

PostNL/Sandd toont noodzaak opschoning Mededingingswet

In de discussie over de vergunningverlening voor de overname van Sandd door PostNL richten mededingingseconomen zich op de argumenten van de staatssecretaris om het verbodsbesluit van de Autoriteit Consument & Markt (ACM) te herroepen. Zij gaan daarbij voorbij aan de vraag of de staatssecretaris die bevoegdheid eigenlijk wel zou moeten hebben.

IN HET KORT

- De Mededingingswet beschermt de mededinging juist om het algemeen belang te bevorderen.
- Alleen de wetgever is democratisch gelegitimeerd om te besluiten dat concurrentie niet langer het algemeen belang bevordert.
- De bevoegdheid om de ACM te passeren hoort niet in de Mededingingswet thuis: artikel 47(1) moet geschrapt worden.

EDITH LOOZEN

Jurist en onderzoeker aan de Universiteit van Amsterdam en de Vrije Universiteit

Artikel 47(1) Mededingingswet (Mw) geeft de Minister van Economische Zaken en Klimaat (hierna: de Minister) de bevoegdheid om een concentratie goed te keuren die de Autoriteit Consument & Markt (ACM) verboden heeft. En wel wanneer er sprake is van “naar zijn oordeel gewichtige redenen van algemeen belang” die zwaarder wegen dan het mededingingsbelang dat de ACM dient te beschermen. Afgelopen najaar 2019 heeft de Minister, in dit geval de staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, PostNL alsnog de vergunning verleend voor de overname van Sandd die de ACM drie weken daarvoor had geweigerd (EZK, 2019a).

Economen hebben het vergunningbesluit al eerder bekritiseerd (Schinkel et al., 2019; Schinkel en Van Wijnbergen, 2019; Van Damme, 2019). Dit artikel gaat nog een stap verder, en stelt dat de ministeriële heroverweging niet in de Mw thuishoort.

Duidelijk is dat de Minister formeel bevoegd is om een verbodsbesluit van de ACM te herroepen. Aan artikel 47(1) Mw kleven echter twee wettigheidsproblemen. Een ministeriële heroverweging is in strijd met de fundamentele rol die de mededingingsregels in het Nederlandse ordeningsmodel vervullen, en hij ontbeert democratische legitimatie.

Verskil tussen algemeen en publiek belang

Beide wettigheidsproblemen worden veroorzaakt omdat artikel 47(1) Mw geen onderscheid maakt tussen algemene en publieke belangen. ‘Algemene belangen’ zijn in het belang van de samenleving, en kunnen door marktwerking worden gerealiseerd. ‘Publieke belangen’ zijn ook in het belang van de samenleving, maar kunnen alleen met overheidswang worden gerealiseerd. Dit onderscheid volgt de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR, 2000), met dien verstande dat de raad algemene belangen als maatschappelijke belangen aanduidt. De WRR doet dit in het kader van de vraag hoe de behartiging van publieke belangen het beste kan worden verdeeld over de publieke en private sector. Ik meen dat dit onderscheid ook in het mededingingsrecht moet worden gemaakt (Loozen, 2010; 2019).

De noodzaak om onderscheid te maken tussen algemene en publieke belangen hangt samen met het wezen van een markteconomie, waarin de overheid in feite twee basis-instrumenten gebruikt om de samenleving te organiseren: marktwerking op grond van concurrentie, en regulering aan de hand van algemeen verbindende voorschriften. In het eerste geval bevordert het ruilmechanisme het belang van de samenleving. In het tweede geval stelt de overheid het belang van de samenleving veilig, omdat dit anders niet goed tot zijn recht zou komen. De mate van overheidsregulering behelst een bij uitstek politieke keuze, waarvoor in een democratische rechtsstaat geldt dat alleen de overheid in de hoedanigheid van wetgever gelegitimeerd is om namens de samenleving als geheel te bepalen welke algemene belangen dwingend moeten worden behartigd (WRR, 2000; Vanberg, 2011).

Hieruit volgt meteen een tweede onderscheid tussen algemene en publieke belangen. Algemene belangen zijn per definitie niet gespecificeerd. Marktwerking staat voor decentrale besluitvorming, en het is inherent aan decentrale besluitvorming als middel om het algemeen belang te bevorderen dat de uitkomsten van dat proces niet vooraf zijn vastgesteld. Publieke belangen zijn daarentegen per definitie bepaald: zelfs de wetgever is alleen gelegitimeerd om de contractsvrijheid en de individuele autonomie te beperken wanneer algemene regelgeving het te realiseren belang duidelijk omschrijft in termen van doel, middel en handhavingwijze.

Het onderscheid tussen algemene en publieke belangen werkt door in het mededingingsrecht omdat een keuze voor

marktwerking mededingingstoezicht met zich meebrengt: de uitoefening van economische activiteit leidt tot de toepasselijheid van de Mw. Van belang hierbij is dat de wetgever de bescherming van de mededinging door de vaststelling van de Mw als publiek belang heeft aangemerkt. Het doel van de Mw is de effectieve marktwerking te bevorderen. Het middel bestaat uit drie normen die beschermen tegen marktmacht, een situatie van (potentieel) ongewenste private dwang in de vorm van een kartel, misbruik van machtspositie of concentratie. De handhaving is ondergebracht bij een apolitieke toezichthouder die door een apolitieke bestuursrechter wordt gecontroleerd.

Verder is relevant dat de Mw functioneel is ingericht. Aan de ene kant verzekert het juridische toetsingskader dat wetstoepassing niet aan de orde is wanneer de wetgever het andere te realiseren belang al in specifieke regelgeving heeft veiliggesteld. Met andere woorden, andere publieke belangen zetten het publieke mededingingsbelang opzij. Aan de andere kant verzekert de materiële mededingingstoets een objectieve beoordeling van de gevolgen van een transactie voor de consumentenwelvaart zodat de samenleving erop kan vertrouwen dat de markt niet alleen werkt ten bate van de private belangen van ondernemingen, maar ook ten bate van het algemeen belang. Oftewel, algemene belangen worden via de band van het publieke mededingingsbelang gewaarborgd.

Ministeriële heroverweging moet uit de wet

In artikel 47(1) Mw wijkt de wetgever af van het hiervoor weergegeven ordeningssjabloon. De vraag is of dat mag.

Mededingingsregels zijn fundamenteel

Artikel 47(1) Mw veronderstelt dat de Minister moet mogen afwijken van de verbodsnorm uit artikel 41(2) Mw, aangezien het publieke mededingingsbelang niet in alle gevallen het algemeen belang zou waarborgen (Tweede Kamer, 1996). Deze veronderstelling is onjuist. Uit de Europese verdragen volgt namelijk dat juist de handhaving van het publieke mededingingsbelang *fundamenteel* is, want het is onontbeerlijk voor het veiligstellen van het algemeen belang.

Artikel 119 en 120 VWEU (EU-Werkingsverdrag) schrijven voor dat de Unie en de lidstaten economisch beleid voeren in overeenstemming met het ‘beginsel van een openmarkteconomie met vrije mededinging’. De kern van dit beginsel is neergelegd in artikel 3(3) VEU (EU-Verdrag), het daarbij behorende Protocol 27, en de daarmee samenhangende rechtspraak. Deze constitutionele bepalingen leggen vast dat de Unie het welzijn van haar burgers onder meer door marktwerking bevordert, en dat marktwerking met mededingingstoezicht komt. De Europese rechter heeft uit deze constitutionele inbedding opgemaakt dat de Europese mededingingsregels “fundamente[le] bepalingen” vormen die “onontbeerlijk” zijn in geval marktwerking (EU Hof van Justitie, 1999, punt 36; 2001, punt 20). En wel omdat zij “immers juist [beogen] te voorkomen dat de mededinging wordt vervalst ten nadele van het algemeen belang” (EU Hof van Justitie, 2002, punt 42; 2011, punten 20–22). Op grond van artikel 119 en 120 VWEU gelden deze uitgangspunten ook voor het Nederlandse ordeningsmodel.

In feite onderstreept de kwalificatie ‘fundamenteel’ het belang van de functionele inrichting van de Mw. Functionele inrichting verzekert namelijk dat de Mw in alle gevallen aansluit bij de door de wetgever gemaakte keuzes aangaande concurrentie en regulering, waardoor, anders dan artikel 47(1) Mw veronderstelt, het publieke mededingingsbelang en *eender welk* algemeen belang *per definitie* samenvallen.

Minister ontbeert democratische legitimatie

Artikel 47(1) Mw gaat er tegelijkertijd van uit dat de Minister een (niet nader gespecificeerd) algemeen belang nader kan definiëren in een individuele zaak (Tweede Kamer, 1996). Met andere woorden, de Minister zou een algemeen belang in een publiek belang om kunnen zetten (waardoor het opzijzetten van het publieke mededingingsbelang alsnog geoorloofd zou zijn). Ik denk dat ook dit uitgangspunt onjuist is. Uit de beginselen voor goede wetgeving volgt namelijk dat de wetgever alleen aan een lagere regelgever mag delegeren wanneer dit begrensd én binnen het kader van de door hem zelf gemaakte politieke keuzes gebeurt.

Analyse vergunningbesluit PostNL/Sandd

KADER 1

De Minister meent dat de concentratie tussen PostNL en Sandd helpt om vier algemene belangen te waarborgen die, met name op de langere termijn, onder druk staan. De Minister is echter abuis.

De betaalbaarheid van de universele postdienst (UPD) zou baat hebben bij de concentratie omdat de samenvoeging van UPD- en niet-UPD-volumes tot lagere kosten per eenheid product zal leiden waardoor PostNL binnen het kostentoerekeningssysteem minder hoge prijzen op de UPD zou kunnen berekenen (EZK, 2019a, p. 13). Allereerst vormt de betaalbaarheid van de UPD géén rechtsgeldig argument om de uitschakeling van de concurrentie te motiveren. De Postrichtlijn (Europees Parlement en Raad, 2008, art. 7(1)) verbiedt de lidstaten immers om de UPD door verlening van exclusieve of bijzondere rechten te financieren, terwijl de ministeriële heroverweging de facto in een alleenrecht op de UPD resulteert. Daarnaast is een kostentoerekeningssysteem slechts tweede keus als middel om lage tarieven te waarborgen, omdat kosten een problematisch referentiepunt vormen (Schinkel et al., 2019). De eerste keus is concurrentie die ondernemingen tot prijsverlaging dwingt zonder dat daarvoor inzicht in de kosten nodig is.

De continuïteit van de UPD zou beter gewaarborgd zijn bij concentratie omdat het rendement op het UPD-netwerk bij concurrentie ver onder de bandbreedte van een redelijk rendement zou blijven (EZK, 2019a, p. 16–17). De ACM (2019, hfd. 15) heeft evenwel al onderzocht en vastgesteld dat concurrentie de continuïteit van de UPD tot 2025 niet in gevaar brengt. Het ACM-besluit schiet ook niet tekort omdat het mededingingsonderzoek beperkt is in tijd. Integendeel, een beperkte tijdschikhorizon bevordert deugdelijke besluitvorming omdat drie tot

vijf jaar “de periode is waarover in het algemeen in redelijkheid inschattingen kunnen worden gemaakt over marktontwikkelingen” (ACM, 2019, rnr. 576). Bij twijfel over de kwaliteit van het ACM-onderzoek geldt, ook in het kader van de UPD, dat partijen zich tot de bestuursrechter moeten wenden en de Minister partijen in voorkomend geval moet terugverwijzen naar de bestuursrechter.

De werknemers zouden, ondanks het verlies aan arbeidsplaatsen, beter af zijn met de concentratie omdat die het risico van schoksgewijze werkgelegenheidsafbouw alsmede van druk op de arbeidsvoorwaarden vermindert (EZK, 2019a, p. 18). De ACM (2019, hfd. 7) heeft echter al onderzocht en vastgesteld dat het risico op een *failing firm* op dit moment niet aan de orde is. Voorts is overheidsregulering het aangewezen middel om een *race to the bottom* qua arbeidsvoorwaarden te voorkomen.

De financiële belangen van de Staat zouden erop vooruitgaan omdat de concentratie PostNL in staat zou stellen significante efficiëntievoordelen te behalen waardoor de UPD minder snel uit de Staatskas hoeft te worden gesubsidieerd. Weer geldt dat de ACM (2019, hfd. 10) al heeft onderzocht en vastgesteld dat er weliswaar efficiëntievoordelen zijn, maar dat deze niet significant genoeg zijn om de kosten te compenseren die uit de uitschakeling van de mededinging voortvloeien. Daarnaast ligt het meer voor de hand om de kosten van een UPD uit de algemene middelen te financieren dan via hogere monopolieprijzen (Schinkel et al., 2019; Van Damme, 2019). Dienovereenkomstig bepaalt de Postrichtlijn (Europees Parlement en Raad, 2008, art. 7(1) en (2)) dan ook dat niet een alleenrecht, maar compensatie uit overheidsmiddelen het aangewezen middel is om de UPD te financieren.

Van belang is het wetgevingsbeginsel 'primaat van de wetgever' en zijn alter ego 'begrensde delegatie' (Minister-president, 2018). Volgens het eerste beginsel bepaalt de formele wetgever zelf de essentiële onderdelen van algemeen verbindende regels, en volgens het tweede wordt delegatie aan een lagere regelgever zo concreet en nauwkeurig mogelijk begrensd. Volgens Voermans (2011) vormt het primaat van de wetgever een belangrijk aanknopingspunt om "de geoorloofdheid (...) tot delegatie binnen een bepaald regelingscomplex" vast te stellen. Vervolgens heeft de Raad van State (2018) vastgesteld dat "delegatie van een weinig begrensde bevoegdheid" op gespannen voet staat met de "democratische rechtsstaat [waarin] de wetgever zelf de voornaamste (rechtspolitieke) keuzes over de inhoud van het recht in wettelijke regelingen [behoort] te maken".

Artikel 47(1) Mw voldoet niet aan deze uitgangspunten. Met name relevant is dat een ministeriële heroverweging per definitie een nieuwe politieke afweging behelst over een essentieel onderdeel van een bestaand regelingscomplex, te weten de inzet van concurrentie als mechanisme om het belang van de samenleving te bevorderen. Het komt mij voor dat, wanneer de essentiële onderdelen van een regelingscomplex door de formele wetgever moeten worden vastgesteld, dit ook geldt voor de wijzigingen daarvan – zelfs wanneer die slechts een individuele zaak betreffen.

PostNL/Sandd illustreert waarom de ministeriële bevoegdheid problematisch is. De huidige Postwet is gebaseerd op de Europese Postrichtlijn (Europees Parlement en Raad, 2008), die uitgaat van volledige concurrentie en het voorbehouden van postdiensten verbiedt. Het vergunningbesluit is daarentegen gebaseerd op de gedachte dat netwerkconcurrentie een achterhaald concept is (EZK, 2019a, p. 10). Door de goedkeuring van een quasi-monopolie herdefinieert de Minister eigenhandig een essentieel onderdeel van het bestaande reguleringskader zonder dat de wetgever daaraan te pas is gekomen. (Merk op dat het geconsulteerde voorstel tot wijziging van de Postwet 2009 (EZK, 2019b) netwerkconcurrentie weliswaar niet langer stimuleert, maar de huidige marktordering van de UPD en de mogelijkheid van concurrentie op de gehele markt handhaaft.)

Het gevolg van deze gang van zaken is een democratisch tekort dat niet wordt gecorrigeerd doordat de Minister "in overeenstemming met het gevoel van de Ministeraad" beslist (art. 49(1) Mw), en door de Tweede Kamer (2018) is aangemoedigd om te heroverwegen. Instemming en aanmoediging zorgen weliswaar voor politiek draagvlak, maar dat is iets anders dan democratisch gelegitimeerde besluitvorming. Juist de met institutionele waarborgen omklede wetgevingsprocedure moet immers veiligstellen dat niet de deelbelangen van private partijen zoals PostNL het politieke besluitvormingsproces beheersen, maar dat het belang van de samenleving dit doet.

Conclusie

De ministeriële heroverweging hoort niet in de Mw thuis. De veronderstelling dat het publieke mededingingsbelang niet in alle gevallen het algemeen belang waarborgt is onjuist. Door zijn functionele inrichting volgt de Mw de politieke keuze voor meer of minder marktwerking waardoor beide belangen per definitie samenvallen. Uit de

Europese verdragen en de daarmee samenhangende rechtspraak volgt dan ook dat de handhaving van de Mw 'fundamenteel want onontbeerlijk' is indien de private sector wordt ingezet om het algemeen belang te realiseren. Dit betekent dat, wanneer de uitkomsten van mededingings-toezicht niet bevallen, de oplossing dus niet gelegen is in het opzijzetten van het betreffende ACM-besluit, maar in de wijziging van het reguleringskader. Hiervoor geldt evenwel dat de Minister niet democratisch gelegitimeerd is om een algemeen belang in een publiek belang om te zetten. In een democratische rechtsstaat als Nederland is alleen de wetgever gelegitimeerd om de bestaande afbakening tussen marktwerking en regulering te herzien.

Het vergunningbesluit in PostNL/Sandd onderstreept de gebreken van artikel 47(1) Mw (kader 1). De Minister etaleert een grote mate van wensdenken, waarbij zij in feite het onderzoek van de ACM overdoet maar het vereiste van een deugdelijke bewijsvoering gemakshalve overslaat. Daarnaast blijkt het wetsartikel een gelegenheidsinstrument te bieden om de verplichtingen uit de Europese Postrichtlijn te omzeilen. Hoog tijd dus om de ministeriële bevoegdheid uit de wet te schrappen.

Literatuur

- ACM (2019) *Verbod van concentratie PostNL N.V. en SHM Beheer II B.V.* Besluit zaaknr. ACM/19/035460.
- Damme, E. van (2019) *De overname van Sandd door PostNL.* *Markt & Mededinging*, 2019(5), 160–174.
- EU Hof van Justitie (1999) Zaak C-126/97 *Eco Swiss*, ECLI:EU:C:1999:269.
- EU Hof van Justitie (2001) Zaak C-453/99 *Courage en Crehan* ECLI:EU:C:2001:465.
- EU Hof van Justitie (2002) Zaak C-94/00 *Roquette Frères* ECLI:EU:C:2002:603.
- EU Hof van Justitie (2011) Zaak C-52/09 *Konkurrensverket v. TeliaSonera Sverige AB*, EU:C:2011:83.
- Europese Commissie (2016) *Brief van 26 februari van DG COMP Laitenberger aan SG Camps van EZK.* Kamerstukken II 2015/16, 30196, bijlage bij nr. 463.
- Europees Parlement en Raad (2008) *Richtlijn 2008/6/EG tot wijziging van Richtlijn 97/67/EG wat betreft de volledige voltooiing van de interne markt voor postdiensten in de Gemeenschap.* Publicatieblad L 52/3.
- EZK (2019a) *Artikel 47-besluit inzake de concentratie van PostNL en Sandd.* Kamerstukken II 2019/20, 29502, nr. 174.
- EZK (2019b) *Concept voorstel Wijziging van de Postwet 2009, Memorie van Toelichting*, 8 april. Te vinden op www.internetconsultatie.nl/aanpassingpostwet.
- Loozen (2010) *Het begrip mededingingsbeperking zoals neergelegd in artikel 101(1) VWEU: een beslismodel.* Dissertatie, Den Haag: Boom Juridische uitgever.
- Loozen, E. (2019) *Strict competition enforcement and welfare: a constitutional perspective based on Article 101 TFEU and sustainability.* *Common Market Law Review*, 56, 1265–1302.
- Minister-president (2018) *Aanwijzingen voor de regelgeving, aanwijzingen 2.19 en 2.23.* Circulaire, 18 november. Te vinden op wetten.overheid.nl.
- Raad van State (2018) *Advies afdeling Advisering Raad van State en nader rapport.* Kamerstuk 2018/19, 35247, nr. 4, p. 9.
- Schinkel, M.P. en S. van Wijnbergen (2019) *Staatssecretaris bijt waakhond.* ESB, blog, 13 november.
- Schinkel, M.P., S. Onderstal, B. Tieben en C. Behrens (2019) *ACM toont de kleren van Mona Keijzer in postfusie.* ESB, blog, 2 oktober.
- Tweede Kamer (1996) *Nieuwe regels omtrent de economische mededinging (Mededingingswet).* Kamerstukken II 1995/96, 24707, nr. 3. p. 40.
- Tweede Kamer (2018) *Toekomstige ontwikkelingen van de Nederlandse postsector, Moties Van den Berg en Bruins alsmede Moorlag.* Kamerstukken, 2017/18, 29502, nr. 165 en 166.
- Vanberg, V.J. (2011) *Consumer welfare, total welfare and economic freedom: on the normative foundations of competition policy.* In J. Drexel, W. Kerber en R. Podszun (red.), *Competition policy and the economic approach: foundations and limitations.* Cheltenham: Edward Elgar.
- Voermans, W.J.M. (2011) *Legaliteit als middel tot een doel.* In: W.J.M. Voermans, M.J. Borgers en C.H. Sieburgh, *Controverses rondom legaliteit en legitimatie, Preadviezen NJV 2011.* Deventer: Kluwer.
- WRR (2000) *Het borgen van publiek belang.* WRR Rapport, 56.