

Van: Sandd B.V.
Aan: Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie/
Drs. J.W.F. Sas en mw. mr. drs. A.J.I. van den Ende
Betreft: Reactie op consultatiedocument Ministerie van Economische Zaken,
Landbouw en Innovatie van 15 mei 2012
Datum: 5 juni 2012

Na de stapsgewijze liberalisering van de Nederlandse postmarkt, waar een voormalig wettelijke concessiehouder nog steeds meer dan 80% van de markt in handen heeft en daarmee de markt nagenoeg beheerst, is Sandd B.V. (hierna ook: "Sandd") zeer verheugd te zien dat nu wordt toegewerkt naar adequaat toezicht op de postmarkt. Bijgaand treft u in navolging van uw uitnodiging d.d. 15 mei jl. de reactie van Sandd op het consultatiedocument aan. De reactie is als volgt ingedeeld:

1. Inleiding
2. Artikelsgewijs commentaar en suggesties
3. Tekstsuggesties voor Memorie van Toelichting
4. Ter toelichting: algemene opmerkingen op het consultatiedocument
5. Nawoord

1. Inleiding

Waarom een geliberaliseerde postmarkt?

De historie van de liberalisering van de Nederlandse postmarkt is gelegen in het streven van de Europese Unie naar één interne postmarkt ter waarborging van de kwaliteit van postdienstverlening voor alle burgers binnen de Europese Unie. Eén postmarkt waar tevens mede door concurrentie de burgers gewaarborgd zijn van kwalitatieve dienstverlening en lage prijzen. Richtlijnen zijn opgesteld om deze te bereiken door stapsgewijze liberalisering, waarbij Nederland zich moedig als één van de voorlopers heeft opgeworpen. De lidstaten zijn bij het verwezenlijken van die interne markt verantwoordelijk om toezicht te houden op de marktvoorwaarden, zodat daadwerkelijke mededinging zich kan ontwikkelen en ook zal blijven. Dat blijkt ook uit overweging 33 van de Tweede Postrichtlijn 2002/39/EG dat stelt dat de Postrichtlijnen geen afbreuk doen aan de toepassing van de Europese mededingingsregels, waarbij ook is verwezen naar de Mededeling van de Europese Commissie uit 1998 over toepassing van de mededingingsregels in de postmarkt. Tevens is het uitgangspunt van de Europese wetgever dat het toezicht in één hand moet worden te bepalen dat de toezichthouder ook kan worden belast met *'met het doen naleven van de mededingingsregels in de postsector'*. Zie daarvoor artikel 22 lid 2 van de Eerste Postrichtlijn 97/67/EG, zoals gewijzigd bij de Tweede Postrichtlijn 2002/39/EG en Derde Postrichtlijn 2008/6/EG.

Daarbij heeft de Europese wetgever uitdrukkelijk gesteld dat haar regels ten aanzien van de universele postdienstverlening "*met name de regels inzake mededinging [...], onverlet laat*". Zie overweging 41 Eerste Postrichtlijn 97/67/EG.

Huidig toezicht ontoereikend

Hoewel nu volledig geliberaliseerd, kent de Nederlandse postmarkt nog steeds een ongelijk speelveld dat de concurrentie beperkt en op termijn de belangen van de (zakelijke) consument zal schaden. Dat speelveld hangt samen met de positie die één partij bezit vanuit een (voormalig) wettelijk monopolie, tevens de partij die momenteel de universele postdienstverlening ("UPD") uitvoert. Het toezicht voorzien in de huidige Postwet 2009 is onvoldoende toereikend, omdat deze louter ziet op de UPD en niet op de postmarkt in het geheel. De postmarkt kent aanzienlijke en niet-tijdelijke toetredingsbelemmeringen, zoals meerdere rapporten over de Nederlandse postmarkt, maar ook de rapporten ten aanzien van de Europese postmarkt, beamen. Met de stapsgewijze liberalisering is concurrentie geïntroduceerd om zo de postmarkt tot een dynamische markt te maken. Met de beschikkingspraktijk van de huidige toezichthouders, maar ook met de reeks verloren rechtszaken over toezichtaspecten, moet Sandd de teleurstellende conclusie trekken dat het huidige toezicht- en handhavingskader niet toereikend is om de door de wetgever gestreefde dynamiek te verwezenlijken. Het algemene mededingingsrecht, zoals vastgelegd in de Mededingingswet, lijkt niet toereikend om toe te zien op de (ontwikkeling van) concurrentie, omdat deze niet ex ante kan worden ingezet. De huidige toezichtkaders creëren daarnaast de onwenselijke situatie dat het ex ante toezicht op de postmarkt niet in één hand is. Dat leidt en heeft geleiden tot een verlies aan effectiviteit van de handhaving door de toezichthouder, zo blijkt ook het onvermogen van de Nederlandse Mededingingsautoriteit ("NMa") om op te treden tegen het ongelijke speelveld en de ongeoorloofde kruissubsidiering binnen de postmarkt. De Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit ("OPTA") kan alleen toezicht houden op de UPD en ook daar blijken de bevoegdheden ontoereikend. OPTA heeft het gebrek aan adequaat toezicht ook beaamd, terwijl zij risico's op (potentiële) mededingingsproblemen heeft gesignaleerd in haar rapport *Concurrentie in de Postmarkt* d.d. 16 september 2011 waardoor de (zakelijke) eindgebruikers uiteindelijk de rekening van hoge (monopolie) tarieven zullen moeten betalen.

Door dit wetsvoorstel in het voorliggende consultatiedocument verkrijgt één toezichthouder, de Autoriteit Consument en Markt ("ACM"), waar zowel OPTA als NMa in zullen worden verenigd, de bevoegdheid om ex ante toezicht te houden; niet alleen op de waarborging van de UPD, maar ook op de (verdere ontwikkeling van de) mededinging in de postmarkt.

Dynamiek UPD en AMM

Thans wordt met de voorgestelde wijzigingen van de Postwet 2009 een ex ante adequaat toezicht en handhaving in de praktijk mogelijk. De ACM zal vóóraf in kaart brengen waar potentiële mededingingsproblemen zich kunnen voordoen door

vaststelling van de Aanmerkelijke marktmacht ("AMM"). Als de mededinging wordt belemmerd door een partij met AMM, kunnen maatregelen aan de partij met AMM worden opgelegd om gezonde marktwerking te creëren én te behouden. De invoering van een AMM, zoals voorgesteld met het wetvoorstel van 15 mei jl. zal ons inziens neutraal uitwerken, in zoverre dat deze niet voor een verhoging van de administratieve lasten zal zorgen zijdens de postbedrijven. Daarnaast dient de huidige partij met de UPD al volgens de Europese (post)regelgeving een gescheiden boekhouding te hanteren. Zulks is zij ook gewend vanuit haar voormalige wettelijke concessie, waar zij aan OPTA jaarlijks een concessierapportage diende af te geven. Wij zien daarom niet in waar de verzwarende van de lasten zouden moeten liggen.

Hoewel wij de voorgestelde wijzigingen grotendeels toejuichen, is het van belang dat de voorgestelde wijzigingen effectief zijn toe te passen. Het dient ondubbelzinnig duidelijk te zijn wanneer het AMM-instrument wordt ingezet en welke belangen daarbij zijn gediend, om zodoende de ACM voldoende steun te bieden voor de daadwerkelijke inzet ervan. Daarnaast dient het AMM-instrument, dat betrekking heeft op het vrije gedeelte van de postmarkt (te weten het deel wat niet de UPD betreft) aansluitend te zijn op het toezichtinstrumentarium voor de UPD. De huidige situatie op de postmarkt is immers dat de onderneming die de UPD uitvoert, ook de partij zal zijn die een AMM bezit. Dat zal op korte termijn niet veranderen. Het is met name de mogelijke kruisbestuiving tussen de UPD en de commerciële activiteiten van de partij die de UPD heeft welke tot een ongelijk speelveld leidt. Daarom dient het toezicht op beide deelmarkten sluitend te zijn.

Urgentie – bestaand vacuüm toezichthouders

Dat de huidige toezichthouders al ruim 5 jaar worstelen met het toezichtsproblematiek blijkt wel uit het volgende feitenrelaas. Rond 2006, toen de laatste stap naar de beperking van de briefpostconcessie werd genomen door deze terug te brengen voor briefpost onder de 50 gram, was een patroon in de markt te ontdekken dat de concessiehouder met (structurele) praktijken de geliberaliseerde poststromen trachtte af te schermen van de opkomende concurrentie. Deze praktijken heeft Sandd medio 2007 bij zowel OPTA, als de NMa aan de kaak gesteld, waarop vervolgens op verzoek van de NMa een schriftelijke klacht is ingediend die OPTA eveneens heeft ontvangen. OPTA was daarnaast in verschillende discussies met de concessiehouder om opheldering te krijgen over de jaarlijkse concessierapportages die de concessiehouder moest overleggen. In de jaren daarop bleef het verzochte handhavend toezicht uit, mede vanwege gebrek aan mankracht en middelen op de overlegde dossiers. Het onderzoeksbureau SEO benadrukte in 2009 al met haar rapport "*Marktmodel van de geliberaliseerde postmarkt (2009-2012)*" de noodzaak van ex ante toezicht.

Daarnaast zijn bij de inzet van de stapsgewijze liberalisering ook mede door politieke partijen zorgen geuit over het toezicht op de postmarkt. Sandd constateert dat politieke partijen ter linker- en rechterzijde in de Tweede Kamer daarin nog explicieter zijn geweest door hun zorgen uit te spreken over het

ontoereikend toezicht op de postmarkt. Tijdens het Algemeen Overleg van de Vaste Kamercommissie EL&I van 21 december 2011 en dat van 21 maart jl. werd Kamerbreed gewezen op het gevaar van het volledig mislukken van de liberalisering van de Postmarkt en op de noodzaak van het aanscherpen van het toezicht. De analyse van staatssecretaris Bleker, zoals vastgelegd in zijn brief van 21 februari van dit jaar, dat de ontwikkelingen in de postmarkt aanleiding geven tot vergaande aanvulling van het huidige toezichtinstrumentarium met het AMM-instrument en de mogelijkheid tot het opleggen van ex ante verplichtingen, kreeg daarbij brede politieke steun.

Ieder realiseert zich dat de postmarkt een krimpende markt is, waar ook steeds minder spelers actief zijn. Naast een landelijke grote speler (PostNL) rest nu alleen een kleine landelijke partij (Sandd) die actief is op een deel van die postmarkt. Vanuit het oogpunt van de (zakelijke) consument, maar ook ter behoud van de (nog resterende) concurrentie, rust daarom de verantwoordelijkheid en plicht op het ministerie van EL&I om gericht beleid te voeren en te zorgen voor adequaat ex ante toezicht. Reden zijn met name de (potentiële) mededingingsproblemen op die markt, die zowel OPTA en NMa hebben gesignaleerd. Tevens hebben beide toezichthouders aangegeven met handen en voeten te zijn gebonden nu wettelijk instrumentarium zou ontbreken om daartegen (vooraf) op te treden. Reeds bij de (voorbereidingen van de) stapsgewijze liberalisering is aangegeven dat in de gaten zal worden gehouden of ontwikkelingen op de postmarkt mogelijk aanleiding geven tot wijzigingen in het toezicht. Sandd heeft in dat licht al eerder gepleit voor ex ante toezicht, omdat zij misstanden in de markt waarnam die de concurrentie beperkte, waarmee ook de belangen van zakelijke consument in het geding waren. Deze misstanden heeft zij ook in oktober 2007 bij OPTA en de NMa aangekaart, waar vervolgens op 21 mei 2012 door de NMa met haar besluit de knoop is doorgehakt niet op te treden vanwege, met name, onvoldoende bewijs. Zowel op 15 december 2009, als op 21 mei 2012 heeft de NMa er met nadruk op gewezen dat een mogelijk ongelijk speelveld bestaat op de postmarkt, waardoor de concurrentie wordt belemmerd. Zij stelt daar niet tegen op te kunnen treden, omdat haar bevoegdheden ontbreekt. Sandd is daarom van mening dat vooral nu niet langer gewacht moet worden met verscherping van het toezicht. Na de waarschuwing van de NMa in december 2009, zijn nu nog slechts twee spelers op de postmarkt. De onvermijdelijke conclusie is dat op dit moment een reëel risico bestaat op het ontstaan van een commercieel monopolie. Een vacuüm bij het houden van toezicht is werkelijkheid geworden. Het gevolg is dat de liberalisering feitelijk mislukt.

De vraag is daarom gerechtvaardigd welke bezwaren er, gelet op al het bovenstaande, geloofwaardig zijn. Hoe kan iemand tegen scherp en adequaat toezicht zijn? Dient er enig gewicht te worden toegekend aan mogelijke ongewenste gevolgen van verscherpt toezicht?

In de ogen van Sandd mag, gelet op het belang van het welslagen van de liberalisering van de postmarkt, het bezwaar van een eventuele toename van administratieve lasten hier geen zwaarwegende overweging vormen. Argumenten

dat vanuit Europese regelgeving geen grondslag bestaat om toezicht aan te scherpen raken daarnaast ook kant noch wal. Hoewel het Europese mededingingsrecht bepaalt dat nationale mededingingsregels niet strenger of soepeler mogen zijn dan de Europese regels, heeft de Europese wetgever bepaald dat lidstaten uit hoofde van de Verordening (EG) 1/2003, waarin de beginselen van het Europese mededingingsrecht zijn vastgelegd, niet mogen worden belet om op hun grondgebied strengere nationale wetten aan te nemen en toe te passen die eenzijdige gedragingen van ondernemingen verbieden of bestraffen. Bij deze uitzondering is gedacht aan markten waar effectieve concurrentie dient te worden gewaarborgd en preventieve maatregelen benodigd zijn om dat te bereiken. In gelijke strekking staat dat nu ook in de Memorie van Toelichting ("MvT"). Nederland heeft al de nodige ervaring opgedaan met voornoemde uitzondering. Met de Wet marktwerking gezondheidszorg ("Wmg") heeft Nederland, hoewel daarvoor geen specifiek Europees regelgevend kader bestaat, voor de zorgsector een sectorspecifiek mededingingsrecht ingevoerd dat geldt náást het algemene nationale en Europese mededingingsrecht. Aanvullend merken wij op dat de Europese wetgever in de overwegingen van haar Postrichtlijnen duidelijk stelt dat lidstaten nadere voorschriften mogen stellen die het best op hun situatie is afgestemd (zie overweging 10 Eerste Postrichtlijn 97/67/EG). Daarbij realiseert de Europese wetgever zich dat lidstaten op specifieke nationale wijze invulling zullen geven aan de voorwaarden waaronder de partij met de UPD zijn activiteiten in een door volledige mededinging gekenmerkte omgeving moet uitoefenen. In dat kader, aldus de Europese wetgever, verdient het juist de aanbeveling dat de lidstaten zelf beslissen over de wijze waarop het best toezicht op kruissubsidies wordt uitgeoefend (overweging 40 Postrichtlijn 2008/6/EG).

Daarnaast merkt Sandd op dat in andere Europese lidstaten steeds harder wordt opgetreden tegen de postvervoersbedrijven met een dominante machtspositie. Zo is recent (18 april 2012) in Noorwegen de boetebeschikking tegen Norway Post vanwege misbruik van haar machtspositie in hoger beroep bekrachtigd. De Zweedse toezichthouder heeft op 10 juni 2011 de dominante onderneming Posten Meddelande AB gesanctioneerd. In juni 2011 heeft de Duitse posttoezichthouder Deutsche Post op de vingers getikt vanwege praktijken door de moeder en haar dochter First Mail op het gebied van prijsbeleid en gelijke behandeling. Zelfs in Frankrijk is de toezichthouder actief door vorig jaar La Poste te bevelen een samenwerking met Mondial Relay stil te leggen, zodat zij onderzoek kon doen naar mogelijke mededingingsbeperkingen voortvloeiende uit die samenwerking. Er is binnen de Europese Unie een duidelijke tendens naar verscherpt toezicht. Dit zal vooral zijn ingegeven door de noodzaak één interne Europese postmarkt te vormen.

Een verwijzing naar de huidige Britse situatie om aan te tonen dat geen noodzaak bestaat voor verscherpt toezicht, doet geen recht aan de werkelijkheid. Zo zijn de karakteristieken van (het al scherpe ex ante toezicht op) de Britse postmarkt anders. Het Verenigd Koninkrijk kent een licentiestelsel; de onderneming met UPD heeft een BTW-vrijstelling; de Britse UPD omvat veel meer diensten dan in Nederland, waardoor de partij die de UPD uitvoert meer lasten draagt; toegang tot

het netwerk van UDP is onder andere voorwaarden bepaald; Royal Mail kent een serieuze concurrent met een marktaandeel van nabij 20%, te weten PostNL, etc. De voorgestelde verscherping van het toezicht op de Nederlandse postmarkt zou juist qua niveau te vergelijken zijn met het niveau van het voorgestelde lossere toezicht op de Britse postmarkt. Sandd merkt wat betreft de situaties in andere Europese lidstaten op dat PostNL vaak een dubbele en tegenstrijdige positie heeft: in lidstaten, met name Duitsland en het Verenigd Koninkrijk, waar zij tegenover partijen staat met UPD klaagt zij over de beperking van (haar) concurrentie al dan niet door gebrek aan toezicht, terwijl zij in de lidstaat waar zij zelf een UPD uitvoert de inperking van concurrentie en gebrek aan adequaat toezicht onder het tapijt schuift. Zie bijvoorbeeld het beklag van PostNL en haar dochter TNT Post in een recent artikel in de *Frankfurter Allgemeine* van 22 april 2012 over de dumpingpraktijken door de voormalige Duitse concessiehouder.

Ondanks de urgentie van aanscherping van het toezicht op de postmarkt, zoals aangekondigd met de brief van 21 december 2011, is ook van de beloofde snelle wijze tot implementatie van aanpassingen voorgesteld 21 februari (aanpassing door middel van Nota van Wijziging m.b.t. artikel 8 en 89 van de Postwet) ter aanvulling van het bestaande toezicht, nog te weinig terechtgekomen. Wij beseffen dat invoering van de gewenste regelgeving de nodige tijd zal vergen. Echter is in de tussenliggende tijd Sandd nog steeds kwetsbaar als gevolg van de door de OPTA geconstateerde risico's. Vooral nu de NMa in mei dit jaar over een periode vanaf 2006 tot heden definitief heeft besloten onvoldoende bewijs te zien dat PostNL (vroeger in de hoedanigheid van het TNT concern) misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie. Wij vragen ons af of er mogelijkheden zijn om deze risico's in de tussenliggende periode te minimaliseren. De NMa en OPTA zeggen niet te kunnen optreden. Dit onderstreept nog eens de urgentie van wettelijke aanscherping van het toezicht.

Daarnaast staat de postmarkt niet alleen vanwege de toezichtsproblematiek hoog op de agenda binnen de Kamer. Ondanks het feit dat de totstandkoming van arbeidsvoorwaarden en ingroei primair de aangelegenheid van de sociale partners is, heeft de Tweede Kamer onlangs de motie Hamer aangenomen, die wederom een ongewenste interventie vormt op het terrein voorbehouden aan sociale partners. Deze motie zal, indien ingevoerd, niet alleen voor de thans lopende CAO-periode ingrijpende en negatieve veranderingen voor werkgevers en de banen van duizenden werknemers met zich meebrengen, maar betekent tevens een aanzienlijke, tussentijdse ingreep op de postmarkt die voor de ene speler aanzienlijk grotere gevolgen met zich meebrengt dan voor de andere speler. Het gebrek aan adequaat toezicht en de discussie over arbeidsvoorwaarden zal er ook toe leiden dat de resterende concurrentie op de postmarkt zal verdwijnen. Bijgevolg zal er ook geen concurrentie bij komen, nu een reële inschatting is dat met de huidige marktomstandigheden en de twee politieke discussies toetreding tot de Nederlandse postmarkt voor veel ondernemingen nauwelijks aantrekkelijk is. Zoals ook zal blijken uit onze opmerkingen hierna, zal het invoeren van het gewenste adequaat toezicht een gunstige invloed hebben op het kunnen nakomen van het afgesproken ingroeimodel.

Sandd is verheugd dat deze consultatie over verdere aanpassing van de Postwet plaatsvindt. Zij spreekt wel de zorg uit dat, wellicht mede als gevolg van de ontstane politieke situatie, het risico bestaat dat verdere ongewenste en onnodige vertraging zou kunnen ontstaan wanneer de afronding van de consultatie en het verbinden van beleidsmatige conclusies hieraan over het zomerreces van de Kamer getild zou worden. Dit kan en mag in ieder geval niet het gevolg zijn van een eventuele koppeling tussen het versterken van het toezicht en het eventueel (conform de wens van PostNL) gedurende de thans lopende concessieperiode terugbrengen van het aantal verplichte bezorgdagen van zes naar vijf, c.q. het aangekondigde wetsvoorstel tot aanpassing van de UPD. De Kamer heeft ook duidelijk gemaakt een dergelijke koppeling niet te wensen. Sandd sluit zich hier van harte bij aan en maant daarom ook aan door te zetten met het voorliggende wetsvoorstel, zij het met enkele aanpassingen.

Uitvoerbaarheid

Het voorliggende voorstel zal in eerste instantie op effectiviteit en uitvoerbaarheid nadrukkelijk worden besproken met OPTA en gelet op de toekomstige fusie met de NMa en de Consumentenautoriteit ook met voornoemde toezichthouders. Om tot een effectief adequaat toezicht en handhaving te komen zal daarbij de vraag moeten worden beantwoord of met dit voorstel de gesignaleerde (potentiële) mededingingsproblemen voldoende worden afgevangen. Daarnaast verdient ook de praktische kant aandacht: zullen er voldoende (financiële) middelen worden begroot om het gestreefde adequate toezicht te effectueren? Het WIK-Consult heeft overigens nog in opdracht van Europese Commissie onderzocht waaruit het team van een posttoezichthouder zou moeten bestaan. Aanbeveling is voor een klein tot middelgrote nationale postmarkt minimaal 9 tot 10 mensen op fulltime basis te zetten op de postmarkt, waarbij een pallet van juristen én economen de voorkeur heeft. Daarnaast zou bij het budget, naast interne onderzoeken, rekening moet worden gehouden met het inschakelen van externe onderzoeksbureaus. Wij verwijzen naar de "*best practise*", omschreven op pagina xvii van het WIK-Consult rapport "*The Role of Regulators in a More Competitive Postal Market*", van september 2009.

Sandd heeft van de aangeboden gelegenheid gebruik gemaakt om mazen in het voorliggende consultatiedocument te signaleren en waar mogelijk mee te denken hoe deze te herstellen.

2. Specifieke opmerkingen - artikelsgewijs

Als gezegd heeft Sandd de aangeboden gelegenheid aangegrepen om onvolkomenheden in het wetsvoorstel te signaleren. Daarnaast heeft zij getracht om mee te denken hoe deze te kunnen repareren om een goed fundament voor het benodigde adequate toezicht te vormen. Hieronder hebben wij de voorgestelde artikelen separaat doorlopen en daar waar nodig en op het moment mogelijk suggesties gedaan, al dan niet in concrete tekstvoorstellen.

- Aanpassing definities (huidig artikel 2 Postwet)

Algemene opmerking voor het eerste artikel van het voorstel is dat de definities onder artikel 2 nadere bestudering behoeven. Niet alle begrippen uit het wetsvoorstel rijmen nu met de gehanteerde definities uit Postwet 2009 en moeten dus nog worden rechtgetrokken. Concreet voorbeeld is dat "*klanten en consumenten*", zoals aangeduid in het voorgestelde artikel 13a niet de terminologie is van de Postwet 2009. Het wetsvoorstel introduceert wel het begrip "*eindgebruikers*": wellicht daarom beter daarvan te spreken. Ook zou dan niet geschreven moeten worden "*Als een ... wordt verstaan...*" maar: "*Onder een ... wordt verstaan:*".

- Schrapping huidig artikel 9 Postwet

Uit het consultatiedocument volgt het voorstel om het huidige artikel 9 Postwet te schrappen, nu met het voorstel van artikel 13e is voorzien in een toegangsverplichting aan partijen met een AMM.

Vooruitlopend op haar reactie op artikelen 13e en 13f, merkt Sandd op dat een toegangsverplichting "kan" worden opgelegd aan de partij met een AMM. De ACM heeft hier een discretionaire bevoegdheid in, anders dan nu met het huidige artikel 9 Postwet 2009 het geval is. Artikel 9 schrijft nu voor dat een postvervoersbedrijf in het bezit van een netwerk, waarmee tenminste 5 dagen in de week post kan worden bezorgd, onder non-discriminatoire en transparante voorwaarden en tarieven ten opzichte van andere afzenders en andere postvervoerbedrijven hun post zou moeten bezorgen. Dit artikel is op het moment van totstandkoming vooral bedoeld voor de huidige UPD-verlener PostNL, nu zij vanuit historie al een landelijk dekkend netwerk heeft met de mogelijkheid tot zesdaagse bezorging. Er bestaat dus al een verplichting voor toegang tot het netwerk van de UPD. Zoals OPTA ook in haar rapport "Evaluatie artikel 9 Postwet 2009" uit maart 2010 aangeeft zouden maar weinig ondernemingen gebruikmaken van het netwerk van PostNL. Hoewel dat de conclusie zou zijn, betekent het nog niet dat het artikel geen toegevoegde waarde heeft. Zoals OPTA ook heeft beaamd in voornoemd rapport heeft het artikel een disciplinerende werking en zouden klanten wel meer in staat zijn een juiste afweging in prijzen te maken. Daarnaast betekent dat, mede gelet ook op de voorgeschreven aanbestedingsprocedure, dat als een onderneming een AMM heeft, het niet meteen betekent dat deze ook meteen de UPD uitvoert of andersom. Schrapping van het huidige artikel 9 Postwet zou dus een discrepantie tussen

toezicht op de UPD en toezicht op de AMM met zich meebrengen. Derhalve stelt Sandd voor artikel 9 Postwet 2009 in stand te houden, waarbij het eerste lid als volgt zou kunnen worden geformuleerd:

"1. Indien een verlener van universele postdienst, dat beschikt over een netwerk waarmee poststukken op ten minste vijf dagen per week kunnen worden bezorgd op alle adressen in Nederland, met gebruikmaking van dat netwerk het postvervoer, niet zijnde een onderdeel van de universele postdienst, verricht tegen speciale voorwaarden en tarieven, verricht hij dit postvervoer voor andere postvervoerbedrijven tegen non-discriminatoire en transparante voorwaarden en tarieven ten opzichte van andere afzenders en andere postvervoerbedrijven. Onder andere postvervoerbedrijven vallen ook groepsmaatschappijen die in een groep verbonden zijn in de zin van artikel 24b van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek met het een verlener van universele postdienst dat beschikt over een netwerk als bedoeld in de eerste volzin. Als binnen een jaar geen andere postvervoersbedrijven zijn dan een groepsmaatschappij als hiervoor bedoeld, die van het netwerk, als bedoeld in dit lid gebruik maakt, dienen de voorwaarden en tarieven onder benchmark plaats te vinden."

Deze suggestie zou goed aansluiten bij het voorgestelde artikel 13b lid 2, waar gesteld is dat de ACM geen verplichtingen kan opleggen aan een UPD-verlener voor diensten die onderdeel uitmaken van de UPD. De toegevoegde waarde van het artikel zit erin dat bij een UPD-verlener de verplichting bestaat toegang te geven tot zijn netwerk, zodra een partij de UPD heeft. Daarnaast zou beter toezicht moeten kunnen worden gehouden of een verlener met UPD zich schuldig maakt aan ongeoorloofde kruissubsidiering. Een voorbeeld is dat de UPD-dienstverlener door tegen voordeligere tarieven dan haar concurrenten een dochter gebruik laat maken van haar netwerk, terwijl de kosten worden toegerekend aan de UPD.

Neem nu het voorbeeld van het Verenigd Koninkrijk. Daarbij is de toegang bij voorbaat ontbundeld. Postvervoerders kunnen, aldus voornoemd rapport van OPTA, hun postvervoer aanleveren bij de 'laatste' schakel in het sorteerproces (bij de postbode) en laten hierbij dus alleen de bezorging door de voormalig wettelijke monopolist uitvoeren.

- AMM (artikel 13a)

Artikel 13a lijkt vormgegeven als een begripsbepaling. Beoogd lijkt echter om niet louter een definitie te geven, maar (ook) wettelijk te bepalen dat een postvervoerbedrijf (van rechtswege) over een AMM beschikt indien de economische kracht van dat bedrijf – al dan niet tezamen met andere ondernemingen – zodanig is dat deze in belangrijke mate onafhankelijk van concurrenten, afnemers of eindgebruikers kan handelen. Gelet op de plaatsing van het artikel ligt deze strekking ook meer voor de hand. In dat geval bevat de bepaling een norm. Eventuele rechtsgevolgen van het beschikken over AMM treden op grond daarvan in, zodra de economische kracht er feitelijk is. Dat zal moeten worden vastgesteld

door onderzoek van de ACM. Dus onafhankelijk van andere overwegingen van de ACM dan de marktanalyse. De beslissing waarbij de marktmacht wordt vastgesteld is daardoor meer declaratoir dan constitutief. Dat lijkt terecht. Het past goed bij een stelsel waarin de nadruk inhoudelijk moet liggen op de door de ACM te verrichten marktanalyses, meer dan op een ruime discretionaire bevoegdheid. De AMM zal immers uit de marktanalyses moeten blijken net zoals daaruit moet blijken welke ex ante verplichtingen in dat soort situaties passend zijn.

Om twijfel over de strekking uit te sluiten, zou artikel 13a daarom kunnen worden aangepast, bijvoorbeeld als volgt:

"De economische kracht waarover een postvervoerbedrijf alleen of tezamen met andere ondernemingen beschikt en die dat postvervoerbedrijf in staat stelt op een relevante markt voor postvervoerdiensten of onderdelen daarvan in belangrijke mate onafhankelijk van zijn concurrenten, afnemers of eindgebruikers te gedragen wordt aangemerkt als de aanmerkelijke marktmacht van dat postvervoerbedrijf."

Voor zover ook een begripsbepaling wordt beoogd, dan zou deze op zijn plaats zijn in artikel 2 van de Postwet 2009. Voor de definitie van "afnemers of eindgebruikers", verwijzen wij naar de relevante opmerking hierboven.

- De marktanalyse en het opleggen van verplichtingen (artikel 13b)

De hiervoor genoemde keuze houdt verband met de vormgeving van de rechtsgevolgen van aanmerkelijke marktmacht. Ook hier is het onderzoek van ACM kern van de zaak. Dat komt in artikel 13b wel enigszins tot uitdrukking door te spreken over het oordeel van de ACM op basis van een marktanalyse. Toch biedt het voorgestelde wetsvoorstel niet voldoende aanknopingspunten voor die analyse.

Zo is niet bepaald dát de ACM onderzoek doet. Ook zijn geen voorschriften gewijd aan het doel van dat onderzoek. Dat doel is ten minste tweeledig. Ten eerste om vast te kunnen stellen dát een situatie als bedoeld in artikel 13a zich voordoet, en ten tweede om in dat geval vast te stellen welke verplichtingen als bedoeld in de artikelen 13e t/m 13k passend zijn voor de betreffende onderneming.

Voorgesteld wordt in het wetsvoorstel wel in een dergelijk artikel over het onderzoek door ACM te voorzien. Dit is immers de rode draad in het toezicht. Bovendien kan nodeloos debat voor de rechter over de doelen en wijze van onderzoek naar aanleiding van de besluiten die de ACM op basis daarvan zal gaan nemen beter worden voorkomen. Marktanalysebesluiten zullen al gauw worden aangevochten. Het is dan van belang de minimumeisen van dat onderzoek, waarvan de ACM mag uitgaan, vast te stellen.

Een wetsartikel zou als volgt kunnen luiden:

1. *"De ACM onderzoekt naar aanmerkelijke marktmacht. Het onderzoek is in ieder geval gericht op:
 - a. *het kunnen vaststellen of een relevante markt of onderdelen daarvan daadwerkelijk concurrerend zijn, een gelijk speelveld vormen, en of hierop postvervoerbedrijven actief zijn die beschikken over een aanmerkelijke marktmacht; en*
 - b. *op het vaststellen welke verplichtingen passend zijn voor postvervoerbedrijven die over aanmerkelijke marktmacht beschikken.**
2. *Een relevante markt of onderdelen daarvan wordt vastgesteld in overeenstemming met de beginselen van het algemene Europese mededingingsrecht.*
3. *De ACM onderzoekt overeenkomstig het eerste en tweede lid bepaalde relevante markten zo spoedig mogelijk.*
4. *Na het eerste onderzoek naar aanmerkelijke marktmacht zal de ACM elk jaar dit onderzoek evalueren en hiervan schriftelijk verslag doen aan de Minister."*

Wellicht kan voor deze bepaling aansluiting gezocht worden bij artikel 33 van de Postwet.

Dit artikel zou bijvoorbeeld kunnen worden geplaatst tussen het huidige voorgestelde artikelen 13a en 13b.

- De bevoegdheid van artikel 13b

Gelet op de centrale functie van de marktanalyse is de vraag of de ACM in de tekst van het voorgestelde artikel 13b niet een te ruime mate van beleidsvrijheid voor de ACM leggen. Volgens het voorstel "kan" de ACM bij aanmerkelijke marktmacht verplichtingen opleggen aan betreffende bedrijven. In welk belang dat dient te gebeuren wordt echter niet vermeld. Het opleggen van de verplichtingen vindt plaats in het belang van het verwezenlijken van daadwerkelijke concurrentie op de relevante postmarkt of onderdelen daarvan c.q. het vermijden of bestrijden van potentiële belemmeringen daarvoor, dan wel het bereiken van een gelijk speelveld. Dit te dienen doel komt nu niet tot uitdrukking in de wettekst.

De beleidsvrijheid die uit de huidige redactie voortvloeit lijkt niet nodig of beoogd. Daarom kan beter volstaan worden met een aan artikel 6a.2 van de Telecommunicatiewet ("Tw") vergelijkbare opzet van artikel 13b. Als uit de marktanalyse blijkt dat sprake is van aanmerkelijke marktmacht en in die analyse tevens naar passende verplichtingen is gekeken, zal de ACM op basis daarvan verplichtingen opleggen. De beleidsvrijheid in de voorgestelde tekst roept vragen op en zadelt ACM met een motiveringslast voor het opleggen van verplichtingen op die los lijkt te staan van het onderzoek naar de marktmacht en de passendheid van verplichtingen in dat licht. Daarnaast moet duidelijker tot uiting komen dat het

AMM-instrument voor *actief* ex ante toezicht en handhaving zal gelden. Nu, gelet op de te verwachten capaciteit en financiële middelen, geen continue monitoring door de ACM van de postmarkt mogelijk zou zijn, moet de ACM in staat worden gesteld om niet alleen te kunnen acteren op potentiële mededingingsproblemen, maar ook kunnen acteren als bij evaluatie van de marktanalyse blijkt dat daadwerkelijke mededinging ontbreekt. Naast de inzet van het ex-post toezicht volgens artikel 24 Mededingingswet (indien deze aangewend zou kunnen worden) zou de ACM in staat moeten worden gesteld om preventieve maatregelen te treffen, waarmee gedragingen van een partij met AMM dan voor de toekomst een halt worden toegeroepen. Immers verkeert de postmarkt nu ook in een grijs gebied waarbij de concurrentie naar 2 spelers is afgeslankt, vanaf 2006 verschillende overtredingen door een onderneming met machtspositie van de Mededingingswet zijn geconstateerd, ook door de NMa, hoewel zij stelde dat deze niet in grote getale voorkwam, en er tot op heden geen toezicht en handhaving is toegepast door één van de toezichthouders. De ACM moet daarom in de gelegenheid zijn om middels het AMM-instrument concurrentiële misstanden als het ware te repareren.

Voorts ontbreekt nu in de wettekst de vermelding dat het om passende verplichtingen moet gaan. Het derde lid is daarvoor onvoldoende alternatief. De strekking van die bepaling is overigens onduidelijk.

Om bovenstaande trachten te ondervangen, zou artikel 13b lid 1 als volgt kunnen luiden:

"Indien na onderzoek van de ACM naar aanmerkelijke marktmacht blijkt dat een relevante markt niet daadwerkelijk concurreert, of daarop een gelijk speelveld ontbreekt, of op die relevante markt of aanpalende markt daarvan misbruik zou kunnen worden gemaakt van de aanmerkelijke marktmacht, stelt de ACM vast welke ondernemingen op die relevante markt beschikken over een aanmerkelijke marktmacht, en

- a. legt hij ieder van hen, voor zover passend, verplichtingen als bedoeld in artikel 13e tot en met 13k op;*
- b. houdt hij eerder opgelegde of in stand gehouden verplichtingen, voor zover zij betrekking hebben op deze markt, in stand indien zij nog steeds passend zijn, of*
- c. trekt hij eerder opgelegde of in stand gehouden verplichtingen, voor zover zij betrekking hebben op deze markt, in indien zij niet langer passend zijn."*

- De uitzondering voor de universele postdienst (artikel 13b lid 2)

Artikel 13b lid 2 is voor meerdere uitleg vatbaar nu de uitzondering twee criteria bevat: het moet gaan om de verlener van de universele postdienst en om die postdiensten zelf.

- Bekendmaking van besluiten en vertrouwelijke gegevens (artikel 13d)

Artikel 13d schaart een bepaling over de bekendmaking van besluiten en een

regeling voor de openbaarheid van gegevens onder één bepaling. Dit ligt niet voor de hand.

- Toegang (artikel 13e)

Artikel 13e is de hoofdverplichting, nu het om de verplichting om toegang te verlenen gaat. Deze bepaling roept echter vragen op. Ten eerste is het als een zelfstandige bevoegdheid geformuleerd, zonder dat deze in verband wordt gebracht met de grondslag van artikel 13a en 13b. Ten tweede wordt de ACM en ook de rechtszekerheid onvoldoende gesteund. Een voorschrift dat bepaalt onder welke omstandigheden deze toegang in ieder geval kan worden gevegd (vgl. artikel 6a.6 lid 1 Tw) zou daarbij gediensig zijn. Ten derde is de strekking van het derde lid op grond waarvan voorschriften kunnen worden verbonden "betreffende billijkheid, redelijkheid en opportuniteit" onduidelijk. Ten vierde wordt niet vermeld van wie redelijke verzoeken afkomstig kunnen zijn.

De overige verplichtingen die opgelegd kunnen worden zijn verplichtingen die verband houden met de toegang.

- Toezicht op de naleving van verplichtingen

Artikel 13f schrijft voor dat de ACM een kostentoerekening kan vragen van het postvervoersbedrijf als dat een aanmerkelijke marktmacht bezit. Hier is onduidelijk hoe een dergelijk kostentoerekening zou moeten worden gemaakt als het betreffende bedrijf naast een AMM, ook een UPD heeft. Sandd verwijst voorts naar de opmerkingen van de NMa hierover, zie de randnrs. 60 t/m 62 van het besluit van de NMa d.d. 21 mei 2012, voorzien in zaak 6207. Eens te meer is duidelijk dat artikel 24 Mededingingswet geen effectief instrument is om concurrentie te bewerkstelligen of te beschermen. Dat betekent dat de ex ante instrumenten waar nu sprake van is, hard nodig zijn. In lijn met deze conclusie, zou het daarom passend zijn om in de Postwet 2009 een artikel te hebben opgenomen hoe na vaststelling van de totale gemeenschappelijke kosten, de kosten toegerekend moeten worden naar de afzonderlijke diensten die een UPD-verlener levert. Inspiratie daarvoor zou kunnen worden geput uit artikel 14 Postrichtlijn. Daarbij moet overwogen worden of een dergelijk artikel passend is onder artikel 13a en volgend, of juist onder hoofdstuk 4 van Postwet 2009 dat handelt over toezicht op de UPD en waar met artikel 22, 23 en 24, kennelijk onvoldoende, aanwijzingen worden gegeven over de wijze van toerekening.

Dat deze artikelen onvoldoende rechtsbasis bieden blijkt niet alleen uit het recente NMa-besluit, maar ook uit de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 1 juli 2010. OPTA had in juni en september 2009 TNT Post dwangsommen opgelegd voor het niet verstrekken van informatie over de daadwerkelijke kosten van de afzonderlijke postvervoerdiensten binnen de universele postdienst. OPTA is volgens de nieuwe Postwet verplicht deze tarieven vast te stellen om ervoor te zorgen dat de consument redelijke tarieven betaalt voor basispostdiensten ("universele postdienst"), zoals de prijs van de postzegel. Hoewel de voorzieningenrechter

OPTA eerder in het gelijk stelde, oordeelt de Rechtbank Rotterdam dat TNT Post reeds de benodigde informatie aan OPTA had verstrekt.

Artikel 13f lid 6 bevat een bepaling over het toezicht op de naleving van één verplichting. Een toelichting op artikel 13f ontbreekt nog. Het ligt voor de hand aandacht te besteden aan het toezicht op de naleving van het gehele nieuwe hoofdstuk 3a. Zonder verdere bepaling valt dit toezicht onder de reguliere bepalingen van hoofdstuk 7 van de Postwet 2009.

- Informatieverplichtingen (artikel 13g)

Het eerste lid van artikel 13g is een te onbepaalde verplichting. Hier zou gespecificeerd moeten worden welke informatie het betreft, althans met welk doel de informatie moet worden gepubliceerd. Daarbij zijn begrippen als "referentieaanbod" niet gedefinieerd.

- Overige opmerkingen

De begripsbepaling van "toegang" in artikel 2, krijgt een omschrijving die meer past bij het begrip "toegang verlenen" dan enkel toegang.

De begripsbepaling van "bijbehorende faciliteiten" is erg ruim, nu het ook weer "diensten" bevat. Wellicht kan dit begrip worden opgenomen in de begripsbepaling van "postvervoernetwerk", bijvoorbeeld als volgt: "netwerk waarmee poststukken kunnen worden bezorgd op adressen in Nederland, met inbegrip van de daarbij behorende faciliteiten, infrastructuur en andere ondersteunende voorzieningen."

- Ontbrekend artikel – voorlopige voorziening

Het wetsvoorstel ontbeert een bepaling waarbij, vooruitlopend op de besluitvorming voor het opleggen van verplichtingen aan een partij met AMM, wordt voorzien in een situatie van onverwijlde spoed door het treffen van een voorlopige maatregel. Gelet op de (vaak lange) duur van bestuurlijke besluitvorming, waarbij termijnen van enkele weken in acht moeten worden genomen en beroepsmogelijkheden niet zijn uitgesloten, is (de ontwikkeling van) een gezonde marktwerking erbij gebaat dat de relevante toezichthouder bij noodzaak ook snel kan optreden. Overeenkomst artikel 49 Wmg, maar ook artikel 6b.3 Telecommunicatie zou overwogen kunnen worden het volgende artikel op te nemen:

1. *"Indien de ACM een redelijk vermoeden heeft dat zij tot een oordeel als bedoeld in artikel 13e tot en met 13k zal komen, zal zij in spoedeisende gevallen vooruitlopen op de toepassing van dat artikel en de desbetreffende postvervoersbedrijf verplichtingen opleggen, als bedoeld in artikelen 13e tot en met 13k.*
2. *De verplichtingen opgelegd overeenkomstig het eerste lid geldt voor een periode van ten hoogste zes maanden en dat deze eenmaal met een periode van ten*

hoogste zes maanden kan worden verlengd.”

- Aanpassing van artikel 39 Postwet

Met het wetsvoorstel is nog niet in voldoende mate tegemoet gekomen aan de bevoegdheid informatie op te vragen bij postvervoersbedrijven, zonder discussie over het doel, strekking of reikwijdte van het verzoek van de ACM te krijgen. Dergelijke situaties hebben zich in het verleden eerder mede voor de rechter afgespeeld. Staatssecretaris Bleker heeft ook met zijn brief van 21 februari jl. aangegeven dat binnen het bestaande toezicht drie knelpunten bestaan. Eén ervan is de bevoegdheid tot informatievordering. De staatssecretaris heeft aangegeven dat de geconstateerde knelpunten met beperkte aanpassingen door middel van een Nota van Wijziging relatief snel kunnen worden aangevuld. Op 23 maart 2012 is de Tweede Nota van Wijziging uitgebracht, waarmee een aangepast artikel voor informatievordering is voorgesteld. Sandd vraagt hier de aandacht voor de herformulering van dit artikel. Deze bevoegdheid is niet alleen van belang voor het huidige toezicht door OPTA op de UPD, maar ook voor het toezicht van de toekomstige ACM op de AMM. Artikel 39 Postwet 2009 is met voornoemde Nota van Wijziging nog te vrijblijvend geformuleerd, doordat de term “redelijkerwijs” een subjectieve term is. Met andere woorden, uitoefening van de informatievordering zou dus nog ter discussie kunnen worden gesteld op gronden van redelijkheid en billijkheid of van noodzakelijkheid en proportionaliteit. Sandd stelt daarom het bewuste artikel als volgt in te steken:

“De ACM is bevoegd voor een juiste uitvoering van het bepaalde bij of krachtens deze wet of de Mededingingswet opgedragen taken van een ieder te allen tijden inlichtingen te vorderen voor zover dit redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is.”

3. Specifieke opmerkingen - MvT

Het belang van de voorgestelde MvT voor nu en de toekomst moet niet worden onderschat. Zaken die zich ervoor niet lenen om te worden vervat in een wetsartikel, maar wel uitleg geven aan of het belang onderstrepen van een bepaald artikel behoeven juist een plaats in de MvT. Hieronder heeft Sandd enkele suggesties gedaan om de MvT meer fundament te geven. Dat laat overigens onverlet dat de (algemene) opmerkingen van zowel hierboven, als later hier onder punt 4. eveneens in de MvT zouden kunnen passen.

Onnodig is te vermelden dat partijen, zoals de ACM, voor een rechter ook zullen terugvallen op de bedoeling van de wetgever om steun te zoeken voor hun argumenten. Deze bedoeling wordt bij totstandkoming van een wet gevormd door de parlementaire stukken, waarbij de MvT voor een rechter vaak als doorslaggevend wordt beschouwd.

Gelet op met name de marktontwikkelingen die, zoals nu ook wordt aangeduid in het consultatiedocument, hebben geleid tot het voorliggende voorstel zou in de MvT meer tot uitdrukking moeten worden gebracht dat het voornaamste doel van de AMM is om een gelijk speelveld binnen de postmarkt te bereiken. Daarvoor is het noodzakelijk ook meer inkleuring te geven aan de huidige marktontwikkelingen. Bij de MvT onder "1. Inleiding en doel van het wetsvoorstel", stellen wij daarom voor om na de paragraaf "De diverse marktontwikkelingen...Consument en Markt (ACM)" het volgende op te nemen:

"Tegelijk is het echter noodzakelijk om, gezien het bijzondere karakter van de Postmarkt, specifieke regels te stellen voor de veranderende verhouding tussen marktpartijen in het belang van reële concurrentieverhoudingen en het voorkomen van een commercieel monopolie.

Met de voorgestelde uitbreiding van het toezichtinstrumentarium wordt beoogd om de (in het rapport Concurrentie in de Postmarkt d.d. 16 september 2011) door de OPTA gesignaleerde risico's van kruissubsidies, koppelverkoop, prijsdiscriminatie, rooiprijzen en toetredingsdrempels in de postmarkt nadrukkelijk verboden te stellen en adequaat daartegen op te kunnen treden."

Onder "2.2. Achtergrond en aanleiding voor herziening van de regelgeving" stellen wij voorts voor om de beschreven marktontwikkelingen nog meer kracht bij te zetten door te verwijzen naar het rapport van het onafhankelijke onderzoeksbureau SEO. Zo kan de zinsnede "Een belangrijke ontwikkeling...concurrenten uitgetreden" bijvoorbeeld als volgt worden aangevuld:

"Tegelijkertijd wees onderzoeksinstituut SEO al in 2009 in het rapport 'Marktmodel van de geliberaliseerde postmarkt' (in opdracht van de sociale partners) erop dat er adequaat mededingingstoezicht diende te komen, opdat een toezichthouder vooraf, bij dreigend concurrentievervalsend gedrag van één van de marktpartijen zou kunnen ingrijpen."

De zinsnede "De krimpende markt...te creëren", zou kunnen worden aangevuld door het volgende:

"In de afgelopen jaren heeft tussen de overgebleven partijen een hevige prijzenoorlog gewoed, waarbij geen sprake meer was van gezonde markttarieven. Uitbreiding van het toezichtinstrumentarium zal leiden tot het wegnemen van de neerwaartse druk op tarieven. Hiermee zal ook de gewenste ingroei van Overeenkomst Van Opdracht naar arbeidscontracten beter gefinancierd kunnen worden."

Onder "3. Verplichtingen voor aanbieders met aanmerkelijke marktmacht" stellen wij voor dat meer tot uitdrukking wordt gebracht waarop de ACM met de inzet van het AMM-instrument zal zien. Een voorstel is om in deze paragraaf na de zins "Het bieder...beproefd instrument" op te nemen:

"In het bijzonder zal de ACM ex ante toezicht houden op en zo nodig bestuursdwang toepassen ten aanzien van onder meer:

- *toetredingsdrempels*
- *prijismaatregelen*
- *tarieven*
- *koppelverkoop*
- *kruissubsidiëring, zowel met activiteiten binnen als buiten de Nederlandse postmarkt*
- *roofprijzen"*

Voorts stellen wij voor om aan te geven dat ook op de zorgmarkt ervaring is opgedaan met het AMM-instrument. Dit kan eenvoudig worden opgelost door na de zin "Op de telecommunicatiemarkt...ervaring opgedaan", het volgende de plaatsen:

"Daarnaast is ook de op zorgmarkt ex ante toezicht geïntroduceerd door het invoeren van het AMM-instrument."

Bij het kopje "3.1. Aanmerkelijke marktmacht op de postmarkt" wordt in de laatste alinea's ingegaan op de omschrijving van AMM. Van belang is hierbij te realiseren dat het (Europees) mededingingsrecht geen vast getal qua marktaandeel voor een AMM of economische machtspositie vaststelt. Net als bij het vaststellen van een economische machtspositie zijn marktaandelen een indicatie voor een AMM. De grootte van marktaandelen is echter niet het enig bepalende. Het zal moeten worden bevestigd door bijkomende factoren die een indicatie geven van de marktstructuur, zoals de marktaandelen van andere partijen, commerciële voordelen, aanbodfactoren. Soms kan het geval zich voordoen dat een partij op een specifieke markt binnen de postmarkt met een marktaandeel van bijvoorbeeld minder dan 40% een AMM kan hebben, puur vanwege de commerciële voordelen dat het biedt in combinatie met bijvoorbeeld aanbodfactoren. De wetgever kan uiteraard er voor kiezen om in de MvT een richtgetal voor een AMM op te nemen. Het verdient wel de aanbeveling dan uitdrukkelijk aan te geven, dat het dit getal

niet doorslaggevend is. De zin "Op basis daarvan...onder de 40%" is nog te rigide. Dit zou als volgt kunnen worden aangepast:

"In ieder geval wordt bij ondernemingen met tenminste een marktaandeel van 40% vermoed dat deze over een aanmerkelijke marktmacht beschikken".

Voor wat betreft de omschrijving van de relatie met de UPD, zie kop 3.3. van de MvT, mag in de MvT meer tot uitdrukking worden gebracht dat het toezicht op de UPD sluitend moet zijn aan het toezicht op de AMM. Wij verwijzen daarvoor naar onze opmerkingen hiervoor, meer in het bijzonder onder paragraaf 4, ad D) van onderhavig stuk. Daarbij vragen wij ons af of de paragraaf over de aanpassing van de UDP, zie kopje 4, wel op zijn plaats is binnen de MvT. Zo ontbreekt de toegevoegde waarde uit de zinnen "Aan uw Kamer heb...worden opgenomen" voor het onderhavige wetsvoorstel.

De huidige paragraaf 3.4. bevat namelijk verwijzingen naar het algemene mededingingsrecht met korte aanhaling naar de uitzondering dat lidstaten, naast het algemene Europese mededingingsrecht strengere nationale voorschriften mogen hanteren als een bepaalde markt dat vraagt. Paragraaf 5 gaat over de postrichtlijnen, waar een verwijzing ontbreekt naar de overwegingen dat lidstaten nadere voorschriften mogen stellen over wijze van toezicht. Onder verwijzingen naar onze eerdere opmerkingen hierboven, is het een suggestie om voornoemde paragrafen over de relatie met andere wetgeving en over het Europeesrechtelijke kader bij elkaar te brengen en deze meer coherent te maken. Daarmee zou geen discussie meer moeten bestaan of Nederland verscherpt toezicht op de postmarkt zou mogen hanteren.

4. Algemene opmerkingen op het consultatiedocument

Omdat bestaand toezicht in onvoldoende mate de mededingingsproblemen de baas bleek te kunnen, rust op de overheid de verantwoordelijkheid het in de Postwet 2009 opgenomen toezichtinstrumentarium van OPTA (in de toekomst ACM) uit te breiden met de mogelijkheid van ex ante toezicht.

Importantie OPTA en SEO rapporten

In dit verband wijzen we op het rapport van de OPTA *Concurrentie in de Postmarkt*, van 16 september 2011, dat de staatssecretaris op 15 december jl. naar de Tweede Kamer stuurde. Sandd onderschrijft dit rapport ten volle en acht het noodzakelijk dat alle wettelijke maatregelen ter versterking van het toezicht dienen te worden getroffen om te bewerkstelligen dat de door OPTA gesignaleerde risico's op o.a. rooftprijzen, prijsdiscriminatie, koppelverkoop, kruissubsidie en het opwerpen van (nog hogere) toetredingsdrempels, worden ondervangen. Daarnaast heeft de NMa in haar berichtgeving over de afwijzing van de klachten tegen PostNL tot twee keer er op gewezen dat sprake is van een mogelijk ongelijk speelveld al dan niet door kruissubsidiëring binnen de postmarkt, waar zij vanuit de bestaande regels van de Mededingingswet niet tegen kan optreden. Expliciet doel van het wetsvoorstel is in onze ogen dat een gelijk speelveld moet worden gerealiseerd en gewaarborgd. In het consultatiedocument wordt slechts in algemene zin gesproken over 'diverse marktontwikkelingen'. Sandd stelt daarom voor het nastreven van een gelijk speelveld en het voorkomen van aantasting van eerlijke concurrentieverhoudingen specifiek in de MvT te benoemen.

Sandd brengt in herinnering dat het onafhankelijk onderzoeksinstituut SEO, in het rapport *'Marktmodel van de geliberaliseerde postmarkt (2009 - 2012)'* dat zij op 26 oktober 2009 publiceerde, het al van levensbelang noemde dat er adequaat mededingingstoezicht diende te komen, opdat een toezichthouder vooraf, bij dreigend concurrentievervalsend gedrag van één van de marktpartijen zou kunnen ingrijpen. Wij bepleiten een verwijzing in de MvT naar dit rapport, dat indertijd in opdracht van de sociale partners werd opgesteld. De eis voor nieuwe postbedrijven om over te gaan naar betere, maar duurdere arbeidsvoorwaarden, verplicht de overheid, aldus SEO, om ex ante mededingingstoezicht behoorlijk te regelen. Alleen dan zouden er volgens SEO gelijke kansen zijn voor zittende partijen en nieuwkomers, voor grote en kleine partijen en voor partijen met diepe en ondiepe zakken.

Ook mede vanuit dit oogpunt is het wenselijk dat in de MvT de directe relatie tussen aanscherping van het toezicht, gezonde markttarieven en het realiseren van de beoogde ingroei wordt geëxpliciteerd. Immers, adequaat toezicht zal leiden tot het voorkomen van o.a. rooftprijzen, kruissubsidiëring en koppelverkoop en daarmee de te vergaande neerwaartse druk op de markttarieven wegnemen. Als de huidige druk op deze tarieven doorzet, kunnen (potentiële) postbedrijven geen tarieven meer in rekening brengen die de door alle betrokken partijen gewenste ingroei betaalbaar maken.

Met het voorliggende consultatiedocument bestaan nu twee voorstellen:

- de voorgestelde Nota van Wijziging van 21 februari 2012, waarmee toezicht op de UPD wordt aangescherpt; en
- het wetsvoorstel, zoals voorgelegd in het consultatiedocument van 15 mei 2012, waarmee een AMM-instrument wordt geïntroduceerd om toe te zien op gezonde marktwerking, zoals dat ook reeds is opgenomen in Tw en Wmg.

Hoofdpijnen commentaar

Wij constateren dat een aantal punten aandacht behoeven om het voorliggende wetsvoorstel meer werkbaar en sluitend te krijgen. Sandd brengt de volgende onderwerpen (zonder rangorde naar belang) die zij nu ziet bij lezing van het consultatie-document graag onder de aandacht:

- A. Meer borging in wetsvoorstel van belang voor de bevoegdheid ex ante te kunnen ingrijpen met AMM-instrument.
- B. Het waarborgen, naast het voorgestelde AMM-instrument, van voldoende bevoegdheden voor de toezichthouder om adequaat op te treden tegen vormen van oneerlijke concurrentie.
- C. Het opnemen van het doel van *gelijk speelveld* in het voorgestelde wetsvoorstel, ten minste in de MvT.
- D. De noodzaak dat de toezichthouder ook adequate bevoegdheden moet hebben binnen UPD.
- E. De noodzaak van meer concrete duidelijkheid over procedure marktanalyse, wanneer worden maatregelen getroffen en dat marktpartijen hierop een beroep mogen doen.
- F. Waarborgen dat er voldoende capaciteit en prioriteit is voor toezicht op de postmarkt, zowel op UPD, als op de AMM.
- G. Snelle invoering van adequaat toezicht en handhaving.
- H. Een onderscheid in het wetsvoorstel maken naar verplichtingen om de concurrentie te beschermen en naar verplichtingen om de (zakelijke) consument te beschermen.

Wij zullen bovenstaande hieronder per onderwerp toelichten.

Ad A) Het belang van de bevoegdheid van de toezichthouder ex ante te kunnen ingrijpen op basis van het AMM-instrument.

Dit lijkt in het voorliggende concept wetsvoorstel nog onvoldoende te zijn geborgd. Het wetsvoorstel en de MvT vermelden niet in welk algemeen belang de bevoegdheden mogen worden uitgeoefend. Nu het om een ruime discretionaire bevoegdheid gaat (zie het woord "kan") zal voor elk besluit dat de ACM op basis daarvan neemt, een afweging moeten worden gemaakt tussen de met het besluit te dienen doelen, en de voor belanghebbenden (in ieder geval het postvervoerbedrijf dat een AMM heeft) nadelige gevolgen. Tegenover de nadelen

voor de dienstverlener met AMM, moet de wet het belang noemen wat die inbreuk rechtvaardigt. Bijvoorbeeld daadwerkelijke concurrentie, de toegankelijkheid van het postvervoernetwerk of de positie van de eindgebruiker. Vergelijk bijvoorbeeld art. 6a.6 lid 1 van de Tw.

Ad B) Voldoende bevoegdheden voor adequaat toezicht?

Wij vragen ons af of er nu, naast het voorgestelde AMM-instrument, voldoende (sub)bevoegdheden zijn voor de toezichthouder om adequaat op te treden tegen verstoring van het speelveld, door te kunnen optreden tegen kruissubsidie, prijsdiscriminatie, koppelverkoop, roofprijzen, toetredingsdrempels en alle andere vormen van aantasting van eerlijke concurrentie. Dit komt nog niet ten volle tot uitdrukking in het consultatiedocument. Zo is de informatieverplichting veel te onbepaald. Dit moet veel concreter worden uitgewerkt. Het moet daarnaast duidelijk zijn binnen welke kaders informatie mag worden opgevraagd om (bekende) kwesties als noodzaak en proportionaliteit voor te zijn, hierbij verwijst Sandd naar het huidige artikel 39 Postwet.

Ad C) Doel gelijk speelveld

Het belang van het opnemen van het realiseren van een gelijk speelveld dient als zelfstandig doel van de Postwet 2009 te worden opgenomen. Wij verwijzen naar onze reactie hierboven.

Ad D) Adequaat toezicht en handhaving op UPD, naast AMM

Het belang van de bevoegdheid van de toezichthouder adequaat te kunnen opereren binnen de UPD dient te worden opgenomen in het wetsvoorstel. Zodoende is de toezichthouder in staat te beoordelen of op het betwistbare gedeelte van de postmarkt sprake is van kruissubsidie, prijsdiscriminatie, koppelverkoop en andere vormen van aantasting van eerlijke concurrentie. Deze vormen van oneerlijke concurrentie kunnen in samenhang of elk afzonderlijk voorkomen. Naast de hefboomwerking van de positie die de partij met de UPD kan gebruiken naar het vrije deel van de postmarkt, behoeft kruissubsidiering binnen de postmarkt bijzondere aandacht. Bij kruissubsidiëring verhoogt de aanbieder de prijs voor het ene product om daarbij elders de prijsverlaging voor een ander product te compenseren. Kruissubsidiering is ongeoorloofd als daarmee té lage prijzen worden gefinancierd. Té lage prijzen zijn schadelijk, omdat daarmee concurrenten van de markt kunnen worden gedreven of geweerd. Bijkomend nadeel voor de postmarkt is dat postvervoersbedrijven niet in staat meer zijn tegemoet te komen aan het ingroeimodel. Toezichtsbevoegdheden op de UPD, wat zagezegd het gereguleerde deel van de postmarkt is, en op de AMM, wat dan het vrije deel van postmarkt is, dienen sluitend te zijn. In die zin sluitend, dat bij toezicht en handhaving geen discussies ontstaan over het belang en de aard van op te vragen informatie ter handhaving van het toezicht. Zo kunnen discussies, zoals in het verleden over onder andere de toerekening van pensioenkosten bij de wettelijke concessie, worden vermeden.

Ad E) Duidelijkheid over procedure marktanalyse en inzet maatregelen.

Het wetsvoorstel is gebaat bij een duidelijke omschreven procedure voor het houden van een marktanalyse en het op basis van de uitkomsten daarvan treffen van (al dan niet preventieve) maatregelen door de toezichthouder, met inbegrip van de mogelijkheid voor marktpartijen hier een beroep op te kunnen doen.

Uit het voorstel blijkt dat de ACM op basis van een marktanalyse dient vast te stellen of een postvervoerbedrijf een AMM bezit. Zie ook p. 11 van de MvT. Als dat het geval is, dan pas kan ACM bij besluit verplichtingen opleggen. Dat besluit wordt uiterlijk binnen 3 jaar herzien op basis van een marktanalyse. Het blijkt niet uit het voorstel wanneer en op welke grond de ACM de eerste marktanalyse zal uitvoeren. Doet de ACM ambtshalve een onderzoek en zo ja, op welk moment of moet verzocht worden om een dergelijke analyse? Daarnaast is ook niet vastgesteld dat als een AMM is vastgesteld, binnen welke termijn de ACM een besluit dient te nemen of zij verplichtingen zal opleggen. Daarbij ligt het in de rede de toezichthouder een instrument te bieden om gedurende haar besluitvorming gedragingen waarvan zij het vermoeden heeft dat deze de concurrentie beperken of waardoor het consumentenbelang in het geding is tijdelijk een halt toe te kunnen roepen. In dat kader mist het wetsvoorstel een bepaling, waardoor de ACM voorlopige maatregelen kan treffen in spoedeisende gevallen. Zulks is ook voor de zorg met artikel 49 Wmg vastgelegd.

Hoewel in de MvT wordt verwezen naar afbakening van de relevante markt volgens de mededingingsregels, wordt onvoldoende tot uitdrukking gebracht op welke wijze en volgens welke regels de marktanalyse moet worden uitgevoerd. Dat is anders bijvoorbeeld in de Tw, waar wordt verwezen naar het relevante Europees regelgevend kader. De ACM vindt in het wetsvoorstel daardoor geen steun voor haar werkwijze (wat die ook is) door bijvoorbeeld verwijzing naar bestaande regels. Hierdoor kan ACM voor de rechter in een lastig pakket worden gebracht: uit het voorstel volgt namelijk dat degene die met besluiten op grond van deze nieuwe wet worden geconfronteerd dit kunnen aanvechten. Dit kan worden opgelost door bijvoorbeeld naar o.a. de Mededeling van de Europese Commissie uit 1998 inzake de toepassing van de mededingingsregels op de postsector te verwijzen. Deze mededeling bevat immers richtlijnen voor de relevante marktafbakening.

Ad F) Postmarkt een prioriteit

Het belang van voldoende menskracht en middelen bij de toezichthouder om adequaat aan de toezichthoudende - en handhavende taak invulling te kunnen geven mag meer tot uitdrukking komen in ten minste de MvT. Het FD-artikel van 29 mei jl. indachtig, moet worden vermeden dat op basis van verwachte mindere middelen en/of een prioriteringsbeleid de voorgestelde toezicht-instrumenten niet worden ingezet.

Ad G) Snelle invoering adequaat toezicht

Het belang van snelle invoering van verscherpt toezicht, gelet op de situatie op de postmarkt, is onder hoofdstuk 1, al aangegeven. Korthedshalve verwijzen we daarnaar.

Ad H) Onderscheid naar belang concurrentie en (zakelijke) consument

Het blijkt niet uit het wetsvoorstel, maar op p. 13 MvT wordt vermeld dat geen onderscheid wordt gemaakt tussen verplichtingen die noodzakelijk zijn voor de bescherming van concurrerende bedrijven en het niveau van de eindgebruiker, omdat dit weinig onderscheidend is. De redenering daarachter is dat de belangen van eindgebruikers per definitie voldoende gewaarborgd zouden zijn in een markt met daadwerkelijke concurrentie. Daarbij zijn in een markt waarin sprake is van AMM de belangen van eindgebruikers per definitie een aandachtspunt.

Deze redenering gaat niet op en is te algemeen om leidend te zijn bij de toepassing van de voorgestelde bevoegdheden. Het ene belang kan namelijk verder verwijderd zijn dan het andere. Als de ACM een postvervoerbedrijf bijvoorbeeld wegens AMM in het belang van het verwezenlijken van daadwerkelijke concurrentie verplichtingen op wil leggen terwijl daarmee de prijzen voor de consument potentieel (op langer termijn) worden verhoogd, is daarmee het consumentenbelang op korte of middellange termijn niet automatisch mee gediend. Dat wil nog niet zeggen dat daarmee ook het concurrentiebelang niet is gediend: het kan juist zijn dat voor het behoud van concurrentie de verplichtingen benodigd zijn. Zo is dat ook *grosso modo* voor de telecommarkt geredeneerd.

5. Nawoord

Sandd kijkt uit naar het verdere verloop van het initiatief van het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie. Daarbij dankt zij voor de open uitnodiging om input te leveren op het consultatiedocument. Om effectief adequaat toezicht en handhaving in te voeren, zal de concrete vraag moeten worden beantwoord of met dit voorstel de gesignaleerde (potentiële) mededingingsproblemen voldoende worden afgevangen. Er zitten in het voorliggende consultatiedocument nog teveel hiaten om tot een voldoende wetsvoorstel te kunnen worden gekwalificeerd die tot adequaat toezicht en gelijk speelveld zullen leiden.

Wij hopen met deze reactie een constructieve bijdrage te hebben geleverd aan het onderhavige wetgevingsproces voor de postmarkt. Sandd beseft dat dit een complexe en bijzondere materie betreft, desalniettemin is de urgentie en de relevantie ervan groot om snel door te pakken naar een voldoende dragend wetsvoorstel. Als de wetgever langer wacht, zal daarmee de liberalisering van de Nederlandse postmarkt slechts nog een dode letter zijn.

Sandd staat uiteraard voor nadere toelichting tot uw beschikking. U kunt daarvoor contact op nemen:

De heer Haico H.J. Meijerink
Chief Executive Officer
Sandd B.V.

Tel.: +31 (0)55 368 25 73
Email: hmeijerink@sandd.nl