

13. Concentratie PostNL/Sandd: CBb vernietigt vergunningsbesluit minister

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

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) heeft op 2 juni 2022 uitspraak gedaan over de verleende vergunning voor de concentratie van PostNL en Sandd door de minister van Economische Zaken en Klimaat (EZK) op grond van artikel 47 Mededingingswet (Mw). Het CBb heeft de vernietiging van de vergunning door de rechtbank Rotterdam op 11 juni 2020 bevestigd.

Introductie

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) heeft op 2 juni 2022 uitspraak gedaan over de verleende vergunning voor de concentratie van PostNL en Sandd door de minister van Economische Zaken en Klimaat (EZK) op grond van art. 47 Mededingingswet (Mw).¹ Ruim drie jaar geleden weigerde de Autoriteit Consument en Markt (ACM) een vergunning voor deze concentratie te verlenen, waarna de minister op verzoek van PostNL alsnog tot vergunningverlening overging. Dit ging niet zonder slag of stoot. De rechtbank Rotterdam vernietigde in 2020 het besluit van de minister en in hoger beroep heeft nu ook het CBb een streep getrokken door het besluit. In dit artikel bespreken we kort de rechtsgang vanaf het eerstefasebesluit van de ACM, analyseren we de uitspraak van het CBb en zetten we de gevolgen daarvan voor PostNL specifiek en voor art. 47 Mw in het algemeen uiteen.

Voorafgaande procedures

Ziet u door alle procedures en besluiten het bos niet meer? Wij nemen u eerst graag even mee terug in het verloop van het geschil tussen PostNL, de minister van EZK, de ACM en de belanghebbenden RM (Netherlands) 1 B.V. (RM) en De Vos Diensten Enschede B.V. (De Vos).

Het verhaal begon op 25 februari 2019, toen een melding werd ingediend bij de ACM voor de concentratie tussen PostNL en Sandd. De ACM kwam in haar eerstefasebesluit - op 1 april 2019 - tot het oordeel dat een vergunning vereist is voor de voorgenomen concentratie.² Na kwantitatief en kwalitatief onderzoek heeft de ACM de verzochte vergunning in haar tweedefasebesluit van 5 september 2019 geweigerd omdat de concentratie zou leiden tot een significante belemmering van de mededinging.³ Door de concentratie zou volgens de ACM een quasi-monopolie ontstaan met marktaandelen van 90-100% op de markten voor zakelijke post en losse post (samen: de postmarkt).

PostNL heeft vervolgens bij de rechtbank Rotterdam beroep ingesteld tegen het tweedefasebesluit van de ACM en daarnaast een aanvraag ingediend bij de minister voor een vergunning op grond van art. 47 Mw.⁴ Zeer kort na het indienen van deze aanvraag heeft de minister op 27 september 2019 bij besluit de vergunning tot concentratie aan PostNL verleend.⁵ Dit was de tweede keer sinds de inwerkingtreding van de Mw dat de minister van EZK hiertoe werd verzocht en de eerste keer dat de minister hier

1 CBb, 2 juni 2022, ECLI:NL:CBB:2022:289. De voorzitter van het CBb heeft de uitspraak ook mondeling uitgesproken: <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/College-van-Beroep-voor-het-bedrijfsleven/Nieuws/Paginas/Geen-vergunning-van-de-minister-voor-overname-Sandd-door-PostNL.aspx>. In onze vorige artikelen spraken we steeds over de staatssecretaris, omdat het vergunningsbesluit was genomen door staatssecretaris Keijzer. In het huidige kabinet is minister Adriaansens verantwoordelijk. Vandaar dat we in dit artikel spreken van het besluit van de minister. Dat is in lijn met de tekst van art. 47 Mw, dat ook spreekt van de minister.

2 Besluit Autoriteit Consument en Markt, 1 april 2019, ACM/UIT/509996.

3 Besluit Autoriteit Consument en Markt, 5 september 2019, ACM/UIT/518276. Zo achtte de ACM het aannemelijk dat de tarieven van zakelijke post met 30-40% zouden stijgen, dat consumenten meer zouden moeten betalen voor postbezorging en dat PostNL een afschermingsstrategie zou kunnen voeren ten opzichte van kleinere postvervoerders, zie R. Mahler en F.E. Mahler, 'Overname van Sandd door PostNL: retour afzender', *Mededingingsrecht in de Praktijk* 2020/4, p. 44.

4 Art. 47 Mw geeft de minister van EZK de bevoegdheid om na de weigering van een concentratie door de ACM alsnog een vergunning te verlenen voor een concentratie indien gewichtige redenen van algemeen belang naar zijn oordeel zwaarder wegen dan de te verwachten belemmering van de mededinging.

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

daadwerkelijk toe overging.⁶ De minister vermeldde in het besluit vier gewichtige redenen van algemeen belang die volgens hem zwaarder wogen dan de te verwachten belemmering van de mededinging: de belangen van de afnemers van postdiensten, de continuïteit van de landelijke postdienstverlening, de belangen van de werknemers en de financiële belangen van de staat. Niet lang na het besluit van de minister zijn de aandelen van Sandd overgedragen en was de concentratie van PostNL en Sandd op 22 oktober 2019 een feit. Sindsdien is ook de bedrijfsvoering van beide ondernemingen geïntegreerd.

Het CBB beoordeelt het ingestelde hoger beroep namelijk niet op (de bezwaren tegen) de door de rechtbank genoemde inhoudelijke gronden, maar op basis van de wetsgeschiedenis van artikel 47 Mw

Hier eindigt het verhaal niet, omdat concurrenten RM en De Vos beroep instelden tegen de aldus verleende vergunning. Op 11 juni 2020 deed de rechtbank Rotterdam uitspraak over het ingestelde beroep. De rechtbank maakte korte metten met het besluit van de minister en vernietigde dit, voornamelijk omdat de belangenafweging met betrekking tot de te verwachten belemmering van de mededinging onvolledig en daardoor gebrekkig was. Volgens de rechtbank waren de aannames van de minister over de toekomst van de postmarkt onvoldoende gemotiveerd. Ook oordeelde de rechtbank dat het besluit van de minister voor wat betreft de gewichtige redenen van algemeen belang niet daadkrachtig was gemotiveerd. Dat was met name het geval omdat de minister tot een andere conclusie was gekomen dan de ACM op basis van haar uitgebreide onderzoek.⁷

Hierna was de minister weer aan zet: niet alleen is hij samen met PostNL bij het CBB in hoger beroep gegaan tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam, maar ook heeft hij op 9 april 2021 een nieuw besluit genomen ter vervanging van het door de rechtbank vernietigde besluit (het ‘vervangingsbesluit’).⁸ In dit vervangingsbesluit heeft

de minister het besluit tot vergunningverlening uitgebreider onderbouwd.

In de tijd dat de uitspraak van het CBB in hoger beroep op zich liet wachten, heeft het CBB in twee verschillende zaken de kring van belanghebbenden verkleind naar alleen de postvervoerders RM en De Vos.⁹

Ook heeft het CBB beslist op het verzoek van zowel de minister als RM en De Vos om alleen het CBB kennis te laten nemen van diverse documenten uit de procesdossiers.¹⁰

Oordeel CBB

Op 2 juni 2022 kwam het CBB met de langverwachte uitspraak over het besluit tot vergunningverlening van de minister.¹¹ Deze uitspraak heeft niet alleen betrekking op het oorspronkelijke besluit van de minister van 27 september 2019 (het ‘bestreden besluit’), maar ook op het vervangingsbesluit van de minister van 9 april 2021.¹²

Mededingingsrechtelijke beoordeling ACM bij weigering vergunning

Het CBB begint met een korte beschrijving van het tweedefasebesluit van de ACM.¹³ De overname van Sandd door PostNL zou volgens de ACM tot significante mededingingsproblemen leiden. Door de overname zou praktisch gezien een monopolist ontstaan op de postmarkt. Hierdoor zouden de prijzen, zo verwachtte de ACM, voor zakelijke verzenders met 30 tot 40% stijgen en ook de prijzen voor losse post zouden meer stijgen dan zonder de overname. Ook zou PostNL door de overname tegenover andere kleinere postvervoerders een afschermingsstrategie kunnen vormen door de toegang tot het netwerk van PostNL te beperken, hogere prijzen te berekenen en slechtere voorwaarden te bieden. Verder oordeelde de ACM dat de weigering van de vergunning de uitvoering van de universele postdienst (UPD) in ieder geval tot en met 2024 niet zou kunnen verhinderen. Volgens de ACM kon PostNL de UPD tot dat jaar onder economisch aanvaardbare omstandigheden blijven uitvoeren.

Op grond van deze mededingingsrechtelijke beoordeling heeft de ACM besloten geen vergunning te verlenen voor de concentratie.

6 R. Mahler en F.E. Mahler, ‘Overname van Sandd door PostNL: retour afzender’, *Mededingingsrecht in de Praktijk* 2020/4, p. 42.

7 Rb. Rotterdam, 11 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5122, r.o. 8.1-8.4. Zie voor een uitgebreide analyse R. Mahler en F.E. Mahler, ‘Overname van Sandd door PostNL: retour afzender’, *Mededingingsrecht in de Praktijk* 2020/4.

8 Bij het vervangingsbesluit heeft de minister een aanvullend advies van ACM van 19 maart 2021 betrokken over het toegangs aanbod van postvervoerders tot het netwerk van PostNL. Eén van de overwegingen van de rechtbank Rotterdam was dat de minister te weinig tijd aan ACM had gegeven bij het opstellen van een advies bij het eerste besluit, namelijk maar vier dagen. De minister had daarom een termijn van zes weken gegeven voor het advies behorende bij het vervangingsbesluit. Zie Advies Autoriteit Consument en Markt 19 maart 2021, ACM/UIT/551003.

9 Zo oordeelde het CBB dat dertien franchisenemers van Sandd en de Vereniging van Franchisenemers Sandd geen concurrent-postvervoerders waren van PostNL en Sandd en dus geen belanghebbenden zijn bij het besluit, CBB 30 maart 2021, ECLI:NL:CBB:2021:350, r.o. 6.4. Ook had het CBB in tegenstelling tot de rechtbank Rotterdam Kiesjefolders niet aangemerkt als belanghebbende bij het besluit, omdat het geen actueel en voldoende zeker belang had, CBB 30 maart 2021: ECLI:NL:CBB:2021:349, r.o. 6.5. Zie ook R. Mahler en F.E. Mahler, ‘Concentratie PostNL/Sandd: the postman always rings twice’, *Mededingingsrecht in de Praktijk* 2021/3.

10 CBB, 22 juli 2021, gepubliceerd op 21 juni 2022, ECLI:NL:CBB:2021:1107.

11 CBB, 2 juni 2022, ECLI:NL:CBB:2022:289. De uitspraak van het CBB heeft dus bijna twee jaar op zich laten wachten.

12 Op grond van art. 6:19 en 6:24 Awb.

13 CBB, 2 juni 2022, r.o. 1.2.

Bestreden besluit minister

Vervolgens bespreekt het CbB het bestreden besluit van de minister.¹⁴ Daarin heeft de minister, op basis van eigen aannames en stellingen over de toekomst van de postmarkt, vier gewichtige redenen van algemeen belang geïdentificeerd die volgens hem zwaarder wegen dan de te verwachten belemmering van de mededinging. Volgens de minister zal de postmarkt als zelfstandige markt op termijn verdwijnen door de voortdurende volumekrimp en uiteindelijk opgaan in bredere markten voor berichtenverkeer en bezorging. Volgens de minister is de vergunning nodig om de continuïteit van de landelijke postdienstverlening, zowel zakelijke post als UPD, tegen redelijke voorwaarden en tarieven en zonder staatssteun te borgen door een zekere mate van bescherming in de overgangsfase. Met de concentratie van Sandd en PostNL was de continuïteit van de landelijke postdienstverlening, inclusief de UPD, beter geborgd en kan het kwaliteitsniveau van het vijfdaagse 24 uren netwerk langer in stand worden gehouden.

Uitspraak rechtbank

Het CbB bespreekt vervolgens kort de uitspraak van de rechtbank Rotterdam. De rechtbank heeft in haar uitspraak het bestreden besluit van de minister inhoudelijk beoordeeld. In hoger beroep zijn PostNL en de minister daar klaarblijkelijk uitgebreid en gemotiveerd op ingegaan. De belanghebbenden De Vos en RM hebben in hun beroep een groot aantal procedurele en inhoudelijke beroepsgronden aangevoerd.

Het CbB gaat daar echter in het geheel niet inhoudelijk op in, ook niet op de uitgebreidere motivering van het vervangingsbesluit. Het CbB beoordeelt het ingestelde hoger beroep namelijk niet op (de bezwaren tegen) de door de rechtbank genoemde inhoudelijke gronden, maar op basis van de wetsgeschiedenis van art. 47 Mw.

Beoordeling door CbB

De minister had bij de rechtbank Rotterdam aangevoerd dat hij een grote beslissingsruimte heeft bij het identificeren van gewichtige redenen van algemeen belang en bij het afwegen daarvan tegenover de te verwachten belemmering van de mededinging. Hierbij hoort, aldus de minister, een terughoudende toetsing door de rechter. Juist ook omdat de minister in overeenstemming met 'het gevoel van de ministerraad' moet handelen bij het nemen van een besluit om een concentratie alsnog toe te staan.

In hoger beroep is uitvoerig ingegaan op de vraag in hoeverre de minister bij het nemen van een besluit op grond van art. 47 Mw gebonden is aan het tweedefasebesluit van de ACM op grond van art. 41 Mw. De meningen van partijen hierover lopen uiteen.

De minister en PostNL zijn op grond van de tekst van art. 47 Mw van mening dat de minister de door de ACM vastgestelde te verwachten belemmering van de mededinging weliswaar als een gegeven moet beschouwen, maar dat de minister niet alle feitelijke stellingen van de ACM als een

bindend gegeven hoeft aan te nemen. Ook vinden zij dat de minister niet gebonden is aan het oordeel van de ACM dat de vergunning de uitvoering van de dienst van algemeen economisch belang (DAEB) verhindert omdat dit niet onder de te verwachten 'belemmering van de mededinging' valt. Daarnaast zou de minister de beoordeling door de ACM van de risico's voor de continuïteit van de postmarkt niet hoeven te volgen.

De Vos en RM huldigen daarentegen een ander standpunt: zij zijn van mening dat de minister gebonden is aan de volledige beoordeling van de ACM op grond van art. 41 Mw. Dat vloeit volgens hen voort uit de wettelijke systematiek.

Bespreking van de wetsgeschiedenis

Vanwege deze tegengestelde opvattingen ziet het CbB reden om met een scherpe en principiële analyse van de systematiek van hoofdstuk 5 Mw over concentraties te komen.

Volgens het CbB moet de ACM een mededingingsrechtelijke beoordeling maken van een concentratie die bij haar is aangemeld. Dat doet zij op basis van de door haar vastgestelde feiten, gedane aannames, gemaakte analyses en getrokken conclusies. Dit geldt eveneens bij een DAEB, zoals in dit geval de UPD. Wanneer belanghebbenden beroep instellen tegen een besluit van de ACM inzake de weigering van een concentratie, zal de rechter het geschil moeten beoordelen aan de hand van de door de ACM vastgestelde feiten, gedane aannames, gemaakte analyses en getrokken conclusies. Dit geldt zowel voor art. 41 lid 2, als art. 41 lid 3 Mw.¹⁵

Daarnaast kan een onderneming bij een weigering van de gevraagde vergunning door de ACM een aanvraag indienen bij de minister om alsnog een vergunning te verlenen op grond van art. 47 lid 1 en 2 Mw. De minister dient dan te beoordelen of er gewichtige redenen van algemeen belang zijn die zwaarder wegen dan de te verwachten belemmering van de mededinging.

De minister is dus gebonden aan alle door de ACM vastgestelde feiten, gedane aannames, gemaakte analyses en getrokken conclusies

Het CbB oordeelt nu dat deze systematiek in de eerste plaats meebrengt dat die minister bij het nemen van een besluit op grond van art. 47 Mw niet alleen gebonden is aan de door de ACM vastgestelde (significante) belemmering(en) van de mededinging, maar aan de gehele mededingingsrechtelijke beoordeling van de ACM die daaraan ten grondslag ligt.¹⁶ De minister is dus gebonden aan alle door de ACM vastgestelde feiten, gedane aannames, gemaakte analyses

¹⁴ CbB, 2 juni 2022, r.o. 1.4.

¹⁵ Art. 41 lid 1 Mw. beschrijft, kort gezegd, wanneer de ACM een vergunning voor een concentratie weigert, terwijl art. 41 lid 3 Mw zegt dat deze weigering alleen plaats kan vinden indien dit de vervulling van de DAEB niet verhindert.

¹⁶ CbB, 2 juni 2022, r.o. 6.3.

en getrokken conclusies. Volgens het CBB moet de minister zich ook houden aan het oordeel van de ACM dat de weigering van een vergunning de vervulling van een DAEB niet verhindert.

Het CBB baseert zich voor zijn oordeel op de totstandkomingsgeschiedenis van de Mw. Er is ook niet heel veel anders voor het CBB om zich op te baseren, omdat er geen eerdere jurisprudentie is die licht kan werpen op de bevoegdheid van de minister om alsnog een vergunning te verlenen.¹⁷ Daarom grijpt het CBB voor wat betreft de mededingingsrechtelijke aspecten van het bestreden besluit terug op het nader rapport aan de koningin en op de memorie van toelichting (MvT)¹⁸ en voor wat betreft de DAEB alleen op de MvT.¹⁹

Het CBB concludeert op basis hiervan dat de wetgever heeft gekozen voor een stelsel van twee afzonderlijke en gescheiden bevoegdheidsdomeinen, namelijk dat van de ACM en dat van de minister, met voor elk van beide domeinen een afzonderlijk beoordelingskader en een afzonderlijk procedureel kader, met bijbehorende rechtsgang en voorrangregeling.²⁰ Wij duiden dit in het vervolg aan als de twee-wegenleer.

Primaat ACM bij mededingingsrechtelijke beoordeling

Volgens het CBB is de beoordeling op grond van art. 41 lid 2 en 3 Mw uitsluitend voorbehouden aan de ACM en dient de minister bij het nemen van een besluit op grond van art. 47 Mw deze beoordeling *integraal* tot uitgangspunt te nemen. Dat brengt met zich dat de minister geen gewichtige redenen van algemeen belang mag identificeren voor zover dat strijdig zou zijn met de beoordeling van de ACM en de daarbij door de ACM vastgestelde feiten, gedane aannames, gemaakte analyses en getrokken conclusies.²¹

Immers, de mededingingsrechtelijke beoordeling door de ACM kan door belanghebbenden bij de rechter worden aangevochten. Dan past het niet dat de minister zich hierover een eigen oordeel vormt bij een verzoek ex art. 47 Mw. Dit oordeel van de minister kan namelijk ook worden aangevochten bij de rechter. Daardoor zou het oordeel van de ACM twee keer door de rechter worden getoetst. Dat is niet in overeenstemming met de voorrangregeling van art. 47 lid 3 Mw.

Bij het nemen van een besluit op aanvraag tot het alsnog verlenen van een vergunning is de minister dan ook volledig gebonden aan het besluit van de ACM, dat wil zeggen aan de beoordeling en de daaraan ten grondslag gelegde *door de ACM vastgestelde feiten, gedane aannames, gemaakte analyses en getrokken conclusies*. Dat geldt niet alleen voor de door de ACM vastgestelde significante belemmering(en)

van de mededinging en het oordeel van de ACM over de DAEB, maar ook voor de identificatie van de daartegen af te wegen gewichtige redenen van algemeen belang. *De minister mag daarom geen redenen van algemeen belang identificeren voor zover dat in strijd is met het besluit van de ACM.*²²

Het CBB oordeelt dat de zinsnede uit art. 47 Mw 'gewichtige redenen van algemeen belang die zwaarder wegen dan de te verwachten belemmering van de mededinging' aangeeft dat deze gewichtige redenen van algemeen belang afgewogen moeten worden tegen de belemmering van de mededinging en ook alleen daartegen afgewogen mogen worden. De zinsnede beperkt dus niet, zoals de minister had betoogd, de gebondenheid van de minister aan het besluit van de ACM. Integendeel, met deze uitleg perkt het CBB de beoordelingsruimte van de minister drastisch in. De minister mag namelijk niet meer zijn eigen oordeel over de mededingingsrechtelijke aspecten in de plaats stellen van de beoordeling van de ACM. De gewichtige redenen van algemeen belang mogen geen betrekking meer hebben op de mededingingsrechtelijke beoordeling door de ACM. De beleidsruimte van de minister bij toepassing van zijn bevoegdheid op grond van art. 47 Mw is door deze uitspraak sterk beperkt.

Toepassing op de zaak PostNL/Sandd

Vervolgens past het CBB deze verduidelijking van de wetgeschiedenis toe op onderhavige zaak. Het CBB oordeelt dat de minister bij drie van de vier gewichtige redenen van algemeen belang aannames en stellingen over de postmarkt heeft gebruikt die haaks staan op de door de ACM vastgestelde feiten, gedane aannames, gemaakte analyses en getrokken conclusies.²³

Zo verwacht de minister dat de postmarkt door de voortdurende krimp van het postvolume zal verdwijnen, terwijl de ACM in het tweedefasebesluit heeft vastgesteld dat de krimp zal afvlakken en dat de vraag naar post substantieel zal blijven.²⁴ De minister meent daarnaast dat het vijfdaagse 24-uursnetwerk zonder concentratie niet op bedrijfseconomisch aanvaardbare wijze in stand kan blijven, maar de ACM oordeelt dat het weigeren van de vergunning de uitvoering van de UPD niet verhindert. Het totale geïntegreerde postbedrijf van PostNL blijft rendabel, aldus de ACM, zodat er ook geen financiële bijdrage van de staat nodig zal zijn om de continuïteit van de UPD te verzekeren. Tegenover de verwachting van de minister dat de concentratie zal leiden tot lagere prijzen voor losse post staat verder de analyse van de ACM dat de prijzen juist zullen stijgen.

Vanwege deze verschillen in beoordeling door de minister en de ACM kwalificeren drie van de vier gewichtige rede-

17 De enige andere keer dat een vergunningsaanvraag op grond van art. 47 Mw werd gedaan, eindigde namelijk in een afwijzing door de minister.

18 Resp. Kamerstukken II 1995/96, 24707, A, p. 17-19 en Kamerstukken II 1995/96, 24707, nr. 3, p. 40-41.

19 Kamerstukken II 1995/96, 24707, nr. 3, p. 39-40.

20 Art. 47 lid 3 Mw schrijft voor dat de behandeling van de beroepschriften inzake het oordeel van de ACM wordt opgeschort totdat op de aanvraag van de minister onherroepelijk is beslist.

21 CBB, 2 juni 2022, r.o. 6.5.

22 CBB, 2 juni 2022, r.o. 6.6.

23 CBB, 2 juni 2022, r.o. 7.2.

24 Interessant is dat de ACM momenteel al onderzoek doet naar het herstellen van de concurrentie op de postmarkt na het verdwijnen daarvan door de concentratie. Met name op het gebied van postvolumes merkt de ACM nog steeds een krimp op. *BNR Podcast De nieuwe wereld*, 'Wat als we de postmarkt opnieuw inrichten?', 5 juli 2022.

nen van algemeen belang (de bescherming van de afnemers van postdiensten, de continuïteit van de landelijke postdienstverlening en de financiële belangen van de staat) niet als gewichtige redenen van algemeen belang als bedoeld in art. 47 lid 1 Mw. De minister heeft deze belangen dus ten onrechte in aanmerking genomen.

Zoals wij hierboven al meldden, had de rechtbank Rotterdam geoordeeld dat de minister zijn stellingen en aannames voor het bestreden besluit onvoldoende had gemotiveerd. Het CBB komt niet eens toe aan de inhoudelijke motivering van de minister. Eerst moest namelijk de daaraan voorafgaande vraag worden beoordeeld of de minister wel de juiste gewichtige redenen van algemeen belang had geïdentificeerd. En het CBB oordeelt dat hij dit niet had gedaan, omdat de minister bij zijn mededingingsrechtelijke analyse andere stellingen en aannames had gebruikt dan de ACM. Het CBB stelt vervolgens vast dat de laatst overgebleven gewichtige reden van algemeen belang (de bescherming van werknemers) ook wegvalt. De minister heeft namelijk zelf ter zitting verklaard dat deze reden onvoldoende gewicht in de schaal legt tegenover de te verwachten belemmering van de mededinging.

Hiermee zijn dus alle gewichtige redenen van algemeen belang van tafel. Daarmee ontvalt de rechtsgrond aan het bestreden besluit van de minister en is dat besluit in strijd met art. 47 lid 1 Mw.²⁵

Het CBB voorziet zelf in de zaak en beslist als volgt: het CBB bevestigt de uitspraak van de rechtbank Rotterdam voor zover in beroep aangevochten, vernietigt het vervangingsbesluit, wijst de aanvraag van PostNL om een vergunning af en bepaalt dat deze uitspraak van het CBB in zoverre in de plaats treedt van het vernietigde vervangingsbesluit.

Eind goed, al goed?

Gevolgen voor art. 47 Mw

Met deze uitspraak van het CBB is ruim drie jaar na het indienen van het verzoek van PostNL om een concentratie met Sandd tot stand te brengen, een einde gekomen aan deze unieke juridische procedure op grond van art. 47 Mw. Zoals vermeld, was dit de eerste keer dat de minister op grond van art. 47 Mw een vergunning afgaf voor het tot stand brengen van een concentratie. De uitspraak van het CBB vormt het sluitstuk van dit juridische steekspel en heeft een duidelijk kader opgeleverd voor eventuele toekomstige toepassing van art. 47 Mw.

De belangrijkste gevolgtrekking van dit alles is dat de minister bij toekomstige toepassing van art. 47 Mw te allen tijde het besluit van de ACM ten aanzien van de mededingingsrechtelijke aspecten (en eventueel DAEB) integraal zal moeten accepteren.²⁶ Dit houdt in dat de minister geen gewichtige redenen van algemeen belang kan identificeren

voor zover dat in strijd is met het besluit van de ACM. De andere redenen van algemeen belang die de minister kan meewegen, dienen zwaarder te wegen dan de mededingingsrechtelijke beperking zoals de ACM die heeft vastgesteld.

Bij het nemen van een besluit op aanvraag tot het alsnog verlenen van een vergunning is de minister dan ook volledig gebonden aan het besluit van de ACM

Gelet op het belang van de mededingingsrechtelijke afwijking bij voorgenomen concentraties kunnen wij ons vinden in dit oordeel van het CBB. Zoals ook uit onze eerdere besprekingen van de wederwaardigheden in dit dossier blijkt, zijn wij van mening dat de marge voor de minister om af te wijken van het oordeel van de ACM (uiterst) beperkt moet zijn.²⁷

Daarnaast werkt het huidige juridische stelsel van art. 47 Mw, zoals uitgelegd door het CBB, in onze ogen praktische problemen in de hand. Momenteel is het mogelijk om niet alleen in beroep te gaan tegen het oordeel van de ACM, maar tegelijkertijd ook via art. 47 Mw een vergunning bij de minister aan te vragen. Hierdoor kan de situatie zich voordoen, zoals ook het geval is geweest bij PostNL en Sandd, dat de concentratie spoedig na het vergunningsbesluit van de minister daadwerkelijk tot stand wordt gebracht, maar dat het besluit van de minister vervolgens enige jaren later door de rechter wordt vernietigd. Wat zijn de gevolgen van een dergelijke vernietiging van het vergunningsbesluit voor de uitgevoerde concentratie? Moet deze dan volledig ongedaan worden gemaakt? En hoe is dat dan mogelijk?

Dat waren ook vragen die bij de rechtbank zijn opgekomen en waar deze geen antwoord op kon geven. In onze optiek zou in een dergelijke situatie geen andere mogelijkheid open staan dan het ongedaan maken van de concentratie omdat daar, met terugwerkende kracht, nu eenmaal geen vergunning voor is gegeven. Hoe dat praktisch zou moeten is een uiterst ingewikkelde kwestie. Niet alleen omdat de betrokken ondernemingen volledig ontvlochten moeten worden, wat een zeer omvattende operatie is, maar ook omdat de betreffende markt en concurrenten zich in de periode van concentratie (waarschijnlijk) anders hebben ontwikkeld dan zij zonder de concentratie hadden gedaan. In Engeland is het voorgekomen dat een tot stand gebrachte concentratie werd teruggedraaid. De Competition & Markets Authority (CMA) heeft in 2019 een gefuseerde onderneming opgelegd de verworven delen van de concentratie door te verkopen aan een door de CMA goedgekeurde koper.²⁸ Het doel van de CMA hierbij was om de marktpositie te herstellen tot

25 Ditzelfde geldt voor het vervangingsbesluit, want dat bevat, zij het uitgebreider gemotiveerd, dezelfde gewichtige redenen van algemeen belang.

26 De minister kan o.i. geen beroep instellen tegen dit besluit van de ACM omdat hij geen belanghebbende is in de zin van art. 1:2 Awb.

27 R. Mahler en F.E. Mahler, 'Overname van Sandd door PostNL: retour afzender', *Mededingingsrecht in de Praktijk* 2020/4, p. 48 en R. Mahler en F.E. Mahler, 'Concentratie PostNL/Sandd: the postman always rings twice', *Mededingingsrecht in de Praktijk* 2021/3, p. 7.

28 Zie Competition & Markets Authority, Unwinding order addressed to Tobii AB and Smartbox Assistive Technology Ltd., 28 februari 2019.

wat het zou zijn geweest als de concentratie niet tot stand zou zijn gekomen. Of deze koers ook gevaren kan worden bij PostNL en of de onvlechting in dit specifieke geval mogelijk is, is nog niet duidelijk.

Met een kritische blik op het nader rapport aan de koningin zou betoogd kunnen worden dat de tweewegenleer van het CBB de wetgever misschien niet zo nadrukkelijk voor ogen stond. In dat nader rapport staat namelijk dat het belanghebbenden vrij staat om de beslissing van de ACM op mededingingspolitieke gronden aan te vechten, 'dan wel' de weg van de minister te kiezen.²⁹ Het lijkt hierdoor alsof de wetgever voor ogen had dat belanghebbenden slechts één van de twee mogelijkheden zouden kiezen en niet allebei. Dit is nadrukkelijk niet de koers die het CBB vaart. Het CBB zet in zijn uitspraak de tweewegenleer uiteen en overweegt dat de wetgever hiermee een eenduidig en in de praktijk goed hanteerbaar stelsel tot stand heeft gebracht.³⁰ Gelet op de tekst van art. 47 lid 3 Mw vinden wij het oordeel van het CBB juist, maar, anders dan het CBB, vinden wij dit niet een 'in de praktijk goed hanteerbaar stelsel'. Immers, deze tweewegenleer leidt wel degelijk tot praktische problemen. Want terwijl de juridische strijd over het al dan niet toestaan van de concentratie na drie jaar nog lang niet is afgelopen, is in de tussentijd de concentratie van PostNL en Sandd een feit geworden en deze lijkt realistisch gezien ook niet meer ongedaan te kunnen worden gemaakt. Daarmee is het de vraag of de regeling van art. 47 lid 3 Mw leidt tot aanvaardbare uitkomsten.

De Duitse tweewegenleer ter vergelijking

In Duitsland lijkt sprake te zijn van een andere benadering.³¹ Hoewel daar dezelfde tweewegenleer bestaat, wordt er in de praktijk anders mee omgegaan dan in de zaak van PostNL/Sandd. Dit was bijvoorbeeld het geval bij een concentratie van de supermarktketens EDEKA en Tengelmann. Na een weigering van de concentratievergunning door het Bundeskartellamt op 31 maart 2015,³² verleende de Duitse minister op 9 maart 2016 alsnog een vergunning vanwege het behoud van 16.000 banen.³³ Hiertegen gingen concurrerende supermarktketens in beroep bij het Oberlandesgericht Düsseldorf. Het Oberlandesgericht oordeelde op 12 juli 2016 in een eerste beoordeling (in de vorm van een voorlopige voorziening) dat de vergunning van de minister onrechtmatig was verleend en schortte de werking hiervan

op tot onherroepelijk was beslist op de rechtsgeldigheid van het besluit.³⁴ Voor EDEKA en Tengelmann liep het echter goed af, aangezien het beroep werd ingetrokken door de concurrerende supermarktketens en het vergunningsbesluit in stand bleef.³⁵ Pas daarna werd de concentratie een feit.

Ook bij toekomstige concentraties in Nederland bestaat de mogelijkheid tot het indienen van een voorlopige voorziening als sprake is van onverwijlde spoed (zie art. 8:81 Awb). Wij betwijfelen echter of een voorlopige voorziening soelaas kan bieden. Direct na de vergunningverlening door de minister is het namelijk al mogelijk voor de partijen om de concentratie te implementeren.

Bij de concentratie van PostNL en Sandd verleende de minister op 27 september 2019 de vergunning en nog geen maand later, op 22 oktober 2019, was de concentratie al een feit. Klaarblijkelijk waren PostNL en Sandd voor het verkrijgen van de vergunning al gestart met de voorbereiding van de aandelenoverdracht, de overname van personeel en de integratie van de bedrijfsvoering. Gelet op dit tijdsplan is het zeer de vraag of een voorlopige voorziening in dit geval op tijd zou zijn geweest. Het lijkt ons dat het in soortgelijke gevallen niet anders zal verlopen. Wij zijn daarom van mening dat een door de minister verleend vergunningsbesluit, vanwege de hierboven geschetste moeilijkheden van een ontvlechting van een geïmplementeerde concentratie, pas tot een daadwerkelijke tenuitvoerlegging van de concentratie zou mogen leiden nadat de beroepstermijn van zes weken ongebruikt is verstreken of op het beroep tegen de vergunning definitief is beslist.³⁶

Gevolgen voor PostNL

Concreet gezien is de vergunning die door de minister is verleend nu definitief vernietigd. Is met deze uitspraak van het CBB dan eindelijk een eind gekomen aan deze kwestie? Nee, nog niet helemaal. PostNL heeft immers in 2019 bij de rechtbank Rotterdam beroep ingesteld tegen het besluit van de ACM van 5 september 2019 om geen toestemming te verlenen voor de concentratie. Dit beroep was op grond van art. 47 lid 3 Mw opgeschort totdat onherroepelijk was beslist op de aanvraag aan de minister om alsnog een vergunning te verlenen voor de concentratie en kan dus nu worden hervat wanneer, zoals ook het CBB aangeeft, PostNL het beroep handhaaft. Voor dit beroep geldt de normale procesgang, zodat na de uitspraak van de rechtbank Rotterdam, eventueel hoger beroep kan worden ingesteld bij het CBB. Dit houdt in dat het nog geruime tijd kan duren voordat de rechter een eindoordeel heeft geveld over het besluit van de ACM om geen vergunning voor de concentratie te verlenen. Het staat hiermee tot dat moment

29 *Kamerstukken II/1995/96, 24707, A, p. 17-18*: 'Het is aan betrokkenen om te beslissen of zij een heroverweging van de beslissing van de directeur wensen op zuiver mededingingspolitieke gronden - dan is de bezwaarschriftprocedure de aangewezen weg - dan wel, in het geval van een afwijzende beschikking, of zij menen dat gronden van algemeen belang doorslaggevend zijn om de concentratie toe te staan: in dat geval is de weg naar de minister aangewezen.'

30 CBB, 2 juni 2022, r.o. 6.6.

31 Zie voor een vergelijking met het buitenlandse rechtssysteem wat betreft afgegeven concentratievergunningen door de minister R. Mahler en F.E. Mahler, 'Overname van Sandd door PostNL: retour afzender', *Mededingingsrecht in de Praktijk* 2020/4.

32 Bundeskartellamt, B2 - 96/14, 31 maart 2015.

33 Der Bundesminister für Wirtschaft und Energie, Gesch.-z., B2 - 22 08 50.01, 9 maart 2016.

34 Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss VI-Kart 3/16 (V).

35 EDEKA had met één concurrent, REWE, afgesproken dat zij 65 supermarkten over zou dragen aan REWE, zie <https://www.vbb.com/insights/competition/merger-control/edekakaisers-tengelmann-german-merger-review-saga-comes-to-an-end>.

36 In ons eerste artikel bepleitten we een opschorting tot in ieder geval in eerste instantie door de rechtbank Rotterdam is beslist; zie R. Mahler en F.E. Mahler, 'Overname van Sandd door PostNL: retour afzender', *Mededingingsrecht in de Praktijk* 2020/4, p. 50.

niet vast of dit tweedefasebesluit van de ACM rechtmatig was.

Het is (in ieder geval in theorie) mogelijk dat de rechter uiteindelijk zal oordelen dat het tweedefasebesluit van de ACM niet in stand kan blijven. Dit scenario is echter niet heel waarschijnlijk. Het lijkt namelijk logisch dat na een toekomstige uitspraak van de rechtbank Rotterdam, hoe die ook zal luiden, één van de partijen de zaak in hoger beroep aanhangig zal maken bij het CBb. Het CBb zal dan bij de beoordeling van dit hoger beroep de uitspraak van 2 juni 2022 meewegen. Het zou in onze ogen, zacht gezegd, verrassend zijn als het CBb in een eventueel hoger beroep zou oordelen dat het besluit van de ACM tot weigering van de gevraagde vergunning niet in stand kan blijven. De grondslag van de hier besproken uitspraak van het CBb is namelijk dat de minister volledig is gebonden aan de mededingingsrechtelijke beoordeling van de ACM. Het zou dan een grote schok zijn als het CBb deze mededingingsrechtelijke beoordeling door de ACM uiteindelijk als onvoldoende zou kwalificeren.³⁷ Dan zou de procedure over de toepassing van art. 47 Mw, die nu net ten einde is gekomen, op drijfzand zijn gebaseerd. Dat lijkt ons, zoals gezegd, een onwaarschijnlijk scenario. Overigens gaf ook Martijn Snoep, bestuursvoorzitter van de ACM, in een radio-interview aan ervan overtuigd te zijn dat de rechtbank Rotterdam het oordeel van de ACM zal volgen.³⁸

Wat zijn de gevolgen van de vernietiging van het vergunningsbesluit voor de uitgevoerde concentratie?

Met het vernietigen van de vergunning door het CBb zijn ook de voorwaarden in het bestreden besluit vervallen. De minister had PostNL drie voorschriften voor acht jaar opgelegd: de toegangsverplichting voor kleinere postvervoerders tot zijn netwerk, een maximaal rendement van 9% op de zakelijke post en de UPD-post en het beschermen van de werknemers.³⁹ Nu deze voorschriften zijn vervallen, zouden met name de toegang voor regionale postvervoerders tot het netwerk van PostNL en de bescherming van zakelijke afnemers in het geding kunnen komen. PostNL heeft echter laten weten deze voorschriften voorlopig na te leven.⁴⁰ Wat betreft de vernietiging van de vergunning trekt PostNL zich vooralsnog niet zoveel aan van de uitspraak van het

CBb. PostNL heeft naar aanleiding van de uitspraak op haar website gesteld dat die geen gevolgen voor haar heeft. De samenvoeging van de netwerken van PostNL en Sandd is volgens haar namelijk onomkeerbaar en '[h]et netwerk, de locaties en bedrijfsmiddelen van Sandd bestaan niet meer'.⁴¹ De praktische moeilijkheid van het terugdraaien van de concentratie hadden wij al eerder aan de orde gesteld.⁴² Advocatenkantoor Taylor Wessing, die RM en De Vos in deze zaak bijstond, heeft echter een andere mening dan PostNL, zoals te lezen is op zijn website: 'PostNL heeft voor eigen rekening en risico de overname doorgevoerd terwijl de verleende vergunning nog niet onherroepelijk was. De vernietiging van de vergunningen door het CBb maakt dat de ACM de overname moet terugdraaien en de betrokken partijen moet sanctioneren.'⁴³ Het lijkt ons in ieder geval voor de hand liggend dat PostNL de concentratie niet ongedaan maakt door ontvlechting voordat onherroepelijk op het beroep over het tweedefasebesluit van de ACM is beslist. Wat daarna gebeurt, bevalt nog te bezien.

Conclusie

Drie jaar na het verlenen van de vergunning door de minister aan PostNL heeft het CBb een eindoordeel geveld. Het CBb heeft met zijn uitspraak de beslissingsruimte van de minister over art. 47 Mw aanvragen sterk ingeperkt. De minister mag namelijk geen gewichtige redenen van algemeen belang identificeren die in strijd zijn met de mededingingsrechtelijke conclusies van de ACM. Daarmee zijn de gewichtige redenen van algemeen belang uit het bestreden besluit van de minister onhoudbaar: de minister gebruikte aannames en stellingen over de postmarkt die dwars tegen de conclusies van de ACM ingingen. De vernietiging van het besluit betekent echter nog niet het einde van de concentratie van PostNL en Sandd. Na het bewandelen van 'de weg van de minister' staat het beroep van PostNL tegen het tweedefasebesluit weer open. Hoe valt het oordeel ditmaal uit? Wij houden u op de hoogte.

Dit artikel is afgesloten op 29 augustus 2022.

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.

37 Overigens heeft het CBb nog wel opgemerkt dat in deze uitspraak in geen enkel opzicht een oordeel besloten ligt over de rechtmatigheid van het tweedefasebesluit van de ACM. Zie r.o. 10.

38 'Wij hebben een besluit genomen, dat hebben we goed en zorgvuldig overwogen en daar ligt diepgravend economisch onderzoek aan ten grondslag. We hebben er alle vertrouwen in dat de rechter dat oordeel zal volgen.', Martijn Snoep, *BNR Podcast De nieuwe wereld*, 'Wat als we de postmarkt opnieuw inrichten?', 5 juli 2022.

39 R. Mahler en F.E. Mahler, 'Overname van Sandd door PostNL: retour afzender', *Mededingingsrecht in de Praktijk* 2020/4, p. 46.

40 <https://www.postnl.nl/over-postnl/pers-nieuws/persberichten/2022/reactie-postnl-op-uitspraak-college-van-beroep-voor-het-bedrijfsleven-over-overname-sandd-door-postnl.html>

41 <https://www.postnl.nl/over-postnl/pers-nieuws/persberichten/2022/reactie-postnl-op-uitspraak-college-van-beroep-voor-het-bedrijfsleven-over-overname-sandd-door-postnl.html>

42 R. Mahler en F.E. Mahler, 'Concentratie PostNL/Sandd: the postman always rings twice', *Mededingingsrecht in de Praktijk* 2021/3, p. 8.

43 <https://www.taylorwessing.com/en/insights-and-events/news/media-centre/press-releases/2022/06/postnl-should-not-have-been-allowed-to-acquire-sandd>