



Besluit

Beslissing op bezwaar tegen stopzettingsbesluit procedure PostNL

Ons kenmerk : ACM/UIT/572235
Zaaknummer : ACM/20/040369
Datum : 25 maart 2022

1. Inleiding

- 1 RM (Netherlands) 1 B.V. (hierna: RM) heeft bezwaar ingediend tegen het besluit van de ACM van 16 april 2020 tot stopzetting van de procedure tegen PostNL met kenmerk ACM/UIT/532480 (hierna: stopzettingsbesluit). De procedure betreft de beoordeling van het sanctierapport dat werd vastgesteld door de directeur Telecom Vervoer en Post (hierna: TVP) van de ACM. Het rapport vormt de vastlegging van het onderzoek door toezichthoudende ambtenaren van de directie TVP naar het gedrag van PostNL N.V., PostNL Holding B.V. en Koninklijke PostNL B.V. (hierna samen: PostNL) in de periode 2015-2017 op de markt voor zakelijke post. Dit onderzoek is gedaan naar aanleiding van een handhavingsverzoek dat postvervoerder Sandd in 2015 bij de ACM heeft ingediend.
- 2 Het onderzoek richtte zich op de vraag of PostNL misbruik heeft gemaakt van een economische machtspositie en daarmee artikel 24 van de Mededingingswet (hierna: Mw) en artikel 102 van het Verdrag van de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU) heeft geschonden.
- 3 De ACM heeft in het stopzettingsbesluit geconstateerd dat het mededingingslandschap waarin PostNL opereert tussentijds is gewijzigd ten gevolge van de concentratie tussen PostNL en Sandd. Voor die concentratie verleende de Staatssecretaris van Economische Zaken op grond van artikel 47 Mw een vergunning bij besluit van 27 september 2019 (hierna: goedkeuringsbesluit). Als gevolg van de vergunning is PostNL de enige overgebleven postvervoerder met een landelijk dekkend netwerk. Het goedkeuringsbesluit berust op een belangenafweging in het kader van het algemeen belang. Daarbij is onder meer meegewogen de afgenomen (maatschappelijke) wenselijkheid en levensvatbaarheid van concurrentie tussen meerdere landelijke postnetwerken. Als gevolg hiervan zijn nut en noodzaak van het verder doorzetten van de zaak verdwenen, aldus het stopzettingsbesluit. De ACM zag daarin aanleiding de verdere beoordeling van het rapport stop te zetten.
- 4 De ACM ziet in de door RM aangevoerde bezwaargronden geen reden om terug te komen op het stopzettingsbesluit. Zij licht dat als volgt toe.

2. Verloop van de procedure

- 5 RM heeft bij brief van 27 mei 2020 bezwaar gemaakt tegen het stopzettingsbesluit.
- 6 De ACM heeft RM daarop in de gelegenheid gesteld om te onderbouwen waarom zij belanghebbende is bij het stopzettingsbesluit. Op 10 september 2020 heeft een hoorzitting plaatsgevonden. Vervolgens heeft de ACM op 21 december 2020 RM aangemerkt als belanghebbende. Daarbij heeft zij de samenstelling van het dossier onderbouwd, alsmede de wijze waarop RM toegang zou krijgen.
- 7 Tegen dit besluit tot toelating van RM als belanghebbende in de procedure heeft PostNL beroep ingesteld en heeft zij een voorlopige voorziening verzocht bij de rechtbank Rotterdam. De voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam heeft op 19 maart 2021 het verzoek van PostNL afgewezen (ECLI:NL:RBROT:2021:2274).
- 8 RM heeft op 15 juni 2021 inzage gekregen in de van vertrouwelijke gegevens geschoonde samenvatting van het onderzoeksrapport.
- 9 Op 27 juli 2021 heeft RM haar gronden van bezwaar aangevuld.
- 10 PostNL heeft op 6 september 2021 haar zienswijze gegeven.
- 11 Op 11 oktober 2021 heeft de ACM een hoorzitting gehouden. Het verslag van de hoorzitting is aan partijen toegestuurd op 23 november 2021. Naar aanleiding van het verslag heeft PostNL opmerkingen gemaakt. Deze zijn toegevoegd aan het dossier.

3. Bezwaargronden RM

- 12 RM stelt dat de “beleidsmatige overwegingen” in het stopzettingsbesluit niet mogen leiden tot stopzetting van de verdere beoordeling van het onderzoeksrapport. RM stelt dat de verandering van het mededingingslandschap mede is veroorzaakt door het gedrag van PostNL dat voorwerp was van het onderzoek van de directie TVP. Dat gedrag maakte dat Sandd in een slechtere financiële positie raakte, waardoor PostNL haar kon overnemen en PostNL een argument had om de overname te rechtvaardigen. Als dit gedrag komt vast te staan, heeft dat eveneens tot gevolg dat het goedkeuringsbesluit zonder legitimering tot stand is gekomen. Nut en noodzaak voor de voortzetting van de procedure zijn daarom volgens RM niet verdwenen. Het stopzettingsbesluit is daarbij prematuur, omdat het goedkeuringsbesluit nog niet definitief is gelet op de lopende hoger beroepsprocedure. De voorgenomen wijziging van de Postwet kan volgens RM evenmin een argument vormen om de beoordeling van het rapport stil te leggen, omdat het slechts om een voornemen gaat. Dat geldt ook als de voorwaarden bij het goedkeuringsbesluit onderdeel uit gaan maken van de nieuwe regelgeving. Tot slot hebben de verweten gedragingen volgens RM plaatsgevonden voorafgaand aan de concentratie en kan het goedkeuringsbesluit daarom geen reden vormen om de procedure stop te zetten.
- 13 Verder vormt misbruik volgens RM een zeer ernstige overtreding van het mededingingsrecht en dient zulk gedrag te worden bestraft. Het stopzettingsbesluit vormt dan een ongewenst precedent. De stopzetting is volgens RM namelijk niet het gevolg van een toezegging of gedragsverandering

van PostNL en ook de intrekking van het handhavingsverzoek door Sandd heeft niet geleid tot stopzetting van het onderzoek. De aanpassing van de structuur van de markt als gevolg van de overname door PostNL van Sandd mag dan volgens RM evenmin leiden tot stopzetten van de procedure. De acceptatie van dat argument zou afbreuk doen aan de afschrikwekkende functie van het mededingingsrecht, waarbij RM en andere marktpartijen belang hebben.

- 14 Het gedrag van PostNL had volgens RM invloed op de omzet van Sandd en via de samenwerkingsovereenkomst tussen RM en Sandd ook op de omzet van RM. Een besluit waarin een overtreding wordt vastgesteld, kan volgens RM als bewijs dienen voor een schadeclaim. Tot slot is de opzegging van de samenwerkingsovereenkomst volgens RM het gevolg van de overnamegesprekken tussen PostNL en Sandd. Dergelijk gedrag vormt een kartelafsprake in de zin van artikel 6 Mw. Dit moet leiden tot hervatting van het onderzoek.

4. Beoordeling bezwaar door de ACM

- 15 De ACM kan besluiten om een procedure te stoppen wanneer de omstandigheden waarin de betreffende procedure zich bevindt daar aanleiding toe geven. Volgens de ACM was er in deze procedure ten tijde van het stopzettingsbesluit sprake van dergelijke omstandigheden en leiden de omstandigheden thans na beoordeling van de bezwaren van RM in heroverweging niet tot een ander resultaat.
- 16 Voortzetting van de procedure, die RM bepleit en waarop alle bezwaargronden zijn gericht, leidt niet tot een evenredige en doelmatige inzet van de middelen die de ACM ter beschikking staan. In dat kader dient de inzet van de beperkte middelen van de ACM te worden afgewogen tegen het (algemeen) belang dat er mee wordt gediend in het licht van de relevante marktomstandigheden.
- 17 Voorop staat dat de uitkomst van de beoordeling op voorhand niet vaststaat. Heropening van de procedure door de ACM zal niet automatisch leiden tot de uitkomst dat PostNL artikel 24 Mw/102 VwEU heeft geschonden. De rechtspraak laat zien dat een beoordeling van een artikel 24 Mw/102 VwEU onderzoek bewerkelijk is en dat een dergelijke beoordeling vaak aanleiding vormt voor een vervolprocedure die lang kan duren en zeer complex kan zijn met meerdere afwegingsmomenten. De ACM dient zich daarbij ook te richten op Europese rechtspraak die op dat punt in ontwikkeling is. Dat geldt in het bijzonder bij misbruikzaken, zoals bijvoorbeeld blijkt uit de zaak Intel.¹
- 18 Het onderzoeksrapport zal in dit licht moeten worden beoordeeld en er zal een besluit moeten worden opgesteld. Het is daarbij de verwachting dat dat besluit, ongeacht de uitkomst, zal leiden tot een beroepsprocedure die zal moeten worden behandeld, eventueel gevolgd door een hoger beroep. Voortzetting van de procedure zal naar verwachting onevenredig veel capaciteit vragen van de ACM. De mensen en middelen die daarvoor zullen moeten worden vrijgemaakt, kunnen dan niet worden ingezet voor andere werkzaamheden van de ACM.
- 19 In de afweging om wel of niet verder te gaan met de beoordeling van het onderzoeksrapport over het gedrag van PostNL betreft de ACM de realiteit van de fusie tussen PostNL en Sandd. De ACM stelt vast dat de goedkeuring van de fusie tussen deze partijen een politieke keuze uitdrukt om tot een nieuwe marktordening te komen met één landelijk postnetwerk.²

¹ Vergelijk GvEA, 26 januari 2022, zaak T-286/09 RENV, Intel.

² Kamerstukken II, 2019-2020, 29502, nr. 173 en Kamerstukken II, 2020-2021, 29502, nr. 180.

- 20 Het goedkeuringsbesluit en de daaropvolgende operationele integratie van de fuserende partijen per februari 2020 hebben inmiddels geleid tot de feitelijke situatie van één landelijk postvervoerbedrijf. Het gedrag van PostNL wordt daarbij thans gecorrigeerd door de voorwaarden bij het goedkeuringsbesluit, die eveneens zijn verwerkt in het voorstel van wet voor een nieuwe Postwet.³ De omstandigheid dat de rechtbank bij uitspraak van 11 juni 2020 het goedkeuringsbesluit heeft vernietigd, waarop RM in haar bezwaargronden wijst, doet hieraan niet af. Dat vernietigde besluit werd op 9 april 2021 vervangen door een nieuw besluit.⁴
- 21 De ACM onderkent dat misbruik van machtspositie – indien bewezen – een ernstige overtreding van het mededingingsrecht vormt, zoals RM stelt. Het onderzoeksrapport drukt vooralsnog echter enkel een vermoeden van overtreding uit; daarmee staat niet vast dat PostNL artikel 24 Mw/102 VwEU heeft geschonden. Van een situatie die dwingt tot handhaving is geen sprake. Voordat de conclusie kan worden getrokken dat sprake is van een overtreding van artikel 24 Mw/102 VwEU, dienen het onderzoeksrapport, het dossier en de zienswijze van PostNL daarop te worden beoordeeld door de ACM. De ACM komt daarom in deze fase niet toe aan de afweging vanuit een oogpunt van generale of speciale preventie, waarop RM wijst. Dergelijke overwegingen dwingen in elk geval thans niet om tot beoordeling van het rapport over te gaan.
- 22 Een boete voor PostNL waarom RM vraagt, is evenmin een belang waarop een aanvrager of concurrent als derde een gerechtvaardigd beroep kan doen. Het belang dat RM stelt te hebben bij een beoordeling ten behoeve van een andere bestuursrechtelijke procedure, zoals het hoger beroep tegen het goedkeuringsbesluit dan wel in het kader van een civielrechtelijke claim wegens onrechtmatige daad, is niet maatgevend om een bestuursrechtelijk boetebesluit te nemen. Een individuele partij, zoals RM, kan gebaat zijn bij een bepaalde uitkomst uit een handhavingprocedure. De ACM kan inzet van haar publieke middelen echter niet enkel laten bepalen door de belangen van een specifieke marktpartij bij een eventuele schadevergoedingsprocedure danwel een andere juridische procedure.
- 23 De stelling van RM dat sprake is van een mogelijke overtreding van het kartelverbod uit artikel 6 Mw heeft RM niet nader met bewijsmiddelen onderbouwd en vormt reeds daarom geen aanleiding tot het doen van onderzoek.

Conclusie:

- 24 In het licht van deze omstandigheden acht de ACM de beslissing juist om de beoordeling van het onderzoeksrapport niet te hervatten. De bezwaren van RM slagen om de voormelde redenen niet.

³ Kamerstukken II, 2019-2020, 35423, nr. 3, p. 15.

⁴ Kamerstukken II, 2020-2021, 29502, nr. 181.

5. Besluit

25 De Autoriteit Consument en Markt:

- I. verklaart de bezwaren van R.M. (Netherlands) 1 B.V. tegen het besluit van 16 april 2020, met kenmerk ACM/UIT/532480, ongegrond;
- II. handhaaft haar besluit van 16 april 2020, met kenmerk ACM/UIT/532480, in aanvulling met hetgeen in dit besluit is weergegeven;
- III. wijst het verzoek op grond van artikel 7:15, tweede lid, Awb, tot vergoeding van de kosten van juridische bijstand in de bezwaarschriftprocedure af.

Den Haag, 25 maart 2022

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze:

drs. M.R. Leijten
bestuurslid

Als u belanghebbende bent, kunt u beroep instellen tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde beroepschrift naar de Rechtbank Rotterdam, Sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Dit moet u doen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit bekend is gemaakt. Meer informatie over de beroepsprocedure vindt u op www.rechtspraak.nl.