

heen – begin 2018 nog – was het antwoord op deze vraag namelijk 'ja'. Weliswaar kon het bestuursorgaan er niets aan doen dat het primaire besluit onjuist was, dat nam niet weg dat de wijziging als het ware in diens risicosfeer werd gelegd. In deze uitspraak doet de Raad dat niet meer. In de afsluitende rechtsoverweging wordt expliciet duidelijk gemaakt dat de kosten van de bezwaarfase niet langer voor vergoeding in aanmerking komen, voor zover de wijziging van de primaire besluitvorming uitsluitend is terug te voeren op een wijziging van de onderliggende regelgeving. Alsdan is er geen sprake van de in art. 7:15 lid 2 Awb genoemde 'herroeping wegens een aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid'. De onrechtmatigheid is immers ontstaan door een wijziging van de regelgeving, waarmee in verband met het *lex mitior*-beginsel, dat ligt besloten in art. 5:46 lid 4 Awb, nu eenmaal rekening dient te worden gehouden. Het woord 'uitsluitend' is natuurlijk wel van groot belang in dezen. Er mogen geen andere redenen zijn aan te wijzen die wel op een onrechtmatigheid wijzen die aan het bestuursorgaan kan worden toegerekend.

4. Deze redenering van de Raad lijkt mij juridisch zuiver en bovendien voor de uitvoering uitermate praktisch. In deze casus speelde de wijziging van de regelgeving weliswaar pas na de bezwaarfase, maar het is ook denkbaar dat een wetswijziging reeds in de bezwaarfase aan de orde is. In een dergelijke situatie kan met de huidige lijn door het bestuursorgaan meteen tot bijstelling van de besluitvorming worden overgaan zonder kostenvergoeding, welke onder zulke omstandigheden door het bestuursorgaan wellicht als onterecht ervaren zou kunnen worden.

5. De Raad spreekt uitdrukkelijk over 'het kader van een verzoek tot veroordeling in de kosten van bezwaar bij de herroeping van een boetebesluit', zodat vooralsnog de reikwijdte van deze uitspraak daartoe beperkt moet worden geacht. Niettemin valt niet op voorhand in te zien waarom de redenering niet ook zou mogen gelden in andere situaties van gewijzigde regelgeving (dus buiten het boeterecht) die tot een betere rechtspositie leidt, zij het dat dan het eerdergenoemde strafrechtelijke beginsel daarvoor niet als katalysator moge dienen. Tot een dergelijke extrapolatie kan nu nog niet geconcludeerd worden.

6. Het is wel belangrijk dat men zich realiseert dat uit de bewoordingen die in deze uitspraak zijn gekozen volgt dat de nieuwe lijn alleen ziet op de (bestuurlijke) bezwaarfase en niet op de (rechterlijke) fasen van beroep en hoger beroep. Dat blijkt ook uit deze uitspraak zelf, waarin de beide rechterlijke fasen nog steeds wel voor een proceskostenvergoeding in aanmerking komen. C.W.C.A. Bruggeman

AB 2019/45

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN
3 september 2018, nr. 17/1385, 17/1387, 17/1389
en 17/1390

(Mrs. R.C. Stam, E.R. Eggeraat, H.O. Kerkmeester)
m.nt. J. Wieland*)

Hoofdstuk 3a Postwet; art. 8:69a Awb; art. 16
Dienstenrichtlijn

NJB 2018/1665
ECLI:NL:CBB:2018:440

Marktanalysebesluit 24-uurs zakelijke post. PostNL valt niet onder beschermingsbereik van de Dienstenrichtlijn, zodat op grond van het relativiteitsvereiste de beroepsgrond over de onverbindendheid van hoofdstuk 3a van de Postwet wegens strijd met de Dienstenrichtlijn buiten beschouwing blijft.

In deze procedure komt het belang van PostNL voort uit haar positie als in Nederland gevestigd postvervoerbedrijf dat door het marktanalysebesluit is aangewezen als partij met AMM op de afgebakende postmarkten voor de 24-uurs zakelijke post in Nederland. Grensoverschrijdende vestiging of dienstverlening is niet aan de orde. PostNL valt dan ook niet onder de personele beschermingsbereik van de Dienstenrichtlijn. Daarom kent deze richtlijn haar in deze procedure geen rechten toe die zij voor de rechter kan afdwingen. De toepassing van het relativiteitsvereiste op PostNL is daarom niet in strijd met de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid uit de rechtspraak van het Hof. Nu de Dienstenrichtlijn de belangen van PostNL in deze procedure niet beschermt, laat het College op grond van art. 8:69a Awb de door haar naar voren gebrachte beroepsgrond over de onverbindendheid van hoofdstuk 3a van de Postwet wegens strijd met de Dienstenrichtlijn buiten beschouwing.

Uitspraak van de meervoudige kamer van 3 september 2018 in de zaken tussen:

1. PostNL N.V. en haar groepsmaatschappijen (PostNL), te Den Haag, (gem.: mr. M.J. Geus, mr. C.E. Schillemans, mr. P.M. Waszink en mr. T.D.O. van der Vijver),
2. Sandd B.V. (Sandd), te Apeldoorn (gem.: mr. B.J.H. Braeken en mr. M. Koppenol),
3. Intrapost B.V. (IP), te 's-Hertogenbosch (gem.: mr. M.W.J. Jongmans) en,

* J. Wieland is advocaat te Amsterdam

4. Van Straaten Post B.V. en Van Straaten Post Utrecht B.V. (VSP), te Nieuwegein (gem.: mr. M.J. Osse),
Appellanten,
en
Autoriteit Consument en Markt (ACM), verweerder, (gem.: mr. O.E.S. Dusée, mr. G. La Bastide en mr. G.J. Knoop).

Procesverloop

Op 27 juli 2017 heeft ACM het marktanalysebesluit genomen over het vervoer van de 24-uurs zakelijke post (marktanalysebesluit).

Appellanten hebben hiertegen beroepen ingesteld en zijn als derde-belanghebbenden aangemerkt in elkaars procedures.

ACM heeft een verweerschrift ingediend.

Appellanten hebben zienswijzen ingediend naar aanleiding van elkaars beroepen en het verweer van ACM. ACM heeft op deze zienswijzen gereageerd (dupliek).

Over een aantal stukken die ACM verplicht is over te leggen, heeft zij meegedeeld dat uitsluitend het College daarvan kennis zal mogen nemen. Het College heeft de gevraagde beperking van de kennismening deels gerechtvaardigd geacht. De andere partijen hebben het College toestemming verleend om mede op grondslag van de als vertrouwelijk aangemerkte stukken uitspraak te doen.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 8 november 2017 (regiezitting) en 4 juli 2018. Op 4 juli 2018 hebben appellanten en ACM zich laten vertegenwoordigen door de hiervoor genoemde gemachtigden. Daarnaast heeft PostNL zich laten bijstaan door drs. M. Visser van RBB Economics, VSP door P.W.B. van Straaten, commercieel directeur, en ACM door A.G. Meijer en G. Salvo.

Overwegingen

Marktanalysebesluit

1. Bij het met ingang van 1 augustus 2017 in werking getreden marktanalysebesluit heeft ACM vastgesteld dat PostNL op de afgebakende relevante klein-, midden- en grootzakelijke markten voor het vervoer van de 24-uurs zakelijke post beschikt over aanmerkelijke marktmacht (AMM) als bedoeld in artikel 13a van de Postwet 2009 (Postwet) en, gezien de geïdentificeerde potentiële mededingingsproblemen, aan PostNL toegangsverplichtingen, tariefverplichtingen en de verplichting tot het bekendmaken van informatie en tot het doen van een referentieaanbod opgelegd.

Totstandkoming marktanalysebesluit

2.1 Begin 2014 heeft ACM een openbare consultatie gehouden onder belanghebbenden over welke mededingingsproblemen zij ervoeren op de postmarkt. Vervolgens heeft ACM onderzoek verricht onder postvervoerbedrijven en zakelijke afzenders. Op basis van de uitkomsten van dit onderzoek en na raadpleging van de Marktmonitor post heeft ACM op 19 december 2014 een eerste ontwerpmarktanalysebesluit voor de postsector uitgebracht. Uit de hiertegen ingebrachte zienswijzen heeft ACM geconcludeerd dat de marktafbakening voor de kleinzakelijke markt gewijzigd moet worden in die zin dat ook 72+-uurs partij-enpost tot de kleinzakelijke markt behoort.

2.2 Naar aanleiding van diverse ontwikkelingen, zoals de in het voorjaar van 2015 lopende onderzoeken naar strategisch product- en prijsgedrag van PostNL en lopende procedures over discriminatoire toepassing van voorwaarden en tarieven voor postvervoerbedrijven ten opzichte van zakelijke afzenders, heeft ACM nader onderzoek verricht. Op basis van dit nadere onderzoek heeft ACM geconcludeerd tot aanpassing van de in het eerste ontwerpmarktanalysebesluit opgenomen tariefverplichting. Op 6 juli 2015 heeft ACM het voornemen tot aanpassing van de tariefverplichting geconsulteerd. De reacties van postvervoerbedrijven hebben ACM aanleiding gegeven om verder onderzoek te verrichten. Daarnaast zijn er op verzoek van PostNL gesprekken geweest tussen PostNL en ACM over de aanpassing van haar tarief- en kortingsstructuur. In verband hiermee heeft ACM in februari 2016 een bijeenkomst met postvervoerbedrijven georganiseerd, waar PostNL haar voorstel over de invulling van de verplichtingen heeft gepresenteerd. Uit de reacties van de postvervoerbedrijven heeft ACM opge maakt dat er onvoldoende draagvlak was voor het voorstel van PostNL.

2.3 Op 11 maart 2016 heeft ACM een, ten opzichte van het eerste ontwerpmarktanalysebesluit en de in juli 2015 geconsulteerde aangepaste tariefverplichting, gewijzigd ontwerp in hoofdlijnen gepresenteerd. Aan de hand van de reacties hierop heeft ACM op 9 juni 2016 een nieuw ontwerpmarktanalysebesluit genomen, waartegen door diverse marktpartijen zienswijzen zijn ingediend.

2.4 Op basis van deze zienswijzen en op basis van een kwantitatieve effectentoeets, die ACM op grond van de door de Minister van Economische Zaken op 18 december 2016 gepubliceerde Beleidsregel over het ex ante toezicht op grond van de Postwet 2009 (Beleidsregel), heeft laten uitvoeren door onderzoek- en adviesbureau Frontier Economics (Frontiermodel), heeft ACM de op te leggen verplichtingen verder aangepast en op 6 april 2017 het ontwerpmarktanalysebe-

sluit opnieuw geconsulteerd. Bij haar zienswijze heeft PostNL op grond van artikel 4, derde lid, van de Beleidsregel een in haar opdracht door Copenhagen Economics uitgevoerde cost benefit analysis (CBA) ingebracht. ACM heeft op 27 juli 2017 het definitieve marktanalysebesluit genomen.

Beroepsgronden

3.1 PostNL voert in beroep aan dat het marktanalysebesluit niet in stand kan blijven, omdat hoofdstuk 3a van de Postwet onverbindend is wegens strijd met Verordening 1/2003¹ en de Dienstenrichtlijn.² PostNL voert verder aan dat de marktafbakening niet berust op robuust kwantitatief onderzoek, dat er ten onrechte onderscheid is gemaakt tussen de klantgroepen klein-, midden- en grootzakelijk, dat digitale communicatie ten onrechte niet tot de afgebakende markten wordt gerekend en brievenbuspakjes ten onrechte wel. PostNL betwist dat zij AMM heeft en dat de dominantieanalyse en de analyse van potentiële mededingingsproblemen juist zijn uitgevoerd. Van toegangswijziging is volgens PostNL geen sprake, omdat de regionale postvervoerders hun restpost via PostNL kunnen laten bezorgen door gebruik te maken van het zogenoemde vrijwillig aanbod of het openbare per sender aanbod. Op de zitting heeft PostNL bij monde van haar gemachtigde meegedeeld deze aanbiedingen te handhaven. PostNL voert verder aan dat de opgelegde tarief- en transparantieverplichtingen disproportioneel zijn en in strijd zijn met artikel 3, tweede lid, van de Beleidsregel. Volgens PostNL zijn de gemaakte keuzes onvoldoende gemotiveerd, is de implementatietermijn van drie maanden te kort, zijn de beperkingen om nieuwe, innovatieve en gewijzigde diensten te introduceren onrechtmatig, is de kwantitatieve effectenanalyse ondeugdelijk en in strijd met artikel 4 van de Beleidsregel, en is ACM niet transparant genoeg geweest over het Frontiermodel dat tijdens de consultatie van het ontwerpmarktanalysebesluit van 6 april 2017 ter inzage is gelegd.

3.2 Sandd voert aan dat de totstandkoming van het marktanalysebesluit te lang heeft geduurd, dat ACM ten onrechte alleen het 24-uurs partijenpostmarktsegment heeft geredigeerd en niet ook het 72+-uurssegment, dat de aan PostNL opgelegde verplichtingen niet ver genoeg gaan om alle potentiële mededingingsproblemen

op te lossen, dat ACM ten onrechte geen verplichtingen heeft opgelegd die betrekking hebben op de 72+-uurs partijenpost en dat de Beleidsregel onverbindend is.

3.3 De beroepen van VSP en IP richten zich tegen de aan PostNL opgelegde verplichtingen en de daaraan verbonden voorschriften en tegen het niet opnemen van bepaalde verplichtingen en voorschriften. De opgelegde verplichtingen zijn volgens hen onvoldoende om alle potentiële mededingingsproblemen op te lossen. Voor het geval het marktanalysebesluit geheel of gedeeltelijk wordt vernietigd, vragen VSP en IP een voorlopige voorziening te treffen om de toegang tot het landelijk dekkend netwerk van PostNL tegen redelijke voorwaarden en tarieven te waarborgen.

Verordening 1/2003

4.1 PostNL stelt dat hoofdstuk 3a van de Postwet onverbindend is, omdat dit hoofdstuk niet voldoet aan artikel 3, tweede lid, van Verordening 1/2003. Dit artikellid geeft de lidstaten enkel de bevoegdheid om eenzijdige gedragingen van ondernemingen te verbieden of te bestraffen en biedt geen ruimte voor het ex-anteregime van hoofdstuk 3a van de Postwet. Hoofdstuk 3a van de Postwet verbiedt of bestraft geen eenzijdige gedragingen van ondernemingen. Van een verbod of straf is pas sprake na een besluit van ACM, maar artikel 3, tweede lid, van Verordening 1/2003 staat een getrapte invoering van verbodsbepalingen niet toe.

4.2 Artikel 3, tweede lid, van Verordening 1/2003 luidt als volgt:

“De toepassing van nationaal mededingingsrecht mag niet leiden tot het verbieden van overeenkomsten, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden maar de mededinging in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag niet beperken, of aan de voorwaarden van artikel 81, lid 3, van het Verdrag voldoen of onder een verordening ter uitvoering van artikel 81, lid 3, van het Verdrag vallen. Lidstaten mag uit hoofde van de onderhavige verordening niet worden belet om op hun grondgebied strengere nationale wetten aan te nemen en toe te passen die eenzijdige gedragingen van ondernemingen verbieden of bestraffen.”

4.3 Het College overweegt dat Verordening 1/2003 slechts ziet op de uitvoering van de Europese mededingingsregels (tegenwoordig 101 en 102 VwEU)³ en nader de verhouding regelt met de toepassing van de equivalenten daarvan in de wetgeving van de lidstaten, zoals de artikelen 6

1 Verordening (EG) 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag.

2 Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt.

3 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

en 24 van de Mededingingswet. Verordening 1/2003 ziet niet op marktregulering als algemeen mededingingsinstrument en raakt dus hoofdstuk 3a van de Postwet niet. Deze beroepsgrond van PostNL slaagt niet.

Dienstenrichtlijn

5.1 PostNL stelt dat hoofdstuk 3a van de Postwet onverbindend is wegens strijd met artikel 16 van de Dienstenrichtlijn. Volgens PostNL blijkt uit de wetsgeschiedenis bij de totstandkoming van hoofdstuk 3a van de Postwet dat de verplichtingen die ACM op grond van dit hoofdstuk kan opleggen, kwalificeren als door artikel 16 van de Dienstenrichtlijn verboden eisen. De overige partijen bestrijden deze zienswijze. Daarnaast heeft Sandd op de zitting betoogd dat het beroep van PostNL op artikel 16 van de Dienstenrichtlijn afstuit op het relativiteitsvereiste van artikel 8:69a van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), nu de Dienstenrichtlijn kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van PostNL.

5.2 Ook ambtshalve beoordeelt het College de toepasselijkheid van artikel 8:69a van de Awb. In dit artikel is bepaald dat de bestuursrechter een besluit niet vernietigt op de grond dat het in strijd is met een geschreven of ongeschreven rechtsregel of algemeen rechtsbeginsel, indien deze regel of dit beginsel kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever met artikel 8:69a (<https://www.navigators.nl/document/openCitation/%20id3b4dab6875b4a41b4e8013c9a1f4381?idp=LegalIntelligence>) van de Awb de eis heeft willen stellen dat er een verband moet bestaan tussen een beroepsgrond en het belang waarin de belanghebbende door het bestreden besluit dreigt te worden geschaad.⁴ De bestuursrechter mag een besluit niet vernietigen wegens schending van een rechtsregel die kennelijk niet strekt tot bescherming van het belang van de appelland die zich op die rechtsregel beroept (relativiteitsvereiste).

5.3 Naar vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (het Hof) wordt het in Unierechtelijke zaken toepasselijke nationale procesrecht beheerst door de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. Aan de vraag of aan deze beginselen wordt voldaan, wordt eerst toegekomen als de appelland rechten kan ontlenen aan het Unierecht die hij voor de nationale rechter zou moeten kunnen afdwingen. Of het Unierecht aan particuliere rechten toekent, hangt af van de personele beschermingsomvang van de betrokken Unieregeling, die op

basis van de inhoud van die regeling en doelstelling ervan moet worden bepaald.

5.4 Het College beoordeelt daarom eerst of PostNL valt binnen het personele beschermingsbereik van de Dienstenrichtlijn en dus rechten kan ontlenen aan deze richtlijn, gesteld al dat deze van toepassing is.

5.5 Gelet op de inhoud en de doelstelling van de Dienstenrichtlijn, zoals dat onder meer blijkt uit artikel 1, eerste lid, waarin is bepaald dat deze richtlijn algemene bepalingen vaststelt ter vergemakkelijking van de uitoefening van de vrijheid van vestiging van dienstverrichters en het vrije verkeer van diensten, met waarborging van een hoge kwaliteit van de diensten, en zoals ook blijkt uit considerans 2 en 5, is het doel van de Dienstenrichtlijn het wegnemen van belemmeringen voor de vrije vestiging van dienstverrichters in de lidstaten en voor het vrije verkeer van diensten tussen lidstaten, opdat dienstverrichters in staat zijn zich in een andere lidstaat te vestigen of in staat gesteld worden om hun diensten in een andere lidstaat te ontplooiën.

5.6 In deze procedure komt het belang van PostNL voort uit haar positie als in Nederland gevestigd postvervoerbedrijf dat door het marktanalysebesluit is aangewezen als partij met AMM op de afgebakende postmarkten voor de 24-uurs zakelijke post in Nederland. Grensoverschrijdende vestiging of dienstverlening is niet aan de orde. PostNL valt dan ook niet onder de personele beschermingsbereik van de Dienstenrichtlijn. Daarom kent deze richtlijn haar in deze procedure geen rechten toe die zij voor de rechter kan afdwingen. De toepassing van het relativiteitsvereiste op PostNL is daarom niet in strijd met de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid uit de rechtspraak van het Hof. Nu de Dienstenrichtlijn de belangen van PostNL in deze procedure niet beschermt, laat het College op grond van artikel 8:69a van de Awb de door haar naar voren gebrachte beroepsgrond over de onverbindendheid van hoofdstuk 3a van de Postwet wegens strijd met de Dienstenrichtlijn buiten beschouwing.

Duur besluitvorming

6.1 Sandd voert aan dat het marktanalysebesluit niet binnen een redelijke termijn tot stand is gekomen, omdat ACM onredelijk lang over het marktanalysebesluit heeft gedaan, terwijl juist de situatie op de postmarkt noodzaak snel te voorzien in maatregelen om mededingingsproblemen te remediëren en dat ook de bedoeling is van de wetgever. Sandd stelt dat dit in strijd is met de Awb, de Postwet en de effectiviteit van het AMM-instrument. Volgens Sandd had ACM na de inwerkingtreding per 1 januari 2014 het eerste ontwerpmarktanalysebesluit eerder kunnen ne-

⁴ *Kamerstukken II 2009/10, 32450, 3, p. 18–22.*

men, omdat zij had kunnen voorzien dat zij bevoegd zou zijn tot het opleggen van verplichtingen aan PostNL. ACM heeft niet voortvarend gehandeld, omdat zij ondanks de penibele concurrentiesituatie op de postmarkt pas na tweeëneenhalf jaar het definitieve besluit heeft genomen. Daarbij merkt Sandd op dat zij ACM verschillende keren heeft gewezen op de noodzaak om op korte termijn een marktanalysebesluit te nemen.

6.2 Het College stelt vast dat op grond van hoofdstuk 3a van de Postwet of de jurisprudentie geen beslistermijn geldt voor het nemen van marktanalysebesluiten. Het marktanalysebesluit is ook niet op aanvraag genomen. Sandd heeft ACM niet verzocht een het marktanalysebesluit te nemen en zodoende de beslistermijn van artikel 4:13 van de Awb niet geactiveerd. Daarom slaagt deze beroepsgrond van Sandd niet.

Marktafbakening

7.1.1 Artikel 13a van de Postwet luidt:

“Onder een postvervoerbedrijf dat beschikt over aanmerkelijke marktmacht wordt verstaan een postvervoerbedrijf dat alleen of tezamen met andere ondernemingen beschikt over een economische kracht op een in overeenstemming met de beginselen van het algemene Europese mededingingsrecht afgebakende markt voor postvervoerdiensten die het in staat stelt zich op deze markt in belangrijke mate onafhankelijk van zijn concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten te gedragen.”

7.1.2 Over de afbakening van de relevante markt heeft ACM in het marktanalysebesluit, samengevat weergegeven, het volgende overwogen. De afbakening van de relevante markt is de eerste stap bij het beoordelen van de vraag of een onderneming AMM bezit. De vervolgstap voor de marktanalyse, namelijk de bepaling of er een onderneming is die zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, klanten en eindgebruikers kan gedragen, dient immers te worden onderzocht op de afgebakende relevante markt. ACM bepaalt de relevante markt in overeenstemming met de beginselen van het algemene Europese mededingingsrecht. In de Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht⁵ (Bekendmaking) wordt toegelicht hoe de marktafbakening plaatsvindt. Daarnaast betreft ACM ook de Richtsnoeren van de Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht in het bestek van het gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken

en -diensten⁶ (richtsnoeren marktanalyse) bij haar analyse.

7.1.3 Bij de vaststelling van de relevante markt onderzoekt ACM welke producten met elkaar concurreren en daarom tot dezelfde relevante markt behoren. Een relevante markt kent twee dimensies: de productmarkt en de geografische markt. Een relevante productmarkt omvat alle producten die substitueerbaar of voldoende uitwisselbaar zijn. Van substitutie is sprake als producten op grond van hun objectieve kenmerken geschikt zijn om in een constante behoefte van de afnemer te voorzien. Maar ook de prijs of beoogde toepassing van de producten, of de mededingingsvoorwaarden en/of de structuur van vraag en aanbod op de betrokken markt kunnen leiden tot substitutie. Producten die alleen in beperkte of relatief beperkte mate onderling uitwisselbaar zijn, behoren niet tot dezelfde productmarkt. Bij de bepaling van relevante markten zijn er twee bronnen van concurrentiedruk: i) substitutie aan de vraagzijde en ii) substitutie aan de aanbodzijde. Als er vanuit de vraagzijde of vanuit de aanbodzijde sprake is van substitueerbaarheid is er aanleiding om de markt ruimer af te bakenen dan het product waar vanuit de afbakening wordt gestart (het startpunt). Vraagsubstitutie is een maat voor de bereidheid van een afnemer om het betrokken product te vervangen door andere producten. Er is sprake van aanbods substitutie als andere aanbieders dan de aanbieder van de betrokken producten, bereid zijn om hun bedrijfsmiddelen op korte termijn in te zetten om de betrokken producten te kunnen aanbieden zonder dat ze daarvoor aanzienlijke (extra) investeringen hoeven te doen.

7.1.4 Voor de bepaling van de relevante markt kan een aantal onderzoeksmethoden worden ingezet. De meest gebruikte methode voor de afbakening van een relevante markt is een analyse van de onderlinge uitwisselbaarheid van producten door een analyse en vergelijking van objectieve kenmerken van de te vergelijken producten, het gebruik en de beoogde toepassing van de producten, de relevante prijzen, de overstap tussen producten en een beoordeling van de concurrentiesituatie in het aanbod van producten. Een andere methode om een relevante markt af te bakenen is het toepassen van de hypothetische monopolist test (ook wel de SSNIP-test genoemd⁷). Een verzameling producten wordt verondersteld een aparte relevante markt te zijn, als een hypothetische monopolistische aanbieder van die producten een kleine maar significante

⁶ PbeG 2002, C 165/03.

⁷ Waarbij SSNIP staat voor Small but Significant Non-transitory Increase in Price.

⁵ 97/C, 372/03.

duurzame prijsverhoging vanaf een competitief niveau kan doorvoeren zonder daarbij zo veel afzetten te verliezen dat de prijsverhoging niet meer winstgevend is. Er wordt begonnen met een kleine kandidaatmarkt. Dit is een verzameling producten waar het onderzoek zich op richt, of een onderdeel daarvan. Vervolgens wordt getest of een hypothetische monopolist op die kandidaatmarkt de prijzen winstgevend met 5 à 10% kan verhogen vanaf een competitief niveau. Indien dit het geval is, dan is de kandidaatmarkt de relevante markt. Indien dit niet het geval is, wordt het dichtstbijzijnde substituuut toegevoegd aan de (oude) kandidaatmarkt en wordt de toets opnieuw uitgevoerd. Deze toets gaat door tot in de situatie dat een hypothetische monopolist de prijzen winstgevend kan verhogen. In deze laatste situatie is de relevante markt afgebakend ofwel een markt die het waard is om te monopoliseren. Deze SSNIP-test kan in de praktijk worden geoperationaliseerd door middel van een critical loss analyse. Belangrijk bij een critical loss analyse is de volumedaling waarbij een prijsverhoging omslaat van winstgevend naar verliesgevend. Dit is de critical loss. Indien de werkelijke volumedaling, de actual loss, bij een prijsstijging hoger is dan de critical loss, is een prijsstijging niet winstgevend. In dat geval is de verzameling diensten die een hypothetische monopolist aanbiedt vanwege de aanwezigheid van substituten te klein om te worden gemonopoliseerd. In de SSNIP-test dient dan het dichtstbijzijnde substituuut (die dienst waar de meeste gebruikers bij een prijsstijging naar overstappen) te worden toegevoegd aan de markt. Op die manier wordt de markt stap voor stap net zo lang vergroot tot de actual loss lager is dan de critical loss. Op dat punt is de prijsstijging wel winstgevend en is de kleinste mogelijk monopoliseerbare markt, ofwel de relevante markt, bepaald. Deze methode is toegepast in het rapport van SEO, *“Keuzemogelijkheden en overstapgedrag zakelijk postvervoer”* (SEO-onderzoek), waartoe ACM opdracht had gegeven. In de critical loss analyse is het verkrijgen van betrouwbare data over de prijzen op competitief niveau, de marge en de prijsgevoeligheid een belangrijk knelpunt. De hoogte van de brutomarge is van invloed op de bepaling van de critical loss en de uitkomst van de critical loss analyse. Van de hoogte daarvan dient ACM een inschatting te maken. Voor de bepaling van de actual loss moet gestart worden vanuit competitieve prijzen, terwijl de hypothese is dat bij het vervoer van 24-uurs partijenpost geen sprake is van een concurrerende markt en de prijzen niet competitief zijn. Het werken met boven-competitieve prijzen leidt tot een overschatting van de overstapbereidheid en het optreden van een cellophane fallacy, waar-

door het risico bestaat dat een relevante markt te breed wordt afgebakend. Afnemers zijn bij boven-competitieve prijzen namelijk eerder geneigd een product als substituuut aan te merken dan wanneer de prijs in concurrentie tot stand is gekomen. Het belangrijkste probleem is dat de huidige prijzen voor het vervoer van partijenpost vermoedelijk niet op competitief niveau liggen. In het SEO-onderzoek is gebruik gemaakt van gemiddelde opbrengsten, waardoor in de situatie van een markt met een mogelijke onderneming met AMM een risico bestaat op overschatting van het overstapgedrag bij een prijsstijging. Daarnaast is een precieze toepassing van de critical loss analyse een bron van discussie. De resultaten uit het SEO-onderzoek in combinatie met de inschattingen ten behoeve van critical loss en actual loss en de precieze toepassing van de analyse zorgen ervoor dat het uitvoeren van een critical loss analyse met robuuste uitkomsten voor de marktafbakening als resultaat, onvoldoende mogelijk is.

7.1.5 De brutomarge is de marge tussen de prijs en de variabele kosten. Een hogere brutomarge wijst erop dat er meer vaste kosten zijn. Een hogere brutomarge leidt tot een lagere critical loss. Dit betekent dat het bij een hogere brutomarge – en dus een lagere critical loss – moeilijker is om winstgevend de prijs te verhogen.

7.1.6 Het rapport van NERA, *“Economics of Postal Services”*, van juli 2004 (NERA-rapport) is een studie op basis van data uit 25 landen van de Europese Unie (EU) en vindt een brutomarge van 35%. Het rapport van WIK Consult, *“Main Developments in the Postal Sector”*, van augustus 2013 (WIK-rapport 2013), geeft de brutomarge afhankelijk van het aantal poststukken dat inwoners gemiddeld per jaar verzenden. Voor Nederland betekent dit voor de in 2013 verstuurd postvolumes een brutomarge van 40%. Bij een dalend postvolume van maximaal 10% per jaar zou de brutomarge op basis van deze studie uitkomen op ongeveer 48% in 2017. De overige studies betreffen onderzoeken gebaseerd op data uit Australië, de Verenigde Staten (VS) of het Verenigd Koninkrijk (VK) en resulteren in brutomarges tussen globaal 30 en 40%. ACM heeft postvervoerders gevraagd naar de generieke brutomarge van postvervoer. Bij de berekening van het door haar gerapporteerde percentage heeft PostNL slechts de kosten die binnen één jaar kunnen worden vermeden als variabele kosten beschouwd. Kostenreducties (en dus variabele kosten) die pas in langere tijd zijn te realiseren, zijn dus door PostNL buiten beschouwing gelaten. Voor de SSNIP-test is echter de brutomarge op langere termijn van belang. Aannemelijk is immers dat bedrijven bij beslissingen over hun

prijstelling rekening houden met het effect op de winstgevendheid op langere termijn. PostNL was bij verdere navraag niet in staat een brutomarge te berekenen voor de langere termijn. Daarom gebruikt ACM bij de SSNIP-test voor de analyse de door PostNL aangeleverde brutomarge niet. Wat betreft het door Sandd gerapporteerde percentage is relevant dat Sandd een veel kleinere schaal heeft dan een hypothetische monopolist in de SSNIP-test. Een kleinere schaal geeft hogere vaste kosten waardoor de brutomarge van Sandd aan de hoge kant zal zijn. Gelet op het feit dat het WIK-rapport 2013 specifiek rekening houdt met het postvolume in een markt, acht ACM de uit die studie volgende brutomarge van 48% de meest betrouwbare schatting voor postvervoer in totaliteit. Gelet op de dalende postvolumes zal ACM in een gevoeligheidsanalyse rekening houden met een hogere brutomarge. ACM acht het waarschijnlijk dat de brutomarge van 48% voor alle postvervoer, representatief is voor 24-uurs partij-enpost. In het geval prijzen voor alle typen partij-enpost en alle typen klanten op competitief niveau liggen, is het niet aannemelijk dat de brutomarges voor het vervoer van partij-enpost van klein-, midden- en grootzakelijke afzenders significant van elkaar zullen verschillen. Niet is in te zien welk wezenlijk verschil er in de kostenstructuur van deze diensten is. Wel zou voor 24-uurs partij-enpost de brutomarge iets hoger kunnen zijn.

7.1.7 ACM heeft aan SEO opdracht gegeven om zakelijke afzenders van post te bevragen op hun voorkeuren. Het doel van het SEO-onderzoek is het schatten van het overstappedrag van zakelijke afzenders bij prijsstijgingen van postvervoer. Het betreft een zogenoemd stated preference onderzoek: de resultaten worden verkregen door zakelijke afzenders te vragen naar hun voorkeuren voor verschillende diensten. Voor het bepalen van de voorkeuren van de respondenten voor de verschillende kenmerken van postvervoerdiensten wordt ook gebruik gemaakt van een conjunct-onderzoek. Een conjunct-onderzoek is een onderzoeksmethode voor het meten, analyseren en voorspellen van klantreacties op nieuwe producten en diensten of nieuwe eigenschappen van bestaande producten en diensten. De meest gangbare variant van conjunct-onderzoek stelt respondenten bloot aan een keuze-experiment waarin wordt gevraagd herhaaldelijk een keuze te maken uit een aantal fictieve productprofielen. Een andere benaming voor dit type onderzoek is een vignettenanalyse. De conjunct-methode beoogt te voorkomen dat een vertekening en overschatting van het gedrag van respondenten optreedt bij – in dit geval – een prijsverhoging. Het conjunct-deel van het onderzoek vindt plaats

door respondenten zes keer te laten kiezen tussen twee opties (twee diensten die op een vijftal kenmerken verschillen). Op die manier worden de voorkeuren van respondenten gemeten. De mogelijke overstap naar het digitaal verzenden van partij-enpost of het stoppen met verzenden van partij-enpost wordt buiten de conjunct-methode onderzocht via een 'klassieke' vraag in welke mate respondenten bij een prijsstijging van 10% van een bepaalde postvervoerdienst (bijvoorbeeld 24-uurs partij-enpost) zouden overstappen op het digitaal verzenden van post (door middel van elektronische communicatiemiddelen) of zouden stoppen met verzenden. In de conjunct-methode is de mogelijke overstap naar digitaal verzenden die rechtstreeks aan zakelijke afzenders is gevraagd, gebruikt om te achterhalen hoeveel procent van het postvolume van een bepaald type postvervoerdienst wordt vervangen door de verschillende alternatieven. Om rekening te houden met de hypothetische bias wordt alleen overstap die respondenten zeggen 'vrijwel zeker' en 'zeer waarschijnlijk' te gaan doen, meegenomen. Overstap die respondenten kenschetsen als 'waarschijnlijk', onwaarschijnlijk of 'zeer onwaarschijnlijk' en 'vrijwel uitgesloten' (en respondenten die het 'niet weten') worden niet meegenomen. Dit is een veel gebruikte methode (de zogenaamde Likert schaal) om met een hypothetische bias om te gaan.

7.1.8 Het SEO-onderzoek is voor de tarieven uitgegaan van de gemiddelde opbrengsten per poststuk. Een beperking hiervan is dat er geen correctie op is uitgevoerd om te komen tot een prijs op competitief niveau. De hypothese is dat de mate van concurrentie beperkt is waardoor het aannemelijk is dat de prijzen op een boven-competitief niveau liggen. Een andere beperking van de vignettenanalyse betreft de indirecte wijzen van bevragen van digitaal verzenden en niet meer verzenden bij een stijging van de prijzen van partij-enpost. Deze vragen zijn direct gesteld aan respondenten en leiden tot een overschatting van de verwachte overstap van zakelijke afzenders naar diensten buiten postvervoer.

7.1.9 ACM heeft het SEO-onderzoek en de resultaten hiervan vergeleken met andere bronnen. Ten eerste heeft ACM de overstapperpercentages uit het SEO-onderzoek, die zijn gebaseerd op stated preference, vergeleken met de daadwerkelijke overstapperpercentages in de laatste jaren (revealed preference). Het SEO-onderzoek voorspelt bij een prijsstijging van 10% een hoger overstapperpercentage van 40%. Het werkelijke overstappedrag bij prijsstijgingen in de afgelopen jaren is veel lager dan de stated preference. Ten tweede heeft ACM de overstap die uit het SEO-onderzoek volgt, getoetst door die te vergelijken met de overstap die

volgt uit internationale onderzoeken waarin de prijselasticiteit van postvervoerdiensten wordt gemeten. SEO verklaart dat de door hem bepaalde overstapperpercentages groter zijn dan die in andere onderzoeken uit het feit dat de meeste onderzoeken zijn gebaseerd op gerealiseerde prijs- en volumeontwikkelingen waarbij voor de verschillende postvervoerdiensten sprake is van een vergelijkbare (gecorrigeerde) prijsontwikkeling. Het SEO-onderzoek is echter gericht op de voor marktafbakening relevante overstap (of prijselasticiteit) bij een prijsstijging van individuele postvervoerdiensten daar waar de prijzen van andere postvervoerdiensten gelijk blijven. SEO meet de overstap bij de prijsstijging van een individuele postvervoerdienst waar andere onderzoeken de overstap bij een gezamenlijke prijsstijging van alle postvervoerdiensten meten. Onderzoek dat wel rekening houdt met de onderlinge overstap tussen postvervoerdiensten, meet wel hogere prijselasticiteiten, hoewel toch beduidend lager (tussen de -0,8 en -3,5) dan de prijselasticiteiten uit het SEO-onderzoek (tussen de -2,9 en -4,6). Dit is ook een indicatie dat het SEO-onderzoek de mate van overstap aan de hoge kant schat. Op basis van werkelijke overstapcijfers van de afgelopen jaren acht ACM aannemelijk dat het overstapperpercentage veel lager ligt dan door SEO berekend en wel in de orde van 12%.

7.1.10 ACM concludeert ten aanzien van de vraag of ook digitaal verzenden tot de verzameling diensten van partijenpost behoort, dat een critical loss analyse niet uitsluit dat digitaal verzenden niet tot de relevante productmarkt behoort. Als zodanig geeft de critical loss analyse geen uitsluitend of digitaal verzenden al dan niet tot de relevante markt behoort. Al met al acht ACM de critical loss analyse onvoldoende betrouwbaar en robuust om vergaande conclusies op te baseren ten aanzien van de afbakening van de relevante productmarkt. ACM gebruikt voor de marktafbakening derhalve de eerste reguliere methode. Daarbij maakt ACM voor zover mogelijk gebruik van de uitkomsten uit het SEO-onderzoek. De marktanalyse heeft betrekking op het vervoer van geadresseerde nationale brievenbuspost. Ongeadresseerde poststukken en poststukken die niet door de brievenbus passen en/of daarin niet worden bezorgd, vallen hier derhalve buiten. Daarnaast is het onderscheid tussen de universele postdienst (UPD) met betrekking tot zendingen die in Nederland voor vervoer worden aangeboden en bezorgd – losse post ofwel post tegen enkelstukstarief – en postvervoerdiensten buiten de UPD met betrekking tot zendingen die in Nederland voor vervoer worden aangeboden en bezorgd – partijenpost ofwel post tegen speciale voorwaarden en tarieven – van belang.

Deze marktanalyse richt zich op het vervoer van partijenpost en niet op de UPD. Partijenpost is vrijwel uitsluitend afkomstig van zakelijke afzenders. Het vervoer van partijenpost betreft het aanbod van een postvervoerbedrijf aan zakelijke afzenders om hun post te collecteren, te sorteren, te transporteren en vervolgens te bezorgen. Het aanbod aan vervoer van partijenpost verschilt in onder meer de bezorging binnen een overkomstduur ofwel servicekader (24-uurs, 48-uurs of 72+-uurs vervoer) en de hiermee verband houdende bezorgingstijdigheid, en naar de wijze van aanleveren van te vervoeren partijenpost (gecodeerd en gesorteerd aangeleverd bij een postvervoerbedrijf, ongecodeerd en ongesorteerd aangeleverde post bij een postvervoerbedrijf of het ophalen van partijenpost door een postvervoerbedrijf bij een zakelijke afzender). Daarnaast betreft het vervoer van partijenpost verschillende poststukken, zoals brieven, direct mail, periodieken en brievenbuspakjes.

7.1.11 De afbakening van de relevante markt vindt plaats vanuit de diensten waarop zich potentiële mededingingsproblemen voordoen. De inventarisatie die begin 2014 op basis van de marktconsultatie onder marktpartijen is uitgevoerd, resulteerde in de conclusie dat een gesignaleerd mededingingsprobleem ligt in het risico dat PostNL de facto weigert om postvervoerbedrijven toegang te bieden tot zijn netwerk en bijbehorende faciliteiten voor 24-uurs partijenpost. Deze toegang is nodig omdat de concurrerende postvervoerbedrijven (nog) geen landelijk postvervoernetwerk hebben voor 24-uurs partijenpost. De partijenpost buiten hun eigen verzorgingsgebieden bieden deze postvervoerbedrijven bij PostNL aan voor verdere distributie en bezorging. Dit betreft hoofdzakelijk partijenpost met een overkomstduur van 24 uur die deze postvervoerbedrijven aanbieden aan hun eigen zakelijke klanten. Daarom is het startpunt voor de marktafbakening het vervoer van 24-uurs partijenpost. De potentiële mededingingsproblemen bij het vervoer van 24-uurs partijenpost strekken zich uit tot alle typen zakelijke afzenders. Voor de marktafbakening ziet ACM in termen van de kenmerken van het vervoer van 24-uurs partijenpost (en partijenpost in het algemeen) de overkomstduur als belangrijkste onderscheidende keuzefactor voor een nader onderscheid. Uit het onderzoek van SEO blijkt dat de overkomstzekerheid en de bezorging binnen het servicekader de belangrijkste keuzefactoren van zakelijke afzenders voor partijenpost zijn. Ook uit de vignettenanalyse van SEO volgt dat het servicekader en de hiermee verband houdende bezorgingstijdigheid de belangrijkste kenmerken van partijenpost zijn. ACM onderzoekt derhalve ten behoeve van de af-

bakening van de relevante productmarkt of er sprake is van een nader onderscheid naar overkomstduur en de hiermee verband houdende bezorgingstijdigheid.

7.1.12 Voor de afbakening van de relevante productmarkt(en) onderzoekt ACM de volgende stappen. ACM onderzoekt eerst of er vanuit het startpunt voor de marktafbakening van 24-uurs partijenpost aanleiding is om een nader onderscheid naar overkomstduur te maken. Dit vertaalt zich derhalve in de vraag of 48-uurs en 72+-uurs partijenpost dermate veel concurrentiedruk op 24-uurs partijenpost uitoefenen dat zij behoren tot dezelfde relevante productmarkt. ACM concludeert dat dit het geval is.

7.1.13 Vervolgens onderzoekt ACM of er aanleiding is om een nader onderscheid te maken naar zakelijke afzenders. Hierbij onderzoekt ACM of er bepaalde afnemersgroepen te onderscheiden zijn die van elkaar verschillen in behoeften, keuzes en het aanbod aan partijenpost. Uit het SEO-onderzoek volgt dat er drie typen zakelijke afzenders te onderscheiden zijn die een verschillend belang hechten aan de belangrijke kenmerken van partijenpost, zoals het servicekader of overkomstduur, maar ook aan de bezorgingstijdigheid en de wijze van aanlevering van post. SEO onderscheidt als type afzenders van partijenpost op basis van overstapbaarheid: kleinzakelijke afzenders met een jaarvolume tot en met 100.000 stuks, middenzakelijke afzenders met een jaarvolume tussen 100.000 tot en met 2.500.000 stuks en grootzakelijke afzenders met een jaarvolume van meer dan 2.500.000 stuks. Uit het SEO-onderzoek blijkt dat ten aanzien van de mate waarin zakelijke afzenders bereid zijn over te stappen bij prijsstijgingen de preferenties van deze drie typen zakelijke afzenders van post verschillen. ACM concludeert dat er voldoende aanwijzingen zijn om te concluderen dat er voor het vervoer van partijenpost een nader onderscheid naar kleinzakelijke, middenzakelijke en grootzakelijke afzenders gemaakt dient te worden.

7.1.14 Wat betreft digitaal verzenden en de rol hiervan in de marktafbakening, ziet ACM als een relevant ijkpunt dat bij haar geen marktafbakeningen voor het vervoer van partijenpost bekend zijn waarbij digitaal verzenden tot de postmarkt wordt gerekend. Het digitaal verzenden van schriftelijke informatie door middel van het versturen van deze informatie via elektronische communicatienetwerken en applicaties kan tot op zekere hoogte als alternatief gezien worden voor postvervoer in de zin van het geheel van handelingen dat wordt verricht teneinde poststukken af te leveren van de afzender aan de geadresseerde. Het belang van elektronische substitutie voor postvervoer wordt benadrukt in

diverse rapporten en heeft er in de afgelopen jaren mede voor gezorgd dat de omvang van het vervoer van brievenbuspost (fors) is afgenomen. De invloed van elektronische communicatiemiddelen op de volumes aan partijenpost is geen recente ontwikkeling. In het verleden is de invloed van economische activiteit en de aanwezigheid van elektronische communicatiemiddelen empirisch onderzocht en was er al sprake van een verband tussen elektronische communicatiemiddelen en de omvang van het postvervoer. Wel kan er worden gesteld dat de invloed van elektronische communicatiemiddelen in het recente verleden waarschijnlijk is toegenomen als gevolg van de verruimde mogelijkheden om elektronisch te communiceren.

7.1.15 Het is een feit dat de postvolumes zijn gekrompen. Naar verwachting zullen de postvolumes de komende jaren nog verder krimpen. In het rapport van WIK Consult, "*Future scenario developments in the Dutch postal market*", van 21 december 2016 (WIK-rapport 2016), wordt uitgegaan van een daling van ongeveer 7% per jaar tot 2020. Voor de analyse van de concurrentie op de postmarkt is niet relevant in welke mate de omvang van het volume aan postvervoer krimpt of de komende jaren zal krimpen. De cruciale vraag is of het digitaal verzenden een substituut is voor het vervoer van 24-uurs partijenpost als gevolg van een significante en duurzame prijsverhoging van deze diensten vanaf een competitief prijsniveau. Dit komt neer op de vraag of de vraaguitval aan 24-uurs partijenpost het resultaat is van prijsstijgingen of van externe factoren die ervoor zorgen dragen dat een autonome migratie naar elektronische wijzen van het verzenden van informatie, los van prijsstijgingen plaatsvindt. In wetenschappelijk onderzoek is er vanuit theoretisch oogpunt op gewezen dat een vraaguitval door elektronische communicatiemiddelen niet betekent dat deze producten tot dezelfde relevante markten behoren als postvervoer en er geen sprake meer is van AMM. Er kan nog steeds sprake zijn van een machtspositie, maar dan op een beperktere schaal vanwege de krimp van de markt. Een andere invalshoek is wat een krimpend volume aan partijenpost betekent voor de marktafbakening als er sprake is van productmigratie. Hierbij moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat afnemers die nog niet gemigreerd zijn een inelastische vraag hebben, bijvoorbeeld omdat hun poststroom zich niet leent voor digitale alternatieven. Het bestaan van een dergelijke groep afnemers kan impliceren dat een significante en duurzame prijsverhoging vanaf het competitieve niveau winstgevend is. Een ander perspectief betreft de aannemelijkheid van een zekere mate van complementariteit tussen 24-uurs postvervoer en het digitaal verzenden van in-

formatie. Er zijn voorbeelden dat voor groepen afzenders elektronische communicatie leidt tot een vergroting van de waarde van het gebruik van 24-uurs partijenpost doordat elektronische berichtenverkeer leidt tot een opvolgactie waarbij post wordt verzonden. ACM acht het aannemelijk dat er voor de overstap naar digitaal verzenden sprake is van een autonome migratie als gevolg van de trend van digitalisering die onafhankelijk is van prijsstijgingen voor 24-uurs partijenpost. Naar het oordeel van ACM is een prijsstijging van 10% te klein om de keuze voor post of de meer vergaande keuze om digitaal te gaan verzenden in grote mate te beïnvloeden. De invloed van prijsstijging voor postvervoer is hierbij niet een doorslaggevend factor voor de keuze om uiteindelijk over te gaan op digitale verzending. Een tweede constatering is het feit dat er grote niet-prijs gerelateerde verschillen tussen het digitaal verzenden en 24-uurs partijenpost bestaan die ervoor zorgen dat een prijsstijging van 24-uurs partijenpost geen tot vrijwel geen invloed heeft op de afname hiervan. Het digitaal verzenden van schriftelijke informatie door middel van het versturen via elektronische communicatienetwerken en applicaties betreft een wezenlijk andere dienst dan het vervoer van 24-uurs partijenpost. Uit een vergelijking van de belangrijkste kenmerken van 24-uurs partijenpost met die van digitaal verzenden blijkt dat er wat betreft de belangrijkste karakteristieken van deze diensten ook grote verschillen bestaan die van belang zijn voor de keuze voor het verzenden van informatie. Deze verschillen tussen fysiek en digitaal verzenden betreffen de frequentie van de dienst (één keer per dag, vijf dagen in de week, versus continu), de snelheid (de volgende dag versus direct) de betrouwbaarheid (betrouwbaar versus, afhankelijk van de vorm, redelijk betrouwbaar), de integriteit/vertrouwelijkheid (hoog vanwege het briefgeheim versus, afhankelijk van de vorm, van hoog tot tamelijk laag), de dekking (landelijk, namelijk iedere geadresseerde, versus vrijwel landelijk, namelijk gebruikers van elektronische media) en de toegankelijkheid (voor alle zakelijke afzenders beschikbaar versus afhankelijk van de wijze van digitaal verzenden en beschikbaarheid van middelen bij afzender en geadresseerde). Een relevante factor is verder de verwachting dat in het geval digitaal verzenden een substituuat zou zijn voor 24-uurs partijenpost, dit prijsdruk oplevert. Uit het overzicht van de ontwikkeling van de gemiddelde opbrengst van partijenpost blijkt echter dat de prijzen voor 24-uurs zakelijke post zijn gestegen.

7.1.16 Ten slotte is in het SEO-onderzoek gevraagd naar de gevolgen van een stijging van de prijzen van 24-uurs partijenpost op de vraaguitval naar digitaal verzenden (en het stoppen met verzenden). Respondenten in het onderzoek, za-

kelijke afzenders van partijenpost, kregen een directe vraag hoe waarschijnlijk zij zouden overstappen bij een prijsstijging uitgaande van hun huidige prijzen. Uit het onderzoek volgt dat 9 tot 13% van het volume zal wegvallen als gevolg van de stijging van de huidige prijzen van 24-uurs partijenpost met 10%. ACM acht deze vraaguitval dermate laag dat het onvoldoende ondersteuning vormt voor een verdere verruiming van de relevante productmarkt. Vanwege het reële risico op een cellophane fallacy geldt bovendien dat deze 9 tot 13% een overschatting is. ACM concludeert uit het bovenstaande dat het digitaal verzenden geen vraagsubstituut is voor 24-uurs partijenpost. Aanvullend hierop zou een critical loss analyse dit ook kunnen aantonen. De critical loss analyse is, gegeven het reële risico op de cellophane fallacy, echter onvoldoende robuust om een betrouwbare conclusie te kunnen trekken. Er dient naar het oordeel van ACM overtuigend bewijs te zijn om digitaal verzenden als vraagsubstituut te kwalificeren. Dat overtuigende bewijs ontbreekt. ACM neemt weliswaar een verschuiving waar van 24-uurs partijenpost naar digitale verzending, maar acht de migratie naar digitaal verzenden een autonoom proces dat het resultaat is van nieuwe en verbeterde mogelijkheden voor elektronische communicatie. Er is daarbij sprake is van een gebonden groep van zakelijke afzenders van 24-uurs partijenpost die bij prijsstijgingen van 24-uurs partijenpost niet zal overstappen op digitaal verzenden. Juist deze groep van zakelijke afzenders die momenteel in de markt zit, behoeft bescherming tegen hoge prijzen.

7.2 In beroepsgrond B betoogt PostNL dat de door ACM gemaakte marktafbakening geen stand kan houden.

7.2.1 Beroepsgrond B.1 luidt dat de marktanalyse is gebaseerd op verouderd onderzoek. Het marktonderzoek dat ten grondslag ligt aan de marktafbakening en de dominantieanalyse stamt nog uit 2014, toen het postvolume ruim 30% groter was dan nu. De daadwerkelijke volumedalingen voor de periode 2014-2016 zijn veel sterker uitgevallen dan in 2014 was voorzien. Dit toont aan dat de markt zich sneller ontwikkelt dan ACM eerder had aangenomen en de digitalisering onverminderd doorzet. Deze ontwikkelingen heeft ACM ten onrechte niet meegenomen. PostNL wijst er in dit verband op dat in de toelichting bij de Beleidsregel de snelle ontwikkelingen in de markt worden beschreven, waaronder de enorme volumedaling door digitalisering. Ook het rapport van het Ministerie van Economische Zaken, *“Analyse toekomst postmarkt. Het belang van post in een digitale wereld”* van 10 juli 2017

(EZ-rapport) gaat uit van de grote veranderingen in de sector door digitalisering.

7.2.2 Volgens beroepsgrond B.2 is de marktfabekening niet gebaseerd op robuust kwantitatief onderzoek, waardoor digitale communicatie ten onrechte niet als onderdeel van de markt wordt gerekend. Uit de kwantitatieve analyses van RBB Economics en het SEO-onderzoek blijkt dat digitale communicatie significante concurrentiedruk uitoefent op PostNL en fysieke en digitale communicatie dus onderdeel vormen van dezelfde relevante markt. De substantiële volumedalingen zijn onmiskenbaar het gevolg van digitalisering. Bedrijven zijn niet minder gaan communiceren, maar op een andere manier. De concurrentiedruk is des te sterker omdat zodra een klant een communicatiestroom eenmaal heeft gedigitaliseerd, hij niet meer zal terugkeren naar fysieke communicatie per post. Dat volumedalingen het gevolg zijn van digitalisering heeft ACM al erkend in het concentratiebesluit Sandd/Selekt Mail van 7 maart 2011, toen die dalingen veel minder geprononceerd waren dan nu. Dat ACM zich nu op het standpunt stelt dat de digitalisering een autonome ontwikkeling is die geen concurrentiedruk meebrengt, acht PostNL onbegrijpelijk.

7.2.3 De argumentatie van ACM schiet volgens PostNL in de eerste plaats tekort omdat zij er aan voorbijziet dat PostNL er herhaaldelijk – onder meer in haar zienswijze op het ontwerpbesluit marktanalyse – op heeft gewezen dat een hypothetische prijsverhoging, zoals wordt gehanteerd in een SSNIP-test, wel degelijk leidt tot een (extra) overstap naar elektronische communicatie. De door ACM kennelijk gehanteerde gevolgtrekking dat de door PostNL doorgevoerde prijsverhogingen voor post betekenen dat er geen concurrentiedruk uitgaat van digitale communicatie is onjuist. De enorme volumedalingen die het gevolg zijn van digitale substitutie hebben ertoe geleid dat kosten over een steeds kleinere hoeveelheid post moeten worden verdeeld, waardoor PostNL noodgedwongen prijzen heeft moeten verhogen.

7.2.4 In de tweede plaats gaat ACM niet op de juiste wijze om met de beweerde autonome trend. Ook als hiervan zou worden uitgegaan, dient een SSNIP-test doorslaggevend te zijn, zo blijkt uit de uitspraak van het College van 3 mei 2011.⁸ Een dergelijke kwantitatieve analyse wijst uit dat er wel degelijk sprake is van concurrentiedruk en dat digitale communicatie dus onderdeel is van dezelfde markt als fysieke post. Zoals ook blijkt uit het EZ Rapport van 10 juli 2017 bepalen de prijs en kwaliteit van fysieke post de snelheid van digitalisering. Ook andere rapporten, zowel nationaal als internationaal, bevestigen deze con-

clusie. PostNL wijst ook op de Memorie van Toelichting bij de Wijziging van de Postwet 2009 ter invoering van ex ante toezicht op een postvervoerbedrijf met aanmerkelijke marktmacht,⁹ waarin valt te lezen dat op het moment dat het traditionele postverkeer en elektronische communicatie in voldoende mate substitueerbaar zijn, uit de marktanalyse van ACM zal volgen dat zij tot dezelfde relevante markt behoren. Hieruit volgt dat ACM een kwantitatieve analyse dient uit te voeren en er niet mee kan volstaan om uit te gaan van een autonome ontwikkeling. Ook het bpost-arrest van het Hof van Justitie¹⁰ verwijst expliciet naar de druk die digitale communicatie uitoefent op fysieke post. In andere sectoren heeft ACM geaccepteerd dat oudere en nieuwere technologieën wel degelijk onderdeel kunnen zijn van dezelfde markt, ook in gevallen waarin de migratie één kant opgaat. Toen het College zich over deze materie boog, constateerde het dat een relatieve toename van de tarieven voor de nieuwe techniek zou resulteren in een tragere overstap in die richting. Het omgekeerde moet dan ook waar zijn: een relatieve toename van de tarieven voor de oude techniek zal resulteren in een snellere overstap in de richting van de nieuwe techniek. Het College heeft ook bevestigd dat ACM de omvang van de autonome trend en de mate van vertraging in de overstap van de oude naar de nieuwe techniek ten gevolge van prijsveranderingen had moeten onderzoeken:

“Indien niet van ACM kan worden gevergd dat zij het autonome substitutie-effect exact bepaalt, had zij minst genomen een beredeneerde indicatie moeten geven van de omvang van de autonome trend, zodanig dat een schatting had kunnen worden gemaakt van de mate van vertraging in de overstap (...) die aan de bedoelde prijsverhoging kan worden toegeschreven.”¹¹

7.2.5 Dat een robuuste kwantitatieve analyse leidt tot de conclusie dat digitale communicatie behoort tot de relevante markt blijkt ook uit het SEO-onderzoek, waartoe ACM nota bene zelf opdracht heeft gegeven. Dat dit de juiste conclusie is die uit het SEO-rapport moet worden getrokken, blijkt uit de kwantitatieve analyse van RBB Economics, “*Reactie op de tweede marktanalyse post-sector ACM*”, van 19 juli 2016 en PostNL verwijst tevens naar het Copenhagen Economics rapport “*ACM’s market definition is incorrect: Theoretical and empirical evidence*” van 22 december 2017. ACM heeft hiervoor geen alternatieve kwantitatieve analyse in de plaats gesteld. De argumenten

⁹ Kamerstukken II 2012/13, 33501, 3.

¹⁰ Van 11 februari 2015, ECLI:EU:C:2015:17.

¹¹ Uitspraak van 3 mei 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3135, r.o. 8.4.2.

⁸ ECLI:NL:CBB:2011:BQ3135, r.o. 8.4.1.

die ACM geeft voor het ter zijde schuiven van de rapporten van RBB Economics en SEO zijn niet overtuigend.

7.2.6 ACM stelt ten eerste dat de prijzen niet op een competitief niveau liggen, waardoor een kwantitatieve analyse mogelijk onjuiste resultaten kan genereren. ACM geeft echter geen toereikende onderbouwing voor die stelling, terwijl PostNL heeft gewezen op diverse aanwijzingen dat de prijzen juist wél competitief zijn. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de internationale vergelijking van WIK Consult die laat zien dat de gemiddelde opbrengsten in Nederland aanzienlijk lager zijn dan die in vergelijkbare landen zoals België en Zweden. Bovendien blijkt hieruit dat de volumedaling over de gemeten periode in Nederland circa twee keer zo hoog was als in die landen. Uit onderzoek van Copenhagen Economics, “*ACM wrongly relies on the Cellophane Fallacy to dismiss empirical findings of price-demand response*”, van 22 december 2017 blijkt dat de 24-uurs bulktarieven in Nederland behoren tot de laagste in Europa. Ook heeft ACM in haar analyse niet het feit meegenomen dat de tarieven die PostNL mag hanteren voor UPD een natuurlijke cap vormen op de prijsvorming van de niet-UPD partijenpost. De prijsstijgingen voor de 24-uurs zakelijke post die ACM constateert, kunnen niet los worden gezien van de enorme volumedalingen. ACM is bovendien inconsistent door zich uitsluitend te richten op de prijzen voor 24-uurs post, terwijl volgens het marktanalysebesluit ook 48-uurs en 72+-uurs partijenpost tot dezelfde productmarkt behoren. Zoals Copenhagen Economics aangeeft in haar rapport zijn er diverse methoden om te analyseren of de cellophane fallacy zich voordoet, zoals een prijsvergelijking, een prijs-kosten analyse of een winstgevendheidsanalyse. Die analyses laten zien dat er geen sprake is van indicaties dat tarieven boven-competitief zijn en de cellophane fallacy zich dus niet voordoet.

7.2.7 ACM stelt ten tweede zonder deugdelijke onderbouwing dat betrouwbare data voor de prijsgevoeligheid ontbreekt. Zelfs als het, zoals ACM betoogt, juist zou zijn dat de daadwerkelijk gerealiseerde overstap een lagere prijsgevoeligheid laat zien dan de voorgenomen overstap, blijft de kernvraag of er een voldoende grote groep afnemers bestaat die bereid is om over te stappen naar digitale communicatie. De voortdurende volumedalingen laten zien dat die groep afnemers inderdaad voldoende groot is.

7.2.8 Als derde argument noemt ACM dat er geen betrouwbare data zijn over de brutomarge. Deze is van belang om de winstgevendheid te berekenen bij een hypothetische prijsverhoging van 5-10%, zoals voorgeschreven in de SSNIP-test. PostNL en Sandd hebben hun brutomarges opge-

leverd en het is onduidelijk waarom ACM deze niet representatief acht. In plaats van deze daadwerkelijke cijfers verkiest ACM brutomarges gebaseerd op een algemeen rekenkundig model van WIK Consult – dat uit 2013 dateert en daarmee verouderd is – en andere buitenlandse onderzoeken.

7.2.9 Als vierde argument voor het niet-uitvoeren van een kwantitatieve analyse stelt ACM dat er geen mogelijkheden zijn om een critical loss analyse uit te voeren, waarvoor zij met name aanvoert dat een dergelijke analyse een bron van discussie zou vormen. Een critical loss analyse is echter wel degelijk geschikt om een SSNIP-test vorm te geven en is daarvoor door ACM in het verleden ook gebruikt. PostNL noemt in dit verband de marktanalyse telecom die leidde tot de uitspraak van het College van 15 januari 2015.¹² Als er al twijfels zouden zijn over de bruikbaarheid van de beschikbare cijfers, dan had ACM een betrouwbaarheids- of robuustheidsanalyse kunnen uitvoeren om die zorgen te adresseren.

7.2.10 In beroepsgrond B.3 voert PostNL aan dat ACM bij de marktafbakening ten onrechte is uitgegaan van een onderscheid tussen klantgroepen, te weten klein-, midden- en grootzakelijke afnemers en volgens beroepsgrond B.4 behoren brievenbuspakjes niet tot de markt voor zakelijke partijenpost.

7.2.11 Aan het verweer van ACM en de zienswijze van de andere partijen inzake de marktafbakening, zal het College voor zover relevant aandacht besteden bij de bespreking van de hierboven weergegeven beroepsgronden.

7.3 PostNL en ACM verschillen van mening over de marktafbakening waarbij met name van belang is of ACM heeft mogen volstaan met het afbakenen van de relevante markt op basis van – kort gezegd – productkarakteristieken, of dat zij (een variant op) een kwantitatieve SSNIP-test had dienen te hanteren.

7.4 Het College is van oordeel – welk oordeel desgevraagd ter zitting door partijen is onderschreven – dat eerdere jurisprudentie van het College inzake de afbakening van de relevante, die met name zag op marktanalyses op basis van boek 6A van de Telecommunicatiewet, ook hier van toepassing dient te worden geacht.

7.5 Over de bewijslastverdeling bij de afbakening van de relevante markt heeft het College zich meerdere malen uitgelaten.¹³ Voorop staat dat het hier een belastend besluit betreft en het daarom aan ACM is om hieromtrent de nodige kennis te vergaren. Toegespit op de onderhavi-

¹² ECLI:NL:CBB:2014:1.

¹³ Zie bijvoorbeeld de uitspraken van 14 mei 2007.

ECLI:NL:CBB:BA4935, en 25 april 2013, ECLI:NL:CBB:BZ8522.

ge casus brengt dit met zich dat ACM ook aanneemelijk dient te maken dat digitale verzending niet tot de relevante markt behoort. Het College heeft in zijn uitspraak van 3 september 2015,¹⁴ overwogen dat geen algemene verplichting bestaat voor ACM om de door haar bij de marktafbakening gemaakte keuzes ook kwantitatief te onderbouwen, zodat een benadering op basis van productkarakteristieken onder omstandigheden voldoende kan zijn. Dit betekent echter niet dat ACM steeds de vrije keuze heeft om af te zien van een SSNIP-test en/of dat beide afbakeningsmethoden als gelijkwaardig zijn te beschouwen. Het College merkt hierbij op dat juist omdat in een aantal gevallen de afbakening van de relevante markt op basis van productkarakteristieken niet tot eenduidige uitkomsten leidt, er behoefte kan bestaan aan een SSNIP-test. In zoverre hebben beide benaderingen niet de rol van in beginsel gelijkwaardige alternatieven, maar kan een SSNIP-test in een dergelijk geval de doorslag geven. Of ACM kan volstaan met een afbakening op basis van productkarakteristieken, dan wel is gehouden tot het uitvoeren van een SSNIP-test, hangt af van de omstandigheden van het geval.

7.6.1 Van belang is bijvoorbeeld of de marktafbakening een sterk omstreden kwestie betreft. Met het (laten) uitvoeren van een kwantitatieve SSNIP-test zijn aanzienlijke kosten gemoed¹⁵ en het maken van deze kosten kan van ACM niet worden gevergd indien de marktafbakening een ondergeschikt of relatief eenvoudig vast te stellen punt betreft. ACM kan dan afzien van een kwantitatieve test of met een test bij wijze van gedachte-experiment volstaan.¹⁶

7.6.2 In dit geschil betreft de discussie over de marktafbakening bij uitstek geen ondergeschikte of eenvoudig te beslechten kwestie. Met name de vraag of tot de relevante markt uitsluitend fysieke post dient te worden gerekend, of dat ook digitale verzending hiertoe behoort, is van wezenlijke betekenis. Het is evident dat indien dit laatste het geval is, de concurrentie voor PostNL van een totaal andere orde is dan op een markt voor louter fysieke post met alle gevolgen van dien voor de als volgende stap te maken dominantieanalyse. Dat ook de wetgever deze mening is toegedaan, blijkt bijvoorbeeld uit de door PostNL aangehaalde Memorie van Toelichting waarin onder meer staat vermeld:

“Tegelijkertijd vraagt de huidige situatie op de Nederlandse postmarkt om een toezichtinstrumentarium dat voldoende flexibel is om rekening te houden met de toenemende ont-

wikkelingen op het gebied van elektronische alternatieven voor de traditionele postbezorging. Deze ontwikkelingen kunnen betekenen dat de traditionele postmarkt op enig moment in de toekomst moet worden gezien als onderdeel van een bredere markt, die tevens elektronisch berichtenverkeer omvat. Bij de regulering van de postmarkt dient daarom rekening te worden gehouden met de dynamische verhouding tussen het traditionele postverkeer en elektronische communicatie.”

7.6.3 Deze opvatting blijkt ook uit de “Kamerbrief over toekomst van de postmarkt” van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van 15 juni 2018, waarin onder meer de passage is opgenomen:

“omdat de postmarkt steeds meer digitale alternatieven kent, is het de vraag of bij het bepalen van de proportionaliteit van de inzet van regulering alleen naar de postmarkt moet worden gekeken, of ook naar een bredere markt. De digitalisering van de samenleving doet het risico op misbruik van marktmacht veranderen omdat er alternatieven voor afnemers voorhanden zijn. ACM wordt dan ook gevraagd om de markt periodiek opnieuw af te bakenen en rekening te houden met bovenstaande aspecten. Zo kan periodiek worden getoetst of de ingezette regulering op de postmarkt nog proportioneel is.”

7.6.4 De productkarakteristieken waar het om gaat, zijn in deze uitspraak samengevat weergegeven onder 7.1.15. Op zich moet ACM worden toegegeven dat uit deze opsomming blijkt dat op een aantal punten, zoals snelheid en prijs, fysieke en digitale post aanzienlijk van elkaar verschillen. Het is echter waarschijnlijk dat marktontwikkelingen die verschillen in de loop van de tijd niet wegnemen. Die verschillen, zoals ACM doet, de doorslag laten geven, maakt onderzoek of marktontwikkelingen aanleiding vormen om digitale alternatieven tot dezelfde markt te rekenen op voorhand illusoir. Dat verhoudt zich slecht tot de onder 7.6.2 en 7.6.3 genoemde verwachtingen van de wetgever.

7.7. Een partij die een door ACM gehanteerde, op kwalitatieve gegevens berustende, marktafbakening bestrijdt, kan kwantitatieve gegevens die haar standpunt ondersteunen – bijvoorbeeld door middel van een SSNIP-test – inbrengen.¹⁷ Indien een partij hiertoe overgaat, is het vervolgens aan ACM om deze gegevens te ontkrachten. Het College merkt hierbij op dat PostNL nadrukkelijk heeft gewezen op de SSNIP-testen die op haar verzoek zijn uitgevoerd door RBB-Economics in

¹⁴ ECLI:NL:CBB:2015:280.

¹⁵ Vergelijk de uitspraak van 3 mei 2011, ECLI:NL:CBB:BQ3146.

¹⁶ Zie respectievelijk de uitspraken van 20 maart 2007, ECLI:NL:CBB:BA1008 en 29 augustus 2006, ECLI:NL:CBB:AY7997.

¹⁷ Zie de uitspraken van 18 september 2014, ECLI:NL:CBB:2014:342 en 3 september 2015.

haar rapport “*Concurrentiedruk op de Nederlandse postmarkt*” van 24 november 2014 en het SEO-onderzoek, waartoe ACM opdracht had gegeven. Ook het rapport van Copenhagen Economics, “*ACM’s market definition is incorrect*”, van 22 december 2017 laat zich hierover uit.

7.8 Verder is van belang of de omstandigheden van het geval toelaten dat een zinvolle SSNIP-test wordt uitgevoerd. Indien dit niet zo is – mogelijke redenen hiervoor zal het College hierna bespreken – dan zal een dergelijke test niet van ACM worden gevergd. Toegepast op het onderhavige geschil leidt het voorgaande tot de tussenconclusie dat ACM niet met een marktfabakening op basis van productkarakteristieken kon volstaan, tenzij zij overtuigende argumenten heeft aangevoerd waarom een SSNIP-test hier niet kon worden toegepast of niet tot een andere uitkomst zou hebben geleid. Aangezien ACM zich inderdaad op het standpunt heeft gesteld dat hier geen zinvolle SSNIP-test mogelijk was, zal het College de argumenten die ACM hiertoe heeft ingebracht bespreken. Het College gaat hier voorbij aan de stelling van ACM dat de critical loss analyse als zodanig omstreden is, gelet op de richtsnoeren marktanalyse, de jurisprudentie van het College en de eigen praktijk van ACM, waaruit van gegronde fundamentele bezwaren tegen een critical loss analyse niet blijkt.

7.9.1 Het is vaste jurisprudentie¹⁸ dat ACM ook in gevallen waarin een kwantitatieve invulling wel mogelijk is, niet steeds gehouden is tot exacte invulling maar onder omstandigheden gebruik kan maken van een bandbreedte die een onzekerheidsmarge aangeeft. ACM heeft van deze mogelijkheid in het verleden ook gebruik gemaakt. De consequentie van deze jurisprudentie is dat ACM zich omgekeerd ter motivering van het niet uitvoeren van een SSNIP-test ook slechts op de onzekerheid van gegevens kan beroepen, indien deze mogelijkheid tot het benutten van onzekerheidsmarges niet aanwezig is.

7.9.2 ACM heeft er in de eerste plaats op gewezen dat er sprake is van een autonome trend van verzending van fysieke post naar digitale communicatie. Deze ontwikkeling zou plaatsvinden, los van de ontwikkelingen in de relatieve prijzen van beide methoden, zodat uitvoering van een SSNIP-test hier geen zin zou hebben. Het College acht dit geen overtuigend argument voor het niet uitvoeren van een SSNIP-test en ook niet consistent met de benadering die ACM in vergelijkbare dossiers heeft gehanteerd. Het College wijst op besluiten van ACM waarin zij afhankelijk van een nadere analyse van de omstandigheden bepaalde

markten al dan niet tot zelfde relevante markt rekenende, ook al was in al deze gevallen sprake van wat ACM hier aanduidt als een autonome trend. Een voorbeeld is de vraag of de traditionele vaste telefonie op basis van PSTN al dan niet als een afzonderlijke relevante markt dient te worden beschouwd, waarover ACM in het marktanalysebesluit ontbondelde toegang 2015 anders oordeelde dan in het marktanalysebesluit vaste telefonie 2017. PostNL heeft in dit verband ook terecht gewezen op de uitspraak van 3 mei 2011,¹⁹ waarin het College in de aanwezigheid van een dergelijke trend – in dat geval van communicatie over het traditionele kopernetwerk in de richting van communicatie over glasvezel – geen aanleiding zag om geen SSNIP-test uit te voeren. In overeenstemming met de aangehaalde uitspraak volgt het College PostNL, in die zin dat het feit dat grote groepen gebruikers ongeacht de precieze relatieve prijzen overstappen van een oude naar een nieuwe technologie, onverlet laat dat onderzoek kan worden gedaan naar de effecten van relatieve prijsveranderingen op de zogenoemde marginale gebruiker voor wie een prijsverandering wel degelijk het verschil kan maken bij de beslissing al dan niet over te stappen.

7.9.3 In de tweede plaats heeft ACM gesteld dat voor een critical loss analyse niet de benodigde betrouwbare gegevens kunnen worden verkregen. Het College beklemtoont dat ACM in randnummer 650 het marktanalysebesluit, waar zij concludeert dat de critical loss analyse geen uitsluitel geeft of digitaal verzenden al dan niet tot de relevante markt behoort, zelf erkent dat niet kan worden uitgesloten dat op basis van een critical loss analyse zou zijn geoordeeld dat digitale verzending tot dezelfde markt dient te worden gerekend als fysieke post. Het College ziet daarom niet de relevantie van het betoog van ACM dat het feit dat in het SEO-onderzoek is uitgegaan van voorgenomen in plaats van daadwerkelijke overstap en de bijbehorende prijselasticiteiten, af zou doen aan de mogelijkheid van een critical loss analyse. ACM had haar argumenten kracht bij kunnen zetten door uitgaande van de door haar juist geachte overstapgegevens een critical loss analyse uit te voeren, maar heeft dit niet gedaan. Ook overigens ziet het College geen aanleiding om ACM te volgen in haar bezwaren tegen het uitvoeren van een critical loss analyse, zoals de bepaling van de brutomarges die hierin een noodzakelijk element vormen. Als argument om niet uit te gaan van de feitelijke brutomarges van PostNL en Sandd benadrukt ACM dat aanbieders de lange termijn in acht nemen bij hun prijsbeslissingen en daarom de aangeleverde bruto-

¹⁸ Zie bijvoorbeeld de uitspraken van 3 mei 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ3135 en ECLI:NL:CBB:2011:BQ3146.

¹⁹ ECLI:NL:CBB:2011:BQ3135.

marge die is gebaseerd op een periode van een jaar niet juist is. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, ziet het College niet in waarom in het kader van een SSNIP-test – waarin de effecten worden berekend van een prijsverhoging gedurende één à twee jaar – niet zou kunnen worden uitgegaan van een termijn die binnen die bandbreedte valt. De algemene opmerking dat een ondernemer bij een prijsverhoging zal nagaan of deze op de lange termijn winstgevend is, is in dit licht in ieder geval ontoereikend. Dat PostNL niet over de hiervoor benodigde brutomarges op de lange termijn beschikte, doet ook twijfel zaaien of deze gegevens voor een ondernemer van doorslaggevend belang zijn bij de prijsbepaling.

7.9.4 In de derde plaats heeft ACM zich op het standpunt gesteld dat een zinvolle SSNIP-test zou afstuiten op het optreden van de cellophane fallacy. Ook hiervoor berust de bewijslast op ACM. Dit geldt niet alleen op grond van hetgeen hiervoor omtrent de bewijslastverdeling is overwogen, maar volgt ook uit nummer 42 van de richtsnoeren marktanalyse waarin wordt gewezen op de mogelijkheid van de cellophane fallacy, maar hierop volgt:

“De NRI's dienen er evenwel van uit te gaan dat de actuele prijzen een redelijk uitgangspunt vormen voor de relevante analyse tenzij er aanwijzingen zijn dat dit eigenlijk niet het geval is.”

Met name aan de hand van het rapport van Copenhagen Economics, *'ACM wrongly relies on the Cellophane Fallacy to dismiss empirical findings of price-based demand response'*, heeft PostNL bestreden dat de huidige prijzen voor 24-uurs partijenpost significant boven het competitieve niveau liggen. PostNL wijst op drie methoden die ACM hiervoor had kunnen gebruiken. ACM heeft dit nagelaten en het onderzoek dat PostNL hier toe door Copenhagen Economics heeft laten uitvoeren, zaait twijfel of dit competitieve prijsniveau inderdaad significant wordt overschreden. In de eerste plaats was een vergelijking mogelijk geweest van de prijzen met het prijsniveau voor vergelijkbare producten, bijvoorbeeld in andere landen. Copenhagen Economics baseert zich hierbij op de gecombineerde prijsontwikkeling van 24-, 48- en 72+-uurs partijenpost, aangezien deze gezamenlijk deel uitmaken van de door ACM afgebakende relevante markt. Uitgangspunt daarbij is dat de prijzen hiervoor zich in elk geval nog op een competitief niveau bevonden toen in 2009 deregulering plaatsvond. Copenhagen Economics baseert dit uitgangspunt op de passage in nummer 42 van de richtsnoeren marktanalyse die luidt:

“Wordt een dienst of product evenwel tegen een geregleerde, aan de kosten gerelateerde

prijs aangeboden, dan wordt, zonder blijk van het tegendeel, ervan uitgegaan dat die prijs is vastgesteld op wat anders een concurrerend niveau zou zijn, en moet deze prijs dienen als uitgangspunt voor de toepassing van de test van de ‘hypothetische monopolist’.”

Copenhagen Economics constateert echter dat sinds de deregulering de prijs voor partijenpost is gestegen met 6%, terwijl de prijzen voor de nog steeds geregleerde UPD-dienst ongeveer 70% omhoog zijn gegaan. Het ook door Sandd aangevoerde punt dat de prijzen voor 24-uurs partijenpost zijn gestegen, terwijl die voor 72+-uurs partijenpost zijn gedaald, acht het College van beperkte relevantie aangezien deze segmenten door ACM tot dezelfde relevante markt zijn gerekend. Bovendien wijst Copenhagen Economics er op dat uit een vergelijking van in totaal vijftien landen uit de Europese Unie (EU15) blijkt dat de prijzen voor 24-uurs partijenpost in Nederland behoren tot de laagste van de EU15. In de tweede plaats had ACM een prijs-kosten vergelijking kunnen maken, teneinde na te gaan of het huidige prijsniveau aanzienlijk boven de productiekosten ligt. Copenhagen Economics erkent dat de uitvoering van deze toets in de praktijk lastig is omdat PostNL haar vaste kosten op diverse wijzen kan verdelen over de verschillende diensten die zij aanbiedt. ACM heeft echter elk onderzoek hiernaar achterwege gelaten, terwijl het wel op haar weg had gelegen om dit onderzoek te verrichten. In de derde plaats had ACM onderzoek kunnen doen naar de winstgevendheid van de partijenpost voor PostNL door bijvoorbeeld na te gaan of hierop een rendement wordt behaald dat de algemeen als maatstaf voor een redelijk rendement op kapitaal gehanteerde WACC (Weighted Average Cost of Capital) overschrijdt. Ook dit heeft ACM nagelaten. Het College oordeelt dat, zeker in het licht van het door PostNL ingebrachte onderzoek, ACM niet heeft voldaan aan de op haar rustende bewijslast om het optreden van de cellophane fallacy te kunnen inroepen voor het niet relevant achten van een SSNIP-test.

7.10 De conclusie luidt dat de afbakening van de relevante markt door ACM in strijd is met artikel 3:2 van de Awb en artikel 13a van de Postwet en geen stand kan houden. ACM heeft niet aanvaardelijk gemaakt dat digitale alternatieven niet tot de relevante markt behoren. Hiermee ontvalt de grondslag voor de overige stappen van de marktregulering als bedoeld in Hoofdstuk 3a, *“Verplichtingen voor een postvervoerbedrijf dat beschikt over aanmerkelijke marktmacht”* van de Postwet. Beroepsgrond B.2 van PostNL slaagt.

8. Deze conclusie leidt tot vernietiging van het marktanalysebesluit. Wat partijen overigens hebben aangevoerd is daarom niet meer van belang. Het College laat een bespreking daarvan derhalve achterwege.

9. Het beroep van Post NL is gegrond. De beroepen van Sandd, VSP en IP zijn ongegrond. Het College vernietigt het marktanalysebesluit. Het College ziet geen aanleiding de rechtsgevolgen van het marktanalysebesluit in stand te laten of een voorlopige voorziening te treffen, omdat op dit moment niet valt te overzien of ACM opnieuw een besluit zal nemen op grond van hoofdstuk 3a van de Postwet over de markt(en) voor het vervoer van de zakelijke post en hoe zo'n besluit zal komen te luiden.

10. Het College veroordeelt ACM in de door PostNL gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt het College op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op € 3.606 (1 punt voor het indienen van het beroepschrift, 0,5 punt voor het indienen van repliek, 0,5 punt voor het verschijnen op de regiezitting, 1 punt voor het verschijnen op de zitting met een waarde per punt van € 501 en een wegingsfactor 2).

Beslissing

Het College:

- verklaart de beroepen van Sandd, VSP en IP ongegrond;
- verklaart het beroep van PostNL gegrond;
- vernietigt het marktanalysebesluit;
- draagt ACM op het betaalde griffierecht van € 333 aan PostNL te vergoeden;
- veroordeelt ACM in de proceskosten van PostNL tot een bedrag van € 3.606.

Noot

1. In de hierboven opgenomen uitspraak past het CbB het relativiteitsvereiste, neergelegd in art. 8:69a Awb, toe in een zaak waarin een beroep op de Europese Dienstenrichtlijn wordt gedaan. Voor zover mij bekend is dit pas de tweede uitspraak waarin een hoogste bestuursrechter het relativiteitsvereiste toepast bij een beroep op de Dienstenrichtlijn (de andere uitspraak is ABRvS 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:1295, *JB* 2016/124, m.nt. L.J.M. Timmermans). Dat alleen al maakt deze uitspraak een signalering waard. De uitspraak is daarnaast interessant omdat deze de vraag oproept of het CbB het relativiteitsvereiste, anders dan hij in de uitspraak suggereert, eigenlijk wel echt toepast. In punt 2 zal ik eerst kort de achtergrond van de uitspraak schetsen. Daarna volgt in de punten 3 en 4 een beknopt overzicht van het Nederlandse relativiteitsvereiste en het Unierechtelijke beginsel van procedurele autonomie en de daaraan gekoppelde randvoorwaarden van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. In de punten 5 t/m 8 komen de verschillende elemen-

ten van de uitspraak van het CbB, voor zover die betrekking heeft op de toepassing van het relativiteitsvereiste bij een beroep op de Dienstenrichtlijn, aan de orde. Ik sluit in punt 9 af met een slotopmerking.

2. Art. 13b lid 1 Postwet bepaalt dat als de Autoriteit Consument en Markt (ACM) op basis van een marktanalyse tot de conclusie komt dat een postvervoerbedrijf beschikt over aanmerkelijke marktmacht (AMM), aan dat postvervoerbedrijf verplichtingen kunnen worden opgelegd. De hier opgenomen uitspraak van het CbB heeft betrekking op de vaststelling van een marktanalysebesluit voor het vervoer van 24-uurs zakelijke post. In dat besluit heeft de ACM vastgesteld dat PostNL op de klein-, midden- en grootzakelijke markten voor het vervoer van 24-uurs zakelijke post over aanmerkelijke marktmacht beschikt. Dit houdt in dat PostNL zich onafhankelijk van haar concurrenten en afnemers, en dus anticompetitief, kan gedragen. In verband met deze positie heeft de ACM aan PostNL verplichtingen ten aanzien van haar concurrenten opgelegd. Deze verplichtingen houden kort gezegd in dat PostNL haar concurrenten toegang moet verschaffen tot de markt, dat zij daarbij tarieven moet hanteren die niet buitensporig hoog zijn en dat zij bepaalde informatie met haar concurrenten moet delen. PostNL heeft bij het CbB beroep ingesteld tegen het marktanalysebesluit en voert onder andere aan dat hoofdstuk 3a van de Postwet, waarin de verplichtingen zijn opgesomd die de ACM kan opleggen, onverbindend is wegens strijd met art. 16 Dienstenrichtlijn.

3. In deze noot staat – zoals gezegd – het oordeel van het CbB over de toepasselijkheid van art. 8:69a Awb centraal. Art. 8:69a Awb bepaalt dat de bestuursrechter een besluit niet vernietigt op de grond dat het in strijd is met een rechtsregel of rechtsbeginsel, indien deze regel of dit beginsel kennelijk niet strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept. Daaraan is in de rechtspraak van de ABRvS – en nu dus ook die van het CbB – toegevoegd dat uit de wetgeschiedenis (*Kamerstukken II* 2009/10, 32450, 3, p. 18–22) volgt dat de wetgever met art. 8:69a Awb de eis heeft willen stellen dat er een verband moet bestaan tussen een beroepsgrond en het belang waarin appelland door het bestreden besluit dreigt te worden geraakt. Dit betekent dat ook als de ingeroepen rechtsregel wel strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept, maar diegene door een schending van de desbetreffende regel niet in dat belang wordt getroffen, geen vernietiging van dat besluit volgt, zelfs niet als hetgeen is aangevoerd op zichzelf genomen terecht is aangevoerd.

4. Het in art. 8:69a Awb neergelegde relativiteitsvereiste is een regel van nationaal bestuursprocesrecht. De vraag die in deze zaak voorligt, is hoe een dergelijk nationaal voorschrift moet worden toegepast in het geval een beroep wordt gedaan op strijd met een rechtsregel, afkomstig uit het Unierecht. PostNL doet in deze zaak een beroep op de Dienstenrichtlijn. Voor de effectuering van de rechten die PostNL aan deze richtlijn kan ontlenen is PostNL aangewezen op de nationale rechter. Daarbij geldt de procedurele autonomie als uitgangspunt. Dit houdt in dat ook in zaken waarin een beroep wordt gedaan op regels van het Unierecht in beginsel het nationale bestuursprocesrecht wordt toegepast. Het Unierecht stelt echter randvoorwaarden waaraan het nationale procesrecht moet voldoen (vgl. HvJ EG 16 december 1976, C-33/76, ECLI:EU:C:1976:188 (*Rewe*), HvJ EG 16 december 1976, ECLI:EU:C:1976:191 (*Comet*) en HvJ EU 20 september 2018, ECLI:EU:C:2018:757 (*Rudigier*)). In de eerste plaats moet worden voldaan aan het gelijkwaardigheidsbeginsel. Dit houdt in dat het nationale procesrecht voor vorderingen die zijn gebaseerd op het Unierecht niet ongunstiger mag zijn dan voor vorderingen die zijn gebaseerd op nationaal recht. Aangezien het relativiteitsvereiste in zowel zuiver nationaalrechtelijke zaken als in (mede) Unierechtelijke zaken wordt toegepast, levert het gelijkwaardigheidsbeginsel in de praktijk nagenoeg nooit problemen op. In de tweede plaats moet worden voldaan aan het doeltreffendheidsbeginsel. Dit houdt in dat het nationale procesrecht de uitoefening van het Unierecht niet nagenoeg onmogelijk mag maken.

5. Het CbB stelt voorop dat aan de vraag of aan de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid is voldaan pas wordt toegekomen als een appellante rechten kan ontlenen aan het Unierecht. Of dit het geval is, hangt af, zo volgt uit de uitspraak, van de personele beschermingsomvang van de betrokken Unieregeling. Ook in de rechtspraak van de ABRvS is deze benadering, waarbij aan een beoordeling van de gelijkwaardigheid en doeltreffendheid van het nationale procesrecht pas wordt toegekomen als betrokkene binnen het personele beschermingsbereik van het ingeroepen Unierecht valt en daar dus een recht aan kan ontlenen, terug te vinden. Zie bijvoorbeeld ABRvS 6 februari 2013 (ECLI:NL:RVS:2013:BZ0794, AB 21013/263, m.nt. W. den Ouden) en ABRvS 18 mei 2016 (ECLI:NL:RVS:2016:1295, JB 2016/124, m.nt. L.J.M. Timmermans). In die laatste zaak ging het, net als in de hier afgedrukte uitspraak van het CbB, om de vraag of het relativiteitsvereiste de uitoefening van aan de Dienstenrichtlijn ontleende rechten onmogelijk of uiterst moeilijk maakt. Ook de ABRvS oordeelde dat aan de vraag of aan de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid

wordt voldaan eerst wordt toegekomen indien appellanten rechten kunnen ontlenen aan het Unierecht.

6. Het CbB oordeelt aan de hand van de inhoud en de in art. 1 lid 1 Dienstenrichtlijn opgenomen doelstelling dat het doel van de Dienstenrichtlijn is gelegen in het wegnemen van belemmeringen voor de vrije vestiging van dienstverrichters in de lidstaten en voor het vrije verkeer van diensten tussen lidstaten, opdat dienstverrichters in staat zijn zich in een andere lidstaat te vestigen of in staat gesteld worden om hun diensten in een andere lidstaat te ontplooiën.

Hier valt het volgende op. PostNL heeft ter onderbouwing van haar betoog dat hoofdstuk 3a van de Postwet onverbindend is een beroep gedaan op art. 16 Dienstenrichtlijn. Het oordeel van het CbB over het beschermingsbereik lijkt zich evenwel niet te beperken tot die specifiek door PostNL ingeroepen norm, maar is van generieke aard. Lees ik het goed, dan geeft het CbB hier een oordeel over het beschermingsbereik van de Dienstenrichtlijn in het algemeen. Datzelfde deed de Afdeling in de hiervoor genoemde uitspraak van 18 mei 2016 (zie voor eenzelfde benadering bij een beroep op de Habitatrictlijn ABRvS 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1296). Als we dit vertalen naar de toepassing van het relativiteitsvereiste, dan is sprake van een ruime relativiteitsleer. Daarbij wordt aan de hand van het globale doel van de toegepaste regelgeving bepaald of dat er mede toe strekt de belangen waar appellante voor opkomt te beschermen. Dit wijkt af van de wijze waarop toepassing wordt gegeven aan het relativiteitsvereiste in het geval van een beroep op een norm van nationaal recht. In dat geval wordt in de regel gekozen voor een meer strikte relativiteitsleer, waarbij niet wordt gezocht naar het beschermingsbereik van de regeling in het algemeen, maar naar het beschermingsbereik van het specifieke voorschrift uit die regeling waar een beroep op wordt gedaan (zie bijvoorbeeld ABRvS 19 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP1352, AB 2011/47, m.nt. A.A.J. de Gier en B.W.N. de Waard; en ABRvS 15 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:75, AB 2014/116, m.nt. A.G.A. Nijmeijer). Zie over de ruime en strikte relativiteitsleer o.a. J.C.A. de Poorter, 'Doel en functie van de toegang tot de bestuursrechter: bespiegelingen over ontwikkelingen in het bestuursprocesrecht', in: J.C.A. de Poorter e.a., *De toegang tot de rechter beperkt* (VAR-reeks 144), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2010, p. 40–41. Het lijkt er dus op dat in de rechtspraak van het CbB en de ABRvS bij nationaalrechtelijke claims een wat andere relativiteitsmaatstaf wordt gehanteerd dan bij Unierechtelijke claims. Onder omstandigheden kan dan sprake zijn van spanning met het gelijkwaar-

digheidsbeginsel dat voorschrijft dat op het Unierecht gebaseerde claims niet ongunstiger mogen worden behandeld dan op het nationale recht gebaseerde claims. Ik zou dan ook menen dat de nationale rechter er verstandig aan doet om ook bij een Unierechtelijke claim te kiezen voor een enge relativiteitsleer.

7. Na het personele beschermingsbereik van de Dienstenrichtlijn in het algemeen te hebben bepaald, komt het CbB toe aan de vraag voor welk belang PostNL in dit geval opkomt. Het CbB overweegt dat het belang van PostNL voortvloeit uit haar positie als in Nederland gevestigd postvervoerbedrijf dat door het marktanalysebesluit is aangewezen als partij met aanmerkelijke marktmacht op de afgebakende postmarkten voor de 24-uurs zakelijke post in Nederland. Dit betekent volgens het CbB dat grensoverschrijdende vestiging of dienstverlening niet aan de orde is en PostNL dus niet onder het personele beschermingsbereik van de Dienstenrichtlijn valt.

Een interessante overweging, die bij mij de vraag oproept hoe dit oordeel zich verhoudt met de uitspraak van het Hof van Justitie van 30 januari 2018 in de zaak *Appingedam* (C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44) en de tussenuitspraak van de ABRvS van 20 juni 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:2062) die daarop is gevolgd. Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat de bepalingen van hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn, betreffende de vrijheid van vestiging van dienstverrichters, ook van toepassing zijn op zuiver interne situaties. Gelet op deze uitspraak is het de vraag of in zo algemene zin als het CbB in de hier opgenomen uitspraak doet kan worden gezegd dat PostNL niet onder het personele beschermingsbereik van de Dienstenrichtlijn valt omdat geen sprake is van grensoverschrijdende vestiging of dienstverlening. Voor een beroep op de bepalingen inzake de vrijheid van vestiging volgt uit de *Appingedam*-jurisprudentie nu juist dat een grensoverschrijdend element niet nodig is voor een beroep daarop. Wat hier mogelijk echter een rol speelt, is dat de marktregulering door de ACM zich naar zijn aard beperkt tot de nationale postmarkt. De bevoegdheid om te reguleren strekt zich immers niet uit tot andere lidstaten. Tegen die achtergrond valt het oordeel van het CbB dat geen sprake is van een grensoverschrijdende vestiging of dienstverlening te begrijpen. Maar ook dan is het volgens mij niet geheel zuiver om te oordelen dat PostNL dus niet onder het personele beschermingsbereik van de Dienstenrichtlijn in het algemeen valt. Dat laat onverlet dat ik mij wel kan vinden in de conclusie dat PostNL in dit geval niet onder het personele beschermingsbereik van de Dienstenrichtlijn valt. Daarbij is van belang dat PostNL een beroep heeft gedaan op art. 16 van de Diensten-

richtlijn. Dit artikel is opgenomen in hoofdstuk IV van de Dienstenrichtlijn, betreffende het vrij verkeer van diensten. Van de bepalingen van dit hoofdstuk heeft het Hof van Justitie niet geoordeeld dat zij van toepassing zijn in zuiver interne situaties. In het arrest *Appingedam* benadrukt het Hof van Justitie zelfs dat de wetgever van de Unie voor wat betreft de bepalingen van hoofdstuk IV van de Dienstenrichtlijn – anders dan voor de bepalingen van hoofdstuk III – op meerdere plaatsen de precisering heeft gegeven dat die bepalingen het oog hebben op het geval van een in een andere lidstaat gevestigde dienstverrichter. Voor een succesvol beroep op hoofdstuk IV is een grensoverschrijdend element dus een noodzakelijke voorwaarde. Tegen die achtergrond had het CbB naar mijn idee dan ook beter kunnen oordelen dat PostNL niet onder het personele beschermingsbereik van artikel 16 van de Dienstenrichtlijn valt en dus niet dat PostNL niet onder het personele beschermingsbereik van de Dienstenrichtlijn in het algemeen valt.

8. Na te hebben vastgesteld dat PostNL niet onder het personele beschermingsbereik van de Dienstenrichtlijn valt, oordeelt het CbB dat deze richtlijn PostNL daarom in deze procedure geen rechten toekent die zij voor de rechter kan afdwingen. Dat oordeel lijkt mij juist. Het CbB vervolgt met de opmerking dat toepassing van het relativiteitsvereiste op PostNL daarom niet met de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid in strijd is. Deze gevolgtrekking vind ik niet helemaal logisch. Het CbB lijkt aldus niet te onderkennen dat, omdat PostNL niet onder het beschermingsbereik van art. 16 Dienstenrichtlijn valt, er geen aan het Unierecht ontleend recht in het geding is en de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid dus helemaal niet aan de orde zijn. Dan is het niet meer dan logisch dat het relativiteitsvereiste geen Unierechtelijk probleem oplevert. Daar komt bij dat het nog maar de vraag is of in deze situatie überhaupt aan toepassing van het relativiteitsvereiste wordt toegekomen. Het CbB wekt in elk geval de suggestie dat wel te doen. Overwogen wordt immers dat aangezien de Dienstenrichtlijn de belangen van PostNL in deze procedure niet beschermt, de door PostNL naar voren gebrachte beroepsgrond over de onverbindendheid van hoofdstuk 3a van de Postwet wegens strijd met de Dienstenrichtlijn op grond van art. 8:69a Awb buiten beschouwing blijft. Deze overweging gaat er aan voorbij dat het beroep van PostNL op art. 16 Dienstenrichtlijn reeds niet slaagt omdat PostNL niet onder het beschermingsbereik van die bepaling valt. De ingeroepen bepaling is dus helemaal niet van toepassing. Aan een relativiteitstoets wordt dan niet meer toegekomen. De vraag naar het toepassingsbereik van

een bepaling gaat immers vooraf aan de vraag of een beroepsgrond met toepassing van het relativiteitsvereiste buiten beschouwing moet worden gelaten (vgl. de noot van L.J.M. Timmermans onder ABRvS 18 mei 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1296, *JB* 2016/123, punt 8). Pas als wordt geoordeeld dat een appelland onder het beschermingsbereik van een bepaling valt kan worden toegekomen aan de vraag of die norm ook strekt tot bescherming van het belang waar appelland voor opkomt en dus aan toepassing van het relativiteitsvereiste. Zover komt het in de hier afgedrukte uitspraak helemaal niet. Het CbB blijft hangen in de voorvraag naar het beschermingsbereik van de Dienstenrichtlijn. In dit geval lag een ongegrondverklaring van het beroep op de Dienstenrichtlijn naar mijn idee dan ook meer voor de hand.

9. Deze uitspraak laat zien dat in gevallen waarin een beroep wordt gedaan op strijd met bepalingen van Unierecht, zoals in dit geval de Dienstenrichtlijn, aan toepassing van het relativiteitsvereiste eigenlijk niet meer wordt toegekomen. De relativiteitstoets valt weg tegen de vraag of appelland binnen het personele beschermingsbereik van de ingeroepen regeling valt. Wordt deze vraag ontkennend beantwoord, zoals hier het geval was, dan is het beroep reeds daarom ongegrond en kom je helemaal niet meer toe aan de vraag of de ingeroepen norm strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept. Wordt daarentegen geoordeeld dat een betrokkene wel binnen het personele beschermingsbereik van de ingeroepen regeling valt, dan is daarmee, naar ik zou menen, ook de relativiteitsvraag beantwoord. Het feit dat iemand in een voorkomend geval een recht ontleent aan de ingeroepen Unierechtelijke regeling, betekent immers ook dat die regeling strekt tot bescherming van de belangen van degene die zich daarop beroept en er een verband bestaat tussen de beroepsgrond en het belang waarin appelland door het bestreden besluit dreigt te worden geraakt. De slotsom is dan ook dat wanneer in een nationaalrechtelijke procedure een beroep wordt gedaan op Unierechtelijke regelgeving bij de beoordeling van dat beroep nauwelijks zelfstandige betekenis toekomt aan het nationaalrechtelijke relativiteitsvereiste.

J. Wieland