

# 18. Concentratie PostNL en Sandd staat op omvallen

MR. DRS. R. MAHLER EN F.E. MAHLER, LL.M., MA<sup>1</sup>

Wat zijn de juridische en praktische consequenties van het vonnis van de rechtbank om het besluit van de Autoriteit Consument en Markt (ACM) om de vergunning voor de concentratie tussen PostNL en Sandd te weigeren, in stand te laten, terwijl de concentratie inmiddels tot uitvoering is gebracht op basis van de door de minister van Economische Zaken en Klimaat (EZK) verleende – en inmiddels vernietigde – vergunning? Dit artikel gaat over het volgende hoofdstuk in de langlopende PostNL/Sandd saga. Op 29 september 2023 deed de rechtbank Rotterdam uitspraak over de weigering van de ACM om een vergunning te verlenen voor de concentratie tussen PostNL en Sandd. De rechtbank Rotterdam volgt de ACM en oordeelt dat de vergunning terecht is geweigerd. Hiermee lijkt de reeds tot stand gekomen concentratie tussen de twee postbedrijven op losse schroeven te staan.

## Introductie

Het verhaal over de concentratie tussen PostNL en Sandd gaat verder. Voordat we aan het huidige hoofdstuk beginnen, bladeren we eerst terug naar het begin om het geheugen op te frissen. PostNL en Sandd hebben op 25 februari 2019 een melding ingediend bij de Autoriteit Consument en Markt (ACM) ten aanzien van de overname van Sandd door PostNL. Na een uitvoerig onderzoek heeft de ACM op 5 september 2019 de vergunning geweigerd (hierna: het bestreden besluit) omdat de concentratie zou leiden tot een significante belemmering van de daadwerkelijke mededinging. PostNL heeft beroep ingesteld tegen dit besluit bij de rechtbank Rotterdam én tegelijkertijd een aanvraag ingediend bij de minister<sup>2</sup> van Economische Zaken en Klimaat (EZK) om op grond van art. 47 Mededingingswet (Mw) een concentratievergunning te verlenen om redenen van algemeen belang. De minister heeft op grond van deze gewichtige redenen van algemeen belang op 27 september 2019 de gevraagde vergunning aan PostNL en Sandd verleend.<sup>3</sup> Enkele weken later was de daadwerkelijke concentratie tussen de twee postbedrijven een feit.

De vergunningverlening door de minister bleek niet het einde van deze concentratiezaak.

## Om meteen met de deur in huis te vallen: de rechtbank heeft het beroep van PostNL op alle aangevoerde gronden ongegrond verklaard

De rechtbank Rotterdam vernietigde op 11 juni 2020 namelijk de door de minister verleende vergunning,<sup>4</sup> waarna de minister in een hernieuwd besluit wederom een vergunning verleende voor de concentratie.<sup>5</sup> Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) oordeelde in zijn uitspraak van 2 juni 2022 tot vernietiging van de vergunningverlening door de minister.<sup>6</sup> Daarmee zijn we aangekomen bij het meest recente hoofdstuk: de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 29 september 2023 over het besluit

1 Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.

2 Op grond van art. 47 lid 1 Mw kan de minister om gewichtige redenen van algemeen belang een vergunning verlenen wanneer de ACM een vergunning heeft geweigerd. In dit artikel spreken wij daarom over de minister. In de praktijk is deze vergunning voor PostNL en Sandd verleend door de staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat.

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

4 Rb. Rotterdam 11 juni 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:5122. Zie ook R. Mahler & F.E. Mahler, 'Overname van Sandd door PostNL: retour afzender', *Mededingingsrecht in de Praktijk (MP)* 2020/381 (afl. 4).

5 *Kamerstukken II 2020/21*, 29505, nr. 181, 16 april 2021. Zie hierover R. Mahler & F.E. Mahler, 'Concentratie PostNL/Sandd: the postman always rings twice', *Mededingingsrecht in de praktijk (MP)*, 2021/8 (afl. 3), p. 4.

6 CBB 2 juni 2022, ECLI:NL:CBB:2022:289. Zie voor meer informatie over de uitspraak van het CBB en de gevolgen hiervan: R. Mahler & F.E. Mahler, 'Concentratie PostNL/Sandd: CBB vernietigt vergunningsbesluit minister', *Mededingingsrecht in de Praktijk (MP)* 2022/13 (afl. 4). Eén van de gevolgen van de uitspraak van het CBB is dat de minister bij toekomstige toepassingen van art. 47 Mw te allen tijde het besluit van de ACM ten aanzien van de mededingingsrechtelijke aspecten integraal zal moeten accepteren.

van de ACM van 5 september 2019 om geen vergunning te verlenen voor de concentratie tussen PostNL en Sandd.<sup>7</sup>

## Uitspraak rechtbank Rotterdam

### Inleiding

De behandeling van het beroep van PostNL tegen de weigering van de ACM om een vergunning te verlenen is een lange tijd opgeschort. Art. 47 lid 3 Mw schrijft namelijk voor dat de behandeling van beroepschriften wordt opgeschort totdat onherroepelijk is beslist op de aanvraag voor een vergunningverlening door de minister. Dat moment werd bereikt door de uitspraak van het CBb in juni 2022. Snel na deze uitspraak is de behandeling van het beroep door de rechtbank gestart; in juli 2022 was er al een regiezitting. En nu ligt er, een jaar later, de uitspraak van de rechtbank.

Om meteen met de deur in huis te vallen: de rechtbank heeft het beroep van PostNL op alle aangevoerde gronden ongegrond verklaard. Dat betekent dat de concentratie van PostNL en Sandd – op dit moment – niet is toegestaan.

Inmiddels is duidelijk geworden dat PostNL tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam in hoger beroep is gegaan bij het CBb, zodat het definitieve rechterlijke oordeel over de concentratie nog enige tijd zal vergen. In ieder geval tot na deze uitspraak zal PostNL haar werkzaamheden ongewijzigd voortzetten, gezien de opschortende werking van het hoger beroep.

### Toetsingskader

De rechtbank bakent in de uitspraak allereerst het geschil af: zij beoordeelt alleen de feiten en omstandigheden zoals die op het moment van het bestreden besluit voorlagen. De latere vergunningverlening door de minister (inclusief rechtsgang daarover) en de tot stand gebrachte concentratie laat de rechtbank buiten beschouwing.

Allereerst geeft de rechtbank duiding over de – beperkte – beoordelingsvrijheid van de ACM. Art. 41 lid 2 Mw schrijft voor dat een vergunning moet worden geweigerd als een concentratie leidt tot een significante beperking van de daadwerkelijke mededinging op (een deel van) de Nederlandse markt, met name als die beperking het resultaat is van het in het leven roepen of versterken van een economische machtspositie. Omgekeerd geldt dat een vergunning moet worden verleend, eventueel onder beperkingen en/of met voorschriften, als van een dergelijke beperking geen sprake is. Heel veel beleidsvrijheid heeft de ACM hier volgens de rechtbank niet, anders dan haar ‘zekere beoordelingsvrijheid’ bij de waardering van economische feiten en omstandigheden. De rechtbank toetst vervolgens of de ACM aannemelijk heeft gemaakt of al dan niet aan de voorwaarden voor vergunningverlening is voldaan. Het valt ons bij lezing van de uitspraak ook op dat de rechtbank

de bewijzen van de ACM niet integraal toetst, maar vaak slechts concludeert dat zij de juiste beslissing heeft gemaakt.

### Beoordeling van het weigeringsbesluit van de ACM

De ACM heeft de vergunning geweigerd omdat door de voorgenomen concentratie op de markt van postbezorging (zakelijke partijen post en losse post) praktisch een monopolist zou ontstaan. Hierdoor zouden volgens de ACM de prijzen voor de zakelijke post (dat 90% van het totale postvolume uitmaakt) met mogelijk 30 tot 40% stijgen. En ook de consument zou waarschijnlijk na de concentratie duurder uit zijn.

PostNL brengt tegen het besluit vele verweren in: gebrekkige marktafbakening; strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel; Sandd zou geen concurrentiedruk blijven uitoefenen; de gevolgen van de concentratie kunnen de vergunningsweigerings niet dragen; onjuiste beoordeling van het efficiëntieverweer; en de universele postdienst (UPD) zou wel degelijk onder druk komen te staan zonder de concentratie.

Hieronder zullen we een aantal van de overwegingen van de rechtbank bespreken. Daarbij gaan we niet in op alle argumenten van partijen, maar beperken we ons tot de hoofdlijnen en de conclusies van de rechtbank.

#### a. Marktafbakening

Naar het oordeel van de rechtbank heeft de ACM de betrokken markten (zakelijke partijenpost en losse post) correct afgebakend. De door de ACM gehanteerde kwantitatieve en kwalitatieve onderzoeken voldoen aan de daaraan te stellen eisen.

Eén van de voornaamste bezwaren van PostNL tegen de marktafbakening was dat de ACM bij haar berekeningen ervan is uitgegaan dat van de jaarlijkse totale volumedaling van 10% ten minste 6% autonoom is als gevolg van de voortgaande digitalisering. Dat betekent dat de ACM bij de berekening van de prijselasticiteit deze autonome volumedaling heeft meegenomen. Hierdoor heeft de ACM, in de ogen van PostNL, de omvang van de betrokken markten stelselmatig kleiner gemaakt dan de werkelijkheid rechtvaardigt.

De rechtbank volgt PostNL hierin niet. Zij geeft aan dat de ACM de relevante markten zowel kwantitatief als kwalitatief uitgebreid heeft onderzocht. Zo memoreert de rechtbank dat de ACM tientallen SSNIP-testen (Small but Significant and Non-transitory Increase in Price) heeft uitgevoerd om de marktafbakening te ondersteunen en dat zij de prijselasticiteit op basis van drie methodes heeft onderzocht.<sup>8</sup>

Specifiek ten aanzien van de autonome volumedaling merkt de rechtbank op dat de ACM digitalisering als disciplineringsfactor niet voetstoots buiten beschouwing heeft gelaten, maar wel degelijk heeft bekeken of de prijsverandering van fysieke post van belang is voor de overstap van afnemers op

7 Rb. Rotterdam 29 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:9009.

8 Rb. Rotterdam 29 september 2023, nr. ROT 19/5344, ECLI:NL:RBROT:2023:9009, r.o. 84.

digitale communicatie. De ACM heeft de autonome volumedaling van 6% gebaseerd op gerealiseerde marktgegevens, interne gegevens van PostNL en een studie van wetenschappelijke rapporten, literatuur en kwalitatief onderzoek. Uit de interne gegevens van PostNL blijkt dat zij ook uitgang van het percentage van 6% autonome substitutie en dat zij zelf een onderscheid maakt tussen een ‘autonome marktdaling’ en een volumedaling als gevolg van ‘overige effecten’.<sup>9</sup> De rechtbank verwerpt het betoog van PostNL dat interne stukken slechts van secundair belang zijn. Integendeel, zij oordeelt dat aan de interne stukken een groot gewicht kan worden toegekend, omdat PostNL bij uitstek over een goede informatiepositie beschikt en toegang had tot alle relevante data.

#### *b. Kwalitatief onderzoek*

De rechtbank heeft zich verder gebogen over het kwalitatieve onderzoek dat de ACM heeft verricht met het oog op de afbakening van de relevante productmarkt. De ACM heeft namelijk een enquête afgenomen bij de zakelijke afnemers van PostNL en Sandd. Het doel daarvan was om te bekijken wat de afnemers zouden doen bij de te verwachten gevolgen van de voorgenomen concentratie. PostNL stelt over deze enquête dat de ACM ten onrechte niet heeft onderzocht in hoeverre afnemers overstappen naar digitale communicatie in reactie op een significante prijsstijging. Daarbij had de ACM volgens haar de marginale (prijsgevoelige) afnemer centraal moeten stellen.

De rechtbank volgt deze redenering van PostNL niet. Zij geeft aan dat de stelling van PostNL weliswaar relevant is voor een SSNIP-test, maar niet voor een kwalitatief onderzoek.<sup>10</sup> Om te concluderen dat fysieke post en digitale communicatie tot dezelfde productmarkt behoren is het namelijk niet voldoende dat een kostenbesparing ten opzichte van fysieke post één element is in de keuze voor digitale communicatie. Volgens de rechtbank moet namelijk (via een SSNIP-test) vastgesteld worden in welke mate de overstap van post naar digitale communicatie *causaal* gedreven wordt door prijsstijgingen van post. De rechtbank overweegt in dit kader dat deze overstap normaal gesproken op een bredere afweging is gestoeld. Dat hierin ook budgettaire redenen een rol spelen, maakt nog niet dat sprake is van dezelfde markt: fysieke post is nu eenmaal vele malen duurder dan digitale post, waardoor het precieze prijsniveau van fysieke post weinig uitmaakt.

Uit het kwalitatieve onderzoek blijkt volgens de rechtbank dat voor veel afnemers de verschillen tussen digitale en fysieke post zo groot zijn dat ze vaak geen alternatief zijn voor elkaar. De verschillen waarop zakelijke afnemers wijzen, zorgen ervoor dat van concurrentiedruk van de digitale markt op de fysieke postmarkt volgens hen geen of slechts beperkt sprake is. Volgens ons is hier wel een vraagteken bij te zetten.

Gelet op de, ook door de rechtbank onderkende, mogelijkheid van een overstap van fysieke post naar digitale communicatie vanwege de hogere kosten door de te verwachten prijsstijgingen na de concentratie, is het de vraag of de rechtbank hier niet te marginaal heeft getoetst. Het is voor te stellen dat er in ieder geval concurrentiedruk uitgaat van digitale communicatie op fysieke post. Snelheid van communicatie, lagere kosten en andere overwegingen kunnen immers allemaal een rol spelen bij de keuze voor het gebruik van digitale post. Het valt bovendien op dat de rechtbank het beroep van PostNL op de uitspraak van het CBB van 3 september 2018 niet volgt. Het CBB had in deze uitspraak over een marktanalysebesluit geoordeeld dat de ACM een markt op basis van kwalitatieve productkarakteristieken kan afbakenen. Echter, indien deze wijze van marktafbakening niet leidt tot eenduidige uitkomsten, kan er behoefte bestaan om een SSNIP-test uit te voeren, die volgens het CBB in zo’n geval doorslaggevend moet zijn.<sup>11</sup> Bij het marktanalysebesluit uit bovengenoemde uitspraak had de ACM geen SSNIP-test uitgevoerd, wat ze wel heeft gedaan bij het bestreden besluit. Het is derhalve mogelijk dat de rechtbank het beroep van PostNL op deze uitspraak afwijst, omdat de ACM bij het kwantitatieve onderzoek wel gebruik heeft gemaakt van SSNIP-testen.

#### *c. Counterfactual*

Vervolgens beoordeelt de rechtbank of de ACM van de door haar geschetste counterfactual kon uitgaan. De ACM stelt daarin dat, hoewel de postmarkt de komende jaren verder zal krimpen, de vraag naar post desondanks substantieel blijft. Voor PostNL blijft daarmee winstgevend exploitatie van de postactiviteiten mogelijk. Sandd zou in dit alternatieve scenario actief blijven als postbedrijf met een landelijk dekkend bezorgnetwerk, waardoor zij concurrentiedruk zou blijven uitoefenen op PostNL.

PostNL spreekt tegen dat Sandd onverminderd concurrentiedruk zou blijven uitoefenen als er geen concentratie zou plaatsvinden. De enige onderbouwing die PostNL hiervoor geeft is – kort gezegd – dat de ACM is uitgegaan van een te optimistisch beeld van de positie van Sandd.

De rechtbank constateert ten eerste dat PostNL geen ‘failing firm’-verweer heeft gevoerd en dus niet heeft gesteld dat Sandd spoedig haar activiteiten zou moeten beëindigen vanwege financiële problemen. Een opmerkelijk gegeven, aangezien PostNL in dit kader had opgemerkt dat Sandd het minder goed deed dan de ACM inschatte: waarom hebben zij dan geen failing firm-verweer gevoerd? Dan blijft de vraag over of de ACM de precaire financiële situatie van Sandd op het moment van de concentratie voldoende in aanmerking heeft genomen. Volgens de rechtbank is dat het geval. Immers, Sandd heeft zelf aangegeven dat zij, in de situatie zonder concentratie, naar verwachting haar postbezorging zou voortzetten. In dat scenario zou Sandd wel haar strategie aanpassen, maar volgens haar eigen plannen in de komende

<sup>9</sup> O.a. een Excelbestand, het Strategisch Plan 2016 en diverse slides over het Strategisch Plan 2018.

<sup>10</sup> De rechtbank verwijst daarbij naar de door PostNL aangehaalde uitspraak van het CBB van 3 september 2018, ECLI:NL:CBB:2018:440 (*PostNL e.a. tegen ACM*).

<sup>11</sup> CBB 3 september 2018, ECLI:NL:CBB:2018:440 (*PostNL e.a. tegen ACM*), r.o. 7.5.

drie tot vijf jaar actief blijven. De ACM heeft Sandd hierover herhaaldelijk en indringend bevraagd en mocht daaruit concluderen dat voortzetting van de bedrijfsvoering door Sandd het meest aannemelijke scenario was.

### De aanname van de ACM dat PostNL door de concentratie met Sandd een monopoliepositie zou verwerven en haar prijzen zou kunnen verhogen, lijkt aldus te kloppen.

De ACM heeft overigens tot nu toe gelijk gekregen in haar bevinding dat PostNL haar postactiviteiten ondanks de jaarlijkse krimp van de postmarkt<sup>12</sup> toch winstgevend kan blijven uitvoeren. In de praktijk blijkt dat PostNL na de concentratie een grote winststijging heeft geboekt. Zij heeft in 2020 een winst van € 216 miljoen, in 2021 € 258 miljoen en in 2022 een winst van € 14 miljoen behaald.<sup>13</sup> Ter vergelijking: in 2018 en 2019 (vóór de concentratie) behaalde PostNL een winst van, respectievelijk, € 33 en € 4 miljoen. De aanname van de ACM dat PostNL door de concentratie met Sandd een monopoliepositie zou verwerven en haar prijzen zou kunnen verhogen, lijkt aldus te kloppen. Ook heeft de ACM goed ingeschat dat het volume van de brievenbuspakketten substantieel zou groeien. Waar het aantal brievenbuspakketten in 2018 nog 23 miljoen bedroeg en de totale omzet € 50 miljoen, waren deze aantallen in 2022 opgelopen naar 59 miljoen brievenbuspakketten en € 139 miljoen. Inmiddels heeft PostNL in dit marktsegment een aandeel van 80 tot 85%. Het lijkt op het eerste gezicht aannemelijk dat PostNL heeft geprofiteerd van de concentratie met Sandd.

#### d. Horizontale gevolgen

De ACM stelt dat het aandeel van PostNL op de markt voor zakelijke partijenpost door de concentratie toeneemt van 70-80% naar 90-100% en op de mogelijke deelmarkt voor tijdskritische zakelijke partijenpost van 70-80% naar 80-90%. PostNL en Sandd zijn de enige twee partijen met een landelijk dekkend netwerk en zijn elkaars meest nabije concurrenten. Ook al zou de concurrentiedruk van Sandd in de counterfactual verminderen (omdat zij haar strategie zou aanpassen), Sandd zou ook dan als enige concurrent van significante omvang aanwezig blijven. De andere overblijvende concurrenten zijn namelijk regionale postbedrijven die zelfs gezamenlijk slechts een beperkt marktaandeel en geen landelijk dekkend netwerk hebben. Het is op basis van de – volgens PostNL gebrekkige – fusiesimulatie aannemelijk dat de voorgenomen concentratie leidt tot aanzienlijke prijsverhogingen van 30% tot 40% voor zakelijke

partijenpost. Dat duidt op een significante beperking van de daadwerkelijke mededinging.

De rechtbank oordeelt in onze ogen overtuigend dat er inderdaad sprake zal zijn van een significante beperking van de mededinging. Daarvoor verwijst zij onder meer naar de niet-verwaarloosbare concurrentiedruk van Sandd als deze als zelfstandige onderneming zou blijven opereren. Daarnaast overweegt de rechtbank nog dat de ACM niet alleen gesprekken heeft gevoerd met concurrenten, maar ook een enquête heeft uitgezet onder alle zakelijke klanten van PostNL en Sandd. Meer dan 4.000 klanten hebben de vragenlijst volledig ingevuld. PostNL betoogt dat de ACM de resultaten van de enquête selectief heeft geïnterpreteerd, maar de rechtbank wijst dit af. PostNL haalt aan dat een meerderheid van de respondenten ook zonder concentratie prijsstijgingen verwacht, maar de rechtbank oordeelt dat een nog groter percentage respondenten prijsstijgingen verwacht *als gevolg van* de concentratie.<sup>14</sup> Bovendien verwachten aanzienlijk meer respondenten in die situatie een sterke tot zeer sterke prijsstijging.<sup>15</sup>

Ook op de markt van losse post zal het marktaandeel van PostNL volgens de ACM door de concentratie toenemen en wel met 3% tot 5%, naar 86-91%. Ook op deze markt zal de concurrentiedruk van Sandd wegvallen na de concentratie. Dit heeft volgens de ACM tot gevolg dat de prijs voor losse post van PostNL meer zou stijgen dan zonder de voorgenomen concentratie.

Hieraan doet niet af dat de tarieven voor losse post door de jaarlijks door de ACM vast te stellen tariefruimte begrensd worden. Die tariefruimte geldt namelijk voor het geheel van de diensten binnen de UPD, maar stelt geen beperkingen voor individuele producten. Ook binnen de geldende regels voor de UPD heeft PostNL daarmee grote vrijheid en flexibiliteit om de tarieven voor de diverse UPD-diensten vast te stellen. Na de concentratie zal PostNL volgens de ACM in staat zijn om *de facto* een monopolieprijs te vragen binnen de daarvoor beschikbare tariefruimte. De rechtbank ziet in hetgeen PostNL aanvoert geen reden om het standpunt van de ACM niet te volgen.

#### e. Verticale gevolgen

Kleinere postvervoerbedrijven maakten (voordat de concentratie tot stand was gebracht) gebruik van de landelijke bezorgingsnetwerken van PostNL om hun post te laten bezorgen buiten de regio waar zij opereren. Toegang tot dit postbezorgingsnetwerk is voor deze postvervoerbedrijven essentieel om hun postdiensten aan te kunnen bieden en met PostNL en Sandd te kunnen concurreren op de markt voor zakelijke partijenpost. Door de concentratie zou PostNL volgens de ACM een grotere mogelijkheid en prikkel krijgen om concurrerende postvervoerbedrijven toegang tot haar bezorgnetwerk te weigeren of slechts toegang te bieden tegen hogere

12 Zie ACM, Post- en Pakketmonitor 2023, te raadplegen op: Post- en pakketmonitor | Tableau Public

13 Performance 2022 | PostNL Annual Report 2022. De vermindering van de winst van € 258 miljoen in 2021 naar € 14 miljoen in 2022 wordt door PostNL toegeschreven aan de hoge inflatie en het daardoor veroorzaakte consuminderen van Nederlanders.

14 51% tegenover 62%.

15 34% tegenover 17%.

prijzen en andere verslechterde voorwaarden. Hierdoor ontstaat een risico op uitsluiting en marginalisering van de regionale postvervoerbedrijven, wat weer leidt tot een significante verslechtering van de daadwerkelijke mededinging op de markt van zakelijke partijenpost.

Het is niet verwonderlijk dat PostNL zich niet kan vinden in deze beschrijving. Volgens haar is de geschetste afschermingsstrategie niet draagkrachtig gemotiveerd en is onvoldoende aannemelijk dat zij een mogelijkheid en prikkel heeft om toegang te weigeren of te bemoeilijken. PostNL stelt daarentegen dat zij een prikkel heeft om zo groot mogelijke volumes te bezorgen om op die manier haar vaste kosten zo goed mogelijk te dekken. De rechtbank acht dit niet overtuigend. Zonder de concentratie zou een toegangswijziging of toegang tegen slechtere voorwaarden er immers toe leiden dat de postvervoerbedrijven zouden overstappen naar Sandd. Na de concentratie is dat niet meer mogelijk. De rechtbank concludeert dan ook dat PostNL wel degelijk zou profiteren van een marktafschermingsstrategie.

Hoewel de redenering van de rechtbank op zich sluitend is, is deze moeilijk te beoordelen omdat de cijfermatige onderbouwing in de uitspraak ontbreekt. Noch de stelling van PostNL over de prikkel om concurrenten op haar netwerk toe te laten, noch het oordeel van de rechtbank dat de postbedrijven vanwege de slechtere voorwaarden zouden overstappen naar Sandd, is in deze uitspraak met (bedrijfs)economische gegevens onderbouwd.

*f. Het efficiëntieverweer*

PostNL werpt ook nog het efficiëntieverweer op. Dit houdt in dat de uit de concentratie *‘voortvloeiende efficiëntieverbeteringen een tegenwicht bieden tegen de effecten op de mededinging – en in het bijzonder tegen de mogelijke schade voor de consument – die de fusie anders zou kunnen veroorzaken’*.<sup>16</sup> Volgens het postbedrijf leidt de concentratie tot grote efficiëntievoordelen in vergelijking met de counterfactual. Het gebruikelijke beoordelingskader voor een efficiëntieverweer bestaat uit drie cumulatieve voorwaarden, namelijk dat de efficiëntievoordelen (a) verifieerbaar zijn; (b) een direct resultaat zijn van de concentratie; en (c) ten goede komen aan de afnemers van de fusiepartijen.<sup>17</sup> De rechtbank toetst ook deze beroepsgrond erg terughoudend en oordeelt dat de ACM het efficiëntieverweer grondig heeft onderzocht en heeft kunnen verwerpen. De ACM heeft hieraan ten grondslag mogen leggen dat PostNL niet aan het derde criterium voldoet: de kostenvoordelen komen niet ten goede aan de afnemers. Pas op middellange termijn worden enkele efficiëntievoordelen gerealiseerd, terwijl de ACM meer gewicht toe heeft gekend aan de gevolgen op korte termijn (omdat de nadelen zich immers meteen manifesteren). Ook stelt de

ACM volgens de rechtbank terecht dat de efficiëntievoordelen de veronderstelde gevolgen voor de losse post niet compenseren, gezien het feit dat ook uit de cijfers die PostNL heeft verstrekt een kostenverhoging van de UPD blijkt.

*g. UPD-uitvoerbaarheid*

PostNL heeft haar laatste beroepsgrond gericht op de uitvoerbaarheid van de UPD. PostNL is in Nederland aangewezen als verlener van de UPD. De ACM heeft ingevolge art. 41 lid 3 Mw ambtshalve getoetst of de vergunning geweigerd kan worden, rekening houdend met de UPD. Nu PostNL belast is met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, kan de vergunning slechts geweigerd worden indien hierdoor de vervulling van haar taak niet geninderd wordt. De ACM heeft overwogen dat de UPD de komende drie tot vijf jaar uitvoerbaar blijft indien PostNL als geheel winstgevend is én met de UPD een deel van de gezamenlijke kosten wordt gedekt.

**Zo bijten de eigen interne stukken  
PostNL opnieuw in haar staart.**

PostNL voert tevergeefs aan dat de ACM onvoldoende rekening heeft gehouden met de volumekrimp van de fysieke post, die een bedreiging zou vormen voor de continuïteit van het postbedrijf. Volgens de rechtbank heeft de ACM gedegen onderzoek gedaan naar de volumekrimp. De ACM heeft zich hierbij nota bene gebaseerd op interne stukken van PostNL, waarin de verwachting uiteen is gezet dat de volumedaling zou afnemen. PostNL heeft daarnaast in het Strategisch Plan (SP) 2018 en het SP 2019 de prognose gesteld dat zij zonder concentratie haar postbedrijf voor drie tot vijf jaar winstgevend voort kon zetten. De rechtbank oordeelt hierover dat de ACM zich op de verwachtingen van PostNL mocht baseren voor de beoordeling van de winstgevendheid. PostNL wordt verder niet gevolgd in haar stelling dat zij beperkte ruimte zou hebben om haar prijzen te verhogen, aangezien in haar eigen SP 2019 staat: *‘Volumedaling wordt ten dele gecompenseerd door prijsstijgingen’*. Zo bijten de eigen interne stukken PostNL opnieuw in haar staart.

**Hoe nu verder?**

De vergunningverlening en -weigering voor de concentratie tussen PostNL en Sandd is, eufemistisch gesteld, niet zonder problemen verlopen. Toen de ACM in 2019 de concentratievergunning weigerde, had PostNL twee mogelijkheden om alsnog een vergunning te verkrijgen. Eén was in beroep gaan tegen het besluit van de ACM, waarin de vergunning was geweigerd. De andere was een verzoek tot vergunningverlening op grond van art. 47 Mw indienen bij de minister van EZK. Dit stelsel van twee afzonderlijke en gescheiden bevoegdheidsdomeinen wordt de *‘tweewegenleer’* genoemd. Zoals gezegd heeft PostNL beide kansen aangegrepen. De minister verleende de vergunning, maar belanghebbenden gingen in beroep en het besluit van de minister werd uiteindelijk vernietigd. Het beroep van PostNL tegen het besluit van de ACM was opgeschort totdat onherroepelijk was beslist

16 Richtsnoeren voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen, 5 februari 2004, *PbEU C 31/5*.

17 Deze voorwaarden komen voort uit de Richtsnoeren voor horizontale fusies, genoemd in de vorige voetnoot.

over de rechtmatigheid van de vergunningverlening door de minister. Door de uitspraak van het CBB op 2 juni 2022 kwam daaraan een einde en kon de rechtbank Rotterdam zich buigen over de rechtmatigheid van het besluit van de ACM.

Onzes inziens heeft de tweewegenleer een groot aandeel gehad in de stoeve en langdurige gang van zaken omtrent de concentratie. Dit komt vooral door de mogelijkheid om op twee manieren een vergunning te verkrijgen, met twee afzonderlijke beroepsprocedures, én om de concentratie direct ten uitvoer te leggen, terwijl op de rechtmatigheid van de vergunningverlening nog niet onherroepelijk is beslist. Het CBB heeft in de uitspraak van 2 juni 2022 de bevoegdheid van de minister, met inachtneming van de ontstaansgeschiedenis van art. 47 Mw, bij de vergunningverlening sterk beperkt. De minister mag namelijk geen redenen van algemeen belang identificeren voor zover dat in strijd is met het besluit van de ACM. Hierdoor mag de minister diens eigen oordeel over de mededingingsrechtelijke aspecten niet meer in de plaats stellen van de beoordeling van de ACM. Dit beperkt mogelijk het gebruik van de tweewegenleer, omdat te verwachten valt dat de minister hierdoor in de toekomst terughoudender zal zijn met het verstrekken van een vergunning.

Het is inmiddels duidelijk dat PostNL bij het CBB in beroep is gegaan tegen de uitspraak van de rechtbank van 29 september 2023. Vanzelfsprekend is nog niet bekend hoe lang deze procedure zal duren. Het is evenmin voorspelbaar wat het uiteindelijke oordeel van het CBB zal zijn. Toch geven wij een schot voor de boeg en spreken de verwachting uit dat het CBB de uitspraak van de rechtbank in stand laat en daarmee de weigering van de ACM om een vergunning te verlenen, niet zal vernietigen.

### Mocht ook het CBB de ACM in het gelijk stellen, dan blijft de vraag of en zo ja, hoe de concentratie ontvlecht kan worden

Allereerst is daar de goede en uitgebreide onderbouwing van deze weigering van de ACM, die – hoewel marginaal getoetst – door de rechtbank nauwgezet is beoordeeld. Daarnaast heeft het CBB in de belangrijke uitspraak van 2 juli 2020 de vergunning van de minister vernietigd. Daarbij werd geoordeeld dat de minister volledig gebonden is aan de mededingingsrechtelijke beoordeling van de ACM. Dan zou het verrassend (en haast tegenstrijdig) zijn als hetzelfde CBB vervolgens de vergunningsweigering door de ACM ook zou vernietigen, omdat deze mededingingsrechtelijke beoordeling niet correct zou zijn.

Wij houden het er dus vooralsnog op dat de concentratie van PostNL en Sandd – waarschijnlijk – verboden zal worden.

Dat brengt dan met zich mee dat er voor PostNL een enorm probleem ontstaat, indien de concentratie na het hoger beroep bij het CBB inderdaad teruggedraaid moet worden. Kan dat überhaupt nog? De bedrijven zijn immers nu al ruim vier jaar volledig met elkaar vervlochten.<sup>18</sup> Zelfs als het mogelijk is om de bedrijven te ontvlechten, wat vanzelfsprekend een langdurig en ingewikkeld proces zal zijn, kan de toenmalige concurrentiepositie van Sandd niet (zo gemakkelijk) worden hersteld. Het is op dit moment onduidelijk wat de houding van het CBB zal zijn ten aanzien van een eventuele ontvlechting. Het CBB heeft recentelijk uitspraak gedaan over het vernietigen van een reeds tot stand gebrachte concentratie in de zorgsector. Het CBB heeft hierbij echter nagelaten om duiding te geven over het feitelijk en economisch ongedaan maken van deze concentratie, waarvoor geen toestemming was verleend en ook geen toestemming meer voor kon worden verleend. Zo heeft het CBB overwogen: *‘Het College doet hiermee geen uitspraak over het al dan niet ongedaan maken van de concentratie.’*<sup>19</sup> Voor zover wij weten zijn er geen andere uitspraken van het CBB over de (feitelijke gevolgen van de) vernietiging van een besluit tot vergunningverlening voor een concentratie. Daarom zijn er, gezien de geringe jurisprudentie over dit onderwerp, vooralsnog geen duidelijke handvatten of praktische omschrijvingen voor de manier waarop een tot stand gebrachte en langdurig geconsumeerde concentratie moet worden ontvlechten. Mogelijkerwijze zal het CBB zich daar in het laatste hoofdstuk van deze saga over uitlaten.

### Conclusie

De rechtbank Rotterdam heeft zich als derde rechterlijke instantie uitgelaten over de concentratie tussen PostNL en Sandd. Ook nu is er geen positieve uitkomst voor PostNL: het besluit van de ACM en daarmee de weigering om de concentratievergunning te verlenen, is rechtmatig en blijft in stand. PostNL heeft hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank. Mocht ook het CBB de ACM in het gelijk stellen, dan blijft de vraag of en zo ja, hoe de concentratie ontvlechten kan worden. Wij zullen u hiervan op de hoogte houden in ons volgende (en waarschijnlijk) laatste artikel over deze saga.

*Dit artikel is afgesloten op 17 december 2023.*

#### Over de auteurs

**F.E. (Fenna) Mahler LLM, MA**

Procesvertegenwoordiger bij de Immigratie- en Naturalisatiedienst.

**Mr. drs. R. (Robbert) Mahler**

Advocaat bij Lawyers Alliance en vaste medewerker van dit tijdschrift.

<sup>18</sup> Dat is nu al bijna net zo lang als de periode van vijf jaar die wordt gebruikt als maatstaf om de gevolgen van een concentratie in te schatten.

<sup>19</sup> CBB 19 september 2023, ECLI:NL:CBB:2023:507, r.o. 5.2.