

381. Overname van Sandd door PostNL: retour afzender

MR. DRS. R. MAHLER EN F.E. MAHLER LL.M.

In dit artikel wordt de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 11 juni 2020 wat betreft de concentratie van Sandd en PostNL besproken. Het besluit van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat werd vernietigd en daarmee ook de concentratievergunning op grond van art. 47 Mededingingswet. De uitspraak van de rechtbank kan echter niet makkelijk uitgevoerd worden. In dit artikel wordt derhalve kritisch gekeken naar de uitspraak van de rechtbank en de voorafgaande besluiten van de staatssecretaris en de Autoriteit Consument en Markt. Er wordt een voorstel gedaan ter verbetering van art. 47 Mededingingswet.

Introductie

Voor het eerst in de 22-jarige geschiedenis van de Mededingingswet heeft de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat (hierna: EZK), Mona Keijzer, een door de Autoriteit Consument en Markt (hierna: de ACM) geweigerde concentratie alsnog toegestaan op grond van art. 47 Mededingingswet (Mw). Deze concentratie tussen PostNL en Sandd was door de ACM ruim gemotiveerd geweigerd, omdat deze tot een quasi-monopolie in de postsector zou leiden. De Rechtbank Rotterdam heeft vervolgens in haar spraakmakende uitspraak van 11 juni 2020 korte metten gemaakt met dit unieke besluit van de staatssecretaris. Deze uitspraak van de rechtbank leidt tot grote praktische problemen: de concentratie was al voltooid en kan moeilijk teruggedraaid worden. Kan de uitspraak van de rechtbank überhaupt worden uitgevoerd?

In dit artikel zullen we alle onderdelen van deze concentratie bespreken: allereerst wordt de reikwijdte van art. 47 Mw uiteengezet en wordt de vergelijking met soortgelijke bepalingen in het buitenland gemaakt. Vervolgens komen, in chronologische volgorde, de twee besluiten van de ACM, het besluit van de staatssecretaris en het vonnis van de rechtbank aan bod.

Art. 47 Mededingingswet

In art. 47 Mw is de bevoegdheid voor de Minister van EZK opgenomen om, na de weigering van een concentratievergunning door de ACM, alsnog de vergunning te verle-

nen.¹ Hiervoor is vereist dat naar oordeel van de minister gewichtige redenen van algemeen belang zwaarder wegen dan de te verwachten belemmering van de mededinging. In de Mededingingswet wordt niet uiteengezet wat onder het algemeen belang valt. De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel noemt *'uiteenlopende overwegingen van economische en niet-economische aard'*,² maar ook hier worden deze niet nader gespecificeerd.

De bevoegdheid om het mededingingsbelang af te wegen tegen het niet nader gespecificeerde algemeen belang betreft een politiek oordeel en is daarom aan de minister toebedeeld, aldus de MvT. Hiermee krijgt de minister ruime discretionaire bevoegdheden, zij het dat hij de beslissing, vanwege het politieke karakter ervan, in overeenstemming met het 'gevoelen van de ministerraad' moet nemen.³ Bij de voorbereiding van het besluit verzoekt de minister aan de mededingingsautoriteit om advies en roept hij betrokken partijen op een reactie te geven. Ook kan de minister advies vragen aan onafhankelijke adviseurs.

Slechts één keer eerder werd een verzoek ingediend tot het verlenen van een ministeriële vergunning op grond van art. 47 Mw. Dit werd op 3 maart 1999 gedaan door de beursorganisaties RAI in Amsterdam en Jaarbeurs in Utrecht na een weigering van de concentratievergunning door de Nederlandse Mededingingsautoriteit (de voorganger van de ACM, hierna: NMa).⁴ Volgens de NMa

¹ Bij de portefeuillevverdeling van kabinet-Rutte III (2017-heden) is de portefeuille 'mededinging en marktordening' aan de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat toebedeeld. De staatssecretaris is derhalve bevoegd om besluiten in de zin van art. 47 Mw te nemen. Zie Besluit vaststelling taken Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, *Stcr.* 2017, 62775.

² *Kamerstukken II* 1995/96, 24707, par. 10.8.

³ Art. 49 Mw.

⁴ Beschikking Minister van Economische Zaken, 22 juni 1999, kenmerk ES/WM/M/99039903.b17.

zou de concentratie leiden tot een economische machtspositie, waardoor de mededinging op significante wijze zou worden belemmerd. De toenmalige minister EZ Jorritsma besloot mee te gaan met het advies van de NMa en stelde dat ‘niet is aangetoond dat de afwijzing van de fusie leidt tot het verlies van zeer substantiële maatschappelijke baten.’⁵ De vergunning werd derhalve geweigerd door de minister.

In de beschikking van de minister uit 1999 staan enige belangwekkende noties over de aard van art. 47 Mw. Zo stelt de minister dat deze procedure bedoeld is voor zeer uitzonderlijke situaties. Om tot vergunningverlening op basis van deze procedure te komen moet aan drie voorwaarden worden voldaan: (a) er moet sprake zijn van gewichtige redenen van algemeen belang, (b) die zwaarder wegen dan de te verwachten belemmering van de mededinging en (c) die vergunningverlening noodzakelijk maken. RAI en Jaarbeurs hebben geprobeerd hun argumenten voor vergunningverlening in een algemeen belang-jasje te gieten.⁶ Echter, de minister wijst deze argumenten af omdat het wel degelijk de eigen economische voordelen van de fuserende partijen betreft. In de ogen van de minister geldt dat ‘bedrijfseconomische voordelen van een fusie naar hun aard in beginsel private en geen algemene belangen zijn.’⁷

Wat ons opvalt aan dit besluit uit 1999 is dat de minister het uitzonderlijke karakter van deze procedure onderstreept en dat zij de economische argumenten van de betrokken partijen kenschetst als private belangen. Het is duidelijk dat door deze duiding de reikwijdte en toepasselijkheid van het begrip algemeen belang sterk wordt ingeperkt, waardoor het moeilijker lijkt om een geweigerde vergunning alsnog te verkrijgen.

Buitenland

In het buitenland zijn soortgelijke bepalingen opgenomen in de betreffende mededingingswetgeving, die veelal Ministers van Economische Zaken de discretionaire bevoegdheid geven om op grond van het algemeen belang een door de mededingingsautoriteit geweigerde concentratie goed te keuren. Dit is onder meer het geval in het Verenigd Koninkrijk, Noorwegen, Frankrijk, Portugal en Duitsland.⁸ Zoals bekend bestaat een soortgelijke mogelijkheid niet in het EU-mededingingsrecht.

In Duitsland is veel vaker dan in Nederland een beroep gedaan op de discretionaire bevoegdheid van de minister, die in art. 42 *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)* is opgenomen. De Duitse Minister van Economische Zaken en Energie kan een vergunning verlenen die is geweigerd door het ‘*Bundeskartellamt*’, de Duitse mededingingsautoriteit, als de macro-economische voordelen van de fusie groter zijn dan de concurrentiebeperking of als een hoger openbaar belang de concentratie rechtvaardigt. De zogenaamde ‘*Ministererlaubnis*’ is sinds de invoering in 1973 al 23 keer ingeroepen, waarbij 10 vergunningen door de minister zijn verleend.⁹

Het is duidelijk dat door deze duiding de reikwijdte en toepasselijkheid van het begrip algemeen belang sterk wordt ingeperkt

Het meest recente verzoek tot verlening van een vergunning bij de Duitse Minister van Economische Zaken en Energie werd ingediend in 2019 en betrof de concentratie tussen twee middelgrote fabrikanten in motoronderdelen: de Oostenrijkse Miba AG en de Duitse Zollern GmbH & Co. KG. Het *Bundeskartellamt* had die concentratie in januari 2019 verboden.¹⁰ Miba en Zollern hebben vervolgens een verzoek tot vergunningverlening bij de minister ingediend met het argument dat het behoud van banen, technische kennis en innovatiepotentieel het openbaar belang dient en de fusie daarmee rechtvaardigt.¹¹ De minister heeft de vergunning verleend, omdat gezamenlijk onderzoek door beide bedrijven essentieel is voor het algemeen belang.¹² Dit heeft de minister echter wel gedaan onder voorwaarden.¹³

Ook in Frankrijk komt de Minister van Economische Zaken en Financiën een soortgelijke bevoegdheid toe. Terwijl het Nederlandse art. 47 Mw slechts toestaat dat de minister een door de ACM geweigerde vergunning toch verleent, kan de Franse minister het besluit van de mededingingsautoriteit opnieuw onder de loep nemen en de vergunning verlenen óf intrekken. De minister kan hier gebruik van maken wegens redenen van algemeen belang, zoals de industriële ontwikkeling, het concurrentievermogen van betrokken ondernemingen of werkgelegenheid.¹⁴ In 2018 heeft de Franse minister voor het eerst gebruik

5 NRC. Fusie Rai en Jaarbeurs van de baan, 24 juni 1999.

6 Deze argumenten hadden onder meer betrekking op de bevordering van de Nederlandse economie door de grotere slagkracht van de gefuseerde beursorganisaties (waardoor zij meer en grotere exposities kunnen organiseren die buitenlandse ondernemingen naar Nederland trekken) en op de bevordering van de export van het Nederlandse bedrijfsleven naar andere landen (doordat zij meer exposities in het buitenland kunnen organiseren).

7 Beschikking Minister van Economische Zaken, 22 juni 1999, kenmerk ES/WM/M/99039903.b17., ov. 26.

8 OESO, Working party no. 3, *Public interest considerations in merger control*, 14-15 juni 2016, DAF/COMP/WP3/WD(2016)30. Zie ook Y. de Vries & E.M.R.H. Vancraybex, ‘Concentratietoezicht en industriebeleid: tussen protectionisme en mededingingstoezicht’, *NTER*, 2020/1-2.

9 Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, *Übersicht über die bisherigen Anträge auf Ministererlaubnis nach § 24 Abs. 3/S 42 GWB*, 6 september 2019.

10 *Bundeskartellamt*, *Bundeskartellamt prohibits merger between Miba and Zollern in bearing production sector*, 17 januari 2019.

11 Op grond van art. 42 GWB.

12 Der Bundesminister für Wirtschaft und Energie, *Ministererlaubnis mit Nebenbestimmungen Miba/Zollern*, Gesch.-Z.: I B 2 – 20302/14–02.

13 Namelijk dat het bedrijf voor minstens vijf jaar de motoronderdelen blijft produceren en dat een bedrag van € 50 miljoen in het bedrijf wordt geïnvesteerd.

14 Art. L430-7-1 lid 2 Code de Commerce, 8 augustus 2015.

gemaakt van zijn zogenaamde ‘*pouvoir d'évocation*’. De Franse mededingingsautoriteit had de overname van Agripole door Cofigeo (producenten van magnetronmaaltijden) toegestaan onder de voorwaarde dat vaste activa verkocht werd.¹⁵ De minister heeft na een onderzoek van een maand de overname ook toegestaan, maar met de voorwaarde dat de werkgelegenheid twee jaar niet mag veranderen.¹⁶

Eerstefasebesluit van de ACM

Terug naar *PostNL/Sandd* in Nederland. Op 25 februari 2019 heeft de ACM een melding ontvangen van een voorgenomen concentratie, waarbij PostNL zeggenschap krijgt over Sandd.¹⁷ De concentratie betreft de twee grootste postbedrijven in Nederland. De ACM oordeelt in dit eerstefasebesluit dat PostNL een quasi-monopolie positie zou krijgen door de concentratie, aangezien zij vrijwel de enige speler zou worden op de markten voor zakelijke partijenpost, postzegelpost en inkomende grensoverschrijdende brievenpost. Op de markt voor zakelijke partijenpost, met een omzet van € 700 tot € 800 miljoen, zou er praktisch een monopolie ontstaan. In geval van overname van Sandd zou PostNL namelijk 90% tot 100% van deze markt bezitten. Hetzelfde percentage geldt voor de markt van postzegelpost, met een omzetwaarde van € 200 tot € 300 miljoen, waardoor ook op deze markt nagenoeg een monopolie zou ontstaan. Op de markt van inkomende grensoverschrijdende brievenpost zou PostNL een zeer groot marktaandeel verkrijgen van 80 tot 90%.

De andere markten die de ACM onderzocht (pakketpost en ongeadresseerd drukwerk) zouden door de concentratie slechts een beperkte toevoeging van het marktaandeel van Sandd aan dat van PostNL laten zien. De ACM stelt echter dat PostNL na de concentratie de mogelijkheid heeft om marktmacht over te hevelen naar deze markten (*conglomerate-effecten*). Ook al is het aandeel van Sandd klein op deze aanpalende markten, naar voorlopig oordeel van de ACM zou de mededinging op alle genoemde markten significant beperkt kunnen worden door de concentratie. De ACM is daarom tot het oordeel gekomen dat voor de concentratie van PostNL en Sandd een vergunning vereist is.

Tweedefasebesluit van de ACM

Op 4 april 2019, slechts drie dagen na het eerstefasebesluit, had PostNL al een aanvraag voor een vergunning ingediend

bij de ACM.¹⁸ Klaarblijkelijk kwam de afwijzing van het eerstefaseverzoek niet als een verrassing voor PostNL.

In het tweedefasebesluit van 5 september 2019 kwam de ACM tot precies hetzelfde oordeel als in het eerdere besluit: de voorgenomen concentratie zou tot een quasi-monopolie (marktaandelen van 90-100%) op de markten van zakelijke partijenpost en van losse post leiden.¹⁹ Sandd was landelijk immers de enige serieuze concurrent van PostNL. De concentratie zou dan ook leiden tot significante mededingingsproblemen. Zo is het volgens de ACM aannemelijk dat de tarieven voor postbezorging voor zakelijke partijen met 30-40% toenemen, dat PostNL een afschermingsstrategie jegens concurrenten zou voeren en zouden consumenten meer moeten gaan betalen voor de postbezorging, omdat PostNL de veel lagere postzegeltarieven van Sandd uit de markt zou halen. De ACM ziet ook mededingingsrisico's op de aanpalende markten van pakketpost en van ongeadresseerd drukwerk, maar komt niet toe aan een beoordeling omdat de vergunning al wordt geweigerd vanwege significante beperking van de mededinging op de markten van zakelijke partijenpost en van losse post.

De concurrentiedruk van Sandd is volgens de ACM nodig om PostNL te disciplineren op de markt van zakelijke post; daarbij is het voor de ACM van belang dat Sandd in interne documenten had aangegeven actief te blijven op deze markt indien de concentratie niet door zou gaan.

Ook gaat de ACM uitgebreid in op de *counterfactual* die PostNL aanreikt ingeval de concentratie niet door zou gaan. Deze *counterfactual* houdt in dat de volumedaling van de postmarkt zo groot zal zijn dat dit niet valt goed te maken door kostenbesparingen, dat PostNL de hogere kosten niet kan doorberekenen vanwege de prijsdruk van digitalisering en zij op de middellange termijn verliesgevend wordt en dat, als ze de kosten wel zou kunnen doorberekenen, dit alleen maar zou leiden tot snellere volumedalingen. Het eerste argument van PostNL verwerpt de ACM na de constatering dat dit PostNL in de afgelopen periode wel degelijk is gelukt.²⁰ Hoewel de ACM erkent dat dit in de komende periode waarschijnlijk niet in gelijke mate mogelijk is, ziet zij toch voldoende mogelijkheden voor PostNL om haar kosten aan te passen aan een verdere volumedaling.

De ACM acht PostNL in staat om, indien kostenbesparingen onvoldoende effect blijken te hebben, dit met prijsverhogingen te compenseren. Tenslotte wijst de ACM er fijntjes op dat PostNL in haar jaarverslag 2018 heeft opgenomen dat zij haar aandeelhouders, ook zonder de overname van Sandd, jaarlijks een oplopend dividend kan uitkeren.

Bij de verschillende te beoordelen postmarkten beziet de ACM ook de concurrentie door bestaande en potentiële

15 Franse Mededingingsautoriteit, Décision n° 18-DCC-95, 14 juni 2018.

16 Franse Minister van Economische Zaken en Financiën, N° 602, 19 juli 2018.

17 Besluit Autoriteit Consument en Markt, 1 april 2019, ACM/UIT/509996. De concentratie bestond uit de overname door PostNL N.V. van alle aandelen van SBM Beheer II B.V., de statutaire naam van Sandd, die in bezit zijn van de moedermaatschappij SHM Houdstermaatschappij B.V.

18 Zie over dit besluit onder meer T.D.O. van de Vijver e.a., *Kroniek – Toepassing van de Mededingingswet door de ACM in 2019*, *SEW*, 2020 p. 487-506; B. de Rijke en V. van Weperen, *Kroniek concentratiecontrole 2019*, *M&M* 2020/1.

19 Besluit Autoriteit Consument en Markt, 5 september 2019, ACM/UIT/518276.

20 Ondanks een daling van het postvolume in de periode 2012-2018 met 48% steeg de winst namelijk van 0,8% in 2012 tot 5,5% in 2018.

concurrenten (nieuwkomers). Op bijvoorbeeld de markt van zakelijke post zijn, naast Sandd, alleen regionale concurrenten met een zeer beperkt marktaandeel te vinden. Toetreders tot deze markt zijn niet waarschijnlijk omdat netwerkeffecten een grote rol spelen (schaalvoordelen zijn nodig, maar alleen bereikbaar met een uitgebreid netwerk). Hierdoor zijn er toetredingsdrempels op een krimpende markt.

Wat betreft de afnemersmarkt oordeelt de ACM dat niet aannemelijk is dat afnemers PostNL na de concentratie kunnen disciplineren.

De ACM is voorts op grond van art. 41 lid 3 Mw ambtshalve genooddzaak om de gevolgen van de weigering van een vergunning te beoordelen voor de Universele Postdienst (UPD).²¹ Op grond van Europese regelgeving is UPD aan te merken als een dienst van algemeen economisch belang (DAEB). Dit is ook in Europese rechtspraak bevestigd.²² Op grond van art. 84 Postwet vormt UPD een onderdeel van de dienstverlening door PostNL en voert zij daarmee een DAEB in de zin van art. 43 lid 3 Mw uit. PostNL moet in staat zijn de UPD onder economisch aanvaardbare omstandigheden uit te voeren. Na een uitvoerige economische beoordeling concludeert de ACM dat het niet aannemelijk is dat de UPD in de periode tot 2024 in zijn huidige omvang wordt verhinderd indien de vergunning wordt geweigerd.²³ Ook is de ACM ervan overtuigd dat concurrentie positieve werking heeft op het kwaliteitsniveau, waardoor de concentratie niet noodzakelijk is.

De ACM weigert aldus de gevraagde vergunning omdat de concentratie tot een significante belemmering van de mededinging zou leiden op de markten voor zakelijke partijepost en losse post, en laat de conclusie voor de overige markten in het midden.

Besluit Staatssecretaris EZK inzake PostNL

Wederom laat PostNL er geen gras over groeien. Daags na het besluit van de ACM om geen vergunning te verlenen, dient zij al een aanvraag in bij de staatssecretaris om op grond van art. 47 Mw alsnog een vergunning te verlenen. En dat verzoek wordt gehonoreerd. De Staatssecretaris van EZK heeft de vergunning voor de fusie van PostNL en Sandd verleend en dat is uniek: het is de eerste keer dat een aanvraag op grond van art. 47 Mw daadwerkelijk wordt toegekend. Het is dan ook niet vreemd dat dit besluit veel aandacht heeft getrokken.²⁴

In haar uitgebreide aanvraag geeft PostNL aan dat de concentratie noodzakelijk is om de postbezorging in

heel Nederland betrouwbaar, bereikbaar en betaalbaar te houden.²⁵ Zij onderstreept dat de lange termijn maatschappelijke belangen boven de korte termijn concurrentie zouden moeten gaan.

De staatssecretaris heeft de aanvraag van PostNL snel behandeld: het besluit om alsnog een vergunning te verlenen kwam namelijk al drie weken na de aanvraag. Bij haar beoordeling heeft de staatssecretaris de drie voorwaarden gehanteerd voor het verlenen van de vergunning die genoemd waren in het hierboven besproken besluit inzake RAI en Jaarbeurs, zij het dat zij voorwaarden (b) en (c) bij elkaar heeft genomen. Het is misschien niet zonder betekenis dat voorwaarde (c) niet apart wordt genoemd: heeft de staatssecretaris wel aangetoond dat de vergunning noodzakelijk is? Net als Van Damme in zijn artikel schrijft, zijn wij van mening dat de staatssecretaris dit niet heeft gedaan.²⁶ Aan de vergunning heeft de staatssecretaris een aantal voorschriften en beperkingen verbonden.²⁷

De staatssecretaris schetst in haar besluit eerst de (sombere) toekomst van de postmarkt: op termijn zal deze markt waarschijnlijk als aparte markt verdwijnen en opgaan in een bredere markt van berichtenverkeer en bezorging, waarbij digitale alternatieven en andere logistieke oplossingen kunnen zorgen voor een nieuwe manier van borging van de publieke belangen. Volgens het besluit zal alleen met de verleende vergunning sprake zijn van een geleidelijke overgang naar deze toekomstige markt. Voor de tussenliggende termijn is het nodig de continuïteit van de landelijke postbezorging te borgen.

De totale Nederlandse postmarkt bestaat uit de UPD-post en de niet-UPD-post (de zakelijke post), respectievelijk 13% en 87%. Gelet op de reeds jaren durende krimp van de postmarkt (met 8-10% per jaar) wordt het steeds lastiger kostenbesparingen te realiseren en is de prijs van postzegels sterk gestegen. Het besluit verwijst daarbij naar een kamerbrief uit 2018 van het Ministerie van EZK waarin de contouren van de postmarkt op lange termijn al waren geschetst.²⁸ Het scenario dat de staatssecretaris schetst, is dat er maar één landelijke speler voor de postdienstverlening overblijft.²⁹

Na een korte samenvatting van de redenen van de ACM om te concluderen dat de voorgenomen concentratie tot praktisch een monopolie op de postmarkt leidt, is de staatssecretaris alsnog overtuigd dat de door haar aangevoerde vier gewichtige redenen van algemeen belang nopen tot het verlenen van een vergunning.³⁰ Het valt ons daarbij op dat de bespreking van de redenen van algemeen belangen veel

21 Het is dan ook des te opvallender dat de UPD-dienst in het besluit van de staatssecretaris en het vonnis van de rechtbank zo'n grote rol heeft gespeeld, wat hierna uiteengezet wordt.

22 Gerecht van Eerste Aanleg, T-556/08, 25 maart 2015; HvJ EU, C-162/06, 15 november 2007.

23 Besluit Autoriteit Consument en Markt, 5 september 2019, ACM/UIT/5182,76, ov. 635, p. 151.

24 Zie bijvoorbeeld NRC. Fusie PostNL gaat toch door dankzij ingrijpen staatssecretaris, 27 september 2019; Volkskrant. Kabinet negeert ACM en geeft groen licht voor fusie PostNL en Sandd, 27 september 2019.

25 Aanvraag art. 47 Mw in het kader van de voorgenomen consolidatie in de postsector door PostNL en Sandd, openbaar gemaakt als bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 29502, nr. 174.

26 E.van Damme, 'De overname van Sandd door PostNL', *M&M* 2019/5, p. 160-174.

27 Besluit Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, 27 september 2019, kenmerk CE-MC 19080684, bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 29502, nr. 174.

28 *Kamerstukken II* 2017/18, 29502, nr. 158.

29 Besluit staatssecretaris, 27 september 2019, par. 4.1.

30 Zie par. 4.2.2 t/m par. 4.2.7 van het besluit van de staatssecretaris, 27 september 2019.

uitgebreider is dan de bespreking van de mededingingsargumenten van de ACM. Hoewel het besluit vanzelfsprekend gaat over de vraag of gewichtige redenen van algemeen belang alsnog kunnen leiden tot vergunningverlening, is het nagenoeg ontbreken van verwijzingen naar de mededingingsbelangen een opmerkelijke wijziging ten opzichte van het besluit van de minister inzake RAI/Jaarbeurs. Zeker gelet op het enorme marktaandeel van het gefuseerde PostNL zou volgens ons een diepergaande analyse van de bezwaren van de ACM tegen de gevraagde vergunningverlening voor de hand hebben gelegen. Ook had de staatssecretaris in onze optiek veel indringender moeten onderbouwen op welke wijze de gewichtige redenen van algemeen belang deze zeer forse mededingingsbezwaren kunnen wegnemen. De vier redenen van algemeen belang behandeld door de staatssecretaris worden hieronder kort besproken.

Belangen van de afnemers van postdiensten

Volgens de staatssecretaris is het noodzakelijk om de particuliere gebruikers van postdiensten te beschermen, al was het maar omdat vele kwetsbare groepen niet vertrouwd zijn met digitale technieken. Volgens de staatssecretaris vormt deze groep ongeveer 1,2 miljoen mensen. Hun belangen worden volgens het besluit door de concentratie belangen beschermd omdat er een fijnmazig netwerk van postbezorging blijft en de UPD zorgt voor betaalbare, uniforme tarieven voor brievenpost.³¹

Continuïteit van de landelijke postdienstverlening

Door de concentratie neemt het volume UPD-post met 5-10% toe, terwijl ook veel niet-UPD-volume aan dit netwerk wordt toegevoegd. Hierdoor kan PostNL na de concentratie minder hoge UPD-tarieven hanteren dan zonder de concentratie.

De prijzen voor de zakelijke gebruikers zullen door de concentratie waarschijnlijk gaan stijgen vanwege het wegvallen van concurrentiedruk. Maar gelet op het huidige lage tariefniveau is dat volgens het besluit niet onwenselijk. Gezien het maatschappelijk belang van UPD-post is het nodig dat PostNL een redelijk rendement van 7-12% kan behalen. Uit diverse onderzoeken die de staatssecretaris aanhaalt, blijkt dat dit op momenteel niet lukt. Door de concentratie en een gematigde prijsverhoging kan het genoemde rendement wel worden behaald.

Belangen van de werknemers

De werknemers van PostNL en Sandd (bij elkaar ongeveer 55.000 personen) hebben veelal een kwetsbare positie op de arbeidsmarkt. Zij verdienen vaak rond het minimumloon. Toch maken de loonkosten circa 80% van alle kosten uit. Door de concentratie wordt hun werkgelegenheid, die anders op termijn op de tocht zou komen te staan, behou-

den. PostNL laat de werknemers van Sandd toetreden op basis van de cao van PostNL. Ook komt er een sociale regeling voor werknemers die niet willen of kunnen overstappen. Het behoud van werkgelegenheid is voor de staatssecretaris een belangrijk aspect. Desalniettemin hebben de kranten bol gestaan van de verhalen over Sandd-medewerkers die niet wilden overstappen.³²

Financiële belangen van de staat

Het financiële belang van de staat bestaat erin dat ze op grond van de Postwet moet voorzien in een basisvoorziening voor tijdscritische postdiensten. Indien marktpartijen dit niet rendabel kunnen uitvoeren, zou de staat dit misschien wel via staatssteun mogelijk moeten maken. Dit is volgens het besluit niet wenselijk.

De staatssecretaris stelt dat een weigering van de vergunning zou leiden tot grote risico's en schoksgewijze ingrijpende wijzigingen in de postmarkt, die gepaard gaan met negatieve gevolgen voor de continuïteit, kwaliteit, werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden. De concurrentie tussen PostNL en Sandd kan leiden tot de mogelijkheid dat een van beide postnetwerken uiteindelijk zal verdwijnen, zeker gelet op de verwachte verdergaande krimp van de postmarkt. Hierdoor wordt de mogelijkheid reëel dat de staat financieel moet bijspringen om de UPD-dienstverlening in stand te houden.

Alternatieven voor de bescherming van de publieke belangen heeft het ministerie al eerder onderzocht.³³ Uit een in het besluit opgenomen lijst van deze alternatieven blijkt dat daaraan volgens de staatssecretaris te veel nadelen kleven.

Voorschriften en beperkingen

Er zijn, volgens de staatssecretaris, in dit specifieke geval voldoende zwaarwichtige redenen van algemeen belang om de gevraagde vergunning te verlenen, ondanks het negatieve besluit van de ACM. Zij hecht hier wel een aantal voorschriften en beperkingen aan.³⁴

Het eerste voorschrift is dat PostNL een toegangsverplichting krijgt opgelegd voor de overblijvende, kleinere postvervoerders zodat zij voor hun huidige aanbod (bezorging binnen 24, 48 en 72 uur) gebruik kunnen blijven maken

31 De staatssecretaris zaait in onze ogen enige twijfel bij de betaalbaarheid van de postbezorging, doordat zij in par. 4.1 van het besluit vermeldt dat de prijs van de postzegels gestegen is van € 0,46 in 2011 naar € 0,87 in 2019.

32 Zie bijvoorbeeld AD. Twee derde Sandd-medewerkers bedankt voor baan bij PostNL, 30 januari 2020, <https://www.ad.nl/economie/twee-derde-sandd-medewerkers-bedankt-voor-baan-bij-postnl-afd29bf3>; NOS. Eén op de drie Sandd-medewerkers aan de slag bij PostNL, 30 januari 2020, <https://nos.nl/artikel/2320940-een-op-de-drie-sandd-medewerkers-aan-de-slag-bij-postnl.html>; Logistiek. Fusie PostNL en Sandd dreigt duizenden banen te kosten, 9 januari 2020, https://www.logistiek.nl/carriere-mensen/nieuws/2020/01/fusie-postnl-en-sandd-dreigt-duizenden-banen-te-kosten-101171047?_ga=2.266485389.285785820.1607953269-1599952424.1607953269; E-Commerce. 4300 van de 12.800 werknemers van Sandd naar PostNL, 27 januari 2020, <https://www.emerce.nl/nieuws/4300-12800-werknemers-sandd-postnl#:~:text=Ongeveer%208500%20personeelsleden%20van%20het,naar%20PostNL%2C%20meldt%20het%20AD>.

33 *Kamerstukken II* 2017/18, 29502, nr. 158. In het besluit worden onder meer de volgende alternatieven genoemd: aanbesteden van de UPD, twee snelheden post en deprivatisering.

34 Dit is mogelijk omdat het gaat om een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht.

van het landelijke netwerk van PostNL. Deze toegang moet plaatsvinden tegen tarieven en voorwaarden die effectieve toegang waarborgen. Het tweede voorschrift is dat PostNL op zowel de UPD-post als de zakelijke post een maximaal rendement van 9% mag realiseren. Deze voorwaarde beperkt de door de ACM geconstateerde mogelijkheid van verhoging van de prijzen voor zakelijke post met 30-40% aanzienlijk. Het laatste voorschrift betreft de gestanddoening van de door PostNL gedane toezeggingen voor de bescherming van de werknemers.

Deze voorwaarden gelden voor maximaal 8 jaar. Het eerste en tweede voorschrift vervallen indien de hernieuwde Postwet, met soortgelijke bepalingen, in werking treedt.³⁵ De ACM wordt aangesteld als toezichthouder voor de naleving van deze voorwaarden.

De ACM is in de gelegenheid gesteld op een concept van het besluit te reageren en om een advies uit te brengen.³⁶ Noemenswaardig is dat de staatssecretaris dit verzoek al op 18 juli 2019 heeft gedaan, dus ruim voordat de ACM het tweedefasebesluit had genomen en PostNL bij de staatssecretaris het verzoek tot een vergunning had gedaan. De staatssecretaris was hierin zeer proactief.

De vraagstelling voor het advies beperkte zich echter tot de toegang van de andere postvervoerders tot het netwerk van PostNL. De ACM geeft duidelijk aan dat hiermee niet de negatieve gevolgen van de concentratie die in het tweedefasebesluit zijn onderkend, worden weggenomen en dat de verwachte prijsverhogingen niet worden belemmerd.³⁷ PostNL had een aanbod geformuleerd voor de voorwaarden waaronder zij toegang wil verlenen voor 24-uurs- en niet-24-uurspostdiensten. De ACM heeft dit voorstel geconsulteerd bij andere postvervoerders. Velen van hen gaven aan dat de reactietermijn van vier werkdagen te kort was om inhoudelijk te reageren.

Wij zijn van mening dat de door de staatssecretaris genoemde gewichtige redenen van algemeen belang niet afdoende zijn om de concentratie alsnog toe te staan

De toegangsvoorwaarden die de ACM heeft opgesteld, zijn door de staatssecretaris overgenomen in het besluit.

Wij zijn van mening dat de door de staatssecretaris genoemde gewichtige redenen van algemeen belang niet afdoende zijn om de concentratie alsnog toe te staan, omdat zij onvoldoende duidelijk heeft kunnen maken dat deze redenen zwaarder wegen dan de door de ACM geconstateerde belemmeringen van de mededinging. Door

35 Ten tijde van het besluit van de staatssecretaris was de Postwet in internetsconsultatie. Voor zover bekend is er voor augustus 2020 nog geen wetsvoorstel naar de Tweede Kamer gestuurd.

36 Op grond van art. 4 Mw. De ACM kon echter pas starten met haar onderzoek nadat PostNL haar verzoek bij de staatssecretaris had ingediend.

37 Advies over toegang voor postvervoerders tot het netwerk van PostNL, 23 september 2019, ACM/UIT516333, ov. 21.

de fusie ontstaat immers nagenoeg een monopolie op de belangrijkste postmarkten. De genoemde gewichtige redenen zijn niet dermate overtuigend dat zij van groter gewicht zijn dan de significante mededingingsrechtelijke gevolgen van de concentratie.

Uitspraak Rechtbank Rotterdam

Op 11 juni 2020 heeft de Rechtbank Rotterdam uitspraak gedaan over het artikel-47-Mw-besluit van de staatssecretaris.³⁸ Twee kleine postvervoerders uit Enschede en Waddinxveen en het bedrijf Kiesjefolders hebben als belanghebbenden bij de overname beroep ingesteld tegen het besluit van de staatssecretaris, die als verweerder optrad in de zaak. De uitspraak heeft veel aandacht getrokken in de media.³⁹

Eisers voelen zich benadeeld door de overname en de daarbij ontstane monopoliepositie van PostNL en hebben gesteld dat de staatssecretaris onvoldoende gewicht heeft gehecht aan de door de ACM gesignaleerde risico's voor de mededinging. Ook zou de staatssecretaris een verkeerd toetsingskader hebben gebruikt en de genoemde redenen van algemeen belang onvoldoende hebben gespecificeerd. Daarnaast hadden zij nog enige procedurele bezwaren.

Procedurele bezwaren

De rechtbank wijst het bezwaar van vooringenomenheid af.⁴⁰ Art. 2:4 Awb verbiedt aan een bestuursorgaan weliswaar vooringenomenheid bij de uitvoering van zijn taken, maar niet bij het maken van beleidskeuzes. De rechtbank oordeelt dat de beleidsmatige uitspraken van de staatssecretaris in de Tweede Kamer geen uitingen zijn van vooringenomenheid.

Een ander procedureel bezwaar treft wel doel. Dit bezwaar betreft de verplichting voor bestuursorganen om belanghebbenden bij de voorbereiding van een besluit de gelegenheid te geven om hun zienswijze naar voren te brengen (art. 4:8 Awb). Deze verplichting is ook van toepassing bij dit besluit, ook al voerde de staatssecretaris aan dat dit niet het geval was. Volgens de rechtbank moesten de belanghebbenden zich kunnen uitspreken over de voorschriften die de staatssecretaris wilde verbinden aan de vergunning. De mogelijkheid die zij daarvoor hadden, was veel te kort. Zij konden hun zienswijze doorgeven in een tijdsbestek van

38 Rb. Rotterdam, 11 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5122.

39 Zie bijvoorbeeld Westerveld, J., RTL Nieuws. Rechter haalt streep door fusie PostNL en Sandd, 11 juni 2020, [https://www.rtlnieuws.nl/economie/bedrijven/artikel/5150086/rechter-fusie-postnl-en-sandd-vergunning-regering;NRC.Rechtbank vernietigt vergunning fusie PostNL en Sandd, 11 juni 2020; Logistiek. Rechter vernietigt fusie PostNL Sandd; dit zijn de mogelijke gevolgen, 12 juni 2020, <https://www.logistiek.nl/logistieke-dienstverlening/nieuws/2020/06/rechter-vernietigt-fusie-postnl-sandd-dit-zijn-de-mogelijke-gevolgen-101173945>; Trouw. Rechtbank niet akkoord met fusie PostNL en Sandd, 11 juni 2020, <https://www.trouw.nl/economie/rechter-niet-akkoord-met-fusie-postnl-en-sandd-b-cf4027b/?referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F>.](https://www.rtlnieuws.nl/economie/bedrijven/artikel/5150086/rechter-fusie-postnl-en-sandd-vergunning-regering;NRC.Rechtbank%20vernietigt%20vergunning%20fusie%20PostNL%20en%20Sandd,%2011%20juni%202020;Logistiek.Rechter%20vernietigt%20fusie%20PostNL%20Sandd;dit%20zijn%20de%20mogelijke%20gevolgen,%2012%20juni%202020,%20https://www.logistiek.nl/logistieke-dienstverlening/nieuws/2020/06/rechter-vernietigt-fusie-postnl-sandd-dit-zijn-de-mogelijke-gevolgen-101173945;Trouw.Rechtbank%20niet%20akkoord%20met%20fusie%20PostNL%20en%20Sandd,%2011%20juni%202020,%20https://www.trouw.nl/economie/rechter-niet-akkoord-met-fusie-postnl-en-sandd-b-cf4027b/?referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F)

40 Dit bezwaar houdt in dat het voor de staatssecretaris vanaf het begin van de voorbereiding van het besluit al vaststond dat de concentratie doorgang moest vinden.

slechts vijf dagen. In de ogen van de rechtbank is dit geen redelijke termijn, waardoor art. 4:8 Awb is geschonden en het besluit van de staatssecretaris moet worden vernietigd.⁴¹ Reeds op deze formele, procedurele grond wordt het besluit vernietigd. Toch zag de rechtbank redenen om, ‘*met het oog op een zo finaal mogelijke beslechting van het geschil*’, ook de inhoudelijke beroepsgronden te bespreken.⁴² Voor het eerst in 22 jaar wordt een artikel-47-Mw-besluit dus door de rechter getoetst.

Toetsingskader

Eerst zet de rechtbank het toetsingskader uiteen. De rechtbank erkent dat de staatssecretaris door art. 47 Mw ‘een aanzienlijke ruimte’ krijgt voor de belangenafweging tussen de gewichtige redenen van algemeen belang en de te verwachten belemmering van de mededinging.⁴³ Omdat deze bepaling een uitzondering maakt op de hoofdregel van de Mededingingswet dat bij besluiten over vergunningverlening voor een concentratie de bescherming van de mededinging leidend is, moeten hoge eisen aan de motivering van de staatssecretaris worden gesteld. De staatssecretaris moet niet alleen identificeren welke gewichtige redenen van algemeen belang relevant zijn, maar ook dat deze gewichtige redenen nopen tot vergunningverlening en onderbouwen dat de vergunningverlening bijdraagt aan de bescherming van deze gewichtige redenen. Indien zij hierin niet slaagt, houdt het besluit geen stand wegens strijd met art. 3:2 en art. 3:46 Awb.

Mededinging

De rechtbank oordeelt dat de staatssecretaris de mededingingsproblemen niet afdoende in acht heeft genomen bij het genomen besluit. De staatssecretaris is namelijk niet ingegaan op de door de ACM gesignaleerde risico’s voor de mededinging op de aanpalende markten van pakketten en ongeadresseerd reclamedrukwerk. De ACM had echter in haar besluit geen mededingingsrechtelijke conclusies getrokken met betrekking tot deze aanpalende markten, omdat ze de vergunning al weigerde vanwege de significante belemmering op de markten voor zakelijke post en losse post. Het had volgens de rechtbank desondanks op de weg van de staatssecretaris gelegen ook aandacht aan de risico’s op deze aanpalende markten te schenken en hierover navraag te doen bij of advies te vragen aan de ACM. De rechtbank maakt ook een vergelijking met het eerste verzoek op grond van art. 47 Mw in de *RAI/Jaarbeurs*-zaak, waarbij de toenmalige Minister EZ de wettelijke beslistering heeft verlengd om tot een zorgvuldige voorbereiding te komen. In het onderhavige geval heeft de staatssecretaris slechts drie van de dertien weken gebruikt om het besluit te nemen. De rechtbank oordeelt dat de belangenafweging gebrekkig is en niet in stand kan blijven.

Gewichtige redenen van algemeen belang

Vervolgens heeft de rechtbank zich gebogen over de gewichtige redenen van algemeen belang, die in het besluit van de staatssecretaris dragend zijn voor de beslissing om een vergunning te verlenen. De rechtbank concludeert allereerst dat de staatssecretaris ter ondersteuning van de redenen meerdere onderzoeken heeft gebruikt maar slechts in algemene zin hiernaar heeft verwezen of het niet nader heeft onderbouwd.⁴⁴ De rechtbank komt daarom tot het oordeel dat het besluit en de aannames van de staatssecretaris niet daadkrachtig zijn gemotiveerd. Ook deze beroepsgrond slaagt.

Continuïteit van de landelijke postdienstverlening

Volgens de staatssecretaris zorgt de vergunning ervoor dat de continuïteit van de UPD en van de zakelijke post gedurende een langere periode wordt gewaarborgd. Zij voert verder aan dat zij niet gebonden is aan het oordeel van de ACM, maar dat zij op grond van art. 47 Mw een eigen afweging maakt die hier los van staat. Verhelderend over dit standpunt is de overweging van de rechtbank waarin zij zegt ‘*dat het oordeel van de ACM [de staatssecretaris] weliswaar niet bindt bij de toepassing van artikel 47 van de Mw, maar dat verweerder in het kader van een deugdelijke motivering niet zonder meer voorbij kan gaan aan het met behulp van externe deskundigen onderbouwde oordeel van de ACM.*’⁴⁵

Deze overweging van de rechtbank is volgens ons correct, gezien de functie van art. 47 Mw: de minister betreft bij haar belangenafweging niet slechts de mededinging maar ook gewichtige redenen van algemeen belang. Hierdoor kan logischerwijs een ander oordeel met andere argumenten volgen. Nu de ACM zich beperkt tot mededingingsrechtelijke afwegingen, is het onzes inziens niet verwonderlijk dat de staatssecretaris zich – daarnaast – op andere rapporten en analyses baseert voor de beoordeling van de redenen van algemeen belang. Wel zijn we het met de rechtbank eens dat de staatssecretaris in het besluit uitgebreider in had moeten gaan op het oordeel van de ACM. Zeker nu – ter zitting – bleek dat zij het niet eens was met dat oordeel, maar zij in het besluit niet, laat staan gemotiveerd, heeft aangegeven waarom die analyse onjuist zou zijn.

De rechtbank oordeelt ook dat de staatssecretaris zich op een verkeerde risicoanalyse heeft gebaseerd. De staatssecretaris gebruikt namelijk het ‘*uitvoerig onderbouwde en door externe consultants getoetste en juist bevonden standpunt van de ACM niet*’, maar enkel de risicoanalyse van PostNL zelf.⁴⁶ Bovendien heeft de staatssecretaris deze risicoanalyse niet extern laten toetsen.

41 Rb. Rotterdam, 11 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5122, r.o. 5.7.

42 Rb. Rotterdam, 11 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5122, r.o. 6.1.

43 Rb. Rotterdam, 11 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5122, r.o. 6.2.

44 In het besluit worden weinig van de gebruikte rapporten genoemd, wordt niet uit de rapporten geciteerd en wordt niet naar paginanummers van de rapporten verwezen. De staatssecretaris weersprekt de weerlegging door de ACM van een deel van de rapporten niet. Ook heeft de staatssecretaris de conclusies uit een rapport over de consolidatie van de postmarkt veel stelliger geformuleerd in een Kamerbrief.

45 Rb. Rotterdam, 11 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5122, r.o. 9.7.

46 Rb. Rotterdam, 11 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5122, r.o. 9.9.

De ACM heeft geconcludeerd dat de postmarkt krimpt, maar dat deze krimp geleidelijk af zal nemen in de toekomst. In haar besluit gaat de staatssecretaris juist uit van het verdwijnen van een aparte postmarkt indien zij geen vergunning geeft voor de concentratie. Zij had dan ook gemotiveerd moeten aangeven waarom zij het standpunt van PostNL volgt en niet het standpunt van de ACM. De rechtbank oordeelt bovendien dat het voor de continuïteit van de landelijk postdienst voldoende is om de periode tot en met 2024 te bekijken (de in concentratiezaken gebruikelijke prospectieve termijn van drie tot vijf jaar) en de staatssecretaris heeft niet duidelijk gemaakt hoe zij de risico's over een langere periode (tot tien jaar na de vergunning) in kan schatten.

Bescherming van de afnemers van postdiensten

De ACM heeft geconcludeerd in haar besluit dat na de vergunning een prijsstijging van 30 tot 40% wordt verwacht op de zakelijke postmarkt (waarop PostNL na de concentratie meer dan 90% marktaandeel zou bezitten). De staatssecretaris heeft daarom in haar besluit als voorschrift aan de concentratie een maximum rendement van 9% op de totale dienstverlening van PostNL gesteld, om op deze manier te voorkomen dat de prijsstijgingen de door de ACM gevreesde hoogte aan zullen nemen. De rechtbank oordeelt echter dat deze voorwaarde nog voldoende mogelijkheden overlaat voor PostNL om aanzienlijke prijsstijgingen door te voeren. Eisers voeren volgens de rechtbank terecht aan dat een rendement van 9% zelfs niet behaald werd in periodes waarin het postvolume twee keer zo hoog was als op dit moment.⁴⁷ Daarnaast geldt het rendement niet alleen voor de zakelijke post en UPD, maar ook voor andere onderdelen van de dienstverlening, waardoor PostNL het rendement kan verdelen. Zo zou PostNL op markten met veel concurrentie lagere prijzen kunnen vragen, terwijl hogere prijzen gevraagd kunnen worden op markten zonder concurrentie (waardoor er kruissubsidiëring plaatsvindt). De rechtbank oordeelt dat de staatssecretaris onvoldoende heeft gemotiveerd dat het maximum rendement een remedie kan vormen voor de verwachte prijsstijging.

Het had in onze optiek voor de hand gelegen dat de rechtbank ook de argumenten van de staatssecretaris over het algemeen belang inhoudelijk had beoordeeld

De door de staatssecretaris en PostNL aangehaalde financiële (zwakke) positie van Sandd wordt vervolgens nog kort behandeld door de rechtbank. De rechtbank twijfelt aan de gestelde slechte overlevingskansen van Sandd zonder de overname. Niet alleen had de ACM geconcludeerd dat Sandd actief zou blijven als de overname niet door zou gaan, maar ook zag PostNL 'nog reden om Sandd over te

nemen en daarvoor een aanzienlijk bedrag te betalen.⁴⁸

Met deze logische conclusie en de opmerking dat een dreigend faillissement van Sandd op zichzelf niet als reden van algemeen belang kan worden aangemerkt, wordt ook met dit argument van de staatssecretaris korte metten gemaakt. Ons valt op dat de rechtbank in haar behandeling van het algemeen belang van de bescherming van de afnemers van postdiensten niet ingaat op de argumenten van de staatssecretaris. Door de staatssecretaris was immers aangevoerd dat de post voor kwetsbare groepen toegankelijk moet blijven, terwijl de rechtbank hier geen aandacht aan besteedt en slechts de mededingingsperikelen beoordeelt. Het had in onze optiek voor de hand gelegen dat de rechtbank ook de argumenten van de staatssecretaris over het algemeen belang inhoudelijk had beoordeeld.

Belangen van de werknemers

De staatssecretaris heeft met de verleende vergunning beoogd een schoksgewijze afbouw van de werkgelegenheid te voorkomen en hiermee het algemeen belang van de werknemers te dienen. De rechtbank merkt net als eisers een inconsistentie op in het bestreden besluit van de staatssecretaris.⁴⁹ De staatssecretaris beargumenteert namelijk dat de concentratie tot een kostenbesparing kan leiden aangezien er geen dubbele bezorgnetwerken meer bestaan en omdat, vanwege minder werknemers, op de loonkosten (tevens de grootste kostenpost) kan worden bespaard, maar tegelijkertijd was de staatssecretaris van plan de werkgelegenheid te beschermen. Dit lijkt ook in onze ogen niet samen te gaan. De staatssecretaris heeft haar stelling dat zonder de concentratie nog grotere gevolgen voor de werkgelegenheid te verwachten zijn volgens de rechtbank niet onderbouwd. Eisers merken op dat slechts een derder van de Sandd-werknemers is overgegaan naar PostNL. De rechtbank heeft het voorzienbaar geacht dat dit zou gebeuren en oordeelt scherp dat 'het bestreden besluit zelf [heeft] geleid tot een schoksgewijze afbouw van de werkgelegenheid in de postsector.'⁵⁰

Alternatieven

Voorts geeft de rechtbank aan niet over de in het besluit van de staatssecretaris genoemde alternatieven voor de overname te kunnen oordelen vanwege 'het ontbreken van een volledige belangenafwegingen het gebrek aan een zorgvuldige voorbereiding en daadkrachtige motivering van het bestreden besluit.'⁵¹

Gevolgen

De rechtbank gaat tot slot in op de ingrijpende consequenties van de vernietiging van het bestreden besluit. Zij werpt daarbij een scherp licht op de consequenties van de art. 47 Mw-procedure. De rechtbank stelt expliciet de vraag of de concentratie, na de verleende vergunning, nog ongedaan

47 Rb. Rotterdam, 11 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5122, r.o. 10.3.

48 Rb. Rotterdam, 11 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5122, r.o. 10.5.

49 Rb. Rotterdam, 11 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5122, r.o. 11.2.

50 Rb. Rotterdam, 11 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5122, r.o. 11.2.

51 Rb. Rotterdam, 11 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5122, r.o. 12.2.

kan worden gemaakt. PostNL heeft immers al uitvoering gegeven aan de vergunning. De rechtbank overweegt dat het, zoals PostNL had verzocht, in stand laten van de concentratie ontoelaatbaar afbreuk zou doen aan de rechtsbescherming tegen besluiten op grond van art. 47 Mw. Vergunningverlening door de rechtbank zelf (met eventuele voorschriften) is niet mogelijk omdat de staatssecretaris het toegangs aanbod van PostNL moet consulteren en de gevolgen voor de aanpalende markten moet onderzoeken, voor zij mogelijk opnieuw een vergunning verleent. Vanwege de termijn die gemoeid zal zijn met deze eventuele reparatie en de staatssecretaris ter zitting al had aangekondigd in hoger beroep te gaan tegen een eventuele vernietiging van haar besluit, is er geen aanleiding voor het toepassen van de bestuurlijke lus.⁵²

De rechtbank lijkt aldus daadkrachtig en goed gemotiveerd het besluit van de staatssecretaris te vernietigen, maar laat het gevolg daarvan en de eventuele vervolgstappen onduidelijk.

Hoger beroep

Op 21 juli 2020 heeft de staat beroep aangetekend tegen het vonnis bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBb).⁵³ Het hoger beroep bij het CBb zal het vonnis van de rechtbank niet schorsen. De staatssecretaris heeft daarom aan de Tweede Kamer aangekondigd om gelijktijdig een nieuw besluit over de overname krachtens art. 47 Mw te nemen, die voor het einde van het jaar wordt verwacht.⁵⁴ Aangezien de staatssecretaris het niet eens is met de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam,⁵⁵ valt te betwijfelen of het nieuwe besluit in de kern zal veranderen. Wellicht wordt het besluit ditmaal in ieder geval wel deugdelijk gemotiveerd.

Beoordeling van art. 47 Mw

De rechtbank lijkt het bestreden besluit vooral onderuit te halen wegens motiveringsgebreken. Zij laat zich niet uit over de toelaatbaarheid van art. 47 Mw als zodanig. Het idee achter art. 47 Mw is dat het mededingingsrecht niet altijd de juiste maatstaf is om een vergunning voor een concentratie te toetsen, maar dat algemene belangen in uitzonderlijke gevallen ook moeten worden meegewogen. Dit roept ten eerste de vraag op of de Mededingingswet niet ook gericht is op algemene belangen. Volgens de MvT kunnen de algemene belangen immers van economische aard zijn, wat ook blijkt uit het feit dat de ACM de continuïteit van de landelijke postdienstverlening had onderzocht. Ten tweede speelt de kwestie of de politieke toetsing van

de vergunningsaanvraag door de minister wel een goede aanvulling is op de apolitieke beoordeling door de ACM.⁵⁶ Voor een mededingingsjurist is de neiging misschien groot om de inhoudelijke beoordeling door de ACM boven een politieke beoordeling te stellen. Tegelijkertijd is het ook duidelijk dat bij grote concentraties belangen van politieke aard een rol kunnen spelen.

Vooralsnog ontkomen we niet aan een toepassing van art. 47 Mw, nu dat wettelijk is voorgeschreven. Daarbij is het wel een lastig fenomeen dat het feitelijk onmogelijk is om, ondanks een daartoe strekkend vonnis van de rechtbank, een inmiddels op gang gebrachte vervlechting van de fuserende partijen tijdelijk stop te zetten of terug te draaien.⁵⁷ De rechtbank houdt zich hierbij ook tamelijk gemakkelijk afzijdig en oordeelt slechts dat zij niet weet of het nog mogelijk is de concentratie terug te draaien. Uit deze constatering valt een enigszins berustende houding waar te nemen. De consequentie van de vernietiging van het besluit van de staatssecretaris door de rechtbank is nu eenmaal dat de vergunning is vervallen en dat de concentratie moet worden teruggedraaid. De rechtbank had dit wat ons betreft zwaarder kunnen aanzetten. Tegelijkertijd is er hoger beroep ingesteld. Als dat slaagt, blijft het besluit van de staatssecretaris alsnog in stand. Dan zou de tussentijdse ontvlechting van de concentratie voor niets zijn geweest.

In onze ogen is het daarom het overwegen waard om art. 47 Mw aan te passen

Dat alles is een onwenselijke situatie. In onze ogen is het daarom het overwegen waard om art. 47 Mw zo aan te passen, dat een verkrijger van een door de minister verleende vergunning de concentratie nog niet ten uitvoer mag leggen tot de beroepstermijn tegen het besluit van de minister ongebruikt is verstreken of de rechtbank in eerste aanleg heeft geoordeeld.⁵⁸ Weliswaar leidt dit voor de verkrijger van de vergunning vanzelfsprekend tot een langere periode waarin de vergunning niet kan worden gebruikt, maar zo wordt een onwenselijk fait accompli voorkomen.

Conclusie

De afgelopen tijd was er veel commotie over de overname van Sandd door PostNL in het nieuws en de vaktijdschriften. Het was de eerste keer dat een concentratievergunning

52 Rb. Rotterdam, 11 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5122, r.o. 14.2.

53 LC. Staat in beroep tegen besluit rechter over fusie PostNL en Sandd, 23 juli 2020, <https://www.lc.nl/economie/Staat-in-beroep-tegen-besluit-rechter-over-fusie-PostNL-en-Sandd-25873649.html>.

54 Brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van 21 augustus 2020, CE-MC/ 20216531.

55 Brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van 21 augustus 2020, CE-MC/ 20216531, p. 1.

56 Zie E. Loozen, 'Vergunning PostNL/Sandd: hoort de minister de heroverweging wel in de mededingingswet thuis?', *M&M* 2020/1, p. 31-39 voor een interessante beschouwing.

57 W. Knibbeler & P.J. Kreijger, 'De dag die je wist dat zou komen – kanttekeningen bij PostNL/Sandd', *M&M* 2020/3, p. 105-117, wijzen er terecht op dat het ook juridisch lastig is omdat PostNL een vergunning had gekregen op grond van art. 47 Mw voor de totstandkoming van de concentratie.

58 Indien gewenst kan het verbod om de concentratie ten uitvoer te leggen zelfs verlengd worden tot na de uitspraak in het eventuele hoger beroep, maar dat achten wij vooralsnog een te lange periode.

werd verleend op grond van art. 47 Mw en meteen heeft de Rechtbank Rotterdam het besluit vernietigd. De rechtbank haalde, in onze ogen terecht, een grote streep door de redenering van de staatssecretaris, omdat een deugdelijke motivering ontbrak. De staatssecretaris is onvoldoende ingegaan op de risico's voor de mededinging die de ACM in haar besluit uiteen had gezet. In plaats daarvan heeft de staatssecretaris de belangenafweging in het voordeel van de gewichtige redenen van algemeen belang laten kantelen. De redenen die zij daarvoor aandroeg, zijn volgens ons niet voldoende steekhoudend en in ieder geval niet voldoende onderbouwd.

Het is nu wachten op het nieuwe besluit van de staatssecretaris en de uitspraak van het CBB. In de tussentijd lijkt het ons zeer onwaarschijnlijk dat PostNL enige activiteit onderneemt om de concentratie (tijdelijk) ongedaan te maken. Dit is begrijpelijk, gezien de mogelijkheid dat ofwel het CBB in hoger beroep alsnog akkoord gaat met de vergunningverlening, ofwel het nieuwe besluit van de

staatssecretaris een toereikende motivering bevat. Tegelijkertijd wordt daardoor de effectiviteit van het vonnis van de rechtbank volledig ondergraven. Dat vinden wij niet wenselijk. Daarom is het naar onze mening te overwegen dat art. 47 Mw zodanig wordt aangepast dat geen onomkeerbare stappen mogen worden genomen voordat de rechtsgang in eerste instantie tegen de vergunning is doorlopen.

Dit artikel is afgesloten op 5 november 2020.

Over de auteurs

Mr. drs. R. (Robbert) Mahler

Advocaat bij Lawyers Alliance en vaste medewerker van dit tijdschrift.

F.E. (Fenna) Mahler LLM

LLM in Internationaal recht en doet een tweede masterstudie Conflict Studies and Human Rights aan de Universiteit Utrecht.