

ZIENSWIJZE VAN POSTNL N.V.

N.A.V. DE OPENBARE CONSULTATIE VAN DE WIJZIGING VAN DE INSTELLINGSWET AUTORITEIT CONSUMENT EN MARKT EN ENIGE ANDERE WETTEN 13 juli 2012

1. INLEIDING

1. Ter consultatie ligt het wijzigingsvoorstel van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt (hierna het “Wijzigingsvoorstel”) in verband met de stroomlijning van het door de Autoriteit Consument en Markt te houden markttoezicht.
2. Hierbij geeft PostNL haar visie op het Wijzigingsvoorstel. In deze zienswijze zal PostNL eerst enkele algemene kanttekeningen plaatsen bij dit Wijzigingsvoorstel, waarna zij verder zowel in zal gaan op enkele specifieke punten die voor de gehele markt gelden als op punten die specifiek voor de Postmarkt gelden.

2. ALGEMENE BESCHOUWING

2.1 Taak en doel

3. Door middel van het Wijzigingsvoorstel wordt het kader vastgesteld waarbinnen de NMa, de OPTA en de Consumentenautoriteit samen gaan tot één entiteit, de ACM, en waarbinnen de bevoegdheden worden vastgesteld die zij toegemeten krijgt. Het doel hiervan is helder: naast de onvermijdelijke personele en materiële besparingen die hiermee worden gerealiseerd streeft de wetgever naar een vergroting van de effectiviteit, efficiëntie en kwaliteit van het markttoezicht in Nederland. PostNL juicht dit toe. Maar de wijze waarop het Wijzigingsvoorstel nu is ingericht, gaat verder dan deze initiële doelstelling. In feite constateert PostNL dat het toezicht en de handhaving uniform wordt gemaakt en wordt verzaamd, terwijl hiervoor geen directe relatie bestaat met het doel dat de wetgever nastreeft. PostNL zal dit hieronder verder toelichten.
4. Allereerst constateert PostNL dat in het Wijzigingsvoorstel ten onrechte geen differentiatie wordt gemaakt tussen enerzijds algemeen en anderzijds sectorspecifiek toezicht en handhaving. Indertijd is bewust gekozen voor sectorspecifieke regulering. Hiermee wordt recht gedaan aan de specifieke karakteristieken van de aparte sectoren, zoals de postsector. Deze sectorspecifieke wetgeving schept tevens het kader waarbinnen moet worden geopereerd, rekening houdend met de specifieke kenmerken van de markt. In het huidige Wetsvoorstel is van enige differentiatie geen sprake meer. Weliswaar blijven de sectorwetten, waaronder de Postwet 2009, nog steeds bestaan, maar de bepalingen die zien op het toezicht en de handhaving zijn niet meer afgestemd op de specifieke karakteristieken van de afzonderlijke sectoren; zij zijn volledig uniform opgesteld. Niet alleen doet dit geen recht aan de diversiteit van de verschillende sectoren zoals de postsector, waar maatwerk – ook op het gebied van toezicht en handhaving – gewenst is, maar bovendien is volledige uniformiteit niet nodig om te voldoen aan de doelstellingen tot oprichting van de ACM (effectiviteit, efficiëntie en kwaliteit). Het is voor PostNL dan ook onduidelijk wat de basis is om de differentiatie los te laten. Voor zover een reden is geweest om het voor de medewerkers van de ACM makkelijker te maken door voor een uniform instrumentarium te kiezen, is dit ongegrond. De belangen van de marktpartijen voor een instrumentarium dat is toegesneden op de specifieke markten waarin zij opereren (en die ieder hun eigen karakteristieken kennen) zouden in dat geval moeten prevaleren boven de doelstellingen tot het oprichten van de ACM (o.a. het gemak voor de medewerkers). In ieder geval vereist zorgvuldig bestuur dat eerst een impactanalyse wordt gemaakt waarmee de effecten die het Wijzigingsvoorstel teweeg brengen in kaart worden gebracht, voordat wordt besloten (dan wel overwogen) om de voormelde differentiatie los te laten.

5. Daarnaast constateert PostNL dat er bij de uitvoering van dit uniforme stelsel steeds is gekozen voor het meest stringente instrumentarium van het gehele palet aan bevoegdheden dat de NMa, de OPTA en de Consumentenautoriteit op dit moment hebben. Dit geldt zowel voor de toezichtsfase (bijvoorbeeld het “binnentreden”), als voor de sanctiefase (bijvoorbeeld de definitie van “omzet”) en de openbaarmakingsfase. PostNL gaat op enkele van deze punten hieronder uitgebreider in. In feite wordt voor PostNL het toezicht en de handhaving als gevolg van het Wijzigingsvoorstel fors verzwaaard, terwijl een gedegen motivering voor deze verzwaring en een directe aanleiding hiervoor ontbreekt. Deze verzwaring is bovendien niet nodig om te voldoen aan de doelstellingen tot oprichting van de ACM (effectiviteit, efficiëntie en kwaliteit). En ook hiervoor geldt dat eerst een impactanalyse zou moeten worden gemaakt waarmee de effecten van deze verzwaring in kaart worden gebracht, voordat hiertoe een afweging wordt gemaakt dan wel wordt besloten. Een verzwaring van het toezicht en de handhaving zonder dat hier een gedegen analyse en motivering aan ten grondslag ligt en zonder dat er een relatie is tot het doel van de oprichting van de ACM, is op zijn minst onzorgvuldig.

Conclusie

6. PostNL ziet graag dat de taakstelling van de ACM op een zodanige wijze plaatsvindt dat het doel van een effectieve, efficiënte en slagvaardige organisatie wordt gerealiseerd zonder dat afbreuk wordt gedaan aan de verschillen die inherent zijn aan de specifieke sectoren waarop het toezicht plaatsvindt en zonder dat de marktpartijen hierdoor onevenredig worden geschaad. Indien dit ertoe leidt dat het toezicht op bepaalde punten wordt verzwaaard dient hier een goede motivering aan ten grondslag te liggen inclusief een impactanalyse. PostNL is van mening dat indien al zou worden overgegaan op uniformering, gekozen zou moeten worden voor het lichtste regime zodat geen automatische, ongemotiveerde toezichtverzwaring plaats vindt.

2.2 Waarborgen

7. PostNL constateert dat de ruime taak- en doelomschrijving van de ACM leidt tot een onevenredige benadeling van partijen die onder toezicht van de ACM staan, terwijl de noodzakelijke waarborgen ter voorkoming van onevenredige benadeling en schade voor de betrokken ondernemingen in het Wijzigingsvoorstel ontbreken.
8. Zo constateert PostNL dat de ACM alle informatie die zij verkrijgt in het kader van de uitoefening van een bepaalde taak, vrijelijk mag gebruiken voor alle andere taken van de ACM, dus niet alleen voor de taak waarvoor de gegevens en inlichtingen zijn verkregen. Dit is een verzwaring van het toezicht zonder dat hier een afdoende motivatie voor wordt gegeven.
9. Bovendien is niet voorzien in een overgangsregime voor de informatie uitwisseling, zodat het er nu op lijkt dat alle informatie die door, bijvoorbeeld, OPTA in eerdere jaren is verkregen voor een bepaald doel, door de ACM voortaan voor al haar andere taken mag worden gebruikt. Dit is een inbreuk op de rechtszekerheid en op de bescherming van de betrokken partijen.
10. Verder is onduidelijk of de informatie die is verkregen in het kader van ex post toezicht, ook gebruikt mag worden voor ex ante toezicht. Immers, de ACM zal zowel ex post als ex ante toezicht gaan houden. Indien de informatie verkregen in het kader van ex post toezicht, wordt gebruikt ter versterking van de ex ante regulering, vindt een onevenredige benadeling plaats van ondernemingen die in de gereguleerde markten actief zijn. Zij vallen immers onder zowel het generieke mededingingsrecht als onder het sectorspecifieke mededingingsrecht. Onduidelijk is nu waar de grens ligt tussen beiden. Ook is onduidelijk of dezelfde ambtenaren betrokken zijn bij ex post en ex ante toezicht en of dezelfde ambtenaren betrokken zijn bij de diverse vormen van markttoezicht zoals opgenomen in artikel 2 vijfde lid van het Wetsvoorstel (i.e. mededingingsrechtelijk, sectorspecifieke en consumentenbelangen).
11. Tot slot is in het Wijzigingsvoorstel een ruime taak en doelstelling van de ACM geformuleerd, waarbij is opgemerkt dat de drie vormen van markttoezicht (mededinging, sectorspecifiek en

consumentenbescherming) elkaar deels zullen overlappen. Op welke wijze het college de deelbelangen gaat wegen in een specifiek dossier is aan de ACM. Het is voor PostNL onduidelijk op welke wijze deze belangenafweging wordt gemaakt en welke vorm van toezicht voorgaat indien er sprake is van doelstellingen die mogelijk onderling tegenstrijdig zijn. Dit geldt in het bijzonder voor het mededingingstoezicht en het sectorspecifieke toezicht vs de consumentenbescherming. Dit is een onwenselijke uitwerking van de oprichting van de ACM en de vergaande bevoegdheden die de ACM, onder andere door middel van het Wijzigingsvoorstel, krijgt en verhoogt de rechtsonzekerheid voor marktpartijen. Daarbij komt dat vergelijkbare ondernemingen die ook onder sectorspecifiek toezicht vallen maar waarvan de autoriteit niet in de ACM op gaat (vergelijk de NZa), meer waarborgen hebben dan ondernemingen waarvan het sectorspecifieke toezicht onder was gebracht bij OPTA. Een onderbouwing waarom dit wenselijk zou zijn, is tevens niet gegeven.

Conclusie

12. PostNL zou ten aanzien van de hierboven genoemde punten allereerst duidelijkheid willen verkrijgen. Mocht het zo zijn dat de ACM inderdaad de bevoegdheden krijgt zoals hierboven aangegeven, dan dienen in het Wijzigingsvoorstel specifieke waarborgen opgenomen te worden waarmee wordt voorkomen dat marktpartijen, waaronder PostNL, onevenredig worden benadeeld in hun bedrijfsvoering en hierdoor schade lijden. In ieder geval dient er een overgangsregime te komen om de rechtszekerheid te waarborgen. Daarnaast zou de ACM bij al haar informatieverzoeken steeds actief aan moeten geven voor welke taken binnen de ACM de verkregen informatie mag worden gebruikt, zodat een ondertoezicht gestelde bij de beantwoording hiermee rekening kan houden. Ook zou de motiveringsplicht van de ACM, bij een informatieverzoek, aangescherpt moeten worden. Tot slot zou de schaderegeling bij onjuist gebruik van de bevoegdheid door de ACM kunnen worden versterkt. Op deze manier kan de positie van de betrokken onderneming meer in evenwicht worden gebracht met de versterkte positie van de toezichthouder.

3. ALGEMENE KNELPUNTEN IN HET VOORGESTELDE STROOMLIJNINGSVOORSTEL

13. PostNL heeft een aantal algemene kernpunten geïdentificeerd waarop zij in het kader van deze consultatie graag wil reageren. Dit betreft – in willekeurige volgorde - de volgende punten:
 1. Toezichtskosten – artikel 6a
 2. Definitie van omzet – artikel 12n
 3. Openbaarmakingsbepalingen – artikel 12s en 12r
 4. Functiescheiding - ex artikel 12 p

3.1 Toezichtskosten

14. Artikel 6a van het Wijzigingsvoorstel bepaalt dat de kosten die samenhangen met de uitvoering van de taken van de ACM, zoals opgenomen in artikel 2, tweede, derde en vierde lid, ten laste worden gebracht aan bedrijven. Bij Algemene Maatregel van Bestuur (“AMvB”) worden nadere regels gesteld over de systematiek inzake de wijze waarop de kosten bepaald worden en ten laste worden gebracht aan de bedrijven.
15. Op dit moment is niet duidelijk op welke wijze deze AMvB wordt vormgegeven. Ook het Wijzigingsvoorstel geeft hier geen duidelijkheid over. Hierdoor ontstaat op twee punten onzekerheid in de markt, en meer specifiek voor PostNL:
 - Onduidelijkheid welke kosten ten laste komen van ondernemingen (inclusief PostNL);
 - Onzekerheid of deze kosten voor ondernemingen (inclusief PostNL) veel hoger zullen liggen dan nu het geval is.

16. Op dit moment is in artikel 64 van de Postwet 2009 vermeld dat PostNL als postvervoerbedrijf jaarlijks een vergoeding is verschuldigd ter dekking van de kosten die verband houden met de werkzaamheden van het college (OPTA) ter uitvoering van deze wet. Hiervan worden de kosten verbonden aan bezwaar- en beroepschriften uitgezonderd. In artikel 65 van de Postwet 2009 staat dat de Minister de hoogte van deze vergoeding vaststelt.
17. De artikelen 64 en 65 Postwet 2009 komen door het Wijzigingsvoorstel te vervallen omdat – naar de mening van de wetgever – de vergoeding van de toezichtskosten afdoende worden geregeld. De wijze waarop hier invulling aan wordt gegeven is op dit moment echter nog niet concreet uitgewerkt, zodat het voor PostNL niet mogelijk is om hier uitvoerig gemotiveerd op te reageren. Het Wijzigingsvoorstel bevat op dit moment geen enkele waarborg ter voorkoming van de situatie dat PostNL moet bijdragen in de kosten die de ACM zal maken in het kader van de uitvoering van haar taken in andere sectoren dan de postsector, of dat de kosten voor haar (onterecht) hoger zullen uitvallen.

Conclusie

18. Op basis van de Postwet 2009, en nader uitgewerkt bij AmvB, betaalt PostNL alleen een vergoeding voor de taken van OPTA die betrekking hebben op de postmarkt. Hierin zou geen verandering mogen komen. Echter, het Wijzigingsvoorstel bevat daartoe onvoldoende waarborgen. PostNL spreekt haar voorkeur uit voor een duidelijke afbakening van de financiering van de ACM en welke kosten ten laste komen van welke bedrijven c.q. sectoren. Zo lang een dergelijke waarborg ontbreekt, zouden de relevante bepalingen in de Postwet 2009 niet mogen komen te vervallen.

3.2 Definitie van de omzet

19. Het Wijzigingsvoorstel heeft als doel om de omzetbeschrijvingen in de diverse materiële wetten te harmoniseren. Echter, deze harmonisering leidt ertoe dat het boetemaximum dat kan worden opgelegd op grond van de Postwet 2009 aanzienlijk stijgt zonder dat er sprake is van een andere rechtvaardiging dan “het gemak voor de toezichthouder”.
20. Het Wijzigingsvoorstel kiest immers als uitgangspunt het boetemaximum dat op grond van artikel 57 Mededingingswet kan worden opgelegd. Dat betreft 10% van de omzet van de onderneming. Een nadere uitwerking van de daadwerkelijk op te leggen boete door de NMa is neergelegd in de Boetebeleidsregels zoals vastgesteld door de Minister. Het Wijzigingsvoorstel wijzigt echter ook de Postwet 2009 met betrekking tot de hoogte van de maximaal op te leggen boete.
21. Artikel 49 Postwet 2009 stelt het boetemaximum nu nog op 10% van de relevante omzet van de onderneming in Nederland. Deze beperking van het boetemaximum tot de relevante omzet in Nederland is een bewuste keuze van de wetgever. In de MvT bij artikel 49 Postwet 2009 (30536 nr. 3) staat hierover het volgende:

“Een van de verschillen tussen de Postwet en de voorgestelde bepalingen inzake bestuurlijke boeten in dit wetsvoorstel, is dat de mogelijkheid wordt geïntroduceerd om de hoogte van de boete te relateren aan de omzet van het bedrijf. Hiermee wordt aangesloten bij artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet. Met name voor grote bedrijven zal van een omzetgerelateerde boete een afschrikwekkend effect uitgaan. Daarbij is er voor gekozen voor de bepaling van de omzet van de onderneming voor de vaststelling van een boete uit te gaan van de omzet die is behaald in Nederland. Een boete van 10% van de omzet is binnen de huidige concurrentieverhoudingen voor de Nederlandse postvervoerbedrijven al ernstig te noemen; hetzelfde geldt voor € 450 000 voor alle partijen, indien dat gerelateerd wordt aan de omzet of winst die in Nederland valt te halen. Een uitbreiding van de boetegrondslag naar de omzet van het buitenlandse postvervoerbedrijf dat moet worden aangemerkt als moederbedrijf van het in Nederland geregistreerde en opererende postvervoerbedrijf, zou juist tot onevenredige boetes kunnen leiden ten opzichte van de overtreding die hier wordt begaan. Bedrijven moeten afgeschrikt worden om in Nederland de Nederlandse wet

te overtreden; zij moeten niet afgeschrikt worden om in Nederland hun diensten aan te bieden.” [Onderstreping toegevoegd]

22. De wetgever heeft dus bewust gekozen voor een beperking van de maximaal op te leggen boete tot de relevante omzet binnen Nederland en niet de volledige concernomzet omdat er anders sprake zou zijn van een onevenredige boete die kan leiden tot afschrikking van bedrijven om in Nederland diensten aan te bieden. Door de wijziging in artikel 49 Postwet 2009 wordt het boetemaximum aanzienlijk opgerekt. Het Wijzigingsvoorstel lijkt daar vrij gemakkelijk overheen te stappen door te stellen dat de ACM in veel gevallen een boete zal opleggen die lager is dan het maximum en de gewijzigde opzet dus geen wijziging van de hoogte van de boetes tot gevolg zal hebben. De benodigde waarborgen daarvoor worden echter niet gegeven.

Conclusie

23. De voorgestelde wijziging van artikel 49 Postwet 2009 is in strijd met de juiste overwegingen van de wetgever toen zij artikel 49 Postwet 2009 invoerde en leidt direct tot een verslechtering van de positie van PostNL (en eventueel andere postvervoerbedrijven) mocht de ACM onverhoopt menen dat PostNL een overtreding begaat. Feit is dat het boetemaximum wordt opgerekt en dat de ACM straks de mogelijkheid krijgt om een hogere boete op te leggen. Hierbij is zij uiteraard gebonden aan de boetebeleidsregels die – voor wat betreft de Postwet 2009 – nog nader moeten worden aangevuld of uitgewerkt.
24. De voorgestelde wijziging schaadt bovendien de rechtszekerheid en het is onnodig om de wettelijke waarborg die hieromtrent in artikel 49 Postwet 2009 was opgenomen, te laten vervallen. Tot slot, geeft PostNL de wetgever mee dat de voorgestelde verhoging mogelijk leidt tot een afschrikking van postvervoerbedrijven die in Nederland eventueel hun diensten zouden willen aanbieden, zoals overwogen door de wetgever in de MvT bij artikel 49 Postwet 2009.

3.3 Openbaarmaking

M.b.t. Besluiten tot het opleggen van een boete, een last onder dwangsom of een bindende aanwijzing of toezegging

25. Artikel 12r van het Wijzigingsvoorstel voorziet in een verplichte openbaarmaking van sanctiebesluiten en bindende aanwijzingen. Er wordt bovendien expliciet afstand genomen van een openbaarmaking op grond van de Wob.
26. De verplichting tot openbaarmaking geldt dus voor besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie en bindende aanwijzingen en lasten onder dwangsom. Er is dus geen verplichting voor de ACM om voorafgaand aan publicatie een belangenafweging te maken, welke belangenafweging bij openbaarmaking op grond van de Wob nog wel werd gemaakt. De belangenafweging komt daardoor volledig bij de rechter te liggen en ook die afweging is beperkt nu de rechter alleen nog maar in aanmerking mag nemen of het sanctiebesluit zelf rechtmatig is aangezien de wettelijke bepaling (zoals voorgesteld) verplicht tot openbaarmaking. Zie ook de concept MvT bij het Wijzigingsvoorstel (p. 42-43).
27. De wetgever lijkt echter te miskennen dat de verplichte openbaarmaking maatwerk - dat onder omstandigheden noodzakelijk zal zijn omdat niet alle gevallen vergelijkbaar of gelijk zijn - onmogelijk maakt. Het is onzorgvuldig indien de wetgever “onevenredige benadeling” van een bepaalde onderneming fiatteert. Een belangenafweging alvorens besloten wordt tot openbaarmaking is noodzakelijk om onevenredige benadeling te (kunnen) voorkomen. Voorts leidt de verplichte openbaarmaking tot een aanzienlijke verzwarende voor PostNL ten opzichte van de huidige wijze van openbaarmaking die is neergelegd in de Postwet 2009 en nader is uitgewerkt in de Beleidsregels van OPTA inzake openbaarmaking¹.

¹<http://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=3423>

28. In de Postwet 2009 is voorzien in openbaarmaking van bindende aanwijzingen (artikel 47, derde lid Postwet 2009) en boetebesluiten (artikel 55, eerste lid, Postwet 2009), maar niet van een last onder dwangsom. Wat betreft de openbaarmaking van een last onder dwangsom is sprake van een verslechtering. Voor lasten onder dwangsom kan OPTA op dit moment overgaan tot openbaarmaking op grond van artikel 8 Wob waar dan altijd een belangenafweging werd gemaakt. De belangenafweging vindt plaats op grond van artikel 8 jo 10 Wob waarbij geldt dat een nadere afweging moet worden gemaakt tussen het algemeen belang dat door onverkorte openbaarmaking wordt gediend tegen het belang van een betrokkene die geen onevenredig nadeel lijdt ten gevolge van de publicatie². In de voorgestelde wijziging in artikel 12r van het Wijzigingsvoorstel is geen ruimte meer voor een belangenafweging hetgeen de positie van de betrokken ondernemingen aanzienlijk schaadt.
29. Een verzwaring is voorts dat op dit moment een termijn van 14 dagen in beleidsregels wordt gehanteerd waarbinnen een voorlopige voorziening moet worden gevraagd. In de praktijk kan die termijn in bijzondere omstandigheden ook nog worden verlengd. Op grond van het Wijzigingsvoorstel zou die termijn worden teruggebracht tot 5 werkdagen. Dat is een ernstige inperking van de rechtsbescherming voor ondernemingen. Zeker bij ingrijpende besluiten is een termijn van 14 dagen al uiterst kort. Vijf werkdagen is in de praktijk in veel (en/of nagenoeg alle) gevallen onwerkbaar om tot interne bestudering, besluitvorming en vervolgens een uitgekristalliseerd verzoek om een voorlopige voorziening te komen.

M.b.t. overige besluiten

30. Voor de overige besluiten – anders dan het opleggen van een boete, een last onder dwangsom of een bindende aanwijzing of een toezegging – geldt geen verplichte openbaarmaking. Dit betekent dat de ACM een discretionaire bevoegdheid heeft waarbij openbaarmaking geschiedt op grond van artikel 8 jo. 10 Wob. Het Wijzigingsvoorstel lijkt er van uit te gaan dat openbaarmaking niet hoeft tenzij die verplichting elders in het Wijzigingsvoorstel is geregeld. De ACM maakt op dat moment zelf de afweging of openbaarmaking geboden is. Die belangenafweging vindt dan plaats op grond van de Wob.
31. Per geval zal de ACM dus de afweging maken of openbaarmaking nuttig en nodig is. Het Wijzigingsvoorstel maakt alleen niet duidelijk of dit alleen voor de marktscans en rapportages geldt of dat de ACM voor alle overige besluiten een afweging met betrekking tot nut en noodzaak maakt.

M.b.t. boeterapporten, waarschuwingen en vooraankondigingen

32. Tot slot blijkt uit het Wijzigingsvoorstel niet duidelijk of de Beleidsregels inzake openbaarmaking zoals OPTA deze hanteert, blijven gelden. Dit is met name van belang in verband met het uitgangspunt dat boeterapporten, waarschuwingen en vooraankondigingen niet openbaar worden gemaakt. De reden daarvoor is dat openbaarmaking onnodige schade toebrengt aan de betrokkene (voorkomen van onnodige “naming & shaming”). PostNL gaat er van uit dat de Beleidsregels van OPTA blijven gelden althans dat dit uitgangspunt van “in beginsel niet-openbaar maken tenzij”, zal worden opgenomen in de nieuwe beleidsregels van de ACM inzake openbaarmaking.

Conclusie

33. De verplichte openbaarmaking van boetes, lasten onder dwangsom en bindende aanwijzingen leidt tot een ernstige aantasting van de rechtspositie van de betrokken ondernemingen. Een belangenafweging is noodzakelijk om onevenredige benadeling te (kunnen) voorkomen. Voor de overige besluiten maakt de ACM wel een belangenafweging alvorens tot openbaarmaking wordt overgegaan. Onduidelijk is wat de ACM zal doen in het geval van boeterapporten, waarschuwingen en vooraankondigingen die niet kwalificeren als een besluit. De waarborgen daarvoor ontbreken in het Wijzigingsvoorstel en PostNL meent dat daarvoor als uitgangspunt in het Wijzigingsvoorstel zou moeten worden opgenomen dat

² ABRvS 31 mei 2006, AB 2006, 329 (m. nt Stolk) LJN: AX6362 en ABRvS 10 november 2010, AB 2010, 319 LJN BO 3468.

deze in beginsel niet openbaar worden gemaakt, één en ander conform de huidige Beleidsregels van OPTA.

3.4 Functiescheiding

34. Artikel 12p van het Wijzigingsvoorstel voorziet in een functiescheiding ten behoeve van het opstellen van een boeterapport en het nemen van het sanctiebesluit. De ambtenaren die betrokken zijn geweest bij het onderzoek en vervolgens het boeterapport hebben opgesteld zullen geen werkzaamheden verrichten in het kader van het sanctiebesluit. In het Wijzigingsvoorstel is opgenomen dat het in bepaalde gevallen wenselijk is dat personen die betrokken zijn bij de ene functie niet betrokken mogen zijn bij de andere functie, om vooringenomenheid of belangenverstrengeling te voorkomen. PostNL meent dat deze functiescheiding niet alleen wenselijk is in het kader van het verrichten van onderzoek en vervolgens het opstellen van het sanctiebesluit maar dat deze functiescheiding ACM breed zou moeten gelden al naar gelang de drie vormen van markttoezicht en de uitvoering daarvan door de verschillende ambtenaren. Een dergelijke waarborg ontbreekt in het Wijzigingsvoorstel.

4. KNELPUNTEN IN DE VOORGESTELDE WIJZIGING VAN DE POSTWET 2009

Vervallen van evaluatiebepaling in Postwet 2009

35. In het Wijzigingsvoorstel wordt gesteld dat de evaluatiebepalingen van de Postwet 2009 vervallen omdat deze evaluatiebepalingen en de verplichte vijfjaarlijkse evaluatie van het functioneren van het zelfstandig bestuursorgaan op grond van de Kaderwet zbo's elkaar in ieder geval deels overlappen en omdat altijd tot afzonderlijke wetsevaluatie kan worden besloten als daarvoor aanleiding bestaat. Een verplichting in de wet is daarom niet meer nodig. Daarnaast wordt gesteld dat een aparte evaluatiebepaling van de Postwet 2009 niet meer nodig is nu de uitvoering van de desbetreffende wetten nog steeds iedere vijf jaar wordt beoordeeld door middel van de verplichte vijfjaarlijkse evaluatie van de doeltreffendheid en doelmatigheid van het functioneren van de ACM op grond van artikel 39 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen.
36. Allereerst is de Postwet 2009 nog nooit geëvalueerd, terwijl deze in werking is getreden in een periode waarin de postmarkt volop in beweging was. Daarnaast ziet de evaluatiebepaling ex artikel 39 Kaderwet uitsluitend op de evaluatie van de uitoefening van het toezicht krachtens de wetten door het zelfstandige bestuursorgaan en derhalve niet op de desbetreffende wetten, met name de Postwet 2009, zelf. Zo een evaluatie is veel breder dan alleen de evaluatie van de uitoefening van het toezicht. Opvallend is daarom ook dat geen evaluatie van het Wijzigingsvoorstel zelf voorzien wordt.
37. In de MvT op de Postwet 2009 (30536 nr. 3) is over de evaluatie van de Postwet 2009 – zoals opgenomen in artikel 85 Postwet 2009 - het volgende opgenomen:

“Daarnaast is in dit wetsvoorstel bepaald dat er elke vier jaar een evaluatie van de wet plaatsvindt. Bij deze evaluatie zal specifieke aandacht zijn voor de universele postdienstverlening. De evaluatie van de universele postdienst is gericht op het betaalbaar en beschikbaar houden van een postdienstverlening die past bij de maatschappelijke behoefte. Hiertoe wordt een maatschappelijke kosten-batenanalyse gemaakt. Daarbij wordt gekeken naar de ontwikkeling, de behoefte en het gebruik van de universele postdienstverlening zelf, het aanbod van andere postdienstverleners dan een universele postdienstverlener en de ontwikkeling van nieuwe communicatiemedia. De evaluatie ondersteunt beleid ten aanzien van de pricecap en de eisen die aan de universele postdienstverlening worden gesteld, alsmede de omvang van de universele postdienstverlening. Aan de hand van de uitkomsten van de evaluatie kan de minister de afweging maken of de kenmerken en de verplichtingen van de universele postdienst Tweede Kamer, vergaderjaar 2005–2006, 30 536, nr. 3 13 wijziging behoeven. Maar ook tussentijds kan, doordat blijkt dat

er een wijziging in de vraag naar de universele postdienst is opgetreden, er aanleiding zijn om deze afweging te maken.”³

(...)“Dit artikel bevat een evaluatiebepaling. Het is van belang om vier jaar na de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel te bezien wat de doeltreffendheid en de effecten van deze wet zijn. Dit geldt met name voor een aantal nieuwe elementen die deze wet bevat, waaronder de bepalingen in hoofdstuk 3 over de onderlinge dienstverlening. Daarnaast is het van belang om te bezien of de universele postdienst nog steeds past bij de maatschappelijke behoefte. Dit zal een specifiek aandachtspunt zijn bij de evaluatie.”⁴

Conclusie – schrappen evaluatiebepaling Postwet

38. PostNL is tegen het laten vervallen van de evaluatiebepalingen van de Postwet 2009, omdat een periodieke evaluatie van deze wet juist vanwege de dynamiek van de postmarkt hard nodig is. Het enkele feit dat op ieder moment tot afzonderlijke wetsevaluatie kan worden besloten als daarvoor aanleiding bestaat, biedt te weinig rechtszekerheid.
39. Daarnaast is PostNL van mening dat ook het Wijzigingsvoorstel een evaluatie van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt zou moeten bevatten. De evaluatiebepaling ex artikel 39 Kaderwet ziet nu uitsluitend op de evaluatie van de uitvoering van de wetten door het zelfstandige bestuursorgaan en dus niet op de evaluatie van het Wijzigingsvoorstel zelf. De evaluatiebepaling in de Postwet 2009 is veel breder. Daarin wordt immers gesteld dat er een verslag wordt gemaakt over de doeltreffendheid en de effecten van deze wet in de praktijk. Het is belangrijk dat een dergelijke evaluatie iedere vijf jaar wordt uitgevoerd, aangezien de postmarkt een markt in beweging is.

³ MvT Postwet 2009, kamerstuk 30536, nr. 3. p. 13 en 14.

⁴ MvT Postwet 2009, kamerstuk 30536, nr. 3. p. 52.