



Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken van 18 december 2016, nr. WJZ / 16194652, inzake de toepassing door de Autoriteit Consument en Markt van de artikelen 13a tot en met 13k van de Postwet 2009 (Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken over het ex ante toezicht op grond van de Postwet 2009)

De Minister van Economische Zaken,

Gelet op artikel 21 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen en de artikelen 13a tot en met 13k van de Postwet 2009;

Besluit:

Artikel 1

1. In deze beleidsregel wordt verstaan onder:
 - a. *wet*: de Postwet 2009;
 - b. *ACM*: Autoriteit Consument en Markt als bedoeld in artikel 1, onderdeel b, van de wet;
 - c. *aanmerkelijke marktmacht*: aanmerkelijke marktmacht als bedoeld in artikel 13a van de wet;
 - d. *postvervoer*: postvervoer als bedoeld in artikel 2, eerste lid, onder c, van de wet;
 - e. *postvervoerdienst*: een postvervoerdienst als bedoeld in artikel 2, eerste lid, onder d, van de wet;
 - f. *postvervoerbedrijf*: een postvervoerbedrijf als bedoeld in artikel 2, eerste lid, onder e, van de wet.

§ 1. Doelen ex ante toezicht

Artikel 2

1. De ACM draagt er zorg voor dat haar besluiten op grond van de artikelen 13a tot en met 13k van de wet niet verder strekken dan nodig is om potentiële mededingingsproblemen op een door de ACM afgebakende relevante markt voor postvervoerdiensten te adresseren en statische en dynamische efficiëntie op de markt voor postvervoerdiensten te borgen.
2. Ter verwezenlijking van de in het eerste lid genoemde doelen oefent de ACM de bevoegdheid om verplichtingen op te leggen zo uit dat besluiten er toe bijdragen dat op de afgebakende relevante markt ook op de lange termijn postvervoerbedrijven:
 - a. hun netwerk voor postvervoerdiensten of de aangeboden postvervoerdiensten kunnen innoveren, en kunnen investeren in hun netwerk;
 - b. kunnen concurreren op zowel kwaliteit als prijs van de postvervoerdiensten.

§ 2. Eisen van proportionaliteit

Artikel 3

1. Bij de toepassing van de artikelen 13a tot en met 13k van de wet legt de ACM aan een postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht uitsluitend verplichtingen op die:
 - a. noodzakelijk en geschikt zijn, en
 - b. het minst vergaande middel zijn, om de in de artikel 2 genoemde doelen te bereiken;
2. Het in het eerste lid gestelde betekent dat de ACM aan het postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht geen verplichtingen oplegt die:
 - a. verder gaan dan nodig is om andere postvervoerbedrijven op de afgebakende relevante markt in staat te stellen op de lange termijn te concurreren met het postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht, of
 - b. het effect hebben dat de financiële situatie van het postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht zodanig verstoord wordt dat financiële instabiliteit dreigt.



§ 3. Impactanalyse

Artikel 4

1. De ACM onderbouwt ten aanzien van de opgelegde verplichtingen dat deze noodzakelijk, geschikt en proportioneel zijn voor het bereiken van de in artikel 2 genoemde doelstellingen en dat andere minder ingrijpende maatregelen niet effectief zijn.
2. De in het eerste lid, bedoelde onderbouwing omvat een analyse, zoveel mogelijk in kwantitatieve zin, van de economische effecten op de postmarkt en van de met het besluit gemoeide reguleringskosten.
3. Indien een postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht met een kwantitatieve onderbouwing aannemelijk maakt dat een voorgenomen besluit een van de in artikel 3, tweede lid, onder a of b, bedoelde effecten heeft, past de ACM het voorgenomen besluit hierop aan, of onderbouwt de ACM met een kwantitatieve analyse dat van een dergelijk effect geen sprake is.

§4. Slotbepalingen

Artikel 5

Deze beleidsregel treedt in werking met ingang van de dag na de datum van uitgifte van de Staatscourant waarin hij wordt geplaatst.

Artikel 6

Deze beleidsregel wordt aangehaald als: Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken over het ex ante toezicht op grond van de Postwet 2009.

Deze beleidsregel zal met de toelichting in de Staatscourant worden geplaatst.

's-Gravenhage, 18 december 2016

*De Minister van Economische Zaken,
H.G.J. Kamp*



TOELICHTING

I. ALGEMEEN

1. Doel en aanleiding

Vanwege verregaande digitalisering is in de afgelopen 5 jaar het aantal verzonden geadresseerde poststukken in Nederland met 31% afgenomen. Naar verwachting zal deze krimp ook de komende jaren aanhouden. Hierdoor onderscheidt de Nederlandse postmarkt zich van andere landen waar volumedalingen minder pregnant zijn, maar bijvoorbeeld ook van andere gereguleerde sectoren, zoals de telecomsector.

Vanwege de aanhoudend sterke krimp van de brievenpost staat de positie van postvervoerbedrijven blijvend onder druk. Zij zullen zich continu moeten aanpassen om in deze marktomstandigheden te overleven. In reactie op de motie Vos/Bosma (Kamerstukken II 2015/16, 34 024, nr. 35) heeft de Minister dan ook toegezegd onderzoek te zullen doen naar de situatie op de postmarkt en te zullen bezien of de voorwaarden voor een goede en gezonde ontwikkeling van die markt in de toekomst vervuld zijn, dan wel of er maatregelen nodig zijn om te voorzien in die voorwaarden. Leidend bij dat onderzoek zijn de publieke belangen die ook in de toekomst dienen te worden gewaarborgd: de betaalbaarheid, keuzevrijheid, kwaliteit en beschikbaarheid van postvervoerdiensten. Voornoemd onderzoek is inmiddels afgerond met het rapport 'Future scenario developments in the Dutch postal market' van WIK Consult (december 2016). Op basis van dit onderzoek en de evaluatie van de universele postdienstverlening zal een beleidsvisie op de toekomstige ontwikkeling van de postmarkt worden ontwikkeld. Aan de hand van deze visie zal worden bezien of het huidige regelgevende kader nog adequaat is om ook op de langere termijn een bestendige, concurrerende postmarkt en een kwalitatief goede en betaalbare postvoorziening te faciliteren. Zoals toegezegd bij het Algemeen Overleg betreffende de Postwet 2009 van 7 september 2016 zal hierbij ook aandacht worden besteed aan de kwaliteit van arbeidsvoorwaarden.

In de tussentijd is het van belang prudent om te gaan met het opleggen van verplichtingen aan postvervoerbedrijven die belangrijke en structurele consequenties kunnen hebben voor de wijze waarop deze markt nu en in de toekomst functioneert. Reguleringzekerheid is juist in deze transitiefase van belang. Een geleidelijke transitie geeft bedrijven de tijd zich aan te passen aan de nieuwe omstandigheden, zodat schokeffecten, ook met het oog op de arbeidsmarkt voor postbezorgers en de continuïteit van de universele postdienst (hierna: UPD), zoveel mogelijk worden voorkomen.

Voor de korte termijn vraagt dit om een nadere duiding van de beleidsdoelstellingen van het ex ante toezichtinstrument om onwenselijke effecten voor de lange termijn zoveel mogelijk te voorkomen. Dit moet vervolgens bijdragen aan een gerechtvaardigde en evenwichtige toepassing van het ex ante toezicht (ingevoerd bij wet van 25 november 2013 tot wijziging van de Postwet 2009 ter invoering van ex ante toezicht op een postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht, Stb. 213, 466), die past binnen het algemene beleidskader zoals de Minister van Economische Zaken dat vaststelt.

Tegen deze achtergrond geven beleidsregels de Minister handvatten om zijn ministeriële verantwoordelijkheid voor een zelfstandig bestuursorgaan inhoud te kunnen geven. Zij zijn een middel om ervoor te zorgen dat het optreden van de toezichthouder in het verlengde ligt van de door de Minister uitgezette beleidsmatige koers. De samenhang tussen het beleid van de Minister en het optreden van de toezichthouder wordt via beleidsregels vergroot.

Dat een beleidsregel over het ex ante toezicht op grond van de Postwet 2009 (hierna: de wet) thans wordt uitgevaardigd, vindt zijn verklaring in eerdergenoemde ontwikkelingen. Door deze ontwikkelingen lijkt een steeds sterker wordende concurrentiestrijd om een steeds verder krimpend volume te zijn ontstaan. Dit roept de vraag op of korte termijn prijsconcurrentie niet ten koste gaat van prikkels om te investeren en te innoveren gericht op de langere termijn en daarmee van de dynamische efficiëntie in de postmarkt.

Bij de toepassing van het ex ante toezichtinstrument is het daarom van belang dat er bij de keuze voor het opleggen van toegangsverplichtingen rekening wordt gehouden met de impact daarvan op de dynamiek van concurrentie op de zich hoger in een bedrijfskolom bevindende relevante markt (inzameling en sortering) aan de ene kant en concurrentie bij het daadwerkelijk bezorgen tot aan de deur aan de andere kant. De afhankelijkheid van de partij met aanmerkelijke marktmacht (hierna: AMM-partij) is volgens ACM de laatste jaren afgenomen¹. Van de post die regionale of lokale spelers

¹ Marktmonitor Post 2015, ACM.



bij zakelijke klanten ophalen, is in 2015 ongeveer 40 procent bezorgd via het netwerk van de AMM-partij. In de jaren daarvoor lag dat percentage boven de 50 procent of nog hoger. Bij het opleggen van vergaande toegangsverplichtingen aan de AMM-partij bestaat het risico dat die infrastructuurconcurrentie teniet wordt gedaan, omdat het op een gegeven moment goedkoper wordt voor postvervoerders toch het netwerk van de AMM-partij te gebruiken. Bovendien neemt dit de prikkel weg te investeren in eigen innovatieve toepassingen².

Tegen bovenstaande achtergrond is de proportionaliteitseis van artikel 13b, derde lid, van de wet van belang. Deze eis houdt kortgezegd in dat de toezichthouder bij het opleggen van verplichtingen moet onderbouwen dat de voorgenomen verplichting noodzakelijk, geschikt en evenredig is gelet op het te bereiken doel. Gezien de zorgen die er zijn over de postmarkt is het van belang prudent om te gaan met het instrumentarium. Daarom wordt de eis van proportionaliteit bij het toepassen van het ex ante toezichtinstrument nader uitgewerkt via deze beleidsregel.

2. Beleidsregel ex ante toezicht op de postmarkt

Deze beleidsregel wordt vastgesteld op grond van de artikelen 21 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen (hierna: Kaderwet zbo) en de artikelen 13a, e.v. van de wet. Algemene beleidsregels worden vastgesteld met betrekking tot de taakuitoefening door een zelfstandig bestuursorgaan door de Minister wie het aangaat en op basis van de systeemverantwoordelijkheid van de betreffende Minister. Hiermee geeft een Minister vooraf via algemene regels aan op welke wijze de taakuitoefening moet plaatsvinden. Binnen die algemene beleidsregels behoudt het zelfstandig bestuursorgaan de ruimte in concrete gevallen een eigen afweging te maken. Wel geeft een beleidsregel het zelfstandig bestuursorgaan richting bij het nemen van besluiten in concrete gevallen, en dient het bestuursorgaan in overeenstemming met deze beleidsregel te handelen, tenzij dit voor één of meer van de belanghebbende partijen wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zou zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen (artikel 4:84 van de Awb). In een dergelijk geval kan worden afgeweken van de beleidsregel.

Deze beleidsregel bevat algemene en voor herhaling toepasbare regels. De uitkomst van de toepassing van de beleidsregel in een concreet geval waarop de artikelen 13a tot en met 13k van de wet door de ACM worden toegepast, is afhankelijk van de omstandigheden van dat concrete geval alsmede van de toekomstige ontwikkelingen op de postmarkt.

2.1 Hoofdlijnen van de beleidsregel

De beleidsregel is primair bedoeld om in het licht van de in paragraaf 1 geschetste ontwikkelingen richting te geven aan de wijze waarop de ACM gebruik maakt van de bevoegdheid om verplichtingen op te leggen aan een postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht door de doelstellingen van het ex ante toezicht te expliciteren (zie artikel 2 van deze beleidsregel). Daarnaast dient deze beleidsregel ertoe om de eis van proportionaliteit, zoals bedoeld in artikel 13b, derde lid, van de wet (zie artikel 3 van de beleidsregel) en artikel 3:4, tweede lid, van de Awb nader te concretiseren. Ten derde wordt met deze beleidsregel invulling gegeven aan het zorgvuldigheidsbeginsel. Dit betreft het afwegen van alle relevante belangen, en de onderbouwing van de noodzaak, doeltreffendheid en proportionaliteit van de verplichtingen die aan een postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht worden opgelegd (aan de hand van een kwantitatieve analyse van de effecten van die verplichtingen – zie artikel 4 van deze beleidsregel). Het doel van de impactanalyse is daarbij het toetsen van de geschiktheid, de noodzaak en de proportionaliteit van de op te leggen verplichtingen.

Inherent aan het ex ante toezichtinstrument is dat het postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht het meest geraakt wordt door de toepassing van dit toezichtinstrument, aangezien dat postvervoerbedrijf de verplichting(en) moet naleven. Gelet hierop is artikel 3, tweede lid, van deze beleidsregel er op gericht te duiden wanneer een voorgenomen verplichting voor dit postvervoerbedrijf disproportioneel zal zijn, en geeft artikel 4, tweede lid, van deze beleidsregel dit postvervoerbedrijf een handvat om te onderbouwen dat de voorgenomen verplichtingen jegens hem disproportioneel zijn (in de zin van artikel 3, tweede lid, onderdelen a en b). De beleidsregel beoogt op deze wijze te borgen dat de besluiten van de ACM op grond van de artikelen 13a tot en met 13k van de wet op duurzame wijze bijdragen aan een gezonde en evenwichtige postmarkt.

2.2 Verhouding beleidsregel en artikel 9 van de Postwet 2009

In de wet tot invoering van het ex ante instrument is voorzien in het vervallen van artikel 9 van de wet. Het ex ante toezichtinstrument dient immers ter vervanging van het instrument van artikel 9, onder

² Zie bijvoorbeeld De Bijl et al, 2006 'Regulating Access to Stimulate Competition in Postal Markets'.



meer omdat het ex ante toezicht instrument beter geschikt is om potentiële mededingingsproblemen op de postmarkt het hoofd te bieden (zie Kamerstukken II, 2012/13, 33 501, nr. 3, p. 5). Zo biedt artikel 9 een te beperkt aangrijpingspunt, doordat het uitsluitend de mogelijkheid biedt om de toegang tot het traditionele netwerk van de verlener van de UPD te reguleren, terwijl het risico op mededingingsproblemen op de postmarkt breder is dan enkel toegangsproblemen³. De in 2012 voorgestelde ex ante regulering biedt voorts een adequatere basis om snelle veranderingen op de postmarkt op te kunnen vangen.

Gezien de problemen en de (onverwachte) ontwikkelingen op de postmarkt is er destijds voor gekozen om het vervallen van artikel 9 uit te stellen gedurende de overgangsfase waarin de ACM de toepassing van het ex ante toezicht voorbereidt. Hoewel bedrijven tot op dat moment geen beroep hadden gedaan op artikel 9 (via een handhavingsverzoek) werd dit uitstel nodig geacht teneinde zeker te stellen dat postvervoerbedrijven bij toegangsproblemen in de overgangperiode ten minste een beroep konden doen op (o.a. geschilbeslechting en handhaving op grond van) artikel 9. Inmiddels is de ACM ver gevorderd met de besluitvorming op basis van de artikelen 13a, e.v. Zodra deze besluitvorming is afgerond, komt de overgangsfase ten einde en kan het vervallen van artikel 9 worden geëffectueerd.

Bij de precieze timing van de vervaldatum van artikel 9 is evenwel van belang dat een aantal postvervoerbedrijven in de periode rond inwerkingtreding van het ex ante instrument onverwacht klachten en handhavingsverzoeken heeft ingediend op grond van artikel 9. Op basis daarvan lopen nu bij ACM diverse onderzoeken en handavings- en geschilbeslechttingsprocedures. Deze verzoeken hebben de ACM eind 2015 voorts aanleiding gegeven een ambtshalve onderzoek op grond van artikel 9 te starten. Deze zaken kunnen voor de betrokken postvervoerbedrijven financiële gevolgen hebben. In een aantal van deze zaken zal ACM pas in het eerste kwartaal van 2017 een primaire beslissing nemen. Teneinde de betrokken postvervoerbedrijven in de gelegenheid te stellen om die beslissing ter discussie te stellen in een bezwaarschriftprocedure, dient artikel 9 nog enige tijd in werking te blijven. Gedurende de overgangperiode waarin artikel 9 nog in werking blijft is het niet langer opportuun dat de ACM op verzoek van postvervoerbedrijven of ambtshalve nieuw onderzoek start op grond van artikel 9 (in plaats van de artikelen 13a, e.v. van de Postwet 2009). Gelet op de beperkingen van het artikel 9-instrument en de vaststelling door de wetgever dat dit instrument wordt vervangen door het ex ante toezichtinstrument – dat beter geschikt is om mededingingsproblemen op de postmarkt het hoofd te bieden – is het niet langer opportuun dat postvervoerbedrijven zich nog langer richten op toepassing van artikel 9.

Gelet op bovenstaande zal op korte termijn het koninklijk besluit worden vastgesteld teneinde artikel 9 te laten vervallen met ingang van 1 juli 2017.

3. Consultatie

Een conceptversie van de beleidsregel heeft van 8 juni 2016 tot 21 juli 2016 ter consultatie voorgelegd. Meerdere partijen hebben van de gelegenheid gebruik gemaakt hun zienswijze met betrekking tot de beleidsregel kenbaar te maken. Als gevolg van deze reacties is de beleidsregel (inclusief de toelichting) op een aantal punten aangepast. Dit betreft onder meer de reacties van de verschillende partijen over gebruik of onduidelijkheid van criteria en termen zoals 'financiële stabiliteit', 'dynamische efficiency' en 'indirecte reguleringskosten'. Onderstaand volgt een reactie op de belangrijkste punten uit de consultatie.

Een aantal partijen merkt op dat de beleidsregel de doelstelling van de artikelen 13a tot en met 13k van de wet doorkruist, omdat de beleidsregel zou belemmeren dat preventief, snel en efficiënt kan worden opgetreden teneinde potentiële mededingingsproblemen op de postmarkt te voorkomen. Ook wordt opgemerkt dat de beleidsregel aanleiding zou geven tot langdurige geschillen. Deze beleidsregel biedt een nadere inkadering om de proportionele inzet van het AMM-instrument (in een concreet geval) te waarborgen. Om die reden wordt in de beleidsregel een nadere uitwerking gegeven van het wettelijke doel van het instrument en van de proportionaliteitseis in de wet. Doordat de beleidsregel de bevoegdheid om het ex ante toezicht in een concreet geval toe te passen nader inkadert, waarborgt deze dan ook juist het doel om potentiële mededingingsproblemen te voorkomen alsmede een proportionele inzet van het instrument. Snel en effectief kunnen optreden is daarbij inderdaad van belang. De wens om snel en effectief op te kunnen treden doet er echter niet aan af dat de toepassing van het ex ante toezichtinstrument ingrijpende gevolgen kan hebben voor alle partijen op de postmarkt. Daarom moet de toepassing van dit instrument voldoen aan de eisen van proportionaliteit, zorgvuldigheid en, waar mogelijk, kwantitatieve onderbouwing. De gevraagde nadere kwantitatieve onderbouwing wordt zoveel mogelijk geïntegreerd in de proportionaliteitstoets zelf en is daarmee

³ 'Eindrapport Evaluatie van artikel 9', OPTA, 31 maart 2010.



onderdeel van de voorbereiding op het voorgenomen besluit. Hierdoor kan een dergelijke onderbouwing naar verwachting relatief snel worden opgeleverd. Met het oog op uitvoerbaarheid van een kwantitatieve analyse door de ACM zijn diverse suggesties van respondenten met betrekking tot die analyse niet overgenomen. Dit betreft onder meer de wens om in de analyse in te gaan op pensioenverplichtingen en werkgelegenheidseffecten. Overigens wordt bij de ontwikkeling van de lange termijn beleidsvisie voor de postmarkt wel aandacht besteed aan onder meer de kwaliteit van arbeidsvoorwaarden.

Tevens wordt door een aantal partijen opgemerkt dat de beleidsregel inbreuk zou maken op de autonomie van de ACM en dat de scope van het ex ante toezicht wordt beperkt. Hiermee wordt voorbij gegaan aan artikel 21 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen waarin is bepaald dat een Minister beleidsregels kan vaststellen met betrekking tot de taakuitoefening door een zelfstandig bestuursorgaan. Ook gaat deze opmerking voorbij aan de ministeriële verantwoordelijkheid voor de toepassing van het ex ante toezichtinstrument. Dit maakt dat beleidsregels nuttig en noodzakelijk kunnen zijn omdat zij ervoor zorgen dat het optreden van de toezichthouder in het verlengde ligt van de door de Minister uitgezette beleidsmatige koers. De samenhang tussen het beleid van de Minister en het optreden van de toezichthouder wordt via beleidsregels vergroot. Binnen die beleidsregels behoudt het zelfstandig bestuursorgaan de ruimte om in concrete gevallen een eigen afweging te maken. Ten aanzien van de scope van het ex ante toezicht zij opgemerkt dat in de beleidsregel wordt bepaald dat de ACM alleen verplichtingen mag opleggen die noodzakelijk en proportioneel zijn om de in artikel 2 genoemde doelen te bereiken. Dit proportionaliteitsvereiste wordt via de beleidsregel slechts verder ingevuld.

Naar aanleiding van kritiek van partijen dat de ACM op basis van de conceptbeleidsregel de AMM-partij alleen zou kunnen stimuleren op het vlak van innovatie en investering van het netwerk en concurrentie op kwaliteit is artikel 2, tweede lid, onderdeel b, aangepast. De beleidsregel heeft immers niet tot doel prijsconcurrentie uit te schakelen. Beoogd wordt een balans te vinden tussen statische en dynamische efficiëntie, waarbij het belang van de eindgebruiker op zowel de korte als lange termijn voorop staat.

Verschillende partijen stellen dat de verlening van de UPD geheel los staat van de overige dienstverlening op de postmarkt. De toelichting is op dit punt nader aangescherpt om te verduidelijken dat de eis van proportionaliteit inhoudt dat ook eventuele effecten van een voorgenomen besluit op de UPD-dienstverlening meegewogen moeten worden. In tegenstelling tot hetgeen voornoemde partijen veronderstellen, kan in specifieke gevallen een verplichting met betrekking tot een niet-UPD-dienst vanwege netwerk- en synergie-effecten ook een zeker effect hebben op de kosten en opbrengsten van de UPD-diensten. Daarbij zij verwezen naar de memorie van toelichting van het wetsvoorstel tot invoering van het ex ante toezichtinstrument (Kamerstukken II, 2012/13, 33 501, nr. 3, paragraaf 3.3). Gelet op het algemeen belang van de UPD die een basisdienst is die voor iedereen beschikbaar moet zijn en waarvan een bepaalde kwaliteit en prijs gewaarborgd moeten worden, dient voorkomen te worden dat de toepassing van het ex ante toezichtinstrument een onwenselijk effect heeft op de verlening van de UPD. In het uiterste geval geldt dat ook de continuïteit van de UPD in het geding kan komen als de financiële stabiliteit van de partij met aanmerkelijke marktmacht ernstig wordt verstoord.

4. Uitvoeringstoets

De ACM onderschrijft in de uitvoeringstoets het belang van een goede effectenanalyse om tot een proportionele en zorgvuldige oplegging van verplichtingen te komen, doch maakt een aantal kritische kanttekeningen bij de uitwerking hiervan in de beleidsregel.

De kritiek van ACM op de beleidsregel spitst zich toe op de constatering dat door de eisen die worden gesteld aan het kwantificeren van effecten, de effectieve en flexibele toepassing van het ex ante toezichtinstrument nadelig zou worden beïnvloed. In dit kader zij erop gewezen dat de ACM met het ex ante toezichtinstrument een instrument tot haar beschikking heeft waarmee zij vergaand kan ingrijpen in de (post)markt. Tegelijkertijd heeft ACM een grote mate van discretionaire bevoegdheid bij de toepassing van dit instrument, ofwel veel interpretatieruimte en een grote beoordelings- en beleidsvrijheid. De effecten op de postmarkt van het toepassen van deze bevoegdheid kunnen verstrekkend zijn. Het stellen van beleidsregels over de toepassing van dit ex ante instrument kan dan ook als redelijk en wenselijk worden gezien. Het belang dat wordt gehecht aan proportionaliteit in de context van de huidige ontwikkeling van de postmarkt is in de inleiding nader onderbouwd.

De gedegen kwantificering waar de beleidsregel om vraagt ten aanzien van op te leggen maatregelen begeeft zich niet buiten de kaders die gewoon zijn ten aanzien van onderbouwing en kwantificering. Zo wordt aangesloten bij bestaande en beproefde kaders ten aanzien van maatschappelijke kostenbatenanalyses en uitgangspunten met betrekking tot impact assessments en kwantitatieve onderbou-



wing van andere toezichthouders⁴. Uiteraard kan het voorkomen dat kennis over de effecten te onzeker is om deze zinvol te kwantificeren. Artikel 4, tweede lid, spreekt daarom ook over 'zoveel mogelijk'. Dat ontslaat ACM echter niet van de verplichting om in zo'n geval ook deze effecten in beschouwing te nemen. In dergelijke gevallen kan worden volstaan met een onderbouwde kwalitatieve beoordeling. De toelichting op artikel 4 is op enkele punten aangevuld om dit te verduidelijken.

Ten aanzien van de opmerkingen in de UHT dat de beleidsregel tot een grotere complexiteit van AMM-besluiten kan leiden, en dat groter risico op procedures en dat de afbreukrisico's in de te voeren juridische procedures wordt vergroot wordt het volgende opgemerkt. Kwantificering kan inderdaad een grotere werklast opleveren, maar de gevraagde nadere kwantitatieve onderbouwing kan worden geïntegreerd in de proportionaliteitstoets die de ACM al moet verrichten bij toepassing van het ex ante instrument zelf en is daarmee onderdeel van de voorbereiding op het voorgenomen besluit. Er wordt dus geen extra procedurestap ingelast in het proces. Evenmin is sprake van nieuwe besluiten in het proces tot toepassing van het ex ante instrument waartegen bijvoorbeeld apart bezwaar en beroep zou kunnen worden ingesteld. Ook is het inherent aan een vergaande bevoegdheid met grote discretionaire ruimte met mogelijk dito effecten op partijen in de markt dat het risico op procedures hoog is. Kwantificering en onderbouwing kan er bij eventuele juridische procedures echter juist toe leiden dat alle relevante informatie voorhanden is en de rechter mogelijk sneller tot een besluit kan komen.

De ACM merkt verder op dat de beleidsregel mogelijk op gespannen voet staat met toepassing van de Mededingingswet. Er lijkt bedoeld te worden op de verzwaarde bewijslast. Gelet op voorgaande uiteenzetting over de ratio en redelijkheid met betrekking tot kwantificering en onderbouwing wordt deze opvatting niet gedeeld. Uiteraard wordt het standpunt van de ACM onderschreven dat de marktafbakening moet worden verricht overeenkomstig de beginselen van het algemene Europese mededingingsrecht. De beleidsregel doet daar niets aan af.

Tot slot werpt de ACM de vraag op of de beleidsregel op een aantal onderdelen mogelijk onverbindend kan zijn voor zover deze onderdelen wellicht buiten de grenzen treden van wat op basis van de Kaderwet zbo in samenhang met de Awb mogelijk is. Daarvan is geen sprake omdat de beleidsregel binnen de voornoemde grenzen en die van de artikelen 13a, e.v. van de wet blijft. Zoals hierboven uiteen is gezet, heeft de ACM bij de toepassing van het ex ante instrument een ruime discretionaire bevoegdheid en kunnen de effecten op de postmarkt van het toepassen van deze bevoegdheid verstrekkend zijn. Gelet hierop is het stellen van beleidsregels over de toepassing van dit ex ante instrument dan ook redelijk en wenselijk. Artikel 21 van de Kaderwet zbo geeft een ruime bevoegdheid om via beleidsregels aan te geven op welke wijze de taakuitoefening van het zelfstandig bestuursorgaan moet plaatsvinden, alsmede om met beleidsregels een kader te stellen of bij te stellen waarbinnen de taakuitoefening door het zelfstandig bestuursorgaan moet plaatsvinden (zie Kamerstukken II, 2001/02, 27 426, nr. 21). De nadere duiding van de doelstellingen van het ex ante instrument (artikel 2 van de beleidsregel), alsmede het nader duiden van effecten die uit oogpunt van de eisen van proportionaliteit in beginsel onwenselijk zijn (zie artikel 3, tweede lid, van de beleidsregel) geeft een kader voor de toepassing van het ex ante instrument door de ACM. Door in deze beleidsregel de handwijze voor te schrijven dat de ACM zoveel mogelijk een impactanalyse opstelt (artikel 4 van de beleidsregel) wordt een nader kader gegeven voor de wijze waarop de toepassing van het ex ante instrument (de taakuitoefening aldus) van het zelfstandig bestuursorgaan moet plaatsvinden. Er worden in deze artikelen voorts geen sancties of nieuwe bevoegdheden in het leven geroepen of overgedragen. De beleidsregel blijft aldus binnen de grenzen van artikel 21 van de Kaderwet zbo en de wet. De beleidsregel geeft ten slotte – zowel naar zijn aard als in de formulering van de artikelen – voldoende ruimte aan de ACM om het ex ante instrument naar eigen inzicht en afhankelijk van de concrete omstandigheden toe te passen. Hiermee is gewaarborgd dat de ACM de beleidsregel alsmede de artikelen 13a, e.v. kan toepassen binnen de grenzen van de Awb.

II Artikelen

Artikel 2 – Doelen van het ex ante toezicht

In dit artikel wordt het doel van het ex ante toezicht verduidelijkt. De bevoegdheid om op ex ante-basis specifieke verplichtingen op te leggen aan een postvervoerbedrijf dat beschikt over aanmerkelijke marktmacht is noodzakelijk om potentiële mededingingsproblemen te adresseren en zowel de statische als de dynamische efficiëntie op de postmarkt te borgen. Verplichtingen die de ACM aan een postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht oplegt, moeten voortkomen uit een risico op

⁴ Zie bijvoorbeeld het standpunt van de toezichthouder in het VK over kwantificering: <https://www.ofcom.org.uk/consultations-and-statements/better-policy-making-ofcoms-approach-to-impact-assessment>



mededingingsproblemen zoals die kunnen ontstaan indien zich bijvoorbeeld een situatie van toegangswegering, discriminatie, excessieve tarieven of rooftprijzen zou voordoen.

Gelet op de huidige ontwikkelingen in de postmarkt kan het opleggen van verplichtingen ongewenste (neven)effecten hebben op de lange termijn. Die mogelijkheid maakt dat de toepassing van het ex ante toezichtinstrument zich dient te beperken tot het voorkomen van dusdanig mededingingsbeperkende gedragingen dat de belangen van eindgebruikers ernstig worden geschaad. Daarbij dienen behalve de belangen van de zakelijke gebruiker ook de belangen van consumenten te worden beschermd. Dit punt wordt ook benoemd in het algemeen deel van de memorie van toelichting op het wetsvoorstel hieromtrent (Kamerstukken II 2012/13, 33 501, nr. 3, paragraaf 2).

De belangen van eindgebruikers zijn gebaat bij voldoende ruimte voor postvervoerbedrijven om te blijven innoveren in de bestaande en nieuwe netwerken en voor een kostenefficiënte benutting van deze netwerken. Daarmee wordt immers de dynamische efficiëntie op de postmarkt behouden. Dynamische efficiëntie betreft zowel het behouden of verhogen van de kwaliteit van de dienstverlening als van de infrastructuur waarvan gebruikt wordt gemaakt. Er dient voor te worden gewaakt dat door toepassing van het ex ante instrument het investeringsklimaat en de innovatiekracht van postvervoerbedrijven verslechtert. Voorts dient te worden voorkomen dat verplichtingen leiden tot een neerwaartse spiraal ten aanzien van de prijs van de postvervoerdienstverlening die ten koste gaat van de kwaliteit van de dienstverlening. Met name in een krimpende markt is een dergelijke druk op de prijs ongewenst omdat bedrijven in die situatie nog verder worden beperkt in hun mogelijkheden om te innoveren. Deze ontwikkeling zou zich kunnen voordoen als regulering postvervoerbedrijven stimuleert de nadruk vooral op prijsconcurrentie te leggen. Dit kan op de langere termijn risico's met zich meebrengen voor duurzame concurrentie. Dit zorgt uiteindelijk voor verschraving van het aanbod en kan innovatie en investeringen belemmeren. De belangen van afnemers (waaronder andere postvervoerbedrijven, zakelijke gebruikers en consumenten) zijn op de lange termijn gediend bij een markt die ruimte laat voor betrouwbare en kwalitatief hoogwaardige dienstverlening en gezonde concurrentie. Het is dus uitdrukkelijk van belang naast de korte termijn effecten op consumenten, bijvoorbeeld verlaging van tarieven, ook de lange termijn effecten op consumentenwelvaart mee te wegen, bijvoorbeeld behoud van keuze tussen postvervoerbedrijven.

Artikel 3 – Eisen van proportionaliteit

Bij de invoering van het ex ante toezicht is overwogen dat de ACM aan de hand van de concrete marktomstandigheden moet bepalen welke verplichtingen passend zijn. Dit is met name vastgelegd in artikel 13b, derde lid, van de Postwet 2009 op grond waarvan de ACM de eisen van proportionaliteit in acht moet nemen wanneer zij verplichtingen oplegt aan een postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht:

'Nadat door de ACM is vastgesteld dat een onderneming beschikt over aanmerkelijke marktmacht, kan de ACM één of meer specifieke verplichtingen opleggen, met als doel zoveel mogelijk een mededingingsprobleem te voorkomen waarvan het naar het oordeel van de ACM aannemelijk is dat dit zich in de toekomst zal voordoen. Aan de hand van een analyse van de concrete marktomstandigheden bepaalt de ACM welke verplichtingen passend zijn. Een verplichting is passend indien deze is gebaseerd op de aard van het op de desbetreffende markt geconstateerde probleem en in het licht van de doelstellingen van dit wetsvoorstel proportioneel en gerechtvaardigd is. Dat betekent onder meer dat een verplichting niet langer mag gelden dan nodig is.'

'Of en welke verplichtingen worden opgelegd, hangt sterk af van de analyse van de ACM naar de mogelijke mededingingsproblemen op de desbetreffende markt. Indien de ACM besluit tot het opleggen van één of meerdere verplichtingen motiveert zij daarbij duidelijk welk mededingingsprobleem wordt getracht te voorkomen en hoe elke opgelegde verplichting bijdraagt aan dat doel. Onder de verplichtingen die door de ACM kunnen worden opgelegd aan een partij met aanmerkelijke marktmacht zijn ook verplichtingen opgenomen die van een andere aard zijn en strekken tot de directe bescherming van eindgebruikers. Het kabinet is van mening dat dergelijke verplichtingen erg ingrijpend zijn, maar dat er situaties denkbaar zijn dat deze verplichtingen toch proportioneel zijn, bijvoorbeeld als op een relevante markt sprake is van een monopolie. In een dergelijke situatie kan een passende verplichting zijn om (maximum)tarieven van de dienstverlening voor te schrijven. Uit de proportionaliteitseis die de ACM in acht moet nemen, volgt dat de ACM steeds moet kiezen voor het minst vergaande middel dat beschikbaar is om het beoogde doel te bereiken. Maatregelen die zijn gericht op de directe bescherming van eindgebruikers zijn het meest vergaand en vormen daarom een uiterst middel.'⁵

⁵ Kamerstukken II 2012/13, 33 501, nr. 3, paragraaf 3.2.



Uit deze overwegingen in de memorie van toelichting blijkt dat een proportionele inzet van het toezichtinstrument is beoogd. Hoe de proportionaliteit van de inzet van het instrument moet worden bepaald, wordt nader uitgewerkt in deze beleidsregel. De eis van proportionaliteit betekent dat ACM zal moeten onderbouwen dat een voorgenomen verplichting gelet op de doelstellingen van het ex ante toezichtinstrument noodzakelijk, geschikt en evenredig is (artikel 3, eerste lid, onderdelen a en b, van deze beleidsregel). Voor deze onderbouwing is een marktsituatie zonder ex ante regulering op grond van hoofdstuk 3a van de wet of op grond van artikel 9 van de wet het juiste referentiekader. Dat betekent dat de proportionaliteit van de inzet van het ex ante toezichtinstrument moet worden afgezet tegen de situatie dat er geen ex ante regulering of regulering op grond van artikel 9 van de wet zou zijn.

Een voorgenomen verplichting is noodzakelijk wanneer potentiële mededingingsproblemen worden geconstateerd en een minder vergaande maatregel om deze problemen op te lossen niet effectief is. Tevens moet onderbouwd worden welke verplichting geschikt is om de doelstellingen van het ex ante toezicht te realiseren, en moet worden bezien of de voordelen van het opleggen van die voorgenomen verplichting opwegen tegen de mogelijke nadelen daarvan. In de meeste gevallen zal er sprake zijn van een stelsel van verplichtingen ter invulling van de gewenste regulering. Indien meerdere verplichtingen worden overwogen, dient de toezichthouder duidelijkheid te bieden over de causale samenhang tussen die verschillende verplichtingen. Bij de afweging van alternatieve invulling van de voorgenomen verplichtingen dienen noodzaak en proportionaliteit (van de verwachte effecten) getoetst en nader onderbouwd te worden.

Bij het beoordelen van de proportionaliteit is van belang te onderkennen dat de voorgenomen verplichtingen betrekking hebben op de afgebakende relevante markten, doch dat de effecten van een verplichting ook voelbaar kunnen zijn op een ander deel van de postmarkt. De eventuele effecten op een ander deel van de postmarkt dienen derhalve in het kader van de proportionaliteit van een verplichting ook in ogenschouw te worden genomen. Bij het beoordelen van mogelijke (negatieve) gevolgen van die verplichtingen moet de toezichthouder bij het toepassen van artikel 3 daarom breder kijken dan enkel naar die afgebakende relevante markt, onder meer indien voor het bedienen van de afgebakende markt hetzelfde netwerk wordt gebruikt als voor het uitvoeren van de UPD en omdat schaafeffecten invloed hebben op de gemiddelde kosten van de betrokken netwerken. Daardoor is aannemelijk dat de gevolgen van de voorgenomen verplichting(en) zich verder uitstrekken dan alleen tot de afgebakende markt. Een verplichting die bijvoorbeeld tot gevolg zou kunnen hebben dat de (kwaliteit van de) UPD wordt aangetast, kan om die reden disproportioneel zijn. Gelet op het algemeen belang dat is gediend met de UPD (een basisvoorziening en een Europeesrechtelijke verplichting) zou een dergelijk effect onwenselijk zijn. In een dergelijk geval moet worden bezien of de verplichting zo kan worden aangepast dat dit effect kan worden voorkomen. Een voorbeeld hiervan zou kunnen zijn dat bij een sterke focus op prijsconcurrentie het risico bestaat op een negatieve prijs-spiraal met een zeer grote druk op de kwaliteit van de dienstverlening van alle postvervoerbedrijven. Dit kan gevolgen hebben voor andere marktsegmenten die via hetzelfde netwerk worden bediend. De proportionaliteit van een maatregel dient tevens te worden beoordeeld in de context van sterk dalende volumes op de markt. Verplichtingen die er bijvoorbeeld toe leiden dat het postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht kosten moet maken of investeringen moet doen in relatie tot het bieden van netwerktoegang die gezien de krimpende postvolumes bedrijfseconomisch niet verantwoord zijn, kunnen in bepaalde omstandigheden dan ook disproportioneel zijn.

Proportioneel effect van de voorgenomen verplichtingen

Zoals in het algemeen deel van deze toelichting is gesteld, beoogt deze beleidsregel te borgen dat de ACM geen verplichtingen oplegt die verder gaan dan wat nodig is om op de lange termijn een evenwichtige postmarkt te waarborgen met behoud van statische en dynamische efficiëntie. Er moet worden voorkomen dat er met name op de lange termijn disproportionele effecten kunnen optreden die niet meer in verhouding staan tot de (beoogde) effecten van het te remediëren mededingingsprobleem. Om dit te voorkomen is het van belang dat de belangen van de postvervoerbedrijven die concurreren met het postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht én het belang van het postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht onderling zorgvuldig worden afgewogen. Gezien de situatie op de postmarkt met op deelmarkten stevige prijsconcurrentie en sterk afnemende volumes is het van belang te waarborgen dat de weegschaal daarbij niet doorslaat naar de kant van het postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht doch evenmin naar de kant van andere postvervoerbedrijven. Het ex ante instrument dient te worden toegepast in situaties waarin het voor postvervoerbedrijven moeilijk dreigt te worden om te concurreren met het postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht, bijvoorbeeld als gevolg van de voorwaarden en tarieven voor gebruik van het netwerk van het postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht (artikel 3, tweede lid, onderdeel a, van de beleidsregel). De notie van effecten op lange termijn is hier belangrijk omdat het gaat om de gecumuleerde effecten van een verplichting die mogelijk disproportioneel zijn. Voorkomen dient te worden dat een verplichting er toe leidt 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 op (een deel van) de postmarkt.

Verplichtingen die kaders stellen aan de tarieven die een postvervoerbedrijf met een aanmerkelijke marktmacht in rekening mag brengen zijn naar hun aard vergaande verplichtingen. Deze vergaande verplichtingen kunnen gerechtvaardigd zijn indien dit noodzakelijk is om potentiële mededingingsproblemen te voorkomen. Voorafgaand aan het opleggen van een verplichting dienen mogelijke (neven)effecten daarvan goed te worden onderzocht. Bij het bepalen van de proportionaliteit van verplichtingen gaat het onder meer om een afweging van kosten en baten voor belanghebbende partijen, eindgebruikers en voor de markt. Indien de baten van verplichtingen voor de markt aanzienlijk zijn en de kosten voor de partij met aanmerkelijke marktmacht gering, dan kan het opleggen van de verplichtingen redelijk zijn. Aan de andere kant kunnen verplichtingen disproportioneel zijn indien het postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht door de verplichtingen onvoldoende ruimte heeft de onderliggende kostenveroorzakers in de operationele processen en de dienstverlening van het postvervoerbedrijf te verdisconteren in zijn tariefstructuur. Bij het opleggen van verplichtingen, bijvoorbeeld bij tariefverplichtingen, is het daarom van belang in ogenschouw te nemen of daardoor prikkels ontstaan die leiden tot (disproportionele) inefficiënties in het operationele proces van de partij met aanmerkelijke marktmacht, of tot gedrag van andere postvervoerbedrijven dat uitsluitend is gericht op het verkrijgen van de laagste prijs, zonder dat de partij wier netwerk wordt gebruikt de mogelijkheid heeft om op bedrijfseconomisch verantwoorde wijze een zo kostenefficiënt mogelijke bedrijfsvoering te waarborgen.

Van disproportionaliteit zou voorts sprake zijn indien een verplichting tot gevolg heeft dat de financiële situatie van het postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht zodanig onder druk kan komen te staan dat het aannemelijk is dat financiële instabiliteit van het postvervoerbedrijf ontstaat (artikel 3, tweede lid, onderdeel b, van de beleidsregel). Daarvan kan sprake zijn indien de opgelegde verplichtingen een onevenredig effect hebben op de winstgevendheid van het postvervoerbedrijf dat wordt geraakt door de verplichtingen. De financiële stabiliteit wordt bepaald door de winstgevendheid, bijvoorbeeld aan de hand van de EBIT-maatstaf, die op langere termijn niet alleen positief dient te zijn, maar ook een redelijk rendement dat de specifieke risico's reflecteert, dient te weerspiegelen. Deze kan onder druk komen te staan als opgelegde verplichtingen geen ruimte bieden aan de onderneming om zijn strategie aan te passen en zijn operatie efficiënter te maken zolang dat bedrijfseconomisch verantwoord is. Het gaat hier om een uiterst scenario waarbij de financiële positie dusdanig wordt beïnvloed door de opgelegde verplichtingen dat de financiële stabiliteit van het postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht op de langere termijn in gevaar komt. Een dergelijke situatie zou nadelige gevolgen kunnen hebben voor de consumentenwelvaart en ook consequenties kunnen hebben voor de continuïteit van de uitvoering van de UPD. Vanwege de mogelijke implicaties voor de landelijke postvoorziening in Nederland (waaronder de UPD) is een dergelijke situatie onwenselijk.

Artikel 4 – Impactanalyse

Een zorgvuldige toepassing van het ex ante toezichtinstrument vergt een analyse van de mogelijke (bedoelde en onbedoelde) effecten van voorgenomen verplichtingen (artikel 4, eerste lid, van de beleidsregel) ten opzichte van een situatie in afwezigheid van ex ante regulering. Een marktsituatie zonder regulering is daarbij aldus het referentiekader voor deze vergelijking (*counterfactual*). De verwachte effecten van ex ante regulering moeten worden afgezet tegen de mogelijke effecten van een situatie zonder sectorspecifieke regulering (de ex ante regulering op grond van artikel 13a, e.v. van de wet of toegangsregulering op grond van artikel 9 van de wet). Met dit uitgangspunt wordt aangesloten op de probleemanalyse die bij toepassing van het ex ante toezichtinstrument in de elektronische communicatiesector wordt gehanteerd (zie de aanbeveling Relevante Markten van de Europese Commissie⁶). Op die wijze kan worden bepaald of de voorgenomen verplichtingen in het licht van de doelstelling van artikel 2 noodzakelijk en geschikt zijn, en of die verplichtingen de minst vergaande maatregelen zijn om die doelen te bereiken. Gezien de specifieke situatie op (delen van) de postmarkt met stevige prijsconcurrentie en sterk afnemende volumes brengen de proportionaliteitseis en het zorgvuldigheidsbeginsel met zich mee dat in deze markt een kwantificering wenselijk is zodat kan worden vastgesteld of de voorgenomen verplichtingen (in vergelijking tot de andere verplichtingen die mogelijk zijn) de minste belasting met zich mee brengen. Voorts brengt deze specifieke situatie met zich mee dat wenselijk is dat door kwantificering wordt bepaald of de nadelen die als gevolg van de verplichting kunnen optreden voor de postmarkt óf voor het betrokken postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht onevenredig zijn (zie ook de artikelen 3:2 en 3:4 van de Awb).

⁶ Aanbeveling, nr. 2014/710/EU van de Commissie van 9 oktober 2014 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische-communicatiesector die aan regelgeving ex ante kunnen worden onderworpen overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten, Pb EU L 295.



Gelet op het fragiele evenwicht op de postmarkt is de verwachting dat het opleggen van ex ante verplichtingen snel ingrijpend van aard kan zijn voor de betrokken marktpartijen, met name voor het postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht. Dit maakt dat ter rechtvaardiging van het opleggen van specifieke verplichtingen aan een postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht een gedetailleerde onderbouwing noodzakelijk is, waaruit voortvloeit dat deze verplichtingen niet alleen nuttig maar ook noodzakelijk zijn om de beoogde doelstelling te verwezenlijken, en niet verder gaan dan nodig om die doelstelling te verwezenlijken. Gelet hierop wordt in deze beleidsregel vereist dat de motiveringsplicht zoals die geldt op basis van artikel 3:46 van de Awb in beginsel mede wordt ingevuld middels een kwantitatieve onderbouwing.

De in artikel 4, eerste lid, bedoelde onderbouwing omvat een analyse, zoveel mogelijk in kwantitatieve zin, van de economische effecten op de postmarkt en van de met het besluit gemoeide reguleringskosten. Dit betekent dat een kwantitatieve analyse moet worden uitgevoerd waarin zoveel als mogelijk inzichtelijk wordt gemaakt hoeveel kosten en baten de voorgenomen verplichtingen opleveren voor in ieder geval de postvervoerbedrijven en voor eindgebruikers. Wanneer niet alle effecten kwantificeerbaar blijken te zijn, dient een inschatting van de orde van grootte van de effecten worden gegeven of ten minste een kwalitatieve beoordeling. Aan de hand van kwantificering kan worden bepaald of de voorgenomen verplichtingen (in vergelijking tot de andere verplichtingen die mogelijk zijn) de minst vergaande maatregel is die beschikbaar is. Daarnaast kan met kwantificering worden bepaald of de nadelen die als gevolg van de verplichting kunnen optreden voor de postmarkt óf voor het betrokken postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht onevenredig zijn. Zelfs als bepaalde effecten niet kwantificeerbaar blijken te zijn, is de poging tot kwantificering nuttig omdat deze inzicht geeft in de factoren die onbekend zijn.

De kwantitatieve analyse dient ten eerste voor de onderbouwing van de ernst en omvang van het mededingingsprobleem en van de effecten van de voorgenomen maatregel. Daardoor kan beter worden bepaald of de baten van de betreffende verplichtingen opwegen tegen de kosten. Ten tweede kan aan de hand van een kwantitatieve analyse beter worden vastgesteld of uit oogpunt van proportionaliteit minder ingrijpende verplichtingen overwogen moeten worden.

Bij kwantificering van de effecten van de voorgenomen verplichtingen kan in eerste instantie worden gedacht aan de directe (incrementele) kosten van de postvervoerbedrijven en eindgebruikers op de relevante markt, maar mogelijk kunnen ook andere effecten worden gekwantificeerd. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan de kosten en baten van de maatregelen, zoals toe- of afname in producenten- en consumentensurplus, uitvoerings- en compliancekosten van respectievelijk de toezichthouder en postvervoerbedrijven. Ook moet rekening worden gehouden met neveneffecten zoals effecten op toetredingsprijken, investeringsniveau en het kwaliteitsniveau. Daarbij dient zoveel mogelijk een onderscheid gemaakt te worden naar welke partijen deze effecten in welke mate ondervinden. Het gaat hier om eindgebruikers, het postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht, en de andere postvervoerbedrijven. Op deze manier kan inzicht verkregen worden in welke effecten vanuit maatschappelijke welvaart 'zero sum' zijn en welke effecten leiden tot een toename van het totale surplus.

Artikel 4, tweede lid, ziet op de situatie dat een postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht een eigen kwantitatieve analyse heeft opgesteld en daaruit concludeert op basis van geconsulteerde versies en andere voorbereidende activiteiten van de ACM dat de voorgenomen verplichtingen niet voldoen aan artikel 3, tweede lid, onderdelen a of b. Het postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht onderbouwt bijvoorbeeld aan de hand van zijn kwantitatieve analyse dat de verplichtingen verder gaan dan nodig zijn om de concurrerende postvervoerbedrijven in staat te stellen op de lange termijn met hem te concurreren (artikel 3, tweede lid, onderdeel a), of hij onderbouwt aan de hand van zijn kwantitatieve analyse dat financiële instabiliteit aannemelijk is als gevolg van de voorgenomen verplichtingen (artikel 3, tweede lid, onderdeel b). In dat geval verplicht artikel 4, derde lid, de ACM hierop gemotiveerd in te gaan, zoveel mogelijk in kwantitatieve zin, in de analyse zoals bedoeld in artikel 4, eerste lid. Waar nodig past de ACM hierop het voorgenomen besluit aan of legt de door de AMM-partij aangedragen analyse kwantitatief onderbouwd naast zich neer. Artikel 4, tweede en derde lid, zien uitsluitend op de situatie dat het postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht een beroep doet op artikel 3, tweede lid, van deze beleidsregel. Zoals opgemerkt in paragraaf 2.1. van het algemeen deel van de toelichting is immers inherent aan het ex ante toezichtinstrument dat dit postvervoerbedrijf het meest geraakt wordt door de toepassing van dit toezichtinstrument.

Hierbij wordt opgemerkt dat artikel 6b, eerste lid, van de Instellingswet ACM aan een ieder de verplichting oplegt om de ACM alle informatie te verstrekken die zij nodig heeft voor toezicht en handhaving van (onder meer) de Postwet 2009. Vanuit het oogpunt van die verplichting dient een postvervoerbedrijf dat zich beroept op artikel 3, tweede lid, van de beleidsregel daarbij aan de ACM alle



informatie te geven waardoor het voor de ACM mogelijk is de kwantitatieve onderbouwing van het postvervoerbedrijf te doorgronden, te repliceren en door te rekenen. Dat betekent dat het postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht aldus transparantie richting de ACM moet betrachten over de door haar gebruikte data, parameters en assumpties.

*De Minister van Economische Zaken,
H.G.J. Kamp*