



ZIENSWIJZE VAN POSTNL N.V.

**N.A.V. HET CONCEPT WETSVOORSTEL
TOT INVOERING VAN AMM-REGULERING IN DE POSTWET 2009
“CONCEPT WIJZIGINGSVOORSTEL AMM”**

12 juni 2012



HOOFDSTUK I: INLEIDING EN SAMENVATTING

Inleiding

In deze zienswijze reageert PostNL N.V. (“**PostNL**”) op het concept wetsvoorstel tot invoering van AMM-regulering in de Postwet 2009 (“**het concept wijzigingsvoorstel AMM**”).

Het concept wijzigingsvoorstel AMM is opgesteld met het oog op een verondersteld risico op mededingingsproblemen die in de toekomst zouden kunnen ontstaan binnen de postsector. Gevreesd wordt dat de grootste speler, waarmee bedoeld wordt op PostNL, in staat zal zijn de instandhouding en ontwikkeling van de concurrentie op de postmarkt in de toekomst te verhinderen. Daardoor zou het risico op mededingingsproblemen groter worden, hetgeen uiteindelijk ook ten koste zou kunnen gaan van de toegankelijkheid en kwaliteit van postdiensten voor bedrijven naar consumenten en voor bedrijven onderling.

Deze aanvullende wetgeving zou worden ingevoerd naast de reeds bestaande sectorspecifieke wetgeving ter waarborging van de universele postdienst (“**UPD**”) opgenomen in met name de hoofdstukken 4 en 5 van de Postwet 2009 en naast de reeds bestaande wetgeving ter regulering van verschillende vormen van toegang opgenomen in hoofdstuk 3 van de Postwet 2009.

Op de Nederlandse postmarkt doen zich belangrijke ontwikkelingen voor. Er is sprake van voortgaande scherpe volumedalingen als gevolg van elektronische substitutie en een verschuiving van tijdskritisch naar niet-tijdskritisch vervoer. Postvervoerbedrijven zijn mede daardoor genoodzaakt om maximaal efficiënt te opereren tegen lage tarieven om een verdere versnelling van de elektronische substitutie te voorkomen.

Daarnaast doen zich bijzondere knelpunten voor bij de uitvoering van de UPD en de financierbaarheid van de UPD. De wettelijke regeling van de UPD vereist een uitgebreid wettelijk verplicht servicekader, dat gepaard gaat met hoge kosten, maar dat niet meer aansluit op de gewijzigde behoeften van gebruikers. De effecten van de volumedalingen doen zich daardoor bij de uitvoering van de UPD nog sterker voelen, terwijl anderzijds de mogelijkheden voor verdere kostenbesparingen beperkt zijn, omdat het wettelijk gefixeerde servicekader daaraan in de weg staat.

Gezien deze uitdagingen waarvoor de postvervoerbedrijven en de verlener van de UPD zich gesteld zien, is het van belang dat de Nederlandse wetgeving ruimte biedt om gegeven de krimpende markt en de snelle ontwikkelingen op het gebied van de elektronische communicatie de noodzakelijke aanpassingen in de bedrijfsvoering en het product- en dienstenaanbod te kunnen doorvoeren. Daarnaast is essentieel dat bestaande knelpunten in de regulering van de UPD worden weggenomen.

Bij dit alles dient in aanmerking te worden genomen dat, ondanks de uitdagingen waarvoor de Nederlandse postvervoerbedrijven en de verlener van de UPD zich gesteld zien, de concurrentie op Nederlandse postmarkt goed functioneert. Er zijn op de Nederlandse postmarkt, anders dan in het buitenland, meerdere postvervoerbedrijven met een eigen netwerk actief waardoor klanten anders dan in veel andere landen meerdere keuzemogelijkheden hebben nog afgezien van de mogelijkheden tot elektronische substitutie. Daarbij behoren de tarieven die klanten voor de postbezorging in Nederland betalen nog steeds tot de allerlaagste van Europa en is de kwaliteit van postale dienstverlening goed.



De sectorspecifieke wetgeving voor de postsector zou naar de mening van PostNL gericht moeten zijn op het behoud van deze verworvenheden en het wegnemen van de knelpunten in de regulering van de UPD. Die wetgeving dient tevens het kader te scheppen waarbinnen postvervoerbedrijven hun bedrijfsvoering en productaanbod kunnen aanpassen aan de krimpende markt en de gewijzigde klantvraag.

PostNL moet echter constateren dat het concept wijzigingsvoorstel AMM dat thans ter consultatie wordt aangeboden geen enkele bijdrage levert aan het wegnemen of verminderen van de knelpunten op de postmarkt en het waarborgen van de financierbaarheid van de UPD.

Het concept wijzigingsvoorstel voorziet in plaats daarvan in ingrijpende additionele regulering, zonder dat de noodzaak om in te grijpen en de effectiviteit van het voorgestelde AMM-instrument zijn aangetoond. Gezien de uitdagingen waarvoor de postmarkt zich gesteld ziet, is de zorg gerechtvaardigd, dat het concept wijzigingsvoorstel AMM juist een bedreiging vormt voor de ontwikkeling van de mededinging op de postmarkt en dat dit wijzigingsvoorstel de mogelijkheden voor een flexibele aanpassing van postale dienstverlening en innovatie in een dalende markt en bij een gewijzigde klantvraag zal beperken.

In deze zienswijze licht PostNL haar visie graag nader toe. Daarbij worden – indien ondanks de economische en juridische bezwaren toch zou worden besloten om het voorstel tot invoering van AMM regulering in enige vorm te continueren - tevens voorstellen tot aanpassing gedaan.

Samenvatting

Samengevat komen onze bevindingen op het volgende neer.

(i) De noodzaak voor AMM regulering is niet aangetoond

De invoering van AMM regulering is een vergaande ingreep die eerst gerechtvaardigd is indien er sprake is van aantoonbaar marktfalen dat niet met behulp van het reguliere mededingingsrecht kan worden geadresseerd. Daarvoor is gedegen onderzoek nodig. Er zijn op dit moment geen aanwijzingen dat de marktwerking onvoldoende is. PostNL wordt op verschillende manieren gedisciplineerd: door elektronische substitutie, verschuiving van tijdkritische naar niet-tijdkritische post en concurrentie van andere postvervoerders. De NMA heeft recent een uitgebreid onderzoek gedaan naar klachten van Sandd over diverse vormen van misbruik van AMM door PostNL, en heeft geen aanwijzingen voor enig misbruik gevonden.

(ii) Schadelijke gevolgen van het concept wijzigingsvoorstel AMM

Bij de invoering van AMM regulering moet ook rekening worden gehouden met de nadelige gevolgen van een zo vergaande ingreep. Er zijn verschillende nadelige gevolgen: (i) de voorgestelde ex ante verplichtingen zullen PostNL belemmeren in het zo flexibel mogelijk aanwenden van haar netwerk voor een zo breed mogelijk scala van diensten, waartoe PostNL genoodzaakt is in een krimpende markt met dalende volumes; (ii) in een markt met een beperkt aantal spelers zal het opleggen van vergaande beperkingen aan een van de spelers weinig ruimte overlaten voor concurrentie; (iii) kostengeoriënteerde netwerktoegangsverplichtingen zullen de prikkels om te investeren in netwerken ondermijnen, en een bedreiging vormen van reeds gedane investeringen van partijen die een eigen netwerk hebben opgebouwd; (iv) ex ante regulering op basis van kostenoriëntatie is problematisch in een krimpende markt; als volumedalingen verkeerd worden ingeschat, pakken ex ante vastgestelde tarieven verkeerd uit; (v) het opleggen van verplichtingen



waardoor PostNL wordt belemmerd in het flexibel inzetten van haar netwerk kan nadelig uitwerken voor de UPD. Met deze nadelige gevolgen is in het concept wijzigingsvoorstel AMM geen rekening gehouden. Evenmin is rekening gehouden met de nadelige gevolgen voor de klanten, werknemers en aandeelhouders van PostNL.

(iii) *Geen juridische basis voor het concept wijzigingsvoorstel AMM; strijd met de Postrichtlijn*

De Memorie van Toelichting (“**MvT**”) veronderstelt ten onrechte dat het concept wijzigingsvoorstel AMM noodzakelijk is ter uitvoering van artikel 11bis van de Postrichtlijn.

Daarnaast miskent de MvT dat artikel 11 bis en artikel 9 Postrichtlijn niet voorzien in de benodigde juridische basis voor het concept wijzigingsvoorstel AMM.

(iv) *Knelpunten in de voorgestelde concept wetsartikelen*

PostNL signaleert met betrekking tot de concept artikelen de volgende algemene knelpunten.

In de eerste plaats gaat het concept wijzigingsvoorstel AMM uit van te ruime bevoegdheden voor de Autoriteit Consument en Markt (“**ACM**”). Die verplichtingen gaan verder dan de sectorspecifieke verplichtingen uit de telecommunicatiewetgeving en verder dan de verplichtingen die voor de UPD verlener van toepassing zijn.

Daarnaast gaat PostNL ervan uit dat het concept wijzigingsvoorstel AMM uitsluitend de brievenbuspost betreft en niet het pakketvervoer.

In de tweede plaats ontstaat door het risico van overlappende en tegenstrijdige regulering uit hoofde van enerzijds de UPD en anderzijds de voorgestelde AMM-regulering. Ten onrechte en in strijd met de Postrichtlijn gaat het concept wijzigingsvoorstel AMM er daarbij vanuit dat de kostentoerekening op grond van de AMM-regulering zou prevaleren boven de kostentoerekening voor de universele postdienst in overeenstemming met artikel 14 van de Postrichtlijn.

In de derde plaats ondermijnt het concept wijzigingsvoorstel AMM het flexibel inspelen op de marktomstandigheden door PostNL, omdat de AMM-verplichtingen verstarring in het aanbod en de daarvoor gehanteerde voorwaarden op wholesale- en retailniveau met zich mee zullen brengen.

(v) *Voorstellen tot aanpassing indien het voorstel om AMM-regulering in enige vorm in te voeren toch wordt doorgezet*

Indien ondanks de overwegende economische en juridische bezwaren tegen het concept wijzigingsvoorstel AMM toch zou worden besloten om het voorstel in enige vorm door te zetten, zouden naar de mening van PostNL in ieder geval de volgende uitgangspunten moeten worden geborgd.

- (i) Aan AMM-regulering dient een grondige economische analyse ten grondslag te liggen. Dat geldt zowel voor de marktafbakening, als voor de dominantieanalyse, als voor de mededingingsproblemen en de noodzaak tot oplegging van eventuele verplichtingen. Een voorstel voor invoering van AMM regulering dient overigens beperkt te zijn tot brievenbuspost; er is geen twijfel aan de concurrentie op de markt voor pakketvervoer.



- (ii) Uit de onder (i) genoemde analyse zal moeten blijken dat aan de 3 criteria toets is voldaan alvorens verplichtingen kunnen worden opgelegd. In die analyse zal voorts ten volle rekening moeten worden gehouden met elektronische substitutie.
- (iii) De proportionaliteitstoets dient te worden geëxpliciteerd. Verplichtingen kunnen slechts worden opgelegd indien en voorzover noodzakelijk ter remediering van een specifiek mededingingsprobleem dat zich blijkens de voornoemde grondige economische analyse blijkt voor te doen. Daarbij zal ook moeten worden aangetoond, dat niet met het algemene mededingingsrecht kan worden volstaan.
- (iv) Bovendien moet worden geëxpliciteerd dat altijd voor de minst zware verplichting dient te worden gekozen die de marktwerking het minst verstoord. Centrale doelstelling is daarbij de bevordering van netwerkconcurrentie. De bevordering van dienstenconcurrentie komt pas aan de orde indien het behoud c.q. de bevordering van netwerkconcurrentie op enig moment niet langer haalbaar zou zijn. Prijscaperegulering en kwaliteitsverplichtingen op retailniveau kunnen slechts worden opgelegd indien sprake is van een monopolie.
- (v) Verplichtingen tot het toepassen van kostengeoriënteerde tarieven behoren tot de meest ingrijpende en marktversturende maatregelen. De interferentie met de kostenoriëntatieverplichtingen in de regulering voor de universele postdienst, maakt dit type ingrepen extra precair. Zolang sprake is van netwerkconcurrentie, kan een dergelijke maatregel niet aan de orde zijn.

Aan deze uitgangspunten kan bij voorbeeld tegemoet worden gekomen door invoering van een periodieke rapportage en analyse waaruit een eventueel daadwerkelijk mededingingsprobleem kan blijken. Pas indien uit deze rapportage en analyse blijkt dat een dergelijk probleem bestaat, kunnen AMM-maatregelen aan de orde zijn met inachtneming van de hiervoor onder (i) tot en met (v) genoemde uitgangspunten.

Verdere indeling zienswijze

De volledige zienswijze treft u aan in de hierna opgenomen hoofdstukken waarin achtereenvolgens aan de orde komen:

Hoofdstuk 2: Noodzaak AMM-regulering is niet aangetoond.

Hoofdstuk 3: Schadelijke gevolgen van het concept wijzigingsvoorstel voor de mededinging en voor de *stakeholders*

Hoofdstuk 4: Geen juridische basis voor het concept wijzigingsvoorstel AMM; strijd met de Postrichtlijn.

Hoofdstuk 5: Knelpunten in de voorgestelde concept wetsartikelen

Hoofdstuk 6: Voorstellen tot aanpassing

Deze zienswijze bevat als bijlage een memorandum van mr. P. Glazener van Allen & Overy.

HOOFDSTUK 2: NOODZAAK AMM-REGULERING IS NIET AANGETOOND.

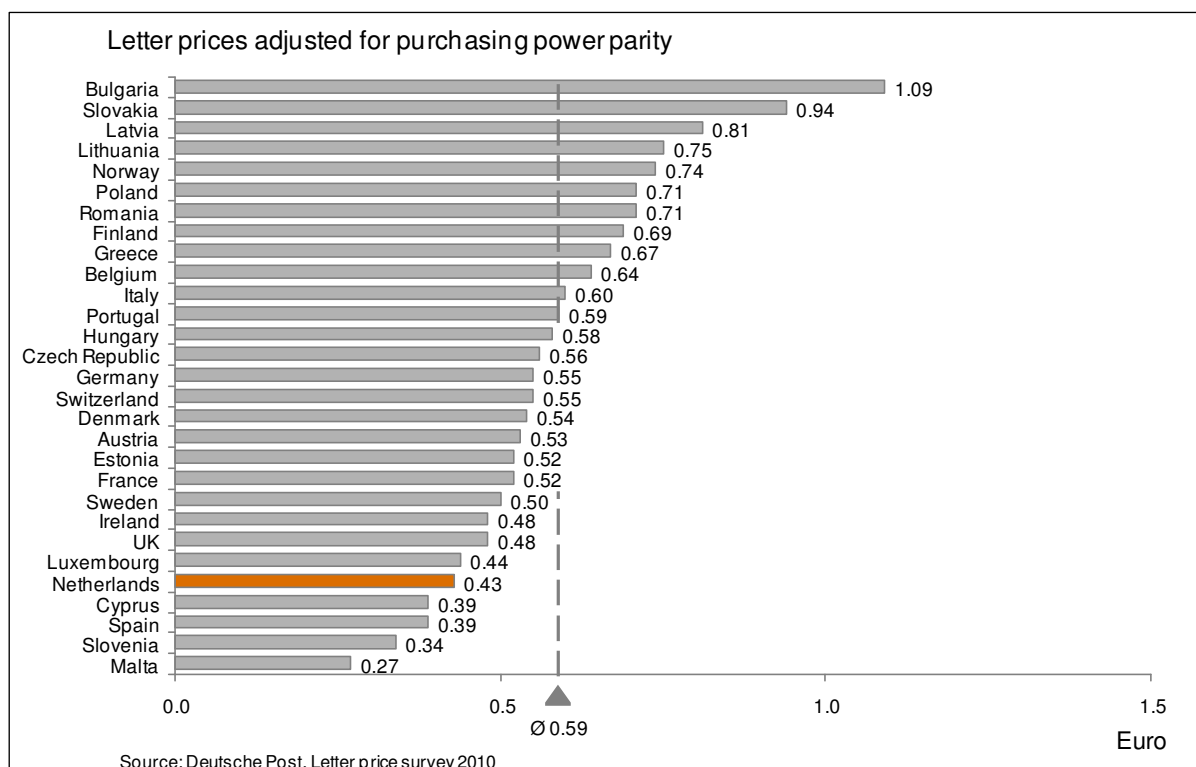
Inleiding

AMM-regulering is een vergaande ingreep in het functioneren van een markt die slechts gerechtvaardigd is indien sprake is van een marktfalen dat niet met behulp van het generieke mededingingsrecht kan worden geadresseerd. Aan de invoering van AMM-regulering dient dan ook een gedegen onderzoek van de markt vooraf te gaan. Een dergelijk onderzoek heeft niet plaatsgehad. In dit hoofdstuk zal PostNL eerst een korte beschrijving geven van de postmarkt, waarin PostNL reeds effectieve concurrentiedruk ondervindt. Vervolgens zal PostNL nader ingaan op de ontwikkelingen genoemd in de MvT die de aanleiding zijn voor de staatssecretaris om AMM-regulering voor te stellen.

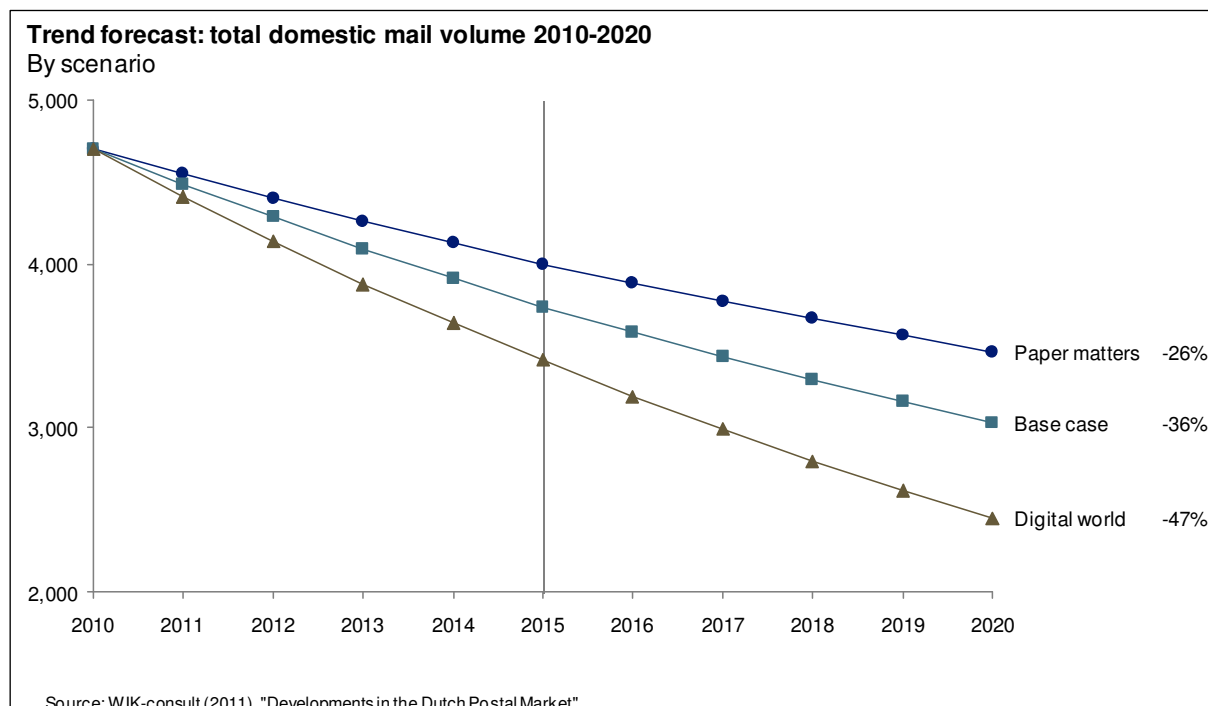
De Nederlandse postmarkt

Voor de postsector is in het recente verleden, mede op basis van EU regelgeving, gekozen voor liberalisering van de markt en privatisering van het Nederlandse postbedrijf. Die beweging is in 1989 ingezet met de verzelfstandiging van het bedrijf. Vanaf 1994 tot 2006 zijn de aandelen in fasen verkocht en is het bedrijf geprivatiseerd. In 2009 is dit beleid afgerond met de volledige openstelling van de Nederlandse postmarkt, twee jaar eerder dan op grond van de Postrichtlijn vereist is.

In andere lidstaten is de openstelling van de markt niet van harte gegaan. In veel landen bestaan nog steeds beperkingen of hindernissen bij de toetreding tot de postmarkt. Nergens in de EU bezit de concurrent van het nationale postbedrijf zo'n groot marktaandeel als in Nederland. De beleidsdoelstellingen bij de invoering van de Postwet 2009, namelijk lage tarieven, meer keuze voor de zakelijke klant in servicekaders en grotere *efficiency* van de postbezorging zijn in belangrijke mate gerealiseerd. Internationaal gezien zijn de prijzen voor postbezorging in Nederland laag, zoals blijkt uit de volgende grafiek. Gecorrigeerd voor inflatie zijn de tarieven van PostNL sinds 2000 zelfs gedaald, ondanks een significante daling van het volume.



PostNL opereert in een bredere communicatiemarkt waarin zij niet alleen concurreert met andere postvervoerbedrijven, maar ook met andere media en communicatiekanalen. Zo bedraagt het aandeel van post in de totale markt voor transactieberichten (rekeningen e.d.) nog slecht 8% (Microsoft 2009, PostNL) en bedraagt het aandeel van direct mail in de totale netto mediabesteding nog slechts 21% (Nielsen 2012, PostNL). In deze markt ondervindt PostNL al lange tijd hinder van grote volumedalingen. Volumedalingen zijn grotendeels te wijten aan elektronische substitutie. Naar verwachting van PostNL stijgt het aandeel van substitutie in het volumeverlies van ~60% van het volumeverlies in 2000-2012 naar ~80% van het volumeverlies in 2012-2020.



De tarieven voor tijdscritische diensten staan bovendien onder druk van een (dreigende) verschuiving naar niet-tijdscritische diensten. Voor veel klanten zijn niet-tijdscritische diensten een reëel alternatief, waar zij op kunnen overschakelen als het prijsverschil met tijdscritische diensten te groot wordt.

Daarnaast ondervindt PostNL concurrentie van andere postvervoerders, niet slechts van Sandd op landelijke schaal maar ook van regionaal en lokaal opererende postvervoerders. De concurrentie heeft inmiddels 28% marktaandeel veroverd in het zakelijke niet-tijdscritische segment. De verwachting is dat het marktaandeel van concurrenten stijgt naar 25-30%. Op sommige deelmarkten zoals de verspreiding van niet-tijdscritische periodieken (tijdschriften e.d.) leidt dit nu al tot marktaandelen van de concurrentie die hoger zijn dan die van PostNL.

PostNL wordt derhalve voldoende gedisciplineerd door de markt. Daarvoor is geen aanvullende regelgeving nodig. Door continue volumedalingen en de hevige concurrentiedruk die PostNL ondervindt kan er geen sprake zijn van AMM. Wanneer PostNL de prijzen teveel zou verhogen, zouden klanten overstappen naar andere servicekaders, andere postvervoerders, en andere media. De dalende postvolumes zorgen bovendien voor een constante noodzaak om te reorganiseren en kostenbesparingen te realiseren.



Ontwikkelingen genoemd in het concept wijzigingsvoorstel AMM

In de MvT bij het concept wijzigingsvoorstel wordt een aantal ontwikkelingen genoemd die aanleiding zijn voor aanscherping van het toezicht, in de vorm van de voorgestelde AMM-regulering: (i) de vermindering van het aantal marktspelers met landelijke dekking, tot één grote speler (PostNL) en één kleinere speler (Sandd); (ii) de verplichting voor postvervoerders om een toenemend deel van hun werknemers via een arbeidsovereenkomst te laten werken, waardoor het creëren van een landelijk dekkend netwerk moeilijker wordt; en (iii) de daling van het aantal poststukken, doordat het versturen van fysieke post plaats maakt voor elektronisch berichtenverkeer.

Volgens de MvT bestaat als gevolg van deze ontwikkelingen een risico dat PostNL over een zodanige mate van marktmacht beschikt dat zij in staat is de instandhouding en ontwikkeling van de concurrentie op de markt te verhinderen. Daardoor kan volgens de MvT een risico op twee typen mededingingsproblemen ontstaan: (i) indien een onderneming over aanmerkelijke marktmacht (AMM) beschikt, kan zij de concurrentie beperken door concurrenten van de markt te weren, toetreding tot (deel)markten te belemmeren of het overstappen van klanten te bemoeilijken; en (ii) indien een onderneming een monopolie op de postmarkt zou verkrijgen, zou zij eindgebruikers kunnen benadelen door buitensporig hoge prijzen te rekenen. Voor een analyse van deze potentiële mededingingsproblemen verwijst de MvT naar de rapportage van OPTA van 16 september 2011, "*Concurrentie op de postmarkt*".¹

Hierna zal nader worden ingegaan op de potentiële mededingingsproblemen die OPTA in haar rapportage behandelt. Er zijn geen aanwijzingen dat deze mededingingsproblemen zich kunnen voordoen in de postmarkt. Wij zullen verder laten zien dat als deze mededingingsproblemen zich zouden voordoen, het algemene mededingingsrecht volstaat om deze problemen te adresseren, zoals het recente onderzoek van de NMa naar de klacht van Sandd over bepaalde (beweerdelijke) gedragingen van PostNL heeft aangetoond. Als laatste punt zullen wij aangeven dat de voorgestelde maatregelen verder gaan dan noodzakelijk is om eventuele mededingingsproblemen te verhelpen.

Geen aanwijzingen voor potentiële mededingingsproblemen

De potentiële mededingingsproblemen die OPTA noemt in haar rapportage, en die de rechtvaardiging zouden moeten zijn voor *ex ante* interventies in de postmarkt, zouden zich volgens OPTA op één uitzondering na kunnen voordoen in het sinds geruime tijd geliberaliseerde, zakelijke en niet-tijdkritische segment van de postmarkt. Wij zullen hierna voor ieder van deze door OPTA gesignaleerde potentiële mededingingsproblemen aangeven waarom het niet aannemelijk is dat deze problemen zich zullen voordoen. In de analyse "*Rechtvaardigen potentiële mededingingsproblemen uitbreiding van het bestaande toezichtsinstrumentarium in de postsector?*" die als bijlage bij deze zienswijze is gevoegd, worden deze potentiële mededingingsproblemen in meer detail besproken.

Voor een analyse van het risico op potentiële mededingingsproblemen zijn verschillende zaken van belang: afbakening van de markt, het bestaan van AMM, mogelijkheden en prikkels voor aanwending van deze AMM ten nadele van de concurrentie, etc. Een zeer belangrijke factor is echter of deze mededingingsproblemen zich thans in de markt manifesteren. Indien dat niet het geval is, is dat een aanwijzing dat het risico op deze problemen klein is.

¹ OPTA/AM/2011/201519.

(i) Buitensporig hoge tarieven van PostNL

Volgens de rapportage van OPTA bestaat er een risico op buitensporig hoge tarieven voor consumentenpost en zakelijke tijdkritische post. Deze vrees is ongegrond. De tarieven voor deze poststromen worden direct of indirect² gereguleerd in het kader van de UPD, op basis van de kosten plus een redelijk rendement. Daar komt nog bij dat de opbrengsten van de UPD voor brievenbuspost thans als gevolg van dalende volumes aanzienlijk onder het normrendement liggen dat op grond van de Postwet 2009 voor de UPD is toegestaan (een normrendement van 10% boven de daadwerkelijke kosten). Bovendien wijst benchmarking met de tarieven van postvervoerders in andere EU lidstaten die belast zijn met UPD uit dat de tarieven van PostNL tot de laagste in de EU behoren. Er is derhalve geen enkele reden om aan te nemen dat er een risico is op buitensporig hoge prijzen voor deze poststromen.

In de MvT wordt gewezen op de mogelijkheid dat een situatie zou kunnen ontstaan waarin het niet langer rendabel zal zijn voor meerdere postvervoerbedrijven om op de postmarkt te opereren, en er derhalve sprake zal zijn van een monopolie. Dan zou er volgens de MvT een risico op buitensporig hoge tarieven ontstaan in het segment zakelijke niet-tijdkritische post. Er is echter geen enkele aanleiding om te denken dat een van de twee huidige landelijke spelers in het segment zakelijke niet-tijdkritische post van de markt zal verdwijnen. Sandd heeft net SelektMail overgenomen en daarmee haar marktaandeel en schaalgrootte aanzienlijk uitgebreid, en de dekking van haar netwerk geoptimaliseerd. Het is voorbarig om met het oog op een situatie die zich in de toekomst in theorie zou kunnen voordoen, een systeem voor de regulering van eindgebruikerstarieven in het leven te roepen. Bovendien gaat de MvT er aan voorbij dat PostNL, zelfs als zij de enige nog overgebleven postvervoerder zou zijn, nog zou worden gedisciplineerd door elektronische substitutie, verschuiving van tijdkritisch naar niet-tijdkritische post, etc.

(ii) Roofprijzen van PostNL voor niet-tijdkritische bulkpost, periodieken en direct mail

Volgens OPTA is er een (beperkt) risico op roofprijzen in het segment zakelijke niet-tijdkritische post. De NMa heeft recent uitgebreid onderzoek gedaan naar een klacht van Sandd over roofprijzen van PostNL (TNT Post), en vastgesteld dat PostNL geen roofprijzen hanteerde. Het bezwaar van Sandd tegen het besluit van de NMa is bij besluit van 22 mei 2012 afgewezen. Gegeven de uitkomsten van het uitgebreide onderzoek van de NMa is er geen reden om aan te nemen dat er een risico bestaat dat PostNL roofprijzen zal toepassen.

(iii) Kruissubsidie door PostNL van activiteiten in het zakelijke, niet-tijdkritische segment met inkomsten uit de activiteiten van PostNL in de segmenten consumentenpost en zakelijke tijdkritische post

De tarieven in het tijdkritische segment worden direct of indirect gereguleerd door OPTA, op basis van de daadwerkelijke kosten plus een redelijk rendement. Tarieven die zijn gebaseerd op de kosten plus een redelijk rendement laten geen kruissubsidie toe. Afgezien daarvan kan kruissubsidie uitsluitend een mededingingsprobleem opleveren, als de kruissubsidie plaatsvindt vanuit een markt waar een onderneming een *wettelijk monopolie* heeft, naar een markt waar concurrentie plaatsvindt. Kruissubsidie door een onderneming met "slechts" een

² Alhoewel de meeste zakelijke tijdkritische post niet onder de UPD valt, kan PostNL voor zakelijke tijdkritische post geen tarieven hanteren die boven de UPD tarieven liggen, omdat zakelijke klanten hun (bulk)tijdkritische post dan zouden aanbieden tegen het frankeermachinetarief voor losse post dat wel onder de UPD valt. Zie ook randnummer 162 van OPTA's rapportage.

machtspositie, niet berustend op een wettelijk monopolie, vanuit de markt waar de machtspositie bestaat naar een niet door de onderneming gedomineerde markt is geen mededingingsprobleem. Terecht heeft de wetgever in de toelichting bij de Postwet 2009 gesteld dat kruissubsidiëring tussen groepsmaatschappijen op zich niet verkeerd is, zolang er maar geen sprake is van misbruik in de vorm van roofterijzen, of andere vormen van misbruik die erop zijn gericht concurrenten uit de markt te drukken.³ Er is geen aanwijzing dat zich dergelijke vormen van misbruik zouden kunnen voordoen.

(iv) Prijsdiscriminatie door PostNL, in de vorm van selectieve prijsontbinding van Sandd in het zakelijke, niet-tijdkritische segment en selectief hoge prijzen voor zakelijke tijdkritische post

Selectieve prijsontbinding kan een mededingingsprobleem zijn als daarbij roofterijzen worden toegepast. Zolang de prijzen echter liggen boven de efficiënte variabele of incrementele kosten, kan een even efficiënte onderneming de prijzen evenaren en is er geen risico dat even efficiënte ondernemingen van de markt worden verdrongen. De NMa heeft naar aanleiding van de klacht van Sandd uitgebreid onderzoek gedaan naar verboden prijsdiscriminatie door PostNL en heeft daar geen aanwijzingen voor gevonden.

Selectief hoge prijzen voor zakelijke tijdkritische post kunnen zich niet voordoen vanwege de eerdergenoemde "reflexwerking" van de UPD-regulering, en (de dreiging van) een verschuiving naar niet-tijdkritische post.⁴

(v) Koppelverkoop door PostNL, in de vorm van bundeling van zakelijke tijdkritische post met zakelijke niet-tijdkritische post

Volgens OPTA is er een risico dat PostNL een bundel van tijdkritische en niet-tijdkritische diensten aanbiedt, waarbij de som van de tarieven voor de twee afzonderlijke diensten hoger is dan de prijs van de bundel. Zo zou PostNL volgens OPTA klanten aan zich kunnen binden die beide diensten afnemen, en de markt kunnen afschermen voor concurrenten die alleen niet-tijdkritische diensten aanbieden. Een dergelijke vorm van "gemengde" bundeling is uitsluitend schadelijk voor de mededinging in combinatie met roofterijzen. De NMa heeft onderzoek gedaan naar de toepassing van bundelkortingen door PostNL naar aanleiding van de klacht van Sandd. Zij heeft alle door Sandd aangedragen voorbeelden van bundeling onderzocht, en geen concurrentieverstorende bundelkortingen kunnen constateren.

(vi) Verhogen van overstapkosten door PostNL, met contractuele voorwaarden zoals loyaliteits- of terugwinkorting

Hieronder verstaat OPTA het opnemen van bepalingen in contracten waarmee de kosten van de eindgebruikers om over te stappen op een alternatieve aanbieder worden verhoogd, zoals langlopende contracten, hoge boetes voor het vroegtijdig opzeggen van contracten en loyaliteitsprogramma's. Het enkele feit dat een dominante aanbieder contractuele voorwaarden hanteert die tot overstapkosten voor eindgebruikers leiden, levert op zichzelf nog geen mededingingsprobleem op. Dat kan zich pas voordoen als de voorwaarden leiden tot marktafscherming van concurrenten. Naar aanleiding van de klacht van Sandd heeft de NMa onderzocht of PostNL dergelijke contractuele voorwaarden hanteert, maar niets gevonden dat daarop wijst. OPTA stelt daar wederom geen enkele concrete aanwijzing tegenover dat dat anders zou zijn. Daarmee blijft ook dit potentiële mededingingsprobleem zuiver hypothetisch.

³ Zie de brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken d.d. 25 mei 2007, Kamerstuk 30536, nr. 48.

⁴ Zie voetnoot 2 en randnummer 162 van OPTA's rapportage.

Toezicht op basis van het generieke mededingingsrecht is voldoende effectief

Voor *ex ante* ingrijpen in de markt is slechts plaats als sprake is van een marktfalen dat met de hulp van het generieke mededingingsrecht niet kan worden geadresseerd. Dit principe, dat is verankerd in de "driecriteriatoets" van de Europese regulering van de telecommunicatiesector, wordt in het algemeen als een leidend principe bij de regulering van markten gezien. De MvT geeft er geen blijk van dat is onderzocht of de gesignaleerde potentiële mededingingsproblemen met behulp van het generieke mededingingsrecht kunnen worden geadresseerd. Ook OPTA heeft aan die vraag in haar rapportage geen aandacht besteed. Het besluit van de NMa naar aanleiding van de klachten van Sandd levert echter overtuigend bewijs dat het generieke mededingingsrecht voldoende effectief toezicht mogelijk maakt. Dat blijkt uit de voorgaande bespreking van de potentiële mededingingsproblemen, die de aanleiding zouden moeten zijn voor de invoering van de voorgestelde AMM-regulering. De NMa heeft al deze problemen op grond van haar uitgebreide onderzoeksbevoegdheden gedetailleerd onderzocht, en geen aanwijzingen gevonden dat deze mededingingsproblemen zich voordoen. Zou dat in de toekomst anders zijn, dan beschikt de NMa over vergaande bevoegdheden om mededingingsbeperkend gedrag van PostNL tegen te gaan, zoals het opleggen van een last onder dwangsom en/of een geldboete. Van de dreiging van deze sancties gaat een belangrijke preventieve werking uit.

De NMa heeft in haar persbericht naar aanleiding van het besluit inzake de klachten van Sandd geconstateerd dat in de postmarkt mogelijk sprake is van een ongelijk speelveld, doordat PostNL vanuit een voormalige staatsmonopolie een groot netwerk heeft weten op te bouwen en daardoor tegen zeer lage kosten post kan verspreiden. Daarmee wordt de indruk gewekt dat PostNL in staat is lage tarieven te rekenen voor diensten op het gebied van zakelijke niet-tijdkritische post dankzij het feit dat een groot deel van de gemeenschappelijke kosten van het netwerk aan andere diensten, waaronder de UPD, kan worden toegerekend. Die indruk is onjuist. De klachten van Sandd hadden betrekking op de tarieven van Netwerk VSP, een dochter van PostNL die actief was op de zakelijke niet-tijdkritische markt. Zoals de NMa zelf in haar besluit heeft geconstateerd, bedroeg de dekkingsgraad van het netwerk van Netwerk VSP aan het eind van de onderzoeksperiode meer dan 90%. De kosten waarmee de NMa de tarieven van Netwerk VSP heeft vergeleken, bestonden derhalve voor het grootste deel uit de kosten van het eigen netwerk van Netwerk VSP, niet van het netwerk van PostNL. Netwerk VSP heeft dus niet geprofiteerd van een ongelijk speelveld.

Afgezien daarvan verliest de NMa in haar persbericht uit het oog dat het netwerk van PostNL zo uitgebreid is omdat met dit netwerk de UPD moet worden uitgevoerd. Vanwege de UPD is het netwerk van PostNL ingericht op zesdaagse bezorging. Het bezit van een dergelijk netwerk betekent niet *per se* een concurrentievoordeel op de zakelijke niet-tijdkritische markt. Op deze markt kan immers met een veel eenvoudiger, kostenefficiënter netwerk worden volstaan. Ook binnen een dergelijk netwerk kunnen significante schaalvoordelen worden gerealiseerd. Op de twee bezorgdagen die Sandd aanhoudt kan zij een bezettingsgraad realiseren die even hoog of hoger is dan de bezettingsgraad die PostNL gedurende zes dagen realiseert. De incrementele kosten van Sandd van het bezorgen van extra poststukken op die twee bezorgdagen zijn dan niet hoger, en mogelijk zelfs lager, dan de incrementele kosten van het bezorgen van extra poststukken via het netwerk van PostNL.

Voorgestelde ex ante toezicht is disproportioneel

In het kader van de AMM regulering in de telecommunicatiesector wordt de eis gesteld dat op te leggen *ex ante* verplichtingen "passend" zijn, dat wil zeggen dat de verplichtingen geschikt moeten zijn, en niet verder gaan dan nodig, om de geconstateerde mededingingsproblemen te verhelpen. De *ex ante* verplichtingen die de minister met het concept wijzigingsvoorstel AMM mogelijk wil maken, voldoen niet aan dit proportionaliteitsvereiste. Wij zullen dat hierna ten aanzien van de afzonderlijke artikelen toelichten.

Artikelen 13e, 13f en 13g, tweede lid: netwerktoegang

Op grond van deze bepalingen kan de ACM een verplichting tot netwerktoegang opleggen, met een aantal bijkomende verplichtingen ten aanzien van de tarieven, de toerekening van kosten en het publiceren van een referentieaanbod. Naar de mening van PostNL zijn deze netwerktoegangsverplichtingen overbodig naast het huidige artikel 9 van de Postwet 2009.

In een eerder onderzoek van 31 maart 2010 heeft OPTA de doeltreffendheid en effectiviteit van artikel 9 van de Postwet geëvalueerd.⁵ Op grond van artikel 9 van de Postwet is PostNL verplicht op non-discriminatoire en transparante voorwaarden en tarieven toegang te bieden tot haar netwerk. Het onderzoek van OPTA heeft uitgewezen dat artikel 9 "*tot op grote hoogte doeltreffend en effectief is om non-discriminatoire voorwaarden en tarieven voor toegang tot het netwerk van [PostNL] af te dwingen*".⁶ OPTA heeft eveneens vastgesteld dat andere postvervoerbedrijven beperkt behoefte hebben aan toegang tot het netwerk van PostNL. In totaal wordt slechts 5% van de poststukken van andere postvervoerders via het netwerk van PostNL bezorgd.⁷ Het feit dat thans minder gebruik gemaakt wordt van de mogelijkheid van artikel 9, wil niet zeggen dat deze toegangsmogelijkheid geen nuttige functie meer vervult. Met name in de opbouwfase kan het voor nieuwe toetreders aantrekkelijk zijn om deze mogelijkheid te benutten. Sandd en SelektMail hebben mede met behulp van deze toegangsmogelijkheid landelijk dekkende netwerken opgebouwd.

Additionele netwerktoegangsverplichtingen zijn disproportioneel. Een verplichting voor PostNL om op kostengeoriënteerde basis toegang tot haar netwerk te verlenen zou fnuikend zijn voor de bestaande en toekomstige netwerkconcurrentie. Een dergelijk zware ingreep komt slechts in aanmerking in een markt met hoge toetredingsdrempels, waar nieuwe toetreders het netwerk van de *incumbent* niet kunnen dupliceren. In de postmarkt is geen sprake van hoge toetredingsdrempels, getuige het feit dat meerdere partijen hun eigen netwerk hebben gebouwd naast dat van PostNL. In die omstandigheden zal het opleggen van een netwerktoegangsverplichting op basis van kostenoriëntatie reeds verrichte investeringen in netwerken ondermijnen en verdere investeringen ontmoedigen.

Artikel 13g, eerste lid: transparantieverplichting

Artikel 13g, eerste lid biedt de ACM de mogelijkheid bepaalde transparantieverplichtingen op te leggen. Noch uit de analyse van OPTA, noch uit de MvT blijkt dat in het verleden mededingingsproblemen zijn ontstaan, of in de toekomst zouden kunnen ontstaan, doordat ten aanzien van de in de MvT genoemde aspecten geen volledige transparantie is betracht.

⁵ Evaluatie artikel 9 Postwet 2009, eindrapport 31 maart 2010, gepubliceerd op de website van OPTA.

⁶ Pagina 4 van het rapport.

⁷ Pagina 5 van het rapport.

Artikel 13 h: gescheiden boekhouding

Op grond van artikel 13h kan de ACM de verplichting opleggen een gescheiden boekhouding te hanteren. Volgens de MvT is deze verplichting bedoeld om marktversturende kruissubsidiëring tegen te gaan. De toelichting bij het betreffende artikel omschrijft marktversturende kruissubsidiëring als het aanbieden van diensten voor een prijs lager dan de kosten met de bedoeling potentiële concurrenten van de markt te weren, en het verlies dat daardoor ontstaat, verdisconteren in de prijs op een markt waar geen (of nauwelijks) concurrentie bestaat. Een element van marktversturende kruissubsidiëring is derhalve het aanbieden van diensten tegen tarieven die lager zijn dan de kosten. Los van het feit dat er, mede gelet op het onderzoek van de NMa naar rooftprijzen van PostNL naar aanleiding van de klacht van Sandd, geen enkele aanwijzing bestaat dat PostNL dergelijke prijzen zou hanteren, is voor een constatering van rooftprijzen geen gescheiden boekhouding nodig. Uiteindelijk zal op basis van economische, mededingingsrechtelijk verantwoorde principes moeten worden vastgesteld of van rooftprijzen sprake is. Daartoe zullen de efficiënte variabele en incrementele kosten van de betreffende diensten moeten worden bepaald. Deze laten zich niet op voorhand fixeren aan de hand van een boekhoudkundige scheiding van de kosten en opbrengsten van bepaalde diensten.

Artikel 13i sub a en b: non-discriminatieverplichting, ontbundelingsverplichting

Artikel 13i, sub a en b geeft de ACM de bevoegdheid een verplichting op te leggen om bepaalde postvervoerdiensten los van andere diensten te leveren, en om bij het verlenen van bepaalde postvervoerdiensten aan andere postvervoerbedrijven en eindgebruikers, deze in gelijke gevallen gelijk te behandelen.

Ook deze verplichtingen betreffen gedragingen waarvan niet is vastgesteld dat zij zich in het verleden hebben voorgedaan, of in de toekomst zouden kunnen voordoen. Ten aanzien van prijsdiscriminatie geldt dat deze uitsluitend mededingingsbeperkend kan zijn indien het betreft selectieve prijsontbinding met behulp van rooftprijzen of het in rekening brengen van verschillende prijzen aan ondernemingen die met elkaar in een concurrentieverhouding staan, waardoor hun onderlinge concurrentie kan worden verstoord. Beide gedragingen kunnen effectief op grond van het reguliere mededingingsrecht worden bestreden. Het opleggen van een algemene non-discriminatieverplichting, waardoor bijvoorbeeld niet langer onderscheid zou kunnen worden gemaakt tussen ondernemingen die in verschillende markten concurreren, zou onevenredig bezwarend zijn. Koppelverkoop in de hier bedoelde zin, te weten het uitsluitend gezamenlijk verkopen van diensten die ook los van elkaar plegen te worden geleverd, vormt reeds een inbreuk op het reguliere mededingingsrecht, indien toegepast door een onderneming met een machtspositie. Een specifieke *ex ante* verplichting ter voorkoming van dergelijke praktijken is derhalve overbodig.

Artikel 13i sub c, artikel 13 j en artikel 13k

Op grond van artikel 13i, sub c, artikel 13j en artikel 13k kan de ACM verplichtingen opleggen met betrekking tot het hanteren van een redelijk kwaliteitsniveau bij het verlenen van bepaalde diensten aan andere postvervoerbedrijven en eindgebruikers, de vaststelling van tarieven voor eindgebruikers, en daarmee samenhangende toerekening van kosten.

Het opleggen van verplichtingen als bedoeld in deze artikelen kan blijkens de MvT eerst aan de orde zijn indien een monopolie is ontstaan. Aangezien er thans geen aanleiding is om te veronderstellen dat een dergelijk monopolie zal ontstaan, is het voorbarig nu al in de mogelijkheid van het opleggen van dergelijke verplichtingen te voorzien.

HOOFDSTUK 3: SCHADELIJKE GEVOLGEN VOOR DE MEDEDINGING EN DE STAKEHOLDERS

Uit het vorige hoofdstuk volgt dat er onvoldoende rechtvaardiging bestaat voor het invoeren van AMM-regulering. Daarnaast heeft de staatssecretaris nagelaten de nadelige effecten van AMM-regulering in de afweging te betrekken. Een vergaande ingreep in de marktverhoudingen als AMM-regulering vergt altijd een afweging van de verwachte voordelen van deze regulering tegen de nadelen. Er zijn twee soorten nadelige effecten waarmee rekening gehouden moet worden: schadelijke gevolgen voor de mededinging, en schadelijke gevolgen voor de *stakeholders*: klanten, werknemers en aandeelhouders.

Schadelijke gevolgen voor de mededinging

De voorgestelde *ex ante* verplichtingen kunnen een aantal nadelige gevolgen hebben voor de mededinging:

- (i) De voorgestelde *ex ante* verplichtingen zouden PostNL belemmeren in een zo flexibel mogelijk inzet van haar netwerk voor een zo breed mogelijk scala van diensten. Dat zal leiden tot inefficiënties, die PostNL zich niet kan veroorloven in een krimpende markt. De dalende volumes, in combinatie met de verplichting een 5- of 6-daags bezorgnetwerk in stand te houden met het oog op de uitvoering van de UPD, dwingen PostNL juist te zoeken naar een zo optimaal mogelijk gebruik van haar netwerk.
- (ii) AMM grijpt diep in de concurrentie. In een markt met twee grote spelers zal het verder aan banden leggen van één van deze spelers, met verplichtingen ten aanzien van de hoogte van tarieven, transparantie van tarieven en voorwaarden, ontbundelings- en non-discriminatieverplichtingen een ernstige bedreiging vormen voor de resterende concurrentie.
- (iii) Netwerktoegangsverplichtingen zullen de concurrentie op het gebied van investeringen in netwerken ondermijnen. Vanuit een oogpunt van consumentenwelvaart is netwerkconcurrentie te verkiezen boven dienstenconcurrentie op basis van netwerktoegangsverplichtingen. Concurrentie tussen postvervoerbedrijven die over hun eigen netwerk beschikken zorgt immers voor meer prikkels voor investeringen en innovatie en meer concurrentiedruk op eindgebruikersprijzen dan dienstenconcurrentie tussen postvervoerbedrijven die (gedeeltelijk) gebruik maken van hetzelfde netwerk. Netwerktoegangsverplichtingen dienen dan ook slechts te worden opgelegd indien er sprake is van hoge toetredingsdrempels, waardoor nieuwe toetreders zijn aangewezen op het netwerk van de *incumbent*. In de postmarkt is geen sprake van hoge toetredingsdrempels. Sandd, SelektMail en Netwerk VSP hebben alle drie eigen netwerken kunnen opbouwen. In dergelijke omstandigheden zou het opleggen van netwerktoegangsverplichtingen schadelijk zijn voor de ontwikkeling van de concurrentie, en bedreigend zijn voor partijen als Sandd die hun eigen netwerk hebben opgebouwd.
- (iv) *Ex ante* regulering op basis van kostenoriëntatie geeft extra complicaties in een krimpende markt. Bij *ex ante* regulering op basis van kostenoriëntatie zijn volumevoorspellingen noodzakelijk, omdat kosten nu eenmaal over bepaalde volumes moeten worden omgeslagen. Als de volumes sneller dalen dan verwacht, kan de betaalbaarheid van diensten onder druk komen te staan.
- (v) Alhoewel de verplichtingen die het conceptwijzigingsvoorstel mogelijk wil maken, volgens de MvT geen betrekking zouden hebben op de UPD, kunnen deze verplichtingen wel consequenties hebben voor de verlening van de UPD. Indien PostNL zou worden



belemmerd in haar mogelijkheden om haar netwerk voor het verlenen van andere diensten dan de UPD aan te wenden, zou PostNL minder mogelijkheden hebben om haar kosten te spreiden en zouden de kosten van de UPD derhalve kunnen stijgen. Kostenoriëntatieverplichtingen op basis van te optimistische volumevoorspellingen zouden eveneens de betaalbaarheid van de UPD in gevaar kunnen brengen.

Met deze nadelige consequenties is in het conceptwijzigingsvoorstel geen rekening gehouden.

Schadelijke gevolgen voor de stakeholders: klanten, werknemers en aandeelhouders

Invoering van het concept wijzigingsvoorstel AMM kan vergaande negatieve gevolgen hebben voor alle *stakeholders*: klanten, werknemers en aandeelhouders van PostNL. Deze gevolgen zouden eveneens nader moeten worden onderzocht.

Klanten

De klanten van PostNL kunnen langs meerdere wegen substantiële nadelen ondervinden van het concept wijzigingsvoorstel:

- Zoals wij hiervoor hebben gezien, leiden toegangsverplichtingen tot een ondermijning van netwerkconcurrentie. Dat is schadelijk voor de klanten, omdat netwerkconcurrentie voor meer concurrentiedruk, betere kwaliteit en lagere eindgebruikersprijzen zorgt dan dienstenconcurrentie via hetzelfde netwerk;
- In een complexe netwerkorganisatie als een postbedrijf leidt door de toezichthouder afgedwongen wijziging in kostenoriëntatie van tarieven tot onvoorspelbare schommelingen in die tarieven;
- Transparantie-eisen kunnen leiden tot meer mogelijkheden voor het stilzwijgend afstemmen van prijzen, en daarmee prijsconcurrentie ondermijnen;
- Het gelijktrekken van tarieven vanwege non-discriminatieverplichtingen kan tot tariefverhogingen leiden.

Werknemers

PostNL heeft de afgelopen jaren een aantal majeure veranderingen moeten doorvoeren met grote impact voor haar medewerkers. Het concept wijzigingsvoorstel zou de belangen van de werknemers kunnen schaden. De voorgestelde *ex ante* verplichtingen kunnen de winstgevendheid van PostNL aantasten en additionele reorganisaties noodzakelijk maken. Verminderde winstgevendheid van PostNL zal bovendien de mogelijkheden beperken voor een verantwoord sociaal plan bij werkgelegenheidsreducties, en het moeilijker maken voor PostNL om haar werknemers toekomstperspectief te bieden. PostNL zou minder middelen hebben om in groeisegmenten als pakketpost en *e-commerce* te investeren, om daarmee de impact van dalende postvolumes op te kunnen vangen.

Tenslotte zou aantasting van de winstgevendheid van het van het bedrijf haar vermogen om bij te storten in het pensioenfonds aanzienlijk kunnen reduceren. Het Pensioenfonds PostNL met ruim 95.000 deelnemers is een van de grootste bedrijfspensioenfondsen van Nederland.

Aandeelhouders

PostNL is als beursgenoteerde onderneming afhankelijk van de kapitaalmarkten. Plotselinge, onvoorzienbare wijzigingen in de regulering, met negatieve gevolgen voor de financiële resultaten van PostNL, kunnen invloed hebben op de mate waarin PostNL als een aantrekkelijke investering wordt gezien, en het moeilijker maken voor PostNL om kapitaal aan te trekken.

HOOFDSTUK 4: GEEN JURIDISCHE BASIS VOOR HET CONCEPT WIJZIGINGSVOORSTEL AMM; STRIJD MET DE POSTRICHTLIJN.

De Postrichtlijn voorziet in de liberalisering van de postmarkt. Daarbij maakt de Postrichtlijn een onderscheid tussen postvervoerdiensten die *binnen* de werkingssfeer van de UPD vallen en postvervoerdiensten die *buiten* de werkingssfeer van de UPD vallen.

Voor postvervoerdiensten die binnen de werkingssfeer van de UPD vallen kunnen de Lidstaten bepaalde voorwaarden stellen met betrekking tot de toegankelijkheid van de voor de UPD gebruikte postinfrastructuur voor andere aanbieders van postvervoer. Dit is geregeld in artikel 9, tweede lid, en artikel 11 bis van de Postrichtlijn.

Voor postvervoerdiensten die buiten de werkingssfeer van de UPD vallen kunnen slechts voorwaarden worden gesteld voorzover dit noodzakelijk is om de naleving van zogenaamde “essentiële eisen” te waarborgen. Dit is geregeld in artikel 9, eerste lid, van de Postrichtlijn.

Onder “essentiële eisen” worden in de Postrichtlijn verstaan: niet-economische redenen van algemeen belang die voor een lidstaat aanleiding kunnen zijn om in verband met de aanbieding van postvervoerdiensten voorwaarden op te leggen. In dit verband gelden o.a. het briefgeheim en de arbeidsvoorwaarden in de sector als essentiële eisen.⁸

Het ministerie wijst er in de Memorie van Toelichting (“**MvT**”) op dat de doelstelling van de Postrichtlijn sterk vergelijkbaar is met de doelstelling in de telecommunicatierichtlijnen. De telecommunicatierichtlijnen voorzien in AMM regulering.

De Postrichtlijn voorziet daarentegen in de artikelen 9, eerste lid, en artikel 11 bis niet in AMM regulering. De artikelen 9 en 11 bis van de Postrichtlijn knopen niet aan bij het begrip “AMM-partij”.

De Postrichtlijn biedt dan ook – anders dan in de MvT wordt aangenomen – geen juridische basis voor het concept wijzigingsvoorstel AMM.

Hierna zal worden toegelicht dat naar de mening van PostNL:

- (i) Het concept wijzigingsvoorstel AMM - anders dan in de MvT wordt gesteld – niet noodzakelijk is ter uitvoering van artikel 11 bis Postrichtlijn.
- (ii) Artikel 11 bis Postrichtlijn geen basis biedt voor AMM regulering.
- (iii) De Postwet 2009 – anders dan in de MvT wordt gesteld- wel degelijk een algemene machtiging kent en dat het concept wijzigingsvoorstel AMM derhalve wél aan de voorwaarden van artikel 9, eerste lid, Postrichtlijn dient te worden getoetst.
- (iv) Het concept wijzigingsvoorstel AMM niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 9 Postrichtlijn.

⁸ De volledige definitie van “essentiële eisen” in de postrichtlijn luidt: *niet-economische redenen van algemeen belang die een lidstaat ertoe kunnen bewegen voorwaarden inzake het aanbieden van postdiensten op te leggen. Deze redenen zijn het vertrouwelijke karakter van de brievenpost, de veiligheid van het functioneren van het netwerk op het gebied van het vervoer van gevaarlijke stoffen, de naleving van arbeidsvoorwaarden en –omstandigheden en regelingen voor sociale zekerheid die in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen zijn vastgelegd en/of via collectieve onderhandelingen tussen de nationale partners zijn overeengekomen, in overeenstemming met het communautaire en het nationale recht, en, in gerechtvaardigde gevallen, de bescherming van gegevens, de bescherming van het milieu en de ruimtelijke ordening. Gegevensbescherming kan bestaan uit de bescherming van persoonsgegevens, het vertrouwelijke karakter van informatie die wordt doorgegeven en/of opgeslagen, alsmede de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.”*

Ad (i) Concept wijzigingsvoorstel AMM is niet noodzakelijk ter uitvoering van artikel 11bis Postrichtlijn:

De MvT stelt dat het concept wijzigingsvoorstel AMM *noodzakelijk* zou zijn ter uitvoering van artikel 11bis van de postrichtlijn:

“Gezien de specifieke omstandigheden in de postmarkt en de fase waarin de markt zich op dit moment bevindt, is dit wetsvoorstel voorts noodzakelijk ter uitvoering van artikel 11bis van de postrichtlijn.”

Artikel 11bis van de Postrichtlijn houdt een verplichting in voor de lidstaten om toegang te bieden tot onderdelen van de postinfrastructuur of diensten die binnen de werkingssfeer van de universele dienst vallen. De tekst van artikel 11bis, eerste zin, bepaalt:

“De lidstaten dragen er zorg voor dat, wanneer zulks noodzakelijk is om de belangen van de gebruikers te beschermen en/of de daadwerkelijke mededinging te waarborgen, en in het licht van de nationale omstandigheden en de nationale wetgeving is vereist, er op transparante, niet-discriminerende grondslag toegang wordt geboden tot onderdelen van de postinfrastructuur of diensten die binnen de werkingssfeer van de universele dienst vallen,”

Het concept wijzigingsvoorstel AMM betreft echter niet de toegang tot onderdelen van de UPD postinfrastructuur. In tegendeel, de MvT geeft juist aan dat de focus van het wetsvoorstel is gericht op niet-UPD diensten.

Daarbij komt dat het concept wijzigingsvoorstel AMM ook niet “noodzakelijk” is ter uitvoering van artikel 11bis van de Postrichtlijn, omdat toegang tot de onderdelen van de UPD postinfrastructuur of de UPD reeds wordt verleend (zie o.a. bestaande toegangsbepalingen in hoofdstuk 3 van de Postwet 2009).

Het wetsvoorstel is derhalve – anders dan in de MvT wordt aangegeven – niet noodzakelijk ter uitvoering van artikel 11bis van de Postrichtlijn.

Ad (ii) Uit artikel 11bis Postrichtlijn kan worden afgeleid dat de Postrichtlijn ook geen basis biedt voor AMM regulering.

Volgens artikel 11bis, tweede zin Postrichtlijn staat het de lidstaten vrij om waar het gaat om toegang tot het postnet verdergaande verplichtingen in te voeren dan waarin de Postrichtlijn voorziet (onderstreping toegevoegd):

“Dit voorschrift laat het recht van de lidstaten onverlet om maatregelen te nemen teneinde op transparante, evenredige en niet-discriminerende grondslag toegang tot het postnet te bieden.”

Onder “*het postnet*” waarnaar in dit artikel wordt verwezen, moet blijkens de Franse, Duitse en Engelse tekst van de Postrichtlijn worden verstaan “*het postnetwerk*” zoals dat in de Postrichtlijn in artikel 2, lid 2 is gedefinieerd en waarmee het postnetwerk wordt bedoeld dat wordt gebruikt door de UPD verlener voor het verrichten van de UPD. Verwezen wordt naar de definitie in artikel 2, lid 2, van de Postrichtlijn (onderstreping toegevoegd):

“Het geheel van de organisatie en alle middelen, waarvan door de leverancier(s) van de universele dienst gebruik wordt gemaakt om met name:

-;
-.....”

Artikel 11bis Postrichtlijn laat dus expliciet het recht van de lidstaten onverlet om maatregelen te nemen teneinde op transparante, evenredige en niet-discriminerende grondslag toegang te bieden tot de organisatie en middelen waarvan door de leverancier van de UPD gebruik wordt gemaakt. De toevoeging van de laatste zin aan artikel 11bis zou anders immers geen bijzondere betekenis hebben. Een andere uitleg laat zich ook niet rijmen met artikel 9, eerste lid, Postrichtlijn, waarop hieronder nader wordt ingegaan.

Lidstaten hebben derhalve niet het recht om toegangsverplichtingen op te leggen met betrekking tot andere netwerken dan het UPD postnetwerk.

Ad (iii) De Postwet 2009 kent wel degelijk een algemene machtiging, zodat het concept wijzigingsvoorstel AMM wél aan de voorwaarden van artikel 9, eerste lid, Postrichtlijn dient te worden getoetst

In de MvT bij het concept wijzigingsvoorstel AMM wordt overwogen dat de Postwet 2009 “in het geheel” geen algemene machtiging in de zin van artikel 9, eerste lid Postrichtlijn zou kennen (onderstreping toegevoegd):

“Hierbij is van belang dat de Postwet 2009 – ook na inwerkingtreding van dit wetsvoorstel – in het geheel geen ‘algemene machtiging’ in de zin van artikel 9, eerste lid, van de postrichtlijn kent. De Postwet 2009 legt immers geen verplichtingen of voorwaarden op aan postvervoerbedrijven waaraan zij moeten voldoen voordat het hen is toegestaan om postvervoerdiensten te verrichten. Iedere postaanbieder kan zonder voorafgaande vergunning of andere regulering postvervoerdiensten verrichten. Onderhavig wetsvoorstel – of het in concreto opleggen van de in dit wetsvoorstel opgenomen verplichtingen – is daarom niet aan te merken als een algemene machtiging of een voorafgaande goedkeuring voor het verrichten van postdiensten.”

Deze redenering in de MvT is onbegrijpelijk. Eigen aan een “algemene machtiging” in de zin van artikel 2 onder 14 van de Postrichtlijn is immers dat geen voorafgaande vergunning of andere regulering is vereist alvorens postvervoerdiensten mogen worden verricht.⁹

Als postaanbieders zonder voorafgaande vergunning of andere regulering postvervoerdiensten kunnen verrichten kan derhalve nog steeds sprake zijn van een algemene machtiging. Zo'n algemene machtiging is in de Postwet 2009 opgenomen in artikel 41.

Deze uitleg van het begrip “algemene machtiging” is ook in lijn met de uitleg die aan het begrip “algemene machtiging” wordt gegeven in de Machtigingsrichtlijn¹⁰ (Richtlijn 2002/20/EG) en de Telecommunicatiewet, waarbij evenals in de Postwet 2009 sprake is van een eenvoudige “registratieverplichting” zonder dat voorafgaande vergunning of andere regulering is vereist.

De MvT gaat er derhalve ten onrechte vanuit dat de Postwet 2009 geen “algemene machtiging” zou kennen. Het concept wijzigingsvoorstel AMM had derhalve aan de voorwaarden van artikel 9, eerste lid, Postrichtlijn moeten worden getoetst.

⁹ Artikel 2.14 Postichtlijn bepaalt: “2.14 iedere machtiging, ongeacht of deze voortvloeit uit een “categoriale vergunning” dan wel uit algemene wetgeving en ongeacht of dergelijke regelgeving registratieprocedures vergt, waarbij de aanbieder van postdiensten geen uitdrukkelijk besluit van de nationale regelgevende instantie behoeft te verkrijgen voordat hij de aan de machtiging ontleende rechten mag uitoefenen.”

¹⁰ Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en –diensten (machtigingsrichtlijn), 24.4.2002, Pb L108/21.



(iv) Het concept wijzigingsvoorstel AMM voldoet niet aan de voorwaarden van artikel 9, eerste lid, Postrichtlijn; geen noodzaak om de naleving van de essentiële eisen te waarborgen en de universele dienstverlening te verzekeren.

Volgens artikel 9, eerste lid van de Postrichtlijn kunnen de lidstaten voor diensten die buiten de werkingssfeer van de UPD vallen algemene machtigingen instellen, voor zover dit noodzakelijk is om de naleving van essentiële eisen te waarborgen.

De Postwet 2009 kent al een dergelijke algemene machtiging die inderdaad noodzakelijk is om de naleving van de essentiële eisen te waarborgen. Aan deze "algemene machtiging" zijn verplichtingen verbonden, namelijk de regels voor postvervoerbedrijven opgenomen in hoofdstuk 2 van de Postwet 2009 (o.a. waarborgen briefgeheim en de arbeidsvoorwaarden waarnaar in de definitie van "essentiële eisen" wordt verwezen).

De MvT komt niet toe aan de belangrijkste vraag, namelijk of AMM-verplichtingen noodzakelijk zijn om de naleving van de essentiële eisen te waarborgen. Het concept wijzigingsvoorstel AMM is echter niet opgesteld om de naleving van de essentiële eisen te waarborgen.

Afsluitend:

Samenvattend is PostNL van mening dat het concept wijzigingsvoorstel AMM – anders dan in de MvT wordt verondersteld – niet dient ter implementatie van de Postrichtlijn en dat dit wijzigingsvoorstel AMM in strijd is met de Postrichtlijn.

HOOFDSTUK 5: KNELPUNTEN IN VERBAND MET DE VOORGESTELDE WETSTEKST

In de voorgaande hoofdstukken heeft PostNL toegelicht dat de AMM-regulering als voorgesteld in het concept wijzigingsvoorstel AMM niet noodzakelijk is en dat deze een risico vormt voor de ontwikkeling van de postsector in Nederland. Daarnaast vormt deze regulering een bedreiging voor haar internationale concurrentiepositie en haar klanten, werknemers en aandeelhouders. In aanvulling daarop ontbreekt naar de mening van PostNL de benodigde juridische basis voor het concept wijzigingsvoorstel AMM in de Postrichtlijn.

Indien ondanks deze overwegende economische en juridische bezwaren tegen het concept wijzigingsvoorstel AMM toch zou worden besloten om het voorstel in enige vorm door te zetten, zouden naar de mening van PostNL in ieder geval de volgende uitgangspunten moeten worden geborgd.

- (i) Aan AMM-regulering dient een grondige economische analyse ten grondslag te liggen. Dat geldt zowel voor de marktafbakening, als voor de dominantieanalyse, als voor de mededingingsproblemen en de noodzaak tot oplegging van eventuele verplichtingen. Een voorstel voor invoering van AMM regulering dient overigens beperkt te zijn tot brievenbuspost; er is geen twijfel aan de concurrentie op de markt voor pakketvervoer.
- (ii) Uit de onder (i) genoemde analyse zal moeten blijken dat aan de 3 criteria toets is voldaan alvorens verplichtingen kunnen worden opgelegd. In die analyse zal voorts ten volle rekening moeten worden gehouden met elektronische substitutie.
- (iii) De proportionaliteitstoets dient te worden geëxpliciteerd. Verplichtingen kunnen slechts worden opgelegd indien en voorzover noodzakelijk ter remediering van een specifiek mededingingsprobleem dat zich blijkt de voornoemde grondige economische analyse blijkt voor te doen. Daarbij zal ook moeten worden aangetoond, dat niet met het algemene mededingingsrecht kan worden volstaan.
- (iv) Bovendien moet worden geëxpliciteerd dat altijd voor de minst zware verplichting dient te worden gekozen die de marktwerking het minst verstoort. Centrale doelstelling is daarbij de bevordering van netwerkconcurrentie. De bevordering van dienstenconcurrentie komt pas aan de orde indien het behoud resp. de bevordering van netwerkconcurrentie op enig moment niet langer haalbaar zou zijn. Prijsregulering en kwaliteitsverplichtingen op retailniveau kunnen slechts worden opgelegd indien sprake is van een monopolie.
- (v) Verplichtingen tot het toepassen van kostengeoriënteerde tarieven behoren tot de meest ingrijpende en marktversturende maatregelen. De interferentie met de kostenoriëntatieverplichtingen in de regulering voor de universele postdienst, maakt dit type ingrepen extra precair. Zolang sprake is van netwerkconcurrentie, kan een dergelijke maatregel niet aan de orde zijn.

Aan deze uitgangspunten kan bij voorbeeld tegemoet worden gekomen door invoering van een periodieke rapportage en analyse waaruit een eventueel daadwerkelijk mededingingsprobleem kan blijken. Pas indien uit deze rapportage en analyse blijkt dat een dergelijk probleem bestaat, kunnen AMM-maatregelen aan de orde zijn met inachtneming van de hiervoor onder (i) tot en met (v) genoemde uitgangspunten. Een voorbeeld waarop dit zou kunnen worden vormgegeven is opgenomen in hoofdstuk 6 van deze zienswijze.

Hieronder volgen in aanvulling op deze fundamentele punten een aantal algemene en artikelsgewijze opmerkingen bij het concept wijzigingsvoorstel AMM.



Algemene opmerkingen bij de artikelen:

Overkill aan bevoegdheden:

Het concept wijzigingsvoorstel AMM gaat – afgezien van de algemene bedenkingen die hiervoor zijn toegelicht – ook overigens uit van veel te ruime bevoegdheden voor de ACM:

- In de eerste plaats voorziet het concept wijzigingsvoorstel AMM op meerdere punten in een bevoegdheid voor de ACM om nog zwaardere sectorspecifieke verplichtingen op te leggen dan opgenomen in de Telecommunicatiewet. Daarbij kan worden gedacht aan kwaliteitsverplichtingen, de wettelijke koppeling van toegangs- en non-discriminatieverplichtingen en de bevoegdheid om meerdere verplichtingen zowel op wholesale- als op retailniveau op te leggen. Bij de bespreking van de afzonderlijke artikelen wordt daarop nader ingegaan.
- In de tweede plaats voorziet het concept wijzigingsvoorstel AMM in de mogelijkheid van oplegging van nog zwaardere verplichtingen buiten de UPD dan de verplichtingen die voor de UPD verlener van toepassing zijn.
- In de derde plaats is de beperking van het concept wijzigingsvoorstel AMM tot slechts de brievenbuspost daarin nog niet verwerkt.

Risico van overlappende en tegenstrijdige regulering

Als gevolg van het concept wijzigingsvoorstel AMM ontstaat het risico van overlappende en tegenstrijdige regulering uit hoofde van enerzijds de UPD en anderzijds de voorgestelde AMM-regulering. Blijkens de Memorie van Toelichting is dit risico zelfs voorzien en ingecalculeerd. Het concept-wijzigingsvoorstel wekt de indruk dat bij tegenstrijdige kostentoerekeningsverplichtingen op grond van de UPD regulering (die is gebaseerd op artikel 14 van de Postrichtlijn) en de AMM-wet (waarvoor geen basis in de Postrichtlijn aanwezig is) de verplichtingen op grond van de AMM-wet zouden prevaleren.

Risico van verstarring en marktverstoring

Het concept-wijzigingsvoorstel AMM ondermijnt het flexibel inspelen op de marktomstandigheden door PostNL, omdat de AMM-verplichtingen verstarring in het aanbod en de daarvoor gehanteerde voorwaarden op wholesale- en retailniveau met zich mee zullen brengen.

Die verstarring doet zich in het bijzonder voor bij de regulering van toegang, de invoering van kostengeoriënteerde tarieven, kwaliteitsverplichtingen en prijschapregulering. Juist in een dalende markt die gekenmerkt wordt door elektronische substitutie en een verschuiving van de klantvraag, dient te worden gewaarborgd dat het producten en diensten portfolio flexibel kan worden aangepast en dat efficiency programma's zonder problemen kunnen worden doorgevoerd en dat het overall rendement van het bedrijf op peil kan blijven.

Aanvullende opmerkingen bij enkele van de voorgestelde artikelen

In aanvulling op deze algemene opmerkingen wordt met betrekking tot de voorgestelde artikelen het volgende opgemerkt.

Toevoeging van definities aan artikel 2 Postwet 2009

Het concept wijzigingsvoorstel AMM stelt voor om in artikel 2 definities toe te voegen met betrekking tot de begrippen “postvervoernetwerk”, “bijbehorende faciliteiten” en “toegang”.

Dit zijn zeer ruime definities die alle mogelijke vormen van toegang tot netwerkdonderdelen, faciliteiten en diensten mogelijk maken. Bij wijze van spreken kunnen zelfs toegang tot de financiële administratie van PostNL en door PostNL gebruikte softwaresystemen daaronder vallen, ofschoon de ACM de proportionaliteit daarvan wel zal moeten onderbouwen. In hoofdstuk 3 van deze zienswijze is aangegeven dat de AMM regulering als zodanig in strijd is met de Postrichtlijn. Dit geldt *a fortiori* voor AMM-regulering waarbij wordt uitgegaan van een buitengewoon breed toegangsbegrip.

Zie ter vergelijking de veel strakkere definities in de Postrichtlijn waar begrippen als “postnet” en “toegangspunt” zijn gelinked aan het “fysieke” postvervoer. Zie ook artikel 11bis van de Postrichtlijn dat beperkt is tot toegang tot “*onderdelen van de postinfrastructuur of diensten die binnen de werkingssfeer van de universele dienst vallen*”, en waarbij lidstaten de vrijheid wordt gelaten om “*toegang tot het postnet*”, dat wil zeggen de fysieke infrastructuur die gebruikt wordt voor de aanbidding van de UPD te bieden.

Voorstel om artikel 9 van de Postwet 2009 te laten vervallen:

Artikel 9 Postwet 2009 heeft als toegangsbevestiging sedert de inwerkingtreding van de Postwet 2009 een duidelijke functie gehad. Deze vorm van toegangsregulering heeft nieuwe toetreders in staat gesteld geleidelijk een eigen netwerk op te bouwen. Op dit moment wordt door alternatieve postvervoerders nog steeds gebruik gemaakt van toegang in de zin van artikel 9 Postwet 2009 om hun eigen netwerk waar nodig te completeren. Ook op dit moment biedt het artikel toetreders de zekerheid dat zij kunnen terugvallen op deze toegangsmogelijkheid. Tegelijkertijd brengt artikel 9 Postwet 2009 de bestaande infrastructuurconcurrentie niet in gevaar.

Netwerktogang is via artikel 9 van de Postwet 2009 derhalve op een goede en evenwichtige wijze geregeld. Op basis van deze regulering is op de markt voor brievenbuspost, anders dan in andere Europese lidstaten, daadwerkelijk concurrentie tussen verschillende postale netwerken ontstaan.

Er is geen noodzaak om deze evenwichtige wettelijke bepaling, waarvan de uitleg en de werking in de praktijk zijn uitgekristalliseerd te vervangen door AMM-regulering met alle onzekerheden van dien, zowel voor de AMM partij als voor alternatieve postvervoerders met een eigen postaal netwerk als voor nieuwkomers die niet weten waar zij dan op zullen kunnen terugvallen.

Artikel 13a: Scope

Deze bepaling is ten onrechte niet beperkt tot brievenbuspost.

Artikel 13b: Verplichte toetsing aan de drie criteria

Als uitgangspunt bij de invoering van sectorspecifieke ex ante regulering geldt dat voldaan moet zijn aan de drie criteriatoets.

In hoofdstuk 2 is toegelicht dat aan die drie criteriatoets in de postsector niet wordt voldaan.

Indien echter AMM regulering op enige wijze zou worden ingevoerd, dan dient te worden geëxpliciteerd dat de ACM daartoe uitsluitend bevoegd is indien voldaan is aan alle criteria uit de drie-criteria-toets, dat wil zeggen dat sprake moet zijn van

- (i) de aanwezigheid van hoge toegangsbelemmeringen die niet van voorbijgaande aard zijn en
- (ii) een marktstructuur die niet neigt naar daadwerkelijke mededinging en
- (iii) de ontoereikendheid van het mededingingsrecht om het marktfalen te verhelpen, kan zij dat postvervoerbedrijf de verplichtingen, bedoeld in de artikelen 13e tot en met 13k opleggen.

Artikel 13b: motivering verplichtingen

Aangezien individuele verplichtingen zowel voor individuele postvervoerders als stakeholders in de postmarkt majeure negatieve en verstorende gevolgen kunnen hebben, is het van belang dat de ACM in kwalitatieve en kwantitatieve zin moet onderbouwen dat een op te leggen maatregel noodzakelijk en proportioneel is met inachtneming van de hiervoor genoemde centrale uitgangspunten. Daarbij moet de kwantitatieve analyse zowel de effecten in de huidige situatie als op basis van een dynamische, prospectieve analyse bepalen. Financiële en niet-financiële aspecten moeten daarbij in aanmerking worden genomen inclusief de mogelijke impact op de UPD en de financierbaarheid daarvan.

Geen enkele verplichting zou “automatisch” van toepassing mogen worden. Voorbeeld: geen wettelijke koppeling van de non-discriminatieverplichting aan de toegangsverplichting.

Artikel 13b: overlappende regulering

Overlappende regulering op wholesaleniveau wordt niet uitgesloten. Dat geldt bijvoorbeeld voor voorschriften met betrekking tot het kostentoerekeningssysteem. Door de combinatie met het wetsvoorstel 2012 (de artikelen 8 en 89), waarbij de UPD regulering een uitstralingseffect zal gaan hebben op de overeenkomsten tussen de UPD verlener en haar toeleveranciers, zal die overlap en interferentie alleen maar verder toenemen. In dit verband is bovendien van belang dat de MvT de indruk wekt dat de AMM-regulering voorgaat boven de UPD-regulering: *“In de Postregeling 2009 is een aantal algemene regels opgenomen voor het toedelen van kosten aan de UPD. Binnen deze regels hanteert de verlener van de UPD in de praktijk een bepaalde wijze van kostentoerekening en wordt op basis daarvan een bepaald deel van de totale kosten aan de UPD toegerekend. Indien voor een bepaalde dienst buiten de UPD de verplichting wordt opgelegd om kostengeoriënteerde tarieven te hanteren, wordt een bepaald deel van de totale kosten aan deze dienst toegerekend. Dit zou een effect kunnen hebben op het gedeelte van de kosten dat in de praktijk wordt toebedeeld aan diensten binnen de UPD. Kosten kunnen immers maar één keer worden toegerekend. Deze nieuwe informatie wordt dan meegenomen bij de volgende vaststelling van het starttarief.”* Zie in vergelijkbare zin de artikelsgewijze toelichting bij artikel 13.b.

Het is onwenselijk dat kostentoerekeningsverplichtingen op grond van de AMM-wet zouden ingrijpen in de bestaande kostentoerekening op grond van artikel 14 Postrichtlijn.

De beweerdelijke “afbakening” in dit artikel met de UPD miskent voorts de aanbieder van UPD en niet-UPD diensten via een geïntegreerd netwerk. Het is bijvoorbeeld niet mogelijk verschillende kwaliteitsniveaus te bieden voor UPD en niet-UPD diensten die via hetzelfde netwerk worden aangeboden. Indien aan PostNL een kwaliteitsverplichting voor niet-UPD

diensten wordt opgelegd, dan zal deze automatisch ook zijn weerslag hebben op de UPD diensten die via het geïntegreerde netwerk worden aangeboden.

Het feit dat de verplichtingen die uit hoofde van het concept wijzigingsvoorstel AMM kunnen worden opgelegd aanzienlijk verder kunnen gaan dan de UPD verplichtingen verhoudt zich bovendien niet met de Postrichtlijn. Verwezen wordt naar de toelichting in hoofdstuk 4 van deze zienswijze.

Meer in het algemeen is voorts de vraag waarom er naast UPD-regulering nog regulering ter bescherming van eindgebruikers buiten de UPD noodzakelijk en gerechtvaardigd zou zijn. Daarvoor was de UPD nu juist bestemd.

Artikel 13e: verstarring van de postmarkt

In dit artikel wordt het risico van verstarring duidelijk. PostNL zal niet langer flexibel kunnen inspelen op veranderingen indien iedere wijziging van de dienstverlening of de voorwaarden waaronder deze plaatsvindt moet worden uitonderhandeld met (potentiële) wholesaleafnemers.

Zie wat dit betreft ook de verplichting in artikel 13.e, vierde lid, waarbij de ACM technische of operationele voorschriften kan vaststellen om toegang mogelijk te maken.

Het ultieme voorbeeld van verstarring in regulering is de mogelijkheid voor de ACM om kwaliteitsverplichtingen op te leggen. Deze bepaling is niet langer opgenomen in artikel 13.e, maar staat nog wel in artikel 13.i van het concept wijzigingsvoorstel AMM. In verband met de Telecommunicatiewet heeft het CBb bepaald, dat noch uit de marktanalyses, noch overigens uit de Telecommunicatiewet een verplichting kan worden afgeleid dat KPN een zogeheten “state of the art netwerk” zou moeten exploiteren. In het concept wijzigingsvoorstel AMM is die kapstok nu wel opgenomen.

Bovendien wreekt zich in dit artikel de zeer ruime definitie van de begrippen “toegang” en “faciliteiten”.

Daarnaast is dit artikel met de automatische koppeling van de non-discriminatieverplichting aan de toegangsverplichting ook een voorbeeld van het willekeurig opleggen van verplichtingen zonder dat daaraan een analyse van de noodzaak ten grondslag ligt.

Artikel 13f: tariefregulering en kostenoriëntatie: verstarring en geen basis in de Postrichtlijn

Artikel 13f betreft de tariefregulering op wholesaleniveau en de mogelijkheid van het opleggen van de verplichting om op wholesaleniveau kostengeoriënteerde tarieven in rekening te brengen.

Het opleggen van dergelijke verplichtingen is niet voorzien in artikel 11 bis van de Postrichtlijn.

Ook voor dit type verplichtingen geldt – zoals hiervoor is toegelicht - dat daarvan een ultiem verstarrend effect uitgaat. Aangezien kostenoriëntatie zeer markverstorend kan werken is het wenselijk dat de wetgever een voorkeur uitspreekt voor andere mogelijkheden (zoals marktgeoriënteerde tarieven in de vorm van retail-min) als basis voor tarief- en toegangsregulering. Daarbij is voorts essentieel dat infrastructuurconcurrentie als prioritaire doelstelling wordt geformuleerd. Een verplichting tot toegang tegen kostengeoriënteerde tarieven kan ook om die reden, zolang sprake is van infrastructuurconcurrentie, niet aan de orde zijn.

Een verplichting tot het hanteren van kostengeoriënteerde tarieven voor toegang is derhalve een ultimum remedium is, waarbij bovendien noodzakelijk is dat het opleggen van een (veranderde) kostentoe rekeningsverplichting is gebonden aan een aantal uitgangspunten:

- De consequenties worden afgewogen tegen de doelstelling en worden van te voren onderbouwd en verantwoord op basis van een prospectieve kwantitatieve en transparante analyse door de ACM;
- De kostentoe rekening dient economisch verantwoord te zijn op basis van principes en aannames die transparant zijn;
- Marktoriëntatie geldt als primair uitgangspunt voor tarieven.

Alle relevante kosten, die de aanbieder heeft, mogelijk voortkomend uit verplichtingen die in het verleden van toepassing waren, bijvoorbeeld pensioenkosten voor voormalige postbodes, dienen hierbij te worden meegerekend. Zonder deze waarborg treden negatieve consequenties op voor stakeholders in de postmarkt, bijvoorbeeld doordat een postvervoerder pensioenen van voormalige medewerkers niet meer kan betalen.

Artikel 13g: referentieaanbod werkt verstarrend

Ook een verplicht referentieaanbod werkt contraproductieve verstarring in de hand. De kwaliteit en toegankelijkheid van postvervoerdiensten wordt daardoor uiteindelijk ondermijnd in plaats van bevorderd.

Aangezien op te leggen verplichtingen aan het productaanbod buiten de UPD om, innovatie en aanpassing aan nieuwe marktomstandigheden verhinderen, moeten postvervoerders in de context van de marktdynamiek de mogelijkheid hebben om zelf hun productportfolio te bepalen. Verplichting tot het voeren van bepaalde, mogelijk onrendabele, producten vermindert de allocatie van middelen naar nieuwe / innovatieve producten die nodig zijn om actief in te kunnen spelen op de dynamische omstandigheden in de postmarkt. Daarom moeten postvervoerders de mogelijkheid krijgen om zelf nieuwe producten aan te bieden en oude producten te discontinueren (voor zover deze buiten de UPD vallen).

Artikel 13i:

Artikel 13.i is eveneens een voorbeeld van een bepaling die aan de ACM meer bevoegdheden verleent dan zijn toegekend op grond van de telecommunicatiewetgeving en op grond van de UPD regulering. Zo krijgt de ACM in artikel 13.i van het concept wijzigingsvoorstel AMM de mogelijkheid om kwaliteitsverplichtingen op te leggen. Die bevoegdheid heeft OPTA niet op grond van de telecommunicatiewetgeving en OPTA is ook niet bevoegd om in het kader van de UPD kwaliteitsverplichtingen op te leggen. Dat is voorbehouden aan de wetgever.

Ofschoon de mogelijkheid om dergelijke verplichtingen op te leggen in de MvT wordt beperkt tot de situatie waarin sprake zou zijn van een monopolie, gaat het om een onwenselijke verplichting die leidt tot ultieme verstarring van het aanbod en grote risico's voor de financierbaarheid daarvan. Verwezen wordt naar de discussies die thans worden gevoerd over de omvang van de UPD verplichtingen en de financiering daarvan.

Zoals hiervoor bij het concept voor artikel 13.b is toegelicht miskent deze bepaling voorts de aanbidding van UPD en niet-UPD diensten via een geïntegreerd netwerk. Indien aan PostNL een kwaliteitsverplichting voor niet-UPD diensten wordt opgelegd, dan zal deze automatisch ook zijn weerslag hebben op de UPD diensten die via het geïntegreerde netwerk worden aangeboden.



Artikel 13j en 13k: eindgebruikersregulering

Ook dit artikel staat haaks op de systematiek van de Postrichtlijn. De kwaliteit en toegankelijkheid van postvervoerdiensten dient te worden gewaarborgd via de UPD regulering die aan de hand van de ontwikkelingen in de markt dient te worden aangepast.

Afrondend ten aanzien van de knelpunten in het concept voor de voorgestelde wetstekst

In dit hoofdstuk is toegelicht dat – afgezien van de economische en juridische bezwaren die zijn toegelicht in de hoofdstukken 2, 3 en 4 van deze zienswijze – het concept wijzigingsvoorstel AMM zou moeten worden aangepast om recht te doen aan een aantal uitgangspunten. Meer in het bijzonder dienen waarborgen te worden ingebouwd met betrekking tot de voorafgaand uit te voeren analyses, de bevordering van netwerkconcurrentie als prioritaire doelstelling, de proportionaliteit en hiërarchie van eventuele maatregelen die uitsluitend ingeval van daadwerkelijke mededingingsproblemen kunnen worden opgelegd en de uiterste terughoudendheid bij de invoering van aanvullende en/of tegenstrijdige eisen met betrekking tot kostenoriëntatie.

Een voorbeeld van de wijze waarop aan deze uitgangspunten tegemoet zou kunnen worden gekomen, is opgenomen in het volgende hoofdstuk.

Afgezien daarvan zijn in dit hoofdstuk een aantal concrete aandachtspunten bij de in het concept wijzigingsvoorstel AMM opgenomen artikelen genoemd.

HOOFDSTUK 6: VOORSTELLEN TOT AANPASSING

Zoals in de vorige hoofdstukken is toegelicht zijn er zwaarwegende economische en juridische argumenten om in de postsector niet tot AMM regulering over te gaan.

Het invoeren van AMM-regulering is onverantwoord indien daaraan geen grondige analyse van de noodzaak en de geschiktheid van het AMM-instrument en de gevolgen van de inzet van dat instrument voor zowel de postsector als de klanten, medewerkers en aandeelhouders van PostNL vooraf is gegaan.

Om de negatieve effecten van voorgestelde AMM-regulering voor de postsector, indien daartoe toch zou worden besloten, enigszins te ondervangen, en toe te werken naar een instrument dat geschikt is voor de postsector, zal moeten worden voorzien in een mechanisme waarbij alsnog wordt ingebouwd dat de ACM slechts bevoegd is om maatregelen op te leggen indien de noodzaak daartoe en de gevolgen daarvan zijn geanalyseerd.

Daarbij dienen door de wetgever de in het vorige hoofdstuk toegelichte waarborgen te worden ingebouwd met betrekking tot de voorafgaand uit te voeren analyses, de bevordering van netwerkconcurrentie als prioritaire doelstelling, de proportionaliteit en hiërarchie van eventuele maatregelen die uitsluitend ingeval van daadwerkelijke mededingingsproblemen kunnen worden opgelegd en de uiterste terughoudendheid bij de invoering van aanvullende en/of tegenstrijdige eisen met betrekking tot kostenoriëntatie.

In een wettelijke regeling zouden deze uitgangspunten bijvoorbeeld als volgt kunnen terugkeren:

- (i) De wettelijke regeling is beperkt tot brievenbuspost.
- (ii) Indien de ACM op basis van een kwalitatief en kwantitatief onderbouwde marktanalyse concludeert dat een relevante markt voor postvervoerdiensten niet daadwerkelijk concurrerend is, waarbij sprake is van i) de aanwezigheid van hoge toegangsbelemmeringen die niet van voorbijgaande aard zijn en ii) een marktstructuur die niet neigt naar daadwerkelijke mededinging en iii) de ontoereikendheid van het mededingingsrecht om het marktfalen te verhelpen, stelt de ACM vast welke ondernemingen die postvervoerdiensten verlenen beschikken over aanmerkelijke marktmacht.
- (iii) Een op grond van het eerste lid aangewezen onderneming met aanmerkelijke marktmacht verstrekt jaarlijks aan de ACM een rapportage met betrekking tot potentiële mededingingsproblemen. Daarnaast kan de ACM een tussentijdse rapportage opvragen indien zich aanwijzingen voordoen dat zich mededingingsproblemen voordoen.
- (iv) Indien de ACM op basis van een kwalitatieve en kwantitatieve analyse naar aanleiding van een rapportage genoemd onder 2 tot de conclusie komt dat zich bepaalde mededingingsproblemen voordoen, kan de ACM de betrokken AMM partij bepaalde verplichtingen opleggen indien en voorzover deze verplichtingen ertoe strekken het geconstateerde mededingingsprobleem te remediëren. Daarbij dient wettelijk te worden geborgd dat daarbij de hierna onder 4 genoemde voorwaarden in acht worden genomen.
- (v) De ACM neemt bij het opleggen van de verplichtingen de eisen van proportionaliteit in acht waarbij i) de ACM kwalitatief en kwantitatief onderbouwt dat ter remediering van een specifiek mededingingsprobleem niet met het algemene mededingingsrecht



kan worden volstaan en ii) door de ACM voor de minst zware verplichting wordt gekozen die de marktwerking het minst verstoort en netwerkconcurrentie zoveel mogelijk bevordert en iii) de ACM de uit andere hoofde voor postvervoerbedrijven geldende verplichtingen meeweegt, iv) prijscapregulering en kwaliteitsverplichtingen op retailniveau kunnen slechts worden opgelegd indien bij de levering van de door de ACM te bepalen postvervoerdiensten aan eindgebruikers waarop die verplichtingen betrekking hebben sprake is van een monopolie.

- (vi) Indien de ACM een besluit neemt, dat aanzienlijke gevolgen voor een in overeenstemming met artikel 13a afgebakende markt heeft, onderbouwt de ACM, onder andere op basis van een verantwoording van de voorzienbare relevante gevolgen, zowel in kwalitatieve, als voor zover redelijkerwijs mogelijk in kwantitatieve zin dat de maatregel noodzakelijk is en dat een andere minder ingrijpende maatregel niet effectief is.”

**RECHTVAARDIGEN POTENTIËLE MEDEDINGINGSPROBLEMEN UITBREIDING VAN HET
BESTAANDE TOEZICHTINSTRUMENTARIUM IN DE POSTSECTOR?**

A. Inleiding en samenvatting

2. De Staatssecretaris van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie heeft een voorontwerp opgesteld voor een wetsvoorstel waarbij het huidige toezichtinstrumentarium van de Postwet 2009 wordt aangevuld met een Aanmerkelijke Marktmacht (AMM) instrument, zoals dat ook in de Telecommunicatiewet (Tw) en de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) is opgenomen. Als reden voor de invoering van een AMM instrument noemt de Staatssecretaris dat in de huidige marktomstandigheden in de Nederlandse postmarkt verschillende potentiële mededingingsproblemen kunnen ontstaan als gevolg van mogelijke AMM van PostNL. Daarbij baseert de Staatssecretaris zich op het onderzoek "*Concurrentie op de Postmarkt*" van OPTA van 16 september 2011.¹¹
3. PostNL heeft mij gevraagd te onderzoeken of de potentiële mededingingsproblemen die door OPTA in haar onderzoek worden gesignaleerd, zich inderdaad op de postmarkt kunnen voordoen, en zo ja, of deze mededingingsproblemen kunnen worden geadresseerd door het huidige toezichtinstrumentarium uit te breiden met verscherpt *ex ante* toezicht in de vorm van een AMM instrument zoals door OPTA en de Staatssecretaris voorgesteld. Daartoe zal ik hierna eerst het huidige toezichtinstrumentarium beschrijven (deel B). Vervolgens zal ik stil staan bij het AMM toezichtinstrumentarium opgenomen in de Tw en de Wmg (deel C). Daarna bespreek ik de analyse van OPTA (deel D) en geef ik mijn kritiek op deze analyse (deel E). In dat verband zal ik aandacht besteden aan de afbakening van de relevante markten, de eventuele marktmacht van PostNL en de potentiële mededingingsproblemen gesignaleerd door OPTA. Ik sluit af met een conclusie (deel F).
4. Mijn bevindingen kunnen als volgt worden samengevat:
 - Voor de postsector geldt thans een combinatie van sectorspecifieke regulering en generiek mededingingsrecht. OPTA ziet toe op de naleving van specifieke bepalingen van de postale wet- en regelgeving, die onder meer betrekking hebben op de uitvoering van de Universele Post Dienstverlening (UPD) en onderlinge dienstverlening tussen postvervoerbedrijven. Deze bepalingen geven uitvoering aan de Europese Postrichtlijn, die voorziet in een liberalisering van de postmarkt en de lidstaten verplicht zorg te dragen voor een betaalbare toegang tot universele postdiensten. De NMa ziet toe op de naleving van de mededingingsregels.
 - In een vrije markteconomie dient de overheid zich in beginsel te onthouden van ingrijpen, en de markt zijn werk te laten doen. Voor *ex ante* ingrijpen in de markt is slechts plaats als sprake is van marktfalen dat niet met behulp van het generieke mededingingsrecht kan worden geadresseerd. Dit uitgangspunt is verankerd in de AMM regulering in de telecommunicatiesector en de gezondheidszorg. Op grond van deze regulering kunnen slechts *ex ante* verplichtingen worden opgelegd aan ondernemingen die een machtspositie innemen op een bepaalde markt, en zich mededingingsproblemen voordoen die met het generieke mededingingsrecht niet kunnen worden verholpen.
 - OPTA stelt in haar rapport dat PostNL een machtspositie inneemt in verschillende segmenten van de postmarkt (consumentenpost, zakelijke tijdkritische post en zakelijke niet-tijdkritische post). OPTA heeft zich daarbij uitsluitend gebaseerd op hoge marktaandeelen van PostNL in deze markten, zonder te onderzoeken in hoeverre PostNL wordt gedisciplineerd door elektronische substitutie, of substitutie van tijdkritische door niet-tijdkritische post.

¹¹ Gepubliceerd op de website van OPTA, www.opta.nl.

- De mededingingsproblemen die OPTA beschrijft in haar rapport, en die volgens OPTA de rechtvaardiging zouden moeten zijn voor *ex ante* interventies in de postmarkt, zouden zich volgens OPTA kunnen voordoen in het sinds geruime tijd geliberaliseerde, zakelijke niet-tijdkritische segment van de postmarkt. In dat segment vindt intensieve concurrentie plaats tussen PostNL en Sandd (aanvankelijk ook SelektMail, dat echter onlangs is overgenomen door Sandd). De door OPTA gesignaleerde potentiële mededingingsproblemen bestaan uit; (i) buitensporig hoge prijzen van PostNL in de segmenten consumentenpost en zakelijke tijdkritische post, waarmee PostNL activiteiten in het zakelijke niet-tijdkritische segment zou kunnen kruissubsidiëren; (ii) roofprijzen van PostNL in het zakelijke niet-tijdkritische segment; (iii) prijsdiscriminatie door PostNL, in de vorm van selectieve prijsonderbieding in het zakelijke, niet-tijdkritische segment; (iv) koppelverkoop door PostNL van zakelijke tijdkritische en niet-tijdkritische post; en (v) het verhogen van overstapkosten door PostNL in het zakelijke, niet-tijdkritische segment met contractuele voorwaarden als loyaliteits- en terugwinkorting.
- OPTA noemt in haar rapport geen aanwijzingen dat deze mededingingsproblemen zich daadwerkelijk voordoen in het zakelijke niet-tijdkritische segment. Die aanwijzingen zijn er ook niet; de NMa heeft recent, naar aanleiding van een klacht van Sandd, uitgebreid onderzoek gedaan, en heeft geen aanwijzingen gevonden dat PostNL zich aan dergelijke praktijken schuldig heeft gemaakt. OPTA's oproep tot *ex ante* interventies is uitsluitend gebaseerd op de niet met feiten gestaafde, zuiver hypothetische mogelijkheid dat dergelijke gedragingen in het zakelijke niet-tijdkritische segment zouden kunnen voorkomen.
- OPTA heeft niet onderzocht of de door haar gesignaleerde, hypothetische, problemen, als deze zich al in de praktijk zouden voordoen, met het generieke mededingingsrecht kunnen worden bestreden. Zonder dat is aangetoond dat niet met generiek mededingingsrecht kan worden volstaan, is voor *ex ante*, sectorspecifiek ingrijpen hoe dan ook geen plaats.
- OPTA's analyse van potentiële mededingingsproblemen rechtvaardigt derhalve geen AMM regulering, met vergaande *ex ante* interventies in de concurrentie. Het toezicht op de mededinging in de postsector moet, met uitzondering van de UPD, aan de NMa worden overgelaten, op basis van het generieke mededingingsrecht. Dat biedt voldoende waarborgen voor een effectieve mededinging.

B. Bestaand toezichtinstrumentarium

5. Met de Postwet 2009 en de Postregeling 2009 is gekozen voor een combinatie van sectorspecifiek toezicht en generiek mededingingstoezicht. De NMa ziet toe op de naleving van de algemene mededingingsregels. OPTA ziet toe op de naleving van de specifieke bepalingen van de postale wet- en regelgeving. Deze bepalingen bestaan uit een aantal algemene vereisten waaraan alle postvervoerbedrijven moeten voldoen en regels ten aanzien van de UPD door het postvervoerbedrijf dat daartoe is aangewezen (PostNL).
6. Onder de UPD vallen onder meer postzendingen tot twee kilo per stuk tegen een enkelstukstarief.¹² De in de Postwet 2009 opgenomen verplichtingen ten aanzien van de UPD zijn grotendeels ontleend aan de Postrichtlijn. In enkele opzichten legt Nederland strengere verplichtingen op aan de universele dienstverlener dan op grond van de Postrichtlijn vereist is.¹³ Op grond van de UPD-verplichtingen wordt in Nederland een landelijke infrastructuur, met een uitgebreid collectienetwerk en een zesdaags bezorgnetwerk, in stand gehouden. Veel van de kosten van de infrastructuur zijn vast, dat wil zeggen niet afhankelijk van het postvolume. De opbrengsten zijn daar wél van afhankelijk, waardoor het rendement van PostNL op de UPD sterk is afgenomen, en thans

¹² Naast postpakketstukken tot 10 kg per pakket, aangetekende zendingen, zendingen met aangegeven waarde, uitreiking van gerechtelijk schrijven en internationale post.

¹³ Onder andere op het gebied van het aantal postkantoren, bezorgdagen (zes in plaats van vijf op grond van de Postrichtlijn) en bezorging (minimaal 95% dient de volgende dag bezorgd te worden, vergeleken met 85% in drie dagen op grond van de Postrichtlijn).

aanzienlijk onder het normrendement ligt dat op grond van de Postwet 2009 is toegestaan (een normrendement van 10% boven de daadwerkelijke kosten).

7. Op grond van de algemene mededingingsregels kan de NMa optreden tegen ondernemingen met een machtspositie, indien zij misbruik maken van deze positie. Op grond van deze regels is door de NMa onderzoek gedaan naar aanleiding van een klacht van Sandd over verschillende vormen van misbruik van machtspositie door PostNL (toen: TNT Post), waaronder rooftprijzen, koppelverkoop en/of bundeling, prijsdiscriminatie en marktafscherming door (exclusieve) meerjarige contracten. In een besluit van december 2009 heeft de NMa geconcludeerd dat zij geen aanwijzingen had dat PostNL misbruik maakte van een machtspositie op de postmarkt.¹⁴
8. De NMa heeft in het midden gelaten of PostNL een machtspositie bezat. Bij de beoordeling van de klacht over rooftprijzen vergeleek de NMa de gemiddelde prijzen van Netwerk VSP met de lange termijn gemiddelde incrementele kosten (LRAIC) van PostNL voor het aanbieden van postale diensten via het netwerk van Netwerk VSP. Tot de LRAIC rekende de NMa alle kosten van de betreffende diensten van Netwerk VSP, dat aan het einde van de onderzoeksperiode beschikte over een eigen netwerk met een dekking van meer dan 90%. Voor de bezorging van post in de gebieden waar Netwerk VSP niet over een eigen netwerk beschikte, maakte zij gebruik van het netwerk van PostNL. De NMa heeft aangenomen dat de incrementele kosten van PostNL voor het bezorgen van dit relatief kleine volume (in verhouding tot het totale volume post bezorgd door PostNL) verwaarloosbaar waren, en deze kosten in de berekening buiten beschouwing gelaten. De tarieven van Netwerk VSP lagen hoger dan de LRAIC van de bezorging van post via het netwerk van Netwerk VSP. Derhalve was volgens de NMa geen sprake van rooftprijzen. Deze benadering is in overeenstemming met de benadering van de Europese Commissie in een onderzoek naar rooftprijzen door Deutsche Post.¹⁵
9. De NMa heeft als extra controle op haar bevindingen onderzocht of er enige indicatie was dat Sandd van de markt werd uitgesloten. Daarvan was volgens de NMa geen sprake. In dat verband nam de NMa onder meer in aanmerking dat Sandd erin geslaagd was vanaf haar oprichting in 1999 vrijwel ieder jaar een hogere omzet en volume te behalen in een krimpende markt.
10. De klacht van Sandd over koppelverkoop en/of bundeling door PostNL werd evenmin gegrond bevonden. In vijf van de zeven door Sandd aangedragen gevallen was er geen sprake van koppelverkoop of bundeling. In de overige twee gevallen waren de mogelijke concurrentieverstorende effecten zeer gering, en bestond er derhalve geen risico van uitsluiting. Ook prijsdiscriminatie en marktafscherming door exclusieve en/of meerjarige contracten hadden zich volgens de NMa niet voorgedaan; dat deel van de klacht van Sandd is eveneens afgewezen.

C. Het AMM instrumentarium op grond van de Tw en de Wmg

11. Bij regulering is het uitgangspunt dat wanneer het generieke mededingingsrecht volstaat om mededingingsproblemen te verhelpen, er geen grond is voor sectorspecifiek *ex ante* toezicht. Een belangrijke reden hiervoor is dat *ex ante* toezicht een meer ingrijpend en repressief karakter heeft dan het generieke mededingingsrecht. De minister heeft dit – in het kader van de invoering van het nieuwe regelgevend kader voor de telecommunicatiesector – als volgt verwoord:

"De leden van de PvdA-fractie vragen hoe de regering aankijkt tegen de wenselijkheid van ex-ante toezicht op de telecommunicatiemarkt en of de regering de ambitie heeft de balans bij het toezicht op basis van het Europese regelingskader weer meer te verleggen naar ex ante regulering. Ex ante marktregulering grijpt diep in op het functioneren van bedrijven. Dergelijke ingrijpende maatregelen moeten een uitzondering

¹⁴ De klacht had betrekking op gedragingen van TNT N.V. (waar PostNL toen nog deel van uitmaakte) en haar dochterondernemingen Koninklijke TNT Post B.V. en Netwerk VSP Geadresseerd B.V.

¹⁵ Beschikking van de Commissie van 20 maart 2011 in zaak COMP/35.141 – *Deutsche Post AG*.

blijven en alleen worden toegepast als dat strikt nodig is om de concurrentie te bevorderen. Het Europees regelgevend kader voor de elektronische communicatiesector is vastgesteld om de concurrentie op elektronische communicatiemarkten te bevorderen. Op grond van dit kader is ex ante toezicht op de telecommunicatiemarkt mogelijk.¹⁶

12. Het voornoemde Europese regelgevend kader voor de telecommunicatie sector (het NRK) is in deze context het meest illustratief. Ook daar gaat het om een sector waar concurrentie zich vanuit een voormalige monopoliesituatie heeft ontwikkeld door middel van liberalisering. Er is geen reden waarom voor de postmarkt niet dezelfde uitgangspunten zouden moeten gelden. Uit de doelstelling van het NRK blijkt een duidelijke voorkeur voor het algemene mededingingsrecht, waarbij in een overgangssituatie van een monopolie naar volledige concurrentie in bepaalde gevallen nog *ex ante* regulering gerechtvaardigd is:

"Het doel is om specifieke sectorregels ex ante steeds meer terug te brengen, naarmate de concurrentie in de markt zich ontwikkelt, en dat elektronische communicatie uiteindelijk volledig wordt geregeld door het mededingingsrecht."¹⁷

13. Het doel van de Wmg is het realiseren van een doelmatig en doeltreffend zorgstelsel, het beheersen van de kosten in de zorg en de bescherming en bevordering van de positie van de consument. Op grond van de Wmg kan de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) verplichtingen opleggen indien een of meer zorgaanbieders of een of meer ziektekostenverzekeraars beschikken over AMM op een volgens de beginselen van het mededingingsrecht afgebakende markt. Ook hier geldt dat dergelijke *ex ante* verplichtingen alleen kunnen worden opgelegd indien het reguliere mededingingsrecht onvoldoende effectief is. Omdat het regelgevend kader van de telecommunicatiesector meer uitgewerkt is, en de postsector meer met de telecommunicatiesector gemeen heeft dan met de gezondheidszorg, neem ik in het vervolg het NRK als uitgangspunt.

14. Tegen de achtergrond van de duidelijke voorkeur voor het algemene mededingingsrecht kunnen op grond van het NRK uitsluitend *ex ante* maatregelen worden opgelegd in markten waar (nog) geen sprake is van daadwerkelijke mededinging, indien het generieke mededingingsrecht ontoereikend is om de problemen op te lossen:

"Het is essentieel dat ex ante regulerende verplichtingen alleen worden opgelegd wanneer er geen daadwerkelijke mededinging is, d.w.z. in markten waar een of meer ondernemingen zijn met een aanzienlijke marktmacht, en wanneer nationale rechtsmiddelen en de middelen van het communautaire mededingingsrecht ontoereikend zijn om het probleem op te lossen. (...)"¹⁸

15. Ook de Europese Commissie heeft dit uitgangspunt – in het kader van het NRK – duidelijk verwoord:

"Alleen markten waar het nationale en het communautaire mededingingsrecht op zich niet als afdoende worden beschouwd om slechte marktwerking te herstellen en om daadwerkelijke en duurzame mededinging gedurende een afzienbare periode te waarborgen, moeten eventueel voor regelgeving ex ante in aanmerking komen."¹⁹

¹⁶ TK 2010-11, 32 549, nr 7, Nota n.a.v. het verslag, p. 30.

¹⁷ Richtlijn 2009/140/EG tot wijziging van Richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en –diensten, Richtlijn 2002/19/EG inzake de toegang tot en interconnectie van elektronischecommunicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten, en Richtlijn 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronischecommunicatienetwerken en –diensten, Pb L 337 van 18.12.2009, blz. 37, overweging 5.

¹⁸ Richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en –diensten (Kaderrichtlijn), Pb L 108 van 24.2.2002, blz. 33, overweging 27.

¹⁹ Toelichting op de aanbeveling van de Commissie betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector die overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en –diensten aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen, p. 10.

16. Om te beoordelen of een bepaalde markt aan *ex ante* regelgeving kan worden onderworpen heeft de Europese Commissie de "driecriteriatoets" ontwikkeld. Aan de hand van deze criteria kan worden bepaald of er sprake is van een markt waarvan de feiten of kenmerken "*van dien aard zijn dat zij het opleggen van regelgevende verplichtingen ex ante rechtvaardigen*".²⁰ De drie criteria zijn: (i) de aanwezigheid van aanzienlijke en structurele toetredingsbelemmeringen; (ii) de structuur van de markt neigt niet naar daadwerkelijke mededinging binnen de relevante tijdshorizon; en (iii) het mededingingsrecht alleen volstaat niet om het marktfalen in kwestie voldoende te verhelpen. Slechts wanneer aan al deze criteria is voldaan, is *ex ante* regulering gerechtvaardigd.
17. Het voorgaande maakt duidelijk dat *ex ante* regulering niet is bedoeld om bepaalde marktpartijen te beschermen in vrije markten waar geen sprake is van structureel marktfalen.

D. Analyse van de postmarkt door OPTA

18. In haar analyse van de postmarkt heeft OPTA het stramien van de Tw gevolgd. Zij heeft eerst de relevante markten afgebakend. Vervolgens heeft zij PostNL aangewezen als onderneming met AMM, onderzocht in hoeverre zich op de betreffende markten mededingingsproblemen kunnen voordoen, en welke passende verplichtingen kunnen worden opgelegd om deze problemen te verhelpen. Op grond van deze analyse heeft OPTA geadviseerd haar de bevoegdheid te verlenen een aantal maatregelen te nemen, na een voorafgaande vaststelling van dominantie op de betreffende markt.
19. OPTA onderscheidt afzonderlijke markten voor consumentenpost, zakelijke tijdscritische (24-uurs) post (bulkpost brieven en losse partijen post), en zakelijke niet-tijdscritische (48-uurs en 72-uurs) post, de laatste onderverdeeld in bulkpost brieven, periodieken en direct mail. Volgens OPTA zijn er sterke indicaties voor dominantie van PostNL in al deze markten.
20. In de visie van OPTA kunnen zich op deze markten de volgende potentiële mededingingsproblemen voordoen:
- (i) buitensporig hoge prijzen van PostNL voor consumentenpost en zakelijke tijdscritische post;
 - (ii) roofprijzen van PostNL voor niet-tijdscritische bulkpost, periodieken en direct mail;
 - (iii) kruissubsidie door PostNL van activiteiten in het zakelijke, niet-tijdscritische segment met inkomsten uit de activiteiten van PostNL in de segmenten consumentenpost en zakelijke tijdscritische post;
 - (iv) prijsdiscriminatie van PostNL, in de vorm van selectieve prijsopbodding in het zakelijke niet-tijdscritische segment (bulkpost, periodieken en direct mail) en selectief hoge prijzen voor zakelijke tijdscritische post;
 - (v) koppelverkoop door PostNL, in de vorm van bundeling van zakelijke tijdscritische post met zakelijke niet-tijdscritische post, waarbij zakelijke tijdscritische post wordt aangeboden tegen prijzen die lager zijn dan de prijzen bij losse verkoop van zakelijke tijdscritische post;
 - (vi) verhogen van overstapkosten door PostNL met contractuele voorwaarden zoals loyaliteits- of tijdelijke terugwinkelingen.

²⁰ Aanbeveling van de Commissie betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische communicatiesector die overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en –diensten aan regelgeving *ex ante* kunnen worden onderworpen, Pb L 344 van 28.12.2007, blz. 65, overweging 3.

21. OPTA wil deze hypothetische problemen adresseren door de volgende verplichtingen op te leggen aan PostNL:
- (i) een transparantieplichting, op grond waarvan PostNL gehanteerde tarieven, voorwaarden en kortingen transparant zou moeten maken, en op haar website zou moeten plaatsen;
 - (ii) een non-discriminatieplichting, in de vorm van een verbod op selectieve prijsdifferentiatie. Het zou PostNL tevens moeten worden verboden diensten waarin geen concurrentie plaatsvindt in een bundel met andere diensten aan te bieden tegen prijzen die lager zijn dan de prijzen waarvoor deze diensten los worden aangeboden. Tevens zou het PostNL moeten worden verboden loyaliteitskortingen en andere kortingen die overstapkosten van eindgebruikers verhogen, te hanteren;
 - (iii) het hanteren van een kostentoerekeningssysteem voor alle diensten die PostNL levert met gebruikmaking van de gemeenschappelijke infrastructuur. Met dit systeem, dat op voorhand ter goedkeuring aan OPTA zou moeten worden voorgelegd, zouden kosten aan afzonderlijke diensten moeten worden toegerekend. PostNL zou voor iedere afzonderlijke dienst kostengeoriënteerde tarieven moeten hanteren. Hiermee zouden kruissubsidiëring en buitensporig hoge prijzen kunnen worden voorkomen. Voor PostNL zou een expliciet verbod op kruissubsidiëring moeten gelden;
 - (iv) kwaliteitsnormen, in aanvulling op de al bestaande normen, in ieder geval voor beschadigde en kwijtgeraakte post.
22. OPTA heeft het niet nodig geacht om te onderzoeken of zich op een wholesalemkt mededingingsproblemen kunnen voordoen. In een eerder onderzoek van 31 maart 2010 heeft OPTA de doeltreffendheid en effectiviteit van artikel 9 van de Postwet 2009 geëvalueerd.²¹ Op grond van artikel 9 van de Postwet 2009 is PostNL verplicht op non-discriminatoire en transparante voorwaarden en tarieven toegang te bieden tot haar netwerk. Het onderzoek van OPTA heeft uitgewezen dat artikel 9 *"tot op grote hoogte doeltreffend en effectief is om non-discriminatoire voorwaarden en tarieven voor toegang tot het netwerk van [PostNL] af te dwingen"*.²² OPTA heeft eveneens vastgesteld dat andere postvervoerbedrijven beperkt behoefte hebben aan toegang tot het netwerk van PostNL. In totaal wordt slechts 5% van de poststukken van andere postvervoerders via het netwerk van PostNL bezorgd.²³ Postvervoerbedrijven benutten diverse alternatieve mogelijkheden.²⁴ Sandd heeft een eigen landelijk dekkend netwerk en maakt nagenoeg geen gebruik van het netwerk van PostNL. De dekking van het netwerk van Sandd is nog aanzienlijk uitgebreid met de overname van SelektMail.
23. De analyse van OPTA is ondeugdelijk en strijdig met haar eerdere bevindingen ten aanzien van de wholesale markt. Bij de afbakening van relevante markten en de analyse van de marktmacht van PostNL heeft OPTA onvoldoende rekening gehouden met verschillende factoren, zoals elektronische substitutie, ketensubstitutie en de daadwerkelijke ontwikkeling van prijzen en volumes. De analyse van potentiële mededingingsproblemen is zuiver theoretisch. OPTA heeft genegeerd dat deze mededingingsproblemen zich in de praktijk niet voordoen. En bij haar voorstellen voor passende verplichtingen heeft OPTA niet (voldoende) onderzocht of deze potentiële mededingingsproblemen niet reeds met het bestaande sectorspecifieke toezicht, waaronder artikel 9 van de Postwet 2009, en het generieke toezicht op grond van de Mededingingswet (Mw) kunnen worden bestreden. Deze kritiek op de analyse van OPTA zal hierna worden toegelicht.

²¹ Evaluatie artikel 9 Postwet 2009, eindrapport 31 maart 2010, gepubliceerd op de website van OPTA.

²² Pagina 4 van het rapport.

²³ Pagina 5 van het rapport.

²⁴ Pagina 6 van het rapport.

E. **Kritiek op de analyse van OPTA**

Marktafbakening

24. In haar afbakening van de relevante markten onderkent OPTA wel dat substitutie van fysieke post door elektronische alternatieven een belangrijke factor is op de postmarkt, maar zij ziet daarin geen aanleiding om haar definitie van de postmarkt bij te stellen. Als reden geeft OPTA dat reguliere en elektronische post twee compleet verschillende diensten zijn, die over verschillende netwerken worden geleverd.²⁵ De fysieke eigenschappen van producten of diensten zijn echter maar één aspect, en zeker niet het doorslaggevende aspect, bij de afbakening van markten. Het belangrijkste instrument bij de afbakening van markten is de SSNIP-test. Met de SSNIP-test wordt onderzocht of een hypothetische monopolist voor een bepaald product of dienst, zijn prijs winstgevend kan verhogen met 5% tot 10% boven het competitieve niveau. Als een dergelijke prijsverhoging niet winstgevend is, omdat zoveel klanten overstappen op een alternatief product of dienst dat de winst van de prijsverhoging ongedaan wordt gemaakt door het omzetverlies, dan wordt dat alternatieve product of dienst ook tot de markt gerekend, en wordt de test opnieuw toegepast, net zolang tot de afgebakende markt alle relevante substituten bevat en een prijsverhoging winstgevend is.
25. PostNL heeft de hypothese dat een prijsverhoging voor postdiensten niet winstgevend zou zijn vanwege elektronische substitutie laten onderzoeken door TNS NIPO onder het MKB. TNS NIPO heeft drie niet-tijdkritische poststromen onderzocht: brieven, direct mail en periodieken. Alle drie poststromen vertonen een sterke prijselasticiteit waarbij relatief geringe prijsstijgingen leiden tot aanzienlijk verlies van volume.
- Bij brieven leidt een prijsstijging van 6% tot een verwachte volumedaling van 12%, waarbij de meeste klanten die naar aanleiding van een dergelijke prijsstijging PostNL zullen verlaten, over zullen stappen op elektronisch berichtenverkeer (e-mail en internet). Het aantal klanten dat zal overstappen op elektronisch berichtenverkeer is groter dan het aantal klanten dat zal overstappen naar alternatieve postbezorgers.
 - Bij direct mail leidt een prijsstijging van 6% tot een verwachte volumedaling van 18%. Hier is de volumedaling dus nog groter. Het aantal klanten dat zal overstappen op alternatieve postbezorgers is enigszins groter dan het aantal klanten dat aangeeft te zullen uitwijken naar digitale alternatieven.
 - Bij periodieken leidt een prijsverhoging van 7% tot een volumedaling van 26%, waarbij eveneens het meeste aantal klanten dat PostNL zal verlaten naar aanleiding van een dergelijke prijsverhoging, zal overstappen naar elektronisch berichtenverkeer. Ook bij deze poststroom is de prijselasticiteit hoog (het hoogste van alle drie poststromen).
26. Het voorgaande is een aanwijzing dat de klassieke marktdefinitie van de postmarkt achterhaald is en dat marktaandelen op deze markt weinig zeggen over de marktmacht van de betreffende aanbieder.
27. OPTA heeft evenmin onderzocht of het overstappen van afnemers van tijdkritische diensten naar niet-tijdkritische diensten, tot gevolg zou kunnen hebben dat prijsverhogingen voor tijdkritische diensten verlieslatend zijn, hetgeen zou betekenen dat er geen afzonderlijke markt voor tijdkritische diensten bestaat. Volgens OPTA wijzen prijsverschillen tussen tijdkritische diensten en niet-tijdkritische diensten op het bestaan van afzonderlijke markten voor tijdkritische en niet-tijdkritische diensten.²⁶ Deze gevolgtrekking is onjuist. Het komt regelmatig voor dat verschillend geprijsde producten of diensten tot dezelfde markt gerekend worden, waarbij bijvoorbeeld goedkopere

²⁵ Pagina 24 van het rapport.

²⁶ Pagina 19 van het rapport.

producten met een lagere kwaliteit concurrentiedruk uitoefenen op duurdere producten met een hogere kwaliteit. Ook hier had OPTA een SSNIP-test moeten hanteren, die uitgaat van relatieve prijsveranderingen, niet van absolute prijsniveaus. Indien een 5% prijsverhoging voor tijdkritische diensten tot een zodanige verschuiving van tijdkritische naar niet-tijdkritische diensten leidt dat de prijsverhoging verlieslatend zou zijn, is dat een aanwijzing dat de markt ruimer is dan tijdkritische diensten en dat tijdkritische en niet-tijdkritische diensten tot dezelfde markt gerekend moeten worden.

28. Hieraan doet niet af dat er een blijvende vraag is naar tijdkritische diensten. Zelfs als er een segment gebruikers is dat niet kan overstappen op niet-tijdkritische diensten – OPTA heeft die hypothese niet onderzocht – dan nog wijst dat niet noodzakelijkerwijs op het bestaan van een aparte markt voor tijdkritische diensten. Dat zou pas het geval zijn als PostNL deze groep gebruikers duidelijk zou kunnen isoleren, en speciaal aan deze groep gebruikers hogere prijzen zou kunnen rekenen. Als dat niet mogelijk is, profiteren deze gebruikers indirect van de prijsdruk die uitgaat van gebruikers die wél kunnen overstappen op niet-tijdkritische diensten.
29. Dat de tarieven voor tijdkritische post worden gedisciplineerd door dalende postvolumes en verschuivingen naar niet-tijdkritische post blijkt wel uit het feit dat PostNL terughoudend is geweest met prijsverhogingen voor tijdkritische post. PostNL heeft bijvoorbeeld niet de volledige tariefverhoging toegepast voor de UPD die zij op grond van de regulering door OPTA had mogen toepassen: zij is daaronder gebleven om elektronische substitutie, en substitutie naar niet-tijdkritische post, te beperken. Bij de tarieven voor frankeermachinepost, die nog kwetsbaarder is voor substitutie dan postzegelpost, heeft PostNL de tarieven nog minder verhoogd.

Marktmacht PostNL

30. OPTA is bij haar dominantie-analyse uitgegaan van afzonderlijke markten voor postale diensten, onderverdeeld in tijdkritische en niet-tijdkritische diensten. Deze dominantie-analyse zou opnieuw moeten worden bezien indien aan de hand van een voldragen afbakening van de relevante markten met behulp van de SSNIP-test tot ruimere markten zou worden geconcludeerd.
31. In ieder geval had OPTA in haar dominantie-analyse rekening moeten houden met de disciplinerende werking van elektronische substitutie en verschuiving van tijd-kritische naar niet-tijdkritische diensten. WIK-Consult heeft in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie onderzoek gedaan naar toekomstige ontwikkelingen in de Nederlandse postmarkt.²⁷ In deze studie analyseert WIK-Consult toekomstige ontwikkelingen aan de hand van drie scenario's. In het volgens WIK-Consult meest waarschijnlijke "digital world" scenario daalt het volume van binnenlandse post met 47% tussen 2010 en 2020. WIK-Consult wijst op het disciplinerende effect van elektronische substitutie: "*Postal operators are aware that too drastic price increases promote substitution. For this reason, digitalisation has a disciplining effect on postal operators' pricing strategies since it leads to lower total volumes and higher competitive pressure on the remaining volumes*".²⁸ Dalende volumes zullen resulteren in hogere kosten, met als gevolg opwaartse prijsdruk. WIK-Consult verwacht echter dat deze opwaartse prijsdruk beperkt zal worden door concurrentie tussen postvervoerbedrijven en elektronische substitutie: "*Mail volume declines basically result in increasing average costs in postal operations which in turn result in either price increases or reduced operational margins, or both. Competition within the mail market as well as competition between paper-based and digital communication, however, will prevent prices from increasing (substantially) above (economic) costs*".²⁹

²⁷ *Developments in the Dutch Postal Market*, WIK-Consult, 30 augustus 2011.

²⁸ WIK-Consult, pagina 13.

²⁹ WIK-Consult, pagina 29.

32. Dominantie veronderstelt dat een onderneming zich onafhankelijk kan gedragen van haar afnemers en haar concurrenten. De marktmacht van een dominante onderneming vertaalt zich in het algemeen in prijzen boven het competitieve niveau. OPTA heeft echter geen onderzoek gedaan naar de marges van PostNL, en de vraag of de prijzen van PostNL te hoog zouden zijn. Waar zij de ontwikkeling van de tarieven van PostNL in aanmerking heeft genomen, heeft zij de implicatie daarvan voor de marktmacht van PostNL miskend. Dat is onder meer het geval in het segment bulkpost brieven van de door OPTA onderscheiden markt voor zakelijk niet-tijdkritische post. Daar constateert OPTA dat ondanks een marktaandeel van bijna 100% de gemiddelde prijs van PostNL voor deze diensten is gedaald (randnummer 127). Deze dalende prijs is een belangrijke aanwijzing dat óf de marktafbakening van OPTA niet deugt, óf de hoge marktaandelen op deze markt niets zeggen over marktmacht van PostNL. Deze aanwijzing heeft OPTA genegeerd.
33. Ten aanzien van het segment zakelijke niet-tijdkritische post stelt OPTA dat sprake is van toetredingsdrempels, zij het lagere toetredingsdrempels dan in de segmenten zakelijke tijdkritische post en consumentenpost. Daarmee negeert OPTA de toetreding van lokale postvervoerbedrijven en van Sandd en SelektMail, die landelijke bezorgnetwerken hebben opgebouwd. Deze ontwikkelingen wijzen op lage toetredingsdrempels. Dat wordt bevestigd door een rapport van TILEC dat concludeert dat de postsector geen onoverkoombare toetredingsdrempels of structureigenschappen heeft die daadwerkelijke mededinging binnen een redelijke termijn zouden kunnen belemmeren³⁰. Daarbij hebben toetreders het voordeel dat zij hun vaste kosten in vergelijking met PostNL kunnen beperken door gebruik te maken van flexibele arbeid buiten de cao om met overeenkomsten van opdracht. Dit voordeel zal geleidelijk verdwijnen als gevolg van de afspraken die zijn gemaakt met de sociale partners om toe te werken naar een situatie waarbij 80% van de postbezorgers werkt op basis van een arbeidsovereenkomst. Dat neemt niet weg dat toetreders mede dankzij lage vaste kosten gemakkelijk schaalgroottes hebben kunnen verwerven ten koste van PostNL. Een analyse van toetredingsdrempels is niet langer relevant als reeds toetreding heeft plaatsgevonden, en de toetreden marktpartijen voldoende concurrentiedruk uitoefenen.
34. Bij de analyse van het segment zakelijke niet-tijdkritische post merkt OPTA verder op dat "*de incrementele kosten voor het bezorgen van een poststuk...voor PostNL met haar bestaande infrastructuur en een compleet aanbod van diensten waarschijnlijk vele malen lager [zijn] dan voor concurrenten die een beperkter dienstaanbod hebben, waardoor PostNL een significant concurrentievoordeel geniet*" (randnummer 115). Daarmee gaat OPTA voorbij aan het feit dat het bezorgnetwerk van PostNL is ingericht op bezorging zes dagen per week, om te kunnen voldoen aan de UPD, en derhalve veel hogere kosten kent dan de bezorgnetwerken van partijen die geen UPD hebben, en hun bezorgnetwerk hebben ingericht op bezorging twee dagen per week. Als het gaat om de incrementele kosten van het bezorgen van extra volume via het netwerk van Sandd dan zijn deze kosten waarschijnlijk lager dan die van PostNL, vanwege de lagere kosten van het bezorgnetwerk van Sandd. Het is goed denkbaar dat dit voordeel van Sandd zwaarder weegt dan het schaalvoordeel van PostNL. OPTA heeft in ieder geval nagelaten dit te onderzoeken.
35. Volgens OPTA ontleent PostNL op de zakelijke niet-tijdkritische markt ook een concurrentievoordeel aan het feit dat zij toegang heeft tot, en een klantenrelatie heeft opgebouwd met, alle verzenders van grote partijen post op de postmarkt, en totaaloplossingen kan bieden voor alle poststromen (randnummer 123). Dit is opnieuw een speculatief, want niet nader onderzocht concurrentievoordeel. De volumes zakelijke tijdkritische post van grote klanten zullen in het algemeen gering zijn in verhouding tot de volumes niet-tijdkritische post. De synergievoordelen zijn derhalve beperkt.

³⁰ "*Light is Right*": Competition and Access Regulation in an Open Postal Sector, Paul de Bijl, Eric van Damme en Pierre Larouche, juni 2005

36. OPTA maakt een onderverdeling van het zakelijke niet-tijdkritische segment in drie subsegmenten: bulkpost brieven, direct mail en periodieken. Ten aanzien van ieder van deze drie subsegmenten noemt OPTA een aantal factoren die volgens haar wijzen op dominantie van PostNL.
37. Ten aanzien van het subsegment bulkpost brieven wijst OPTA op het marktaandeel van bijna 100% van PostNL, maar constateert zij tegelijkertijd dat de gemiddelde prijs van PostNL op dit segment is gedaald. Zoals hierboven al opgemerkt, is deze dalende prijs (ondanks een marktaandeel van bijna 100%) een sterke aanwijzing dat PostNL géén marktmacht heeft in dit subsegment dan wel dat de marktafbakening van OPTA niet deugt.
38. In direct mail heeft PostNL substantieel marktaandeel verloren aan Sandd en SelektMail. Sandd en SelektMail zijn inmiddels samengegaan, waardoor zij hun positie in deze markt nog hebben kunnen versterken. PostNL heeft de activiteiten van Netwerk VSP op het gebied van geadresseerde post inmiddels beëindigd, omdat er geen zicht meer was op een winstgevende ontwikkeling van deze onderneming op de lange termijn. PostNL concurreert nu nog slechts met Sandd/SelektMail met gebruikmaking van haar veel duurder, op de UPD ingerichte netwerk, waardoor de concurrentiepositie van Sandd/SelektMail verder is verbeterd. OPTA noemt nog als concurrentievoordeel dat PostNL haar klanten kan ondersteunen met bepaalde aanvullende diensten via Cendris. Iedereen kan dergelijke aanvullende diensten leveren. Als het werkelijk een concurrentievoordeel zou opleveren om deze diensten in combinatie met postvervoerdiensten aan te bieden, kan Sandd/SelektMail dat ook. Bovendien kunnen klanten deze diensten ook los bij derden inkopen. Het valt derhalve niet in te zien hoe dit zou kunnen bijdragen aan een machtspositie van PostNL.
39. In het subsegment periodieken hebben PostNL en Sandd/SelektMail allebei een marktaandeel van ongeveer 50%. Dat maakt het reeds onwaarschijnlijk dat PostNL een machtspositie zou hebben. Verder ziet OPTA het feit dat PostNL gemiddeld hogere tarieven kan rekenen dan Sandd als een aanwijzing van een dominante positie van PostNL. PostNL heeft echter ook een duurder netwerk dan Sandd, en een ander servicekader. Vanwege die verschillen zegt een vergelijking van de absolute hoogte van de tarieven van PostNL en Sandd weinig.
40. Al met al is de analyse van marktmacht door OPTA ondeugdelijk. OPTA heeft geen rekening gehouden met de disciplinerende van PostNL door elektronische substitutie en, wat de tijdkritische diensten betreft, door de verschuiving naar niet-tijdkritische diensten. In de niet-tijdkritische segmenten heeft OPTA haar dominantie-analyse gebaseerd op een aantal vermeende concurrentievoordelen van PostNL die of niet bestaan of niet op dominantie wijzen.
41. Vervolgens beschrijft OPTA een aantal (potentiële) mededingingsproblemen: buitensporig hoge prijzen, roofprijzen, kruissubsidie, prijsdiscriminatie, koppelverkoop en contractuele voorwaarden om overstapkosten van eindgebruikers te verhogen. Ook dit gedeelte van de analyse vertoont ernstige gebreken.

Buitensporig hoge prijzen

42. Volgens OPTA bestaat er een risico van buitensporig hoge prijzen voor consumentenpost en zakelijke tijdkritische post, ondanks de dalende volumes en het feit dat deze risico's worden beperkt als gevolg van de regulering van de UPD.
43. Het is onbegrijpelijk dat OPTA wijst op een risico van buitensporig hoge prijzen voor diensten die vallen onder de UPD, of waarvan (zoals OPTA zelf toegeeft, zie randnummer 162) de prijs indirect wordt bepaald door de prijzen voor de UPD. OPTA houdt namelijk zelf toezicht op de UPD tarieven, op basis van de kosten plus een redelijk rendement. Daar komt nog bij dat de opbrengsten van de UPD thans als gevolg van dalende volumes aanzienlijk onder het normrendement liggen dat op grond van de Postwet 2009 voor de UPD is toegestaan (een normrendement van 10% boven de

daadwerkelijke kosten). Benchmarking met de tarieven van postvervoerders in andere EU lidstaten die belast zijn met UPD wijst uit dat de tarieven van PostNL tot de laagste in de EU behoren.³¹ Er is derhalve geen enkele reden om aan te nemen dat er een risico is op buitensporig hoge prijzen voor deze poststromen.

44. OPTA wijst nog op het feit dat de tarieven voor consumentenpost en zakelijke tijdkritische post hoger zijn dan de tarieven voor zakelijke niet-tijdkritische post, maar dat wijst niet op buitensporig hoge prijzen: het gaat hier immers om twee totaal verschillende diensten (losse post, in plaats van bulkpost; zesdaagse bezorging, in plaats van twee keer per week, volgende dag bezorgen in plaats van na twee of drie dagen, etc.).

Roofprijzen

45. Volgens OPTA is er een (beperkt) risico op roofprijzen in het segment van zakelijke niet-tijdkritische post. OPTA neemt het bestaan van dit risico aan op grond van een aantal algemene factoren: financiële draagkracht van PostNL, aanwezigheid van uittredingsdrempels en toetredingsdrempels en een krimpende vraag (randnummer 175). OPTA gaat ten onrechte voorbij aan het uitgebreide onderzoek dat de NMa heeft gedaan naar een klacht van Sandd over roofprijzen van PostNL, en dat heeft geleid tot de vaststelling dat PostNL geen roofprijzen hanteerde.
46. OPTA meent de conclusies van de NMa te kunnen negeren op grond van de constatering dat de NMa zich heeft gebaseerd op de kosten van het bezorgen van post via het netwerk van Netwerk VSP. Daarbij heeft de NMa de incrementele kosten van het bezorgen van post ten behoeve van Netwerk VSP via het eigen netwerk van PostNL buiten beschouwing gelaten, omdat het volume dat Netwerk VSP via het netwerk van PostNL liet bezorgen, verwaarloosbaar klein was. Volgens OPTA gaat het in haar analyse om de lange termijn incrementele kosten van de bezorging van alle zakelijke niet-tijdkritische post via het netwerk van PostNL. Die kosten zijn volgens OPTA hoger dan de kosten van bezorging van post via het netwerk van Netwerk VSP (randnummer 182).
47. Dat is niet juist. De NMa is uitgegaan van de totale kosten van bezorging van zakelijke niet-tijdkritische post via het netwerk van Netwerk VSP. De incrementele kosten van de bezorging van zakelijke niet-tijdkritische post via het netwerk van PostNL zijn lager dan de totale kosten van de bezorging van zakelijke niet-tijdkritische post via het netwerk van Netwerk VSP, ondanks de hogere arbeidskosten van PostNL, en het veel duurdere netwerk van PostNL (dat anders dan de netwerken van Netwerk VSP, Sandd en SelektMail niet specifiek is ingericht op de bezorging van zakelijke niet-tijdkritische post).³² Niettemin zijn de tarieven van PostNL voor de bezorging van zakelijke niet-tijdkritische post hoger dan die van Netwerk VSP, Sandd en SelektMail. Er is geen enkele aanwijzing dat PostNL tarieven heeft gehanteerd die beneden de lange termijn incrementele kosten liggen. Er is ook nooit een klacht over roofprijzen van PostNL door Sandd of door andere postvervoerders ingediend. (De klacht van Sandd had uitsluitend betrekking op vermeende roofprijzen van Netwerk VSP.)
48. De constatering van OPTA dat er een (beperkt) risico bestaat op roofprijzen van PostNL is dan ook op niets meer gebaseerd dan de paar algemene factoren die OPTA noemt, die erop zouden wijzen dat PostNL in theorie een prikkel zou kunnen hebben om roofprijzen te hanteren.

³¹ Deutsche Post 2010

³² Indien PostNL zou stoppen met de bezorging van zakelijke niet-tijdkritische post, zou dat slechts beperkte kostenbesparingen opleveren, omdat PostNL haar netwerk grotendeels in stand zou moeten houden voor de UPD en de bezorging van zakelijke tijdkritische post die niet onder de UPD valt.

Kruissubsidie

49. OPTA besteedt veel aandacht aan de mogelijkheid van kruissubsidie. Kruissubsidie kan echter uitsluitend een mededingingsprobleem opleveren, als de kruissubsidie plaatsvindt vanuit een markt waar een onderneming een *wettelijk monopolie* heeft, naar een markt waar concurrentie plaatsvindt. Kruissubsidie door een onderneming met "slechts" een machtspositie, niet berustend op een wettelijk monopolie, vanuit de markt waar de machtspositie bestaat naar een niet door de onderneming gedomineerde markt is geen mededingingsprobleem. Niet voor niets verwijst OPTA in haar analyse naar de Mededeling van de Commissie inzake de toepassing van de mededingingsregels in de postsector³³. De opmerkingen van de Commissie in deze mededeling over kruissubsidies hebben betrekking op kruissubsidies vanuit een gereserveerde markt naar een vrije markt. In de Richtsnoeren van de Commissie met betrekking tot de handhaving van artikel 102 VWEU, die betrekking hebben op niet-gereserveerde markten, wordt kruissubsidie niet als mededingingsprobleem geïdentificeerd. De Nederlandse postmarkt is volledig geliberaliseerd. Kruissubsidiering kan in de Nederlandse postmarkt dan ook geen mededingingsprobleem meer zijn.
50. De wetgever heeft in de toelichting bij de Postwet 2009 gesteld dat kruissubsidiering tussen groepsmaatschappijen op zich niet verkeerd is, zolang er maar geen sprake is van misbruik in de vorm van rooftprijzen of andere vormen van misbruik die erop zijn gericht concurrenten uit de markt te drukken. De reactie van OPTA op deze verwijzing naar de toelichting van de Postwet 2009 is onbegrijpelijk: "*Het college merkt op dat hij kijkt naar de huidige marktsituatie en de huidige postwetgeving en op basis daarvan tot een andere conclusie komt, namelijk dat het risico op ongeoorloofde kruissubsidiering wel aanwezig is*". Deze reactie gaat geheel voorbij aan de essentie, dat kruissubsidiering in de afwezigheid van wettelijke exclusieve of bijzondere rechten die bepaalde activiteiten voorbehouden aan een bepaalde onderneming, geen mededingingsprobleem is.
51. Afgezien van het voorgaande verliest OPTA uit het oog dat de prijzen in het tijdkritische segment direct of indirect worden vastgesteld door OPTA op basis van de daadwerkelijke kosten plus een redelijk rendement, krachtens de regulering van de UPD. Prijzen die zijn gebaseerd op de kosten plus een redelijk rendement laten geen kruissubsidie toe.

Prijstdiscriminatie

52. OPTA onderscheidt twee vormen van prijsdiscriminatie: prijsdiscriminatie die wel en prijsdiscriminatie die niet tot doel heeft de marktstructuur te beïnvloeden (zie randnummer 213/214 van OPTA's analyse). De NMa omschrijft het iets vollediger in haar besluit naar aanleiding van de klacht van Sandd³⁴, waar zij stelt dat prijsdiscriminatie door een onderneming met een machtspositie een probleem kan zijn indien de onderneming door middel van selectieve prijsopbieding (potentiële) concurrenten uitsluit van de markt of indien als gevolg van de prijsdiscriminatie de belangen van de afnemers op *downstream* markten worden geschaad. Dat laatste kan zich voordoen als een onderneming met een machtspositie verschillende prijzen rekent aan ondernemingen die met elkaar op een *downstream* markt concurreren, met als gevolg dat hun onderlinge concurrentie wordt verstoord. Dat is hier niet aan de orde.
53. Selectieve prijsopbieding kan een mededingingsprobleem zijn als daarbij rooftprijzen worden toegepast. Zolang de prijzen liggen boven de efficiënte variabele of incrementele kosten, kan een even efficiënte onderneming de prijzen evenaren en is er geen risico dat even efficiënte ondernemingen van de markt worden verdrongen. De NMa heeft naar aanleiding van de klacht van Sandd uitgebreid onderzoek gedaan naar verboden prijsdiscriminatie door PostNL en heeft daar geen aanwijzingen voor gevonden. OPTA stelt dat "*dit niet betekent dat er geen risico is op*

³³ Publicatieblad van de EU Nr. C 39 van 6 februari 1998, p. 2.

³⁴ Besluit van 15 december 2009 in zaak 6207, p. 19.

prijdiscriminatie" (randnummer 220). Dat is een nietszeggende opmerking. Het feit dat PostNL zich tot nu toe niet schuldig heeft gemaakt aan marktafscherpende prijdiscriminatie is op zijn minst een sterke aanwijzing dat dit potentiële mededingingsprobleem niet bestaat.

Koppelverkoop

54. Volgens OPTA is er een risico dat PostNL een bundel van tijdkritische en niet-tijdkritische diensten aanbiedt, waarbij de som van de tarieven voor de twee afzonderlijke diensten hoger is dan de prijs van de bundel. Dit zou er volgens OPTA voor kunnen zorgen dat PostNL klanten aan zich kan binden die beide diensten afnemen, en zo de markt kan afschermen voor concurrenten die alleen niet-tijdkritische diensten aanbieden. Bundeling wordt in het mededingingsrecht uitsluitend als een probleem gezien in de volgende situatie: een onderneming die dominant is op de markt voor product A, biedt product A samen met product B aan, en de incrementele prijs van product B³⁵ is lager dan de incrementele kosten van product B.³⁶ Bundeling is dus uitsluitend een mededingingsprobleem in combinatie met rooftprijzen.
55. De NMa heeft onderzoek gedaan naar de toepassing van bundelkortingen door PostNL naar aanleiding van de klacht van Sandd. Zij heeft alle door Sandd aangedragen voorbeelden van bundeling onderzocht, en geen concurrentieverstorende bundelkortingen kunnen constateren. Bij gebreke van enig praktijkvoorbeeld van bundelkortingen gepaard gaande met rooftprijzen kan OPTA niet volhouden dat er een serieus risico op dergelijke bundelkortingen bestaat.

Contractuele voorwaarden om overstapkosten van eindgebruikers te verhogen

56. Hieronder verstaat OPTA het opnemen van bepalingen in contracten waarmee de kosten van de eindgebruikers om over te stappen op een alternatieve aanbieder worden verhoogd, zoals langdurige contracten, hoge boetes voor het vroegtijdig opzeggen van contracten en loyaliteitsprogramma's. Het enkele feit dat een dominante aanbieder contractuele voorwaarden hanteert die tot overstapkosten voor eindgebruikers leiden, levert op zichzelf nog geen mededingingsprobleem op. Dat kan zich pas voordoen als de voorwaarden leiden tot marktafscherming van concurrenten.
57. Naar aanleiding van de klacht van Sandd heeft de NMa onderzocht of PostNL dergelijke contractuele voorwaarden hanteert, maar niets gevonden dat daarop wijst. OPTA stelt daar wederom geen enkele concrete aanwijzing tegenover dat dat anders zou zijn. Daarmee blijft ook dit potentiële mededingingsprobleem zuiver hypothetisch.

F. Conclusie

58. Op grond van het voorgaande ben ik van mening dat er geen gronden zijn om een AMM regulering voor de postmarkt in te voeren. De bestaande regulering is afdoende om een betaalbare toegang tot de UPD te verzekeren, in overeenstemming met de Postrichtlijn. De AMM regulering die OPTA en de Staatssecretaris voor ogen staat zou betrekking hebben op de zakelijke niet-tijdkritische markt, en zou er op zijn gericht de positie van Sandd te beschermen. Sandd is echter al beschermd tegen oneerlijke concurrentie van PostNL door middel van het reguliere mededingingsrecht en heeft geen extra steun in de rug nodig. Het is duidelijk dat verstoringen van de concurrentie op de zakelijke niet-tijdkritische markt moeten worden tegengegaan, maar het reguliere mededingingsrecht biedt daarvoor voldoende mogelijkheden.

Amsterdam, juni 2012

P. Glazener

³⁵ De incrementele prijs van product B is de bundelprijs van producten A en B verminderd met de prijs van het losse product A.

³⁶ De incrementele kosten van product B zijn de kosten van het toevoegen van product B aan de bundel. Zie over bundeling ook de Richtsnoeren van de Commissie voor de handhaving van artikel 102 VWEU, paragraaf 60.