

De minister van Economische Zaken
De heer H.G.J. Kamp
Postbus 20401
2500 EK 'S-GRAVENHAGE

Den Haag, 23 NOV. 2016

Aantal bijlage(n):

Uw kenmerk: DGETM-MC/16147202

Ons kenmerk: ACM/DTVP/2016/206824

Contactpersoon: mr. S.R. Formsma | Symen.Formsma@acm.nl | (070) 722 21 49

Onderwerp: Uitvoeringstoets beleidsregel ex ante regulering postmarkt

Geachte heer Kamp,

Bij brief van 1 november 2016 (kenmerk DGETM-MC / 16147202) heeft u de Autoriteit Consument en Markt (hierna: de ACM) verzocht om een uitvoeringstoets op de concept beleidsregel ex ante regulering postmarkt. Met deze brief voldoe ik aan dat verzoek.

Kern en advies

In het Algemeen Overleg van 7 september 2016¹ verwoordde u dat de voorgestelde beleidsregel er in de kern op is gericht dat de ACM bij het toepassen van het instrumentarium uit de Postwet 2009 zoveel mogelijk de effecten daarvan in beeld brengt en die effecten ook meeweegt bij het aan een postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht (AMM) opleggen van verplichtingen. De ACM onderschrijft zoals altijd het belang van een goede effectenanalyse om tot een proportionele en zorgvuldige oplegging van verplichtingen te komen.

De uitwerking die dat krijgt in deze beleidsregel beïnvloedt volgens de ACM echter de effectieve en flexibele toepassing van het AMM-instrumentarium nadelig. Het kan er toe leiden dat de wettelijke AMM-regeling praktisch gezien onuitvoerbaar blijkt. Vooral de verzwaarde bewijslast die voor de ACM uit de beleidsregel voortvloeit, is hieraan debet. Mogelijk staat deze beleidsregel ook op gespannen voet met toepassing van de Mededingingswet. De ACM verwacht dan ook dat de beleidsregel daardoor leidt tot het tegendeel van wat deze beoogt, namelijk dat de onzekerheid in de markt er door wordt vergroot in plaats van dat juist zekerheid wordt geboden. Dat wordt versterkt doordat de beleidsregel zelf geen bestendig karakter heeft en de opportuniteit van het bestaande

¹ Kamerstukken II 2015-2016, 29 502, nr. 124

wettelijke AMM-instrumentarium als zodanig ter discussie stelt.

De ACM adviseert u daarom de uitvoerbaarheid van de beleidsregel te verbeteren. Dat kan door in overeenstemming met de door u in het Algemeen Overleg verwoorde bedoeling te volstaan met een opdracht aan de ACM om bij het opleggen van verplichtingen de effecten daarvan zoveel mogelijk kwantitatief in beeld te brengen. De ACM is uiteraard bereid om u te voorzien van concrete voorstellen om de uitvoerbaarheid verder te vergroten.

Doel beleidsregel

Aan de beleidsregel ligt ten grondslag dat het wenselijk is om de toepassing door de ACM van het AMM-instrumentarium in lijn te brengen met het beleid van de Minister. Op basis van onderzoek zult u een beleidsvisie ontwikkelen op de toekomstige ontwikkeling van de postmarkt. De voorliggende beleidsregel beoogt er voor te zorgen dat in de tussentijd voorzichtig wordt omgegaan met het opleggen van verplichtingen aan postvervoerbedrijven. Juist in die overgangsfase is reguleringszekerheid volgens de beleidsregel van belang. Om die redenen expliciteert de beleidsregel het doel van het ex ante toezicht en bevat hij een nadere concretisering van de proportionaliteitseis. Verder draagt de beleidsregel aan de ACM op om de effecten van opgelegde verplichtingen via een kwantitatieve analyse in beeld te brengen.

In het Algemeen Overleg van 7 september 2016 gaf u aan dat dit laatste de kern van de beleidsregel vormt. Niettemin stelt de ACM vast dat de beleidsregel meer omvat dan alleen dat. Zo bepaalt hij ook welke doelstellingen de ACM bij het opleggen van verplichtingen dient na te streven en welke verplichtingen zij niet mag opleggen. Verder werkt de beleidsregel de door de ACM te verrichten proportionaliteitstoets en impactanalyse uitvoerig en gedetailleerd uit. Daarmee wordt de ruimte die de ACM heeft om haar wettelijke taak naar eigen inzicht uit te oefenen, sterk ingekaderd.

Hierna gaat de ACM eerst in op de door haar te verrichten kwantitatieve effectenanalyse en de gevolgen daarvan voor de uitvoerbaarheid van haar wettelijke taken. Daarna volgen andere aspecten.

Kwantitatieve analyse, effecten en uitvoerbaarheid

De beleidsregel verplicht de ACM om de proportionaliteit van opgelegde verplichtingen door middel van een zo veel mogelijk kwantitatieve analyse te onderbouwen. Als gezegd onderschrijft de ACM het belang van een goede effectanalyse om tot een proportionele en zorgvuldige oplegging van verplichtingen te komen.

De beleidsregel stelt daarbij echter vergaande en gedetailleerde eisen aan die kwantitatieve analyse. Zo dient de ACM in de effectanalyse alle bedoelde en onbedoelde effecten van voorgenomen verplichtingen in beeld te brengen en de kosten en baten daarvan voor marktpartijen zoveel mogelijk inzichtelijk te maken. Ook als effecten niet kwantificeerbaar zijn, zou de ACM daartoe wel pogingen moeten doen. Dit alles in het licht van een inschatting van de verwachte uitkomsten bij de invoering van de verplichtingen in vergelijking met de uitkomsten die zouden resulteren in afwezigheid van

deze verplichtingen én de huidige ex ante regels (artikel 9 van de Postwet 2009). Bij de kwantificering van effecten moet de ACM daarbij niet alleen kijken naar de directe kosten voor marktpartijen, maar ook naar andere kosten en baten zoals toe- of afname in producenten- en consumentensurplus, uitvoerings- en compliancekosten van respectievelijk de toezichthouder en postvervoerbedrijven en neveneffecten zoals effecten op toetredingsprikkels, investeringsniveau en het kwaliteitsniveau.

De ACM constateert dat de beleidsregel een precieze vaststelling of inschatting verwacht van de effecten in een hypothetische marktsituatie (de situatie in afwezigheid van bestaande regulering) op de lange termijn in een dynamische markt. Deze verwachtingen ten aanzien van de effectanalyse zijn volgens de ACM onrealistisch. De ACM kent ook geen precedent voor een dergelijke vergaande en gedetailleerde kwantificering in een dergelijke context.

Verder zou de ACM volgens de beleidsregel ook de effecten van de marktafbakening moeten kwantificeren, omdat die bepalend zou zijn voor de definiëring van het potentiële mededingingsprobleem en voor de vraag welke verplichting geschikt is en nodig is om dat probleem te voorkomen. Het afbakenen van de markt is echter een activiteit die moet plaatsvinden in overeenstemming met de beginselen van het algemene Europese mededingingsrecht. De ACM ziet niet in hoe die marktafbakening de proportionaliteit van op te leggen verplichtingen mede kan bepalen. Daarmee is de vraag of de beleidsregel zich op dit punt wel verdraagt met de beginselen van het algemene Europese mededingingsrecht.

Belang van zekerheid

Evenals de wetgever in 2013 bij de invoering van het AMM-instrument onderkende, ziet de ACM een belangrijke rol voor concurrentie tussen postvervoerbedrijven voor de ontwikkeling van de postmarkt. Concurrentie tussen postvervoerbedrijven draagt bij aan het bevorderen van innovatie en het (blijven) realiseren van nieuwe klantgerichte toepassingen voor eindgebruikers. De ACM benadrukt dan ook het belang van concurrentie en de kansen die dit biedt voor andere postvervoerbedrijven en eindgebruikers. Een AMM-positie vormt daarbij een risico voor een evenwichtige ontwikkeling van de postmarkt omdat de AMM-partij de prikkel en de mogelijkheid heeft de mededinging te verhinderen of te beperken. De door de ACM te nemen besluiten kunnen juist voor de andere postvervoerbedrijven dan de AMM-partij van levensbelang zijn, omdat deze besluiten beogen de mededingingsproblemen die de AMM-partij kan veroorzaken te remediëren.

De verzwaarde bewijslast voor de ACM en de procedurele risico's en vertraagde besluitvorming die dat oplevert, vergroten de onzekerheid voor deze concurrerende postvervoerbedrijven met bijbehorende negatieve effecten op de investerings- en innovatiemogelijkheden in de markt. Onduidelijk is of de ACM bij onverkorte toepassing van de beleidsregel nog effectieve verplichtingen kan opleggen.

Uit de tekst van de beleidsregel blijkt verder dat de nog te ontwikkelen beleidsvisie aanleiding kan zijn voor een heroverweging van het huidige AMM-instrumentarium en dus niet bedoeld is als een

structurele maatregel.² Daardoor blijft voor betrokken marktpartijen ook op langere termijn onzekerheid bestaan over de inhoud van het regelgevend kader dat voor hun bedrijfsuitoefening juist van wezenlijk belang is. Deze onzekerheid is van grote invloed op met name de positie van met de AMM-partij concurrerende postvervoerbedrijven.

Nut en noodzaak van nadere duiding en uitwerking

In de beleidsregel wordt gesteld dat prudent moet worden omgegaan met het aan postvervoerbedrijven opleggen van verplichtingen die belangrijke en structurele consequenties kunnen hebben voor de wijze waarop deze markt nu en in de toekomst functioneert. Dit in verband met de krimp in de postmarkt en in afwachting van de ontwikkeling van een beleidsvisie op de toekomstige ontwikkeling van de postmarkt. Dat vraagt volgens de beleidsregel om een nadere duiding van de beleidsdoelstellingen van het ex ante instrument om onwenselijke effecten voor de lange termijn te voorkomen. En het vraagt om een nadere uitwerking van de eis van proportionaliteit bij de toepassing van het instrument.

Bij het opleggen van verplichtingen aan een AMM-partij moet de ACM altijd behoedzaam en zorgvuldig te werk gaan. Dat de ACM bij het toepassen van de artikelen 13e tot en met 13k van de Postwet 2009 aan de eisen van proportionaliteit, zorgvuldigheid en motivering moet voldoen, volgt ook uitdrukkelijk uit de Postwet 2009 en de Algemene wet bestuursrecht. Daarnaast is afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht van toepassing op de voorbereiding van een besluit op grond van artikel 13b of 13c van de Postwet 2009. Belanghebbende partijen hebben daardoor de gelegenheid om de ACM te wijzen op de mogelijke nadelige gevolgen van een voorgenomen besluit. Als zij vinden dat de ACM die gevolgen onvoldoende zorgvuldig heeft meegewogen bij het nemen van haar uiteindelijke besluit, kunnen zij dit vervolgens door de rechter laten beoordelen. De ACM ziet geen aanleiding om daaraan voorafgaand een extra procedure in te lassen wanneer de AMM-partij een afwijkende analyse heeft van de verwachte effecten.

Het toepassen van het AMM-instrument betekent steeds een interventie in de markt met potentieel structurele consequenties. Het instrument is juist niet bedoeld om een status quo in de markt te waarborgen. Het ex ante instrument kan immers alleen worden toegepast als een postvervoerbedrijf beschikt over aanmerkelijke marktmacht. Er is dan per definitie sprake van structurele voordelen voor de AMM-partij ten opzichte van de concurrentie. Verplichtingen beogen de mededingingsbeperkende gedragingen die daaruit kunnen voortkomen te remediëren.

Effectiviteit van besluiten van de ACM

De eisen die de beleidsregel stelt aan de proportionaliteit van opgelegde verplichtingen en de impactanalyse die de ACM daarbij moet doen, leiden tot een grotere complexiteit van AMM-besluiten. Zoals hierboven al is beschreven heeft dit een vertragend effect op de besluitvorming en de afbreukrisico's in de over die besluiten te voeren juridische procedures worden erdoor vergroot. In tegenstelling tot wat de beleidsregel beoogt, vergroot dit juist de onzekerheid bij marktpartijen over

² Zie ook de brief van de Minister aan de Tweede Kamer van 5 september 2016 (Kamerstukken II 2015-2016, 29 502, nr. 123)

het al dan niet effectief worden van opgelegde verplichtingen. De gevolgen daarvan kunnen voor die marktpartijen aanzienlijk zijn.

De beleidsregel bevat bovendien vage en onbepaalde termen en passages, die het opleggen van effectieve verplichtingen aan een postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht onnodig kunnen vertragen en belemmeren.

Dit geldt bijvoorbeeld voor het in artikel 3, tweede lid, onder b, van de beleidsregel opgenomen vereiste inclusief de daarop gegeven toelichting. Inherent aan het opleggen van verplichtingen is dat die altijd in vergelijking met een situatie zonder verplichtingen een relatief concurrentienadeel voor dat postvervoerbedrijf zullen betekenen en daarmee invloed hebben op zijn financiële positie. Dat de ACM een dergelijk effect ook nog eens voor de langere termijn moet beoordelen, vergroot de onzekerheidsmarges bij het toepassen van dit vereiste.

Het geldt bijvoorbeeld ook voor de passages in de beleidsregel waarin wordt gesteld dat de ACM zich moet beperken tot “het voorkomen van dusdanig mededingingsbeperkende gedragingen dat de belangen van eindgebruikers ernstig worden geschaad” en dat een verplichting er niet toe mag leiden dat “de concurrentiepositie van het postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht op de langere termijn zodanig onder druk komt te staan dat hij zelf niet meer goed in staat is om met de andere postvervoerbedrijven effectief te concurreren”.

Dergelijke formuleringen en passages trekken een zware wissel op de onderbouwing die de ACM aan het opleggen van verplichtingen moet geven. Dat kan er toe leiden dat de ACM die verplichtingen niet meer kan opleggen of dat op te leggen verplichtingen inboeten aan het effectief voorkomen van potentiële mededingingsproblemen. Dit kan er toe leiden dat de ACM niet in staat is om de wettelijke, en in deze beleidsregel geëxpliciteerde, doelstellingen van het AMM-instrument te realiseren. Daarnaast kan deze inperking van de verplichtingen op gespannen voet staan met de eisen die de Mededingingswet stelt aan het gedrag van marktpartijen.

Juridische aspecten

De ACM merkt op dat op een aantal onderdelen de beleidsregel mogelijk onverbindend is. Dit betreft met name de in artikel 2 vervatte aanvulling op de doelstellingen van het ex ante instrument, de bepaling in artikel 3 dat de ACM bepaalde verplichtingen niet kan opleggen en het voorschrift in artikel 4 waarbij de ACM rechtstreeks wordt verplicht om een (kwantitatieve) analyse op te stellen. Voor zover de beleidsregel daarmee buiten de grenzen treedt van wat op basis van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen in samenhang met de Algemene wet bestuursrecht mogelijk is, maakt dit ook de ter uitvoering van de beleidsregel door de ACM verrichte handelingen kwetsbaar in de over AMM-besluiten te voeren gerechtelijke procedures.

Verhouding beleidsregel en artikel 9 Postwet 2009

Bij e-mailbericht van 22 november 2016 heeft u een definitieve integrale versie van de beleidsregel aan de ACM voorgelegd, waarin een paragraaf is opgenomen over uw voornemen om artikel 9 van de Postwet 2009 in te trekken. Daarover merkt de ACM op dat de beleidsregel betrekking heeft op de toepassing van het ex ante instrumentarium zoals opgenomen in de artikelen 13a tot en met 13k en niet op de toepassing artikel 9 van de Postwet 2009. Van een formele verhouding tussen de beleidsregel en artikel 9 is geen sprake. De ACM gaat er dan ook vanuit dat de onderhavige paragraaf niet beoogt om aan de ACM instructies te geven omtrent de toepassing van artikel 9 van de Postwet 2009, maar om kenbaar te maken wanneer artikel 9 wordt ingetrokken en welke consequenties dat heeft.

Het in 2014 in de Postwet 2009 geïntroduceerde AMM-instrumentarium heeft een breder toepassingsbereik dan artikel 9 van de Postwet 2009. Het biedt ook meer mogelijkheden om flexibel in te spelen op de ontwikkelingen in de postmarkt en een adequatere basis om potentiële mededingingsproblemen in de postmarkt zoveel mogelijk te voorkomen. De beleidsregel onderschrijft dit in deze paragraaf. Overigens staat dat in contrast met de aanhef van de toelichting die aangeeft dat aan de hand van de nog te ontwikkelen beleidsvisie zal worden bezien of het huidige regelgevende kader nog adequaat is.

Op dit moment lopen er nog verschillende procedures en onderzoeken in het kader van artikel 9 van de Postwet 2009, waarvan de uitkomst van groot belang kan zijn voor de daarbij betrokken marktpartijen. De ACM waardeert dan ook uw beslissing om in verband daarmee artikel 9 nog voor een bepaalde periode in werking te laten.

Van uw wens dat de ACM in de tussentijd geen nieuwe onderzoeken start op grond van artikel 9, heeft zij kennis genomen. Bij het beoordelen van eventuele nieuwe in behandeling te nemen zaken zal de ACM er ook rekening mee houden in hoeverre deze binnen het toepassingsbereik vallen of zullen vallen van besluiten op basis van het AMM-instrumentarium.

Gevolgen voor de de ACM in termen van personeel, organisatie en financiën

De beleidsregel leidt tot aanvullende uitvoeringslasten voor de ACM. Hoe hoog die zullen zijn, hangt sterk af van de uiteindelijke inhoud van de beleidsregel, de mate waarin de beleidsregel in juridische procedures wordt ingeroepen dan wel ter discussie gesteld en het aantal marktanalyses dat de ACM uitvoert.

Hoogachtend,

De Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

(w.g.)
dr . F.J.H. Don
bestuurslid