

Vergaderjaar 2012–2013

33 501

Wijziging van de Postwet 2009 ter invoering van ex ante toezicht op een postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 19 september 2012 en het nader rapport d.d. 7 december 2012, aangeboden aan de Koningin door de minister van Economische Zaken. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 19 juli 2012, no. 12.001.725, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Postwet 2009 ter invoering van ex ante toezicht op een postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht, met memorie van toelichting.

Het voorstel beoogt de mogelijkheden voor concurrentie op de postmarkt te vergroten. Daartoe wordt voor de Autoriteit Consument en Markt (ACM) de bevoegdheid geïntroduceerd om aan ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht² zogenoemde ex-anteverplichtingen op te leggen. Zo kan aan de onderneming de verplichting worden opgelegd om te voldoen aan redelijke verzoeken tot het aan een ander postbedrijf beschikbaar stellen van onderdelen van het distributienetwerk.³ Die verplichtingen hebben tot doel zoveel als mogelijk een mededingingsprobleem te voorkomen waarvan het naar het oordeel van de ACM aannemelijk is dat dit zich in de toekomst zal voordoen.

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

² Een partij die beschikt over aanmerkelijke marktmacht is in staat zich op de markt in belangrijke mate onafhankelijk van zijn concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten te gedragen. (Artikel 13a) Die partij zou als gevolg daarvan in staat zijn eenzijdig de instandhouding en ontwikkeling van de concurrentie op de markt te verhinderen. Memorie van toelichting, algemeen deel, onderdeel 2.2.

³ Voorgestelde artikel 13e.

In de adviesaanvraag is de Afdeling advisering gevraagd bijzondere aandacht te besteden aan de Europeesrechtelijke aspecten van het voorstel. In dit verband zal aandacht worden besteed aan de Postrichtlijn en de Dienstenrichtlijn.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt naar aanleiding van het wetsvoorstel een aantal opmerkingen met betrekking tot de noodzaak van een nieuw instrumentarium, gelet op bestaande regelingen en bij de te verwachten effectiviteit van het instrumentarium. De Afdeling constateert daarbij dat van misbruik van een economische machtspositie door PostNL niet is gebleken. Zij is van oordeel dat in verband daarmee het

voorstel nader dient te worden overwogen. Alvorens de Afdeling ingaat op de inhoud van het voorstel zal zij kort de context schetsen waarbinnen zij het voorstel beoordeelt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 19 juli 2012, nr. 12.001725, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 19 september 2012, nr. W15.12.0281/IV, bied ik U hierbij aan.

1. Context

Liberalisering en de Universele Postdienst

Op 1 april 2009 is met de inwerkingtreding van de Postwet 2009 (Pw) de Nederlandse postmarkt volledig geliberaliseerd en bestaan er geen formele toetredingsdrempels meer.

Via de zogenoemde Universele Postdienst (UPD) is een basisvoorziening aan postdiensten gegarandeerd. Op grond van de Pw is een onderneming aan wie de uitvoering van de UPD is opgedragen, verplicht een aantal basispostdiensten aan te bieden.¹ Deze diensten zijn niet voorbehouden aan de verlener van de UPD, andere ondernemingen mogen deze diensten dus evenzeer aanbieden. De UPD dient te garanderen dat een basisniveau aan diensten wordt geleverd tegen aanvaardbare tarieven. De vergoeding aan een universele postdienstverlener wordt omgeslagen over alle postvervoerbedrijven. De uitvoering van de UPD is thans opgedragen aan PostNL.

Concurrentie op de postmarkt

De postmarkt kent een aantal eigenschappen die de totstandkoming van daadwerkelijke concurrentie kunnen belemmeren, zoals netwerkeffecten en schaalvoordelen. Voor de bezorging en collectie van post is een kostbaar netwerk nodig, dat een bepaalde omzet vereist om rendabel te zijn. Beschikt een postbedrijf eenmaal over een netwerk dan bestaan er schaalvoordelen; hoe groter het volume, hoe lager de kosten die een postvervoerbedrijf moet maken per poststuk. De mededinging op de postmarkt is ter bescherming van de arbeidsvoorwaarden van postbezorgers recent beperkt door de invoering van de verplichting voor postbedrijven om een toenemend aandeel van hun werknemers via een arbeidsovereenkomst te laten werken in plaats van via een overeenkomst van opdracht (stukloon). Deze maatregel maakt het creëren en beheren van een netwerk kostbaarder, gegeven dat een postnetwerk voor een aanzienlijk deel uit mensen bestaat.

De postmarkt heeft te kampen met een daling van het aantal poststukken. De krimpende markt maakt het moeilijker om marktaandeel te verwerven en daarmee om een rendabel netwerk te creëren. Dit is een belangrijk onderscheid met bijvoorbeeld de telecommunicatiemarkt.

De OPTA heeft in 2011 een analyse gemaakt van de concurrentie op de postmarkt. De OPTA stelt vast dat in de segmenten consumentenpost en zakelijke tijdskritische post waar PostNL actief is geen concurrentie plaats vindt en gezien de hoge toetredingsdrempels waarschijnlijk ook niet te verwachten is. In het segment zakelijke niet-tijdskritische post waar wel concurrenten zijn toegetreden ziet de OPTA een voordeelpositie voor PostNL door de synergie met haar andere activiteiten.² De OPTA concludeert dat de mate van concurrentie verschilt per marktsegment en dat PostNL haar positie als dominante speler zowel kan gebruiken op de eigen markt als op andere markten door marktmacht over te hevelen.³

¹ Paragraaf 4.3. van de Postwet 2009

² «PostNL geniet op dit segment het voordeel dat ze op de eerdergenoemde segmenten al postdiensten aanbiedt. Hierdoor heeft ze enerzijds een groter postvolume met daaruit resulterende dichtheids-, schaal- en breedtevoordelen. De incrementele kosten voor het bezorgen van een poststuk zijn voor PostNL daardoor lager dan voor concurrenten. Anderzijds heeft PostNL het voordeel dat zij reeds een klantenrelatie heeft opgebouwd en klanten meestal – zelfs bij een overstap – diensten blijven afnemen bij PostNL. PostNL kan zodoende totaaloplossingen aan zakelijke klanten bieden waarin tijdskritische post, aangetekende zendingen, antwoordnummers en dergelijke worden gebundeld. Dit is voor concurrenten niet mogelijk. [...] De hiervoor genoemde factoren, evenals het zeer hoge marktaandeel zijn sterke indicatoren voor dominantie van PostNL op het niet-tijdskritische segment.» OPTA 16 september 2011, Concurrentie op de postmarkt, evaluatie en advies.

³ «Uit het voorgaande blijkt dat de mate van concurrentie verschilt per marktsegment. Hierdoor kan PostNL als dominante speler marktmacht overhevelen naar een gerelateerde andere markt. Daarnaast kan PostNL haar dominante positie gebruiken op de eigen markt. Zo is er een risico op de marktsegmenten consumentenpost en zakelijk tijdskritische post dat PostNL buitensporig hoge prijzen vraagt, omdat zij een monopoliepositie heeft op deze segmenten. Dit risico wordt slechts voor een deel beperkt door de postwetgeving. Hiernaast bestaat het risico dat PostNL eindgebruikers door selectief hoge prijzen te vragen, uitbuit en minder streeft naar hoge kwaliteit dan zij zou doen in een concurrerende markt.» OPTA 16 september 2011, Concurrentie op de postmarkt, evaluatie en advies.

De OPTA stelt een aantal maatregelen voor om de concurrentie te stimuleren en de eindgebruiker te beschermen: (i) een transparantieverplichting voor de tarieven, (ii) een non-discriminatiemaatregel, (iii) een verplicht kostentoerekeningssysteem en systeem van boekhouding per afzonderlijke dienst en (iv) de introductie van kwaliteitsnormen. De OPTA suggereert in het geval dat de door haar geconstateerde (potentiële) mededingingsproblemen groot genoeg geacht worden om in te grijpen, de door haar voorgestelde maatregelen in de wet op te nemen of de mogelijkheid te creëren dat de OPTA deze maatregelen kan opleggen afhankelijk van de marktsituatie. Met het onderhavige voorstel wordt in zekere zin uitvoering gegeven aan de tweede suggestie.

1. Context

Dit betreft een inleiding van het advies van de Afdeling advisering en vergt geen reactie.

2. Nut en noodzaak nieuwe instrumentarium

a. Ontwikkeling van de postmarkt

De Afdeling stelt vooreerst vast dat in de toelichting een bredere visie op de toekomst van de postmarkt ontbreekt. De omstandigheden op de postmarkt zijn in de voorbije jaren aanzienlijk veranderd. De Afdeling ziet goede argumenten die er voor pleiten om de postmarkt als onderdeel van een bredere markt te zien, die bijvoorbeeld ook het elektronische berichtenverkeer omvat. PostNL heeft hier in haar reactie op het wetsvoorstel op gewezen.¹ In een dergelijke visie zou een herijking van de regelgeving voor post in breder verband voor de hand liggen. Indien de postmarkt als een afzonderlijke markt wordt gezien, moet onder ogen worden gezien dat in belangrijke deelsegmenten de volumes aanzienlijk zijn teruggelopen en alle aanleiding is om aan te nemen dat deze ontwikkeling doorzet. Voor postvervoersbedrijven met een landelijke dekking kan geleidelijk aan een situatie ontstaan waarin het niet zo zeer de vraag is of er voldoende ruimte is voor nieuwe initiatieven, maar of er voldoende volume is om ruimte te bieden aan meerdere ondernemingen. Dit betekent niet dat er geen regulering behoeft te zijn, maar wel dat deze van andere aard zal zijn.

De toelichting constateert dat de postmarkt kampt met beperkte concurrentie. De ontstane situatie op de postmarkt geeft naar het oordeel van de regering aanleiding tot aanscherping van het toezicht op de postmarkt in de vorm van een aanvullend, ex ante-toezichtinstrumentarium. Hiermee kunnen mededingingsproblemen, die zich volgens de hierboven genoemde analyse van OPTA kunnen voordoen, zoveel mogelijk worden voorkomen.

De toelichting identificeert een tweetal centrale concurrentiebeperkende elementen: netwerkeffecten en schaalvoordelen, en een krimpende markt. De Afdeling merkt op dat in de toelichting een antwoord op de vraag ontbreekt of de voorgestelde maatregelen soelaas kunnen bieden voor (i) de krimpende postmarkt die toetreding van nieuwe spelers minder waarschijnlijk maakt, en (ii) de schaalvoordelen van PostNL. Ziet de Afdeling het goed dan zullen die schaalvoordelen met de introductie van de ex ante verplichtingen niet verdwijnen. Het ligt daarbij in de rede dat zij in niet geringe mate samenhangen met het feit dat PostNL de UPD verzorgt en aldus beschikt over een in zekere zin «risicooloos» volume.

¹ De reactie van PostNL is gepubliceerd op www.internetconsultatie.nl.

De Afdeling constateert dat de vraag in welke mate verwacht kan worden dat de introductie van het voorgestelde ex ante-toezichtskader zal kunnen bijdragen aan meer concurrentie op de postmarkt vooralsnog niet wordt beantwoord.

b. Netwerktogang ingevolge de Postwet 2009

Er is thans, met artikel 9, reeds een beperkt ex ante instrumentarium in de wet opgenomen. Artikel 9 Pw bepaalt dat een postvervoerbedrijf dat beschikt over een vervoer- en bezorgnetwerk waarmee op vijf dagen per week post kan worden bezorgd, bij het verrichten van postvervoer voor andere postvervoerbedrijven non-discriminatoire en transparante tarieven en voorwaarden hanteert.¹ Indien blijkt dat op de postmarkt of een onderdeel daarvan daadwerkelijke concurrentie ontbreekt, kunnen bij algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gesteld met betrekking tot de voorwaarden en tarieven die worden gehanteerd bij het verrichten van postvervoerdiensten tegen speciale voorwaarden en tarieven door postvervoerbedrijven die over een netwerk beschikken. Bij ministeriële regeling kunnen in aanvulling op het eerste lid regels worden gesteld over het verlenen van toegang tot het netwerk. Deze regels kunnen inhouden dat een postvervoerbedrijf, dat beschikt over een dergelijk netwerk, op verzoek van bij die regeling aan te wijzen categorieën derden toegang verleent tot dat netwerk tegen redelijke, transparante en non-discriminatoire tarieven en voorwaarden, voor zover een bedrijfsmatige en op continuïteit gerichte exploitatie van het netwerk dit toelaat en dat het postbedrijf er zorg voor draagt dat de geldende voorwaarden en tarieven als bedoeld in dat onderdeel voor eenieder kenbaar zijn. Van deze grondslagen is vooralsnog geen gebruik gemaakt.

Ingevolge het voorgestelde artikel 1, onderdeel B, vervalt artikel 9 Pw. In de toelichting wordt opgemerkt dat met het voorgestelde hoofdstuk 3a wordt voorzien in een uitgebreider toezichtinstrumentarium waarmee onder andere wordt gewaarborgd hetgeen artikel 9 Pw waarborgt, namelijk onder redelijke en non-discriminatoire voorwaarden toegang tot het netwerk van een postvervoerbedrijf dat beschikt over een netwerk waarmee poststukken op ten minste vijf dagen per week kunnen worden bezorgd op alle adressen in Nederland. Het voorgestelde hoofdstuk 3a maakt artikel 9 aldus overbodig. Uit de evaluatie van artikel 9 zou blijken dat artikel 9 weinig effect heeft op toegang tot het netwerk, aangezien nieuwe postbedrijven beperkt behoefte hebben aan toegang tot het netwerk.²

De Afdeling merkt op dat in de toelichting geen aandacht wordt besteed aan de mogelijkheden die op grond van artikel 9, tweede en vierde lid, worden geboden om nadere regels te stellen aan de toegang tot het netwerk van een postonderneming. De Afdeling stelt daarbij vast dat ingevolge de voorgestelde artikelen 13e en 13f wel instrumenten worden geïntroduceerd om toegang tot het netwerk van PostNL af te dwingen. De Afdeling meent dat het in de rede ligt om, voordat een nieuw en meer ingrijpend instrumentarium wordt geïntroduceerd, na te gaan in hoeverre met toepassing van het bestaande instrumentarium kan worden volstaan.

c. Verhouding tot de Mededingingswet

De uitbreiding van het toezicht op de postmarkt met de mogelijkheid om aan een onderneming met aanmerkelijke marktmacht verplichtingen op te leggen is een aanvulling op het algemene mededingingsrecht. De toelichting noemt twee typen mededingingsproblemen die zich zouden kunnen voordoen bij de aanwezigheid van een marktpartij die beschikt over aanmerkelijke marktmacht. In de eerste plaats bestaat het gevaar dat

¹ Toelichting bij de derde nota van wijziging op de Postwet 2009.

² Memorie van toelichting, artikelsgewijze toelichting, bij artikel 1, onderdeel B.

een onderneming met aanmerkelijke marktmacht concurrenten van de markt weert, toetreding tot (deel)markten belemmert of overstappen door afnemers bemoeilijkt. In de tweede plaats bestaat het risico dat de belangen van eindgebruikers (cliënten) direct worden geschaad omdat sprake is van een monopolie.¹

De Afdeling merkt op dat deze mededingingsproblemen in beginsel, zodra zij zich daadwerkelijk voordoen, vallen onder misbruik van een economische machtspositie dat op grond van de Mededingingswet² en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) is verboden.³ Anders dan thans wordt voorgesteld leidt het hebben van een economische machtspositie⁴ door een marktpartij op grond van de Mededingingswet en het VWEU niet tot ingrijpen door de toezichthouder. Het bezitten van een economische machtspositie is niet verboden⁵, het misbruik daarvan wel. Naar aanleiding van klachten van Sandd heeft de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) onderzoek gedaan naar mogelijk misbruik van een economische machtspositie door PostNL. De NMa oordeelde dat er geen aanleiding was om de onderzochte gedragingen van Netwerk VSP en PostNL, afzonderlijk of in samenhang bezien, aan te merken als overtreding van de Mededingingswet.⁶

Uit de toelichting leidt de Afdeling af dat de regering van oordeel is dat het algemene mededinginstrumentarium niet voldoet omdat op grond daarvan slechts achteraf kan worden ingegrepen. In de toelichting wordt opgemerkt dat het gezien de specifieke kenmerken van een kwetsbare concurrentieomstandigheden op de postmarkt, nodig is om preventief verplichtingen op te kunnen leggen. Indien uit de marktanalyse blijkt dat het door de aanwezigheid van aanmerkelijke marktmacht aannemelijk is dat bepaalde mededingingsproblemen zich in de toekomst zullen voordoen, kunnen bepaalde verplichtingen worden opgelegd om deze mededingingsproblemen aan te pakken.

De Afdeling constateert dat in de toelichting geen antwoord wordt gegeven op de vraag waarom het aannemelijk is dat de genoemde mededingingsproblemen zich in de toekomst, anders dan nu, zouden voordoen. De toelichting beperkt zich tot de constatering dat een onderneming met aanmerkelijke marktmacht mededingingsproblemen in de hand zou kunnen werken.

d. Conclusie

De Afdeling plaatst kanttekeningen bij de noodzaak van een nieuw instrumentarium, gelet op bestaande regelingen en bij de te verwachten effectiviteit van het instrumentarium. Zij constateert daarbij dat van misbruik van een economische machtspositie niet is gebleken.

De Afdeling adviseert het voorstel in het licht van het bovenstaande te heroverwegen.

¹ Memorie van toelichting, algemeen deel, onderdeel 3.1.

² Artikel 24 van de Mededingingswet.

³ Artikelen 101 en 102 VWEU.

⁴ De termen «economische machtspositie» en «aanmerkelijke marktmacht» worden gebruikt in het algemene mededingingsrecht respectievelijk het bijzondere mededingingstoezicht. De betekenis is in essentie identiek.

⁵ Ten aanzien van een onderneming met een economische machtspositie wordt soms wel een bijzondere verantwoordelijkheid aangenomen ten aanzien van het voorkomen van misbruik.

⁶ Besluit van de NMa in zaak Sandd vs PostNL nummer 6207/476.

2. Nut en noodzaak nieuwe instrumentarium

a. Ontwikkeling van de postmarkt

Met de Afdeling advisering ben ik van mening dat de omstandigheden op de Nederlandse postmarkt in de afgelopen jaren aanzienlijk zijn veranderd en dat er goede argumenten kunnen zijn om – op enig moment – de postmarkt als onderdeel van een bredere markt te zien. Hoewel de afname in het fysieke postverkeer de komende jaren naar verwachting zal blijven doorzetten, verwacht ik echter dat fysieke post de komende jaren een

omvangrijke en belangrijke vorm van communicatie en een aparte markt blijft vormen (zie nader paragraaf 2.3 van de toelichting). In dit wetsvoorstel wordt rekening gehouden met de dynamische verhouding tussen fysieke post en elektronische communicatie door aan te sluiten bij de procedures die gelden bij de vaststelling van een economische machtspositie binnen het algemene mededingingsrecht. Dit betekent namelijk dat de ACM aan de hand van een marktanalyse de relevante markt dient af te bakenen. Uit die marktanalyse en marktafbakening blijkt onder andere welke diensten of producten substituten zijn. Op het moment dat elektronische communicatie en fysieke post in voldoende mate onderling substitueerbaar zijn, zal uit de marktanalyse van de ACM volgen dat zij tot dezelfde relevante markt behoren. Zoals is uiteengezet in paragraaf 2.2 van de toelichting vormen de schaalvoordelen en netwerkeffecten bijzondere structuurkenmerken van de markt voor fysieke post. Deze structuurkenmerken komen niet voort uit het bestaan van een universele dienstverplichting op deze markt, maar uit het gegeven dat voor de bezorging en collectie van post een kostbaar netwerk nodig is. Gezien deze structuurkenmerken creëren de recente marktontwikkelingen (zoals de volumedalingen en de uittreding van marktspelers) een verhoogd risico op specifieke mededingingsproblemen, die met het voorgestelde ex ante-toezichtkader tijdiger kunnen worden geadresseerd teneinde grote en onomkeerbare gevolgen voor de mededinging te voorkomen. Op die manier draagt het voorgestelde ex ante-toezichtkader bij aan meer concurrentie op de postmarkt. Voorts is het voorgestelde ex ante-toezichtkader ook toegesneden op de mogelijkheid dat de wisselwerking tussen schaalvoordelen, toetredingsdrempels en aanhoudende, toenemende volumedaling in de toekomst zou leiden tot de situatie waarin slechts één postvervoerbedrijf actief is (monopolie). Gezien deze mogelijke ontwikkeling bevat dit voorstel de bevoegdheid om in die situatie ex ante verplichtingen op te leggen die dienen ter directe bescherming van eindgebruikers. Paragraaf 2 van de toelichting is aangevuld en van een nieuwe structuur voorzien om bovenstaande argumenten beter voor het voetlicht te brengen.

b. Netwerkttoegang ingevolge de Postwet 2009

Overeenkomstig het advies van de Afdeling is in de laatste alinea van paragraaf 2.4 van de memorie van toelichting nader toegelicht waarom artikel 9 niet geschikt is om de mededingingsproblemen op de postmarkt het hoofd te bieden. Zo is toegelicht dat artikel 9 een te beperkt aangrijpingspunt biedt doordat het uitsluitend de mogelijkheid geeft om mededingingsproblemen aan te pakken die spelen op het gebied van toegang tot het netwerk van de universele dienstverlener, terwijl het risico op mededingingsproblemen op de postmarkt breder is dan toegangsproblemen alleen (zie paragraaf 2.3 van de toelichting). Het gaat hierbij bijvoorbeeld om de situatie waarin een postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht bepaalde activiteiten langdurig niet-marktconform (te laag) prijst, en zo te tracht concurrenten uit te sluiten. Ook kan het gaan om koppelverkoop waardoor de concurrentie aanzienlijk wordt belemmerd. Teneinde aan te sluiten bij de mogelijke mededingingsproblemen die zich op de postmarkt kunnen voordoen, is gekozen voor een uitgebreider toezichtinstrumentarium, waarmee onder andere wordt gewaarborgd hetgeen het huidige artikel 9 waarborgt. Daarnaast is het voorgestelde instrumentarium flexibeler dan de huidige regelgeving, waardoor beter op de dynamiek in marktontwikkelingen kan worden ingespeeld.

c. Verhouding tot de Mededingingswet

Inderdaad kan er op grond van het algemene mededingingsrecht worden ingegrepen indien een onderneming misbruik maakt van een economische machtspositie. Om een aantal redenen (zie paragrafen 2.3 en 2.4 van de toelichting) kan er in de postmarkt echter niet worden afgewacht of misbruik van economische machtspositie plaatsvindt, maar kan het bestaan van een economische machtspositie op zichzelf al voldoende reden zijn om in te moeten grijpen. Gelet op de bijzondere kenmerken van de postmarkt (schaalvoordelen en netwerkeffecten), de kwetsbare concurrentiesituatie en de substantiële toetredingsdrempels, is immers sprake van een verhoogd risico op grote en onomkeerbare effecten op de mededinging op de postmarkt. Dat maakt het noodzakelijk om reeds te kunnen ingrijpen wanneer sprake is van een economische machtspositie. In het licht van de verwijzing van de Afdeling advisering naar het besluit van de NMa in de zaak Sandd vs PostNL merk ik ten slotte op dat de toegevoegde waarde van een aanvulling in het toezichtinstrumentarium voor de postmarkt in dat verband ook door de NMa is onderschreven (http://www.nma.nl/documenten_en_publicaties/archiefpagina_nieuwsberichten/nieuwsberichten/2012/25_12_nma_wijst_klacht_sandd_af_geen_misbruik_door_postnl.aspx).

d. Conclusie

Zoals uiteengezet onder a tot en met c is tegemoet gekomen aan de kanttekeningen van de Afdeling door de onderbouwing van het nut en de noodzaak van het voorgestelde instrumentarium alsmede de te verwachten effectiviteit op de aangegeven punten aan te scherpen respectievelijk nader te onderbouwen in de toelichting.

3. Europeesrechtelijke aspecten

In de adviesaanvraag is de Afdeling advisering gevraagd bijzondere aandacht te besteden aan de Europeesrechtelijke aspecten van het voorstel. In dit verband zal aandacht worden besteed aan de Postrichtlijn en de Dienstenrichtlijn. Nu sprake is van secundair EU-recht gaat de Afdeling niet nader in op de verenigbaarheid van de voorgestelde maatregelen met het primair EU-recht.

Het voorstel behelst, zoals reeds is opgemerkt, een aanvulling van het mededingingsrecht. In de toelichting wordt terecht opgemerkt dat het op grond van het Europese mededingingsrecht de lidstaten is toegestaan om strengere mededingingswetten aan te nemen en toe te passen op eenzijdige gedragingen van ondernemingen, voor zover dit het nationale grondgebied betreft.¹ De Afdeling ziet geen aanleiding hierop nader in te gaan.

De Afdeling constateert vooreerst dat uit de toelichting niet blijkt dat over het voorstel overleg is gevoerd met de Europese Commissie. De Afdeling adviseert, mede in het licht van hetgeen hierna onder b. wordt opgemerkt, alsnog met de Commissie in overleg te treden.

a. De Postrichtlijn

Voor een beoordeling van het voorstel in Europeesrechtelijk perspectief is, naar het oordeel van de Afdeling, in de eerste plaats de Postrichtlijn² van belang. De Postrichtlijn stelt gemeenschappelijke regels inzake de voorwaarden voor het aanbieden van postdiensten.³ Centraal in de Postrichtlijn staan regels over het aanbieden en de financiering van de

¹ Artikel 3, tweede lid, van Verordening 1/2003

² Richtlijn 97/67/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 1997 betreffende gemeenschappelijke regels voor de ontwikkeling van de interne markt voor postdiensten in de Gemeenschap en de verbetering van de kwaliteit van de dienst.

³ Artikel 1.

UPD. De richtlijn is echter ook van toepassing op postdiensten die buiten de werkingssfeer van de UPD vallen.

In de toelichting, alsook in het commentaar van PostNL op het voorstel, wordt aandacht besteed aan artikel 9 van de Postrichtlijn. Artikel 9 bepaalt dat lidstaten voor diensten die buiten de werkingssfeer van de universele dienst vallen, algemene machtigingen kunnen instellen voor zover dit noodzakelijk is om de naleving van essentiële eisen te waarborgen. Artikel 2, veertiende lid, van de Postrichtlijn definieert een machtiging als iedere toestemming waarbij specifieke rechten en verplichtingen worden vastgelegd voor de postsector en waarbij ondernemingen wordt toegestaan postdiensten aan te bieden en in voorkomend geval netwerken voor het aanbieden van zulke diensten tot stand te brengen en/of te exploiteren, in de vorm van een «algemene machtiging» of «individuele vergunning». Een «algemene machtiging» is iedere machtiging, ongeacht of deze voortvloeit uit een «categoriale vergunning» dan wel uit algemene wetgeving en ongeacht of dergelijke regelgeving registratieprocedures vergt, waarbij de aanbieder van postdiensten geen uitdrukkelijk besluit van de nationale regelgevende instantie behoeft te verkrijgen voordat hij de aan de machtiging ontleende rechten mag uitoefenen.

In de toelichting wordt opgemerkt dat het wetsvoorstel geen belemmering vormt van de voorschriften binnen de Postrichtlijn. De toelichting stelt dat van belang is «dat de Postwet 2009 – ook na inwerkingtreding van dit wetsvoorstel – in het geheel geen «algemene machtiging» in de zin van artikel 9, eerste lid, van de Postrichtlijn kent. De Postwet 2009 legt immers geen verplichtingen of voorwaarden op aan postvervoerbedrijven waaraan zij moeten voldoen vóórdat het hen is toegestaan om postvervoerdiensten te verrichten. Iedere postaanbieder kan zonder voorafgaande vergunning of andere regulering postvervoerdiensten verrichten. Onderhavig wetsvoorstel – of het in concreto opleggen van de in dit wetsvoorstel opgenomen verplichtingen – is daarom niet aan te merken als een algemene machtiging of een voorafgaande goedkeuring voor het verrichten van postdiensten.»¹

De Afdeling onderschrijft het voorgaande in die zin dat de thans voorgestelde verplichtingen geen betrekking hebben op de markttoegang. Artikel 9 van de Postrichtlijn geeft lidstaten de bevoegdheid om, ondanks de liberalisering, de toegang tot de postmarkt te reguleren of afhankelijk te maken van het voldoen aan in artikel 2 van de Postrichtlijn omschreven «essentiële eisen». Nu het voorgestelde regime niet ziet op regulering van de toegang tot de postmarkt, immers het regime is pas van toepassing indien een onderneming is toegetreden en beschikt over aanmerkelijke marktmacht, acht de Afdeling artikel 9 van de postrichtlijn niet van toepassing.

De toelichting vermeldt dat dit wetsvoorstel een invulling is van artikel 11bis van de Postrichtlijn. In artikel 11bis wordt bepaald dat de lidstaten er zorg voor dragen dat, wanneer zulks noodzakelijk is om de belangen van de gebruikers te beschermen en/of de daadwerkelijke mededinging te waarborgen er op transparante, niet-discriminerende grondslag toegang wordt geboden tot onderdelen van de postinfrastructuur of diensten die binnen de werkingssfeer van de universele dienst vallen, zoals het postcodesysteem, de adresdatabank, de postbussen, de bussen voor de bestelling van zendingen, de informatie over adreswijzigingen, de doorzenddienst en de dienst terugzending naar de afzender. Dit voorschrift laat het recht van de lidstaten onverlet om maatregelen te nemen teneinde op transparante, evenredige en niet-discriminerende grondslag toegang tot het postnet² te bieden.

¹ Memorie van toelichting, algemeen deel, onderdeel 5.

² In de Engelse tekst van de richtlijn bevat artikel 11bis de term «postal network».

De Afdeling merkt op dat artikel 11bis van de Postrichtlijn ziet op de regulering van toegang tot het netwerk van de uitvoerder van de UPD.¹ Dit past binnen het stramien van de Postrichtlijn waarbij ervan wordt uitgegaan dat de onderneming die is belast met de uitvoering van de universele postdienst in ieder geval (en wellicht zelfs als enige) de beschikking heeft over een dekkende infrastructuur. De richtlijn biedt vervolgens mogelijkheden voor de lidstaten om te voorkomen dat diezelfde onderneming als gevolg van zijn positie op de markt de concurrentie op andere delen van de postmarkt kan vervalsen.

Het voorstel neemt daarentegen uitdrukkelijk niet de aanbieder van de universele dienst tot uitgangspunt maar een onderneming die beschikt over aanmerkelijke marktmacht. Dat kan blijkens de toelichting zowel de aanbieder van de universele dienst alsook een andere aanbieder van postdiensten zijn. Daarmee treedt het voorstel naar het oordeel van de Afdeling buiten het kader van artikel 11bis van de Postrichtlijn.

De vraag rijst vervolgens in hoeverre de Postrichtlijn Nederland toestaat om andere maatregelen te nemen teneinde de concurrentie op de postmarkt te bevorderen. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft in een arrest van 13 oktober 2011 geoordeeld dat de richtlijn niet overgaat tot volledige harmonisatie.² Het Hof verwees daarbij onder meer naar overweging 10 van de considerans van de richtlijn waarin is opgemerkt dat de richtlijn een op het niveau van de Unie vastgesteld kader van algemene beginselen vormt, in dier voege dat het geven van nadere voorschriften een zaak van de lidstaten is. Het Hof concludeert in deze zaak dat een bepaling uit de richtlijn die een verplichting oplegt aan de aanbieder van de UPD zich niet verzet tegen een nationale regeling die diezelfde verplichting oplegt aan andere aanbieders van postdiensten.³

De Afdeling tekent daarbij wel aan dat het Hof in deze zaak uitdrukkelijk wijst op bepalingen uit de (wijzigingen op de) Postrichtlijn waarin aanknopingspunten te vinden waren voor de conclusie dat de Uniewetgever een dergelijke uitbreiding niet onwenselijk achtte (zelfs aanmoedigde). Dergelijke aanknopingspunten ziet de Afdeling thans niet onmiddellijk. Niettemin acht de Afdeling het denkbaar dat naar analogie van het genoemde arrest het Nederland het ook in aanvulling op artikel 11bis van de richtlijn is toegestaan nadere regels te stellen. Dit zolang deze niet strijdig zijn met hetgeen overigens in de Postrichtlijn is bepaald, doel en strekking van de richtlijn niet in gevaar brengen, en ook overigens in overeenstemming zijn met ander secundair en primair EU-recht.

De Afdeling acht op grond van het voorgaande de conclusie gerechtvaardigd dat het voorstel niet voorshands in strijd is met de Postrichtlijn.

b. Dienstenrichtlijn

De Dienstenrichtlijn⁴ geeft een nadere invulling van de Europese regels inzake het vrij verkeer van diensten en vestiging. Nu geen sprake is van bepalingen die direct raken aan de plaats van vestiging of de fysieke aanwezigheid van een postvervoerder in Nederland is in de eerste plaats het onderdeel «vrij verkeer van dienstverrichting» van belang.

Artikel 17, eerste lid, onderdeel a, van de Dienstenrichtlijn stelt, kort gezegd, dat de bepalingen inzake het vrij verkeer van diensten niet van toepassing zijn op diensten van algemeen economisch belang die onder de Postrichtlijn vallen. De Afdeling meent dat in beginsel slechts de UPD kan worden beschouwd als een dienst van algemeen economisch belang. Andere activiteiten op de postmarkt zijn in beginsel geen diensten van algemeen economisch belang maar reguliere economische activiteiten die

¹ Artikel 2, onderdeel 2, definieert «postnetwerk» als: het geheel van de organisatie en alle middelen, waarvan door de leverancier(s) van de universele dienst gebruik wordt gemaakt om met name:

– op de toegangspunten op het gehele grondgebied de onder een verplichting tot universeledienstverlening vallende postzendingen op te halen;
– deze postzendingen tussen de punten van toegang tot het postnetwerk en het distributiecentrum te verzenden en te verwerken;
– deze postzendingen op het vermelde adres te distribueren.

Zie ook overweging 34 bij richtlijn nr. 2008/6/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 februari 2008 tot wijziging van richtlijn 97/67/EG wat betreft de volledige voltooiing van de interne markt voor postdiensten in de Gemeenschap.

² Arrest van 13 oktober 2011 in zaak C-148/10 DHL International NV tegen Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie. R.o. 36 en 37.

³ Het betrof in deze zaak een Belgische regeling die voor leveranciers van postdiensten die buiten de werkingssfeer van de universele dienst vallen, een externe procedure voor de behandeling van klachten van gebruikers van die diensten voorschreef.

⁴ Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt.

als zodanig wel onder artikel 16 van de Dienstenrichtlijn vallen. Het voorstel ziet, zo blijkt uit het voorgestelde artikel 13b alsmede uit de toelichting, uitdrukkelijk niet op regulering van de UPD.

Artikel 16 van de Dienstenrichtlijn bepaalt dat de lidstaten de toegang tot en de uitoefening van een dienstenactiviteit op hun grondgebied niet afhankelijk maken van de naleving van eisen die niet aan de volgende beginselen voldoen: a. discriminatieverbod: de eisen maken geen direct of indirect onderscheid naar nationaliteit of, voor rechtspersonen, naar de lidstaat waar zij gevestigd zijn; b. noodzakelijkheid: de eisen moeten zijn gerechtvaardigd om redenen van openbare orde, openbare veiligheid, de volksgezondheid of de bescherming van het milieu¹ en c. evenredigheid: de eisen moeten geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken en gaan niet verder dan wat nodig is om dat doel te bereiken.

In dit verband is van belang in hoeverre de thans voorgestelde ex ante verplichtingen vallen onder het begrip «eis» genoemd in artikel 16 van de Dienstenrichtlijn. Het begrip «eis» wordt in artikel 4, zevende lid, van de dienstenrichtlijn gedefinieerd als elke verplichting, verbodsbepaling, voorwaarde of beperking uit hoofde van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten of voortvloeiend uit de rechtspraak, de administratieve praktijk, de regels van beroepsorden of de collectieve regels van beroepsverenigingen of andere beroepsorganisaties, die deze in het kader van de hun toegekende juridische bevoegdheden hebben vastgesteld. Het begrip «eisen» moet, gelet op het bovenstaande, ruim worden uitgelegd.

Uit het voorgaande leidt de Afdeling af dat het niet onwaarschijnlijk is dat de verplichtingen die op grond van het onderhavige voorstel kunnen worden opgelegd, kwalificeren als eisen, als bedoeld in artikel 4, zevende lid, van de Dienstenrichtlijn. Dit zou wellicht anders zijn indien moet worden geoordeeld dat de relatie tussen de verplichtingen en een mogelijke aarzeling van een postonderneming uit een andere lidstaat om in Nederland activiteiten te gaan verrichten zodanig onzeker en indirect is dat op grond daarvan geen belemmering kan worden aangenomen.² De Afdeling is hiervan niet op voorhand overtuigd.

De verplichtingen dienen aldus te worden getoetst aan de voorwaarden van artikel 16, eerste lid, van de Dienstenrichtlijn. Zoals hierboven opgemerkt moeten eisen gesteld aan dienstverrichters zijn gerechtvaardigd om redenen van openbare orde, openbare veiligheid, de volksgezondheid of de bescherming van het milieu. Het onderhavige voorstel heeft blijkens de toelichting echter niet een dergelijk doel, het voorstel beoogt de concurrentie op de postmarkt te bevorderen en van de belangen van eindgebruikers te beschermen. Daarmee wordt echter niet voldaan aan het in artikel 16, eerste lid, onderdeel b, genoemde beginsel van «noodzakelijkheid».

De Afdeling constateert in het licht van het bovenstaande dat er spanning bestaat tussen het thans voorgestelde regime en de voorwaarden uit artikel 16 van de Dienstenrichtlijn. Zij adviseert het voorstel in het licht van het bovenstaande nader te bezien.

3. Europeesrechtelijke aspecten

Aan het advies van de Afdeling om over dit wetsvoorstel overleg te voeren met de Europese Commissie is reeds tegemoet gekomen. Er heeft begin september een overleg plaats gevonden met de Europese Commissie waaruit is gebleken dat de Europese Commissie op basis van

¹ Er kan in dit geval dus geen beroep worden gedaan op de zogenoemde «dwingende redenen van algemeen belang» uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie.

² Zie in dat verband bijvoorbeeld naar analogie het arrest van het Hof van Justitie in zaak C-291/09 Francesco Guarnieri.

een eerste analyse geen Europeesrechtelijke of beleidsmatige belemmeringen ziet voor dit wetsvoorstel.

a. De Postrichtlijn

De motivering van de Afdeling aangaande de conclusie dat het voorstel niet in strijd is met de Postrichtlijn is in paragraaf 5 van de toelichting verwerkt.

b. Dienstenrichtlijn

De door de Afdeling geconstateerde spanning tussen het ex ante toezichtinstrument en artikel 16 van de Dienstenrichtlijn wordt niet onderschreven. Zoals in paragraaf 5 van de memorie van toelichting is uiteengezet, bevat dit instrument immers geen norm waaraan een postvervoerbedrijf moet voldoen bij de toetreding tot de Nederlandse postmarkt en het verrichten van postdiensten. Het wetsvoorstel introduceert een specifiek mededingingstoezicht dat door de toezichthouder kan worden toegepast. Er is aldus geen sprake van een eis in de zin van de Dienstenrichtlijn (zie hiervoor nader paragraaf 5 van de memorie van toelichting).

4. Overige aspecten.

a. In de toelichting wordt meermaals opgemerkt dat (slechts dan) verplichtingen kunnen worden opgelegd indien het aannemelijk is dat bepaalde mededingingsproblemen zich in de toekomst zullen voordoen. Zo wordt in de toelichting bij het voorgestelde artikel 13b opgemerkt dat «indien de ACM op basis van haar marktanalyse van oordeel is dat het aannemelijk is dat een mededingingsprobleem zich in de toekomst zal voordoen, kan zij specifieke verplichtingen opleggen aan een postbedrijf dat beschikt over aanmerkelijke marktmacht.»

De Afdeling stelt vast dat deze nadere clausulering in het voorgestelde artikel 13b ontbreekt. Artikel 13b bepaalt dat indien de Autoriteit Consument en Markt op basis van een marktanalyse van oordeel is dat een postvervoerbedrijf beschikt over aanmerkelijke marktmacht zij dat postvervoerbedrijf een verplichting, als bedoeld in de artikelen 13e tot en met 13k, kan opleggen.

De Afdeling adviseert het in de toelichting genoemde criterium in de tekst van de wet op te nemen.

b. In de toelichting wordt apart aandacht besteed aan een mogelijke aanpassing van de UPD. De regering acht het blijkens de toelichting wenselijk dat het aantal verplichte bezorgdagen wordt teruggebracht van zes naar vijf.¹ In de toelichting wordt gerefereerd aan een tweetal moties van leden van de Tweede Kamer hierover, naar aanleiding waarvan thans onderzoek wordt verricht. Aan de Tweede Kamer is toegezegd dat geen onomkeerbare stappen zullen worden ondernomen, voordat de resultaten van deze onderzoeken bekend zijn. In de toelichting wordt ten slotte opgemerkt dat «alleen wanneer de onderzoeksuitkomsten dit toestaan, zal in het onderhavige wetsvoorstel tevens de voorgestelde aanpassing van de UPD-verplichtingen worden opgenomen».

De Afdeling adviseert om, indien het voorstel in bovengenoemde zin wordt aangevuld met een aanpassing van de verplichtingen uit hoofde van de UPD, het voorstel opnieuw voor advies aan haar voor te leggen.

¹ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 4.

4. Overige aspecten.

a. Aan dit advies is geen gevolg gegeven, omdat het desbetreffende criterium reeds op twee manieren besloten zit in de vereisten die gelden voor de ACM om verplichtingen te kunnen opleggen (artikel 13b, eerste en derde lid). Zo kan de ACM ingevolge artikel 13b, eerste lid, slechts verplichtingen opleggen wanneer uit een marktanalyse blijkt dat een postvervoerbedrijf beschikt over aanmerkelijke marktmacht. In dat geval is het zonder meer aannemelijk dat zich mededingingsproblemen kunnen voordoen. Vervolgens moet de ACM op grond van het proportionaliteitsvereiste (artikel 13b, derde lid) bezien welk mededingingsprobleem zich naar de verwachting van de ACM zal voordoen en welke maatregel gezien het te verwachten mededingingsprobleem nodig en passend is.

b. De voorgenomen vermindering van het aantal verplichte bezorgdagen binnen de universele postdienst van zes naar vijf zal apart bij de Afdeling aanhangig worden gemaakt.

5. Redactionele kanttekeningen

Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Afdeling naar de bij het advies behorende bijlage.

5. Redactionele kanttekeningen

De redactionele kanttekeningen van de Afdeling zijn verwerkt.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De vice-president van de Raad van State,
J.P.H. Donner*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De minister van Economische Zaken,
H.G.J. Kamp

Bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W15.12.0281/IV met redactionele kanttekeningen die de Afdeling in overweging geeft.

- In het voorgestelde artikel 13f, eerste lid, «zij beschikt» vervangen door: het beschikt
- In het voorgestelde artikel 13f, derde lid, «haar tarieven» vervangen door: zijn tarieven.