD in kaart brengt bij gebruikmaking van haar ex ante toezicht. Het ex ante toezichtinstrument leent zich hiervoor niet. De Minister is ook niet bevoegd om via een Beleidsregel een wettelijk kader te wijzigen.

E. De beleidsregel per artikel: bescherming partij met aanmerkelijke marktmacht

30. Hieronder worden de artikelen van de conceptbeleidsregel besproken. Steeds is het doel van de artikelen dat er zwaardere onderzoeken en zwaardere bewijslast aan ACM wordt opgelegd. Het effect is dat er niet meer vlot en adequaat opgetreden kan worden, op de wijze zoals door de wetgever bedoeld was met het ex ante toezicht. Het speelveld valt stil, precies zoals de Minister voor ogen staat. De enige partij die hier baat bij heeft is de partij die aanmerkelijke marktmacht heeft.
31. Artikel 2 lid 1 Beleidsregel: voegt niets toe aan de bestaande kaders maar creëert wel rechtsonzekerheid. ACM moet nu ook aan eisen van proportionaliteit en subsidiariteit voldoen. Wat wordt bedoeld met behouden van ‘dynamische efficiëntie op de markt’ is onduidelijk en zal aanleiding geven tot langdurige discussies.
32. Artikel 2 lid 2 jo. Artikel 3 lid 1 Beleidsregel: De verplichting lijkt te slaan op alle postvervoerbedrijven, maar dit is schijn. Alternatieve postvervoerbedrijven genieten immers bescherming door het handhaven van de artikelen 13a tot en met 13k Postwet 2009. Deze artikelen worden immers ingezet om de partij met aanmerkelijke marktmacht in te tomen. Artikel 2 lid 2 Beleidsregel heeft daarom het effect dat slechts de partij met aanmerkelijke marktmacht hier baat bij heeft. Gecombineerd met artikel 3 lid 1 Beleidsregel gebeurt er nog iets gevaarlijks: de ACM mag ineens uitsluitend verplichtingen opleggen om de in artikel 2 genoemde doelen te bereiken. Het gevolg is dat de ACM PostNL alleen kan stimuleren op het vlak van innovatie en investering van het netwerk en op concurrentie op kwaliteit. Dit beperkt het wettelijk ex ante toezicht instrument, zonder enige rechtvaardiging. Zelfs concurrentie op prijs, hetgeen de belangrijkste concurrentieparameter is op de zakelijke markt voor partijenpost, kan zo niet rechtstreeks gehandhaafd worden! De vrijheid van de ACM wordt onnodig en ernstig aan banden gelegd.
33. Artikel 3 lid 2 sub a, b en c Beleidsregel: ACM mag op grond van artikel 3 lid 1 Beleidsregel uitsluitend verplichtingen opleggen binnen de doelen van artikel 2 Beleidsregel en dit wordt zelfs nog verder aan banden gelegd in artikel 3 lid 2 sub a, b en c. Het gevolg van artikel 3 lid 2 sub a, b en c Beleidsregel is dat:
 - PostNL slechts toegang tot haar netwerk moet verlenen, daarna mag er niets meer geëist worden. PostNL zal onder meer de tarieven en voorwaarden precies zo vaststellen als zij zelf wenst.
 - PostNL zal altijd beweren dat haar financiële stabiliteit wordt verstoord, want van verstoring is namelijk al sprake als er concurrentie komt op haar voorheen monopolistische markt (dit argument hanteert PostNL nu immers ook al bij toepassing van artikel 9 Postwet). ACM kan dan dus geen verplichting opleggen aan de partij met aanmerkelijke marktmacht.
 - PostNL zal als postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht op de afgebakende relevante markt altijd een concurrentienadeel kunnen claimen, wanneer een verplichting wordt opgelegd. De verplichting dient immers om de ongebreidelde concurrentie aan banden te leggen van een partij met aanmerkelijke marktmacht. Hierdoor kan ACM geen verplichting opleggen!
34. Artikel 4 beleidsregel: impactanalyse, ACM moet kwalitatief en kwantitatief van iedere opgelegde verplichting de markteffecten, de maatschappelijke effecten en de reguleringskosten aantonen en dan ook nog onderbouwen dat dit de minst vergaande maatregel is om dit doel te bereiken en dat andere maatregelen niet effectief zouden zijn. Deze enorme bewijslast maakt dat de ACM niet of alleen met buitengewone inspanning

OPENBARE VERSIE

bewijs kan rondkrijgen. Allereerst wordt miskent dat er al voldoende waarborgen voor zorgvuldig handelen door ACM van kracht zijn. De zwaardere toets dient geen doel. Ten tweede zal het toezicht niet snel en efficiënt gaan, zoals beoogt bij ex ante toezicht. Snelheid die nog belangrijker is vanwege de krimpmarkt waarin de post zit. Het ACM onderzoek zal door de concept beleidsregel zo lang duren dat er van preventief toezicht niets overblijft. PostNL heeft de afgelopen jaren laten zien dat vertraging via langdurige procedures een doel op zich is. De Beleidsregel biedt volop aanknopingspunten voor langdurige geschillen. De negatieve consequenties voor concurrerende postvervoerbedrijven en voor liberalisering van de zakelijke partijenpost markt zullen daarmee onomkeerbaar zijn.

F. CONCLUSIE

35. De beleidsregel heeft tot doel om stilstand van handhaving op de postmarkt te brengen. Hiermee wordt miskent dat stilstand in handhaving een eigen impact heeft. Sterker nog, de impact van de beleidsregel is groot en zal een onomkeerbare negatief gevolg hebben op de concurrentie op de zakelijke markt voor partijenpost. De enige partij die baat heeft bij de beleidsregel is PostNL, de partij waarvan nu al bekend is dat zij aanmerkelijke marktmacht heeft op alle relevante markten die ACM heeft onderscheiden op de postmarkt. Voor instandhouding van concurrentie op de postmarkt is het essentieel dat de beleidsregel wordt verworpen en niet inwerking treedt.