CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL W. VAN GERVEN 16 oktober 1991 *

Inhoud

A — De achtergrond van de zaak I-590

1. Het verrichten van koeriersdiensten in Nederland I-590

2. De aangevochten beschikking I-592

B — Ontvankelijkheid van het beroep in zaak C-66/90 ..... I-593

C — Onderzoek van de tegen de beschikking aangevoerde „formele" vernietigingsmiddelen I-593

1. Misbruik van bevoegdheid ex artikel 90, lid 3 ..... I-594

2. Schending van de rechten der verdediging I-599

3. Grieven met betrekking tot de motivering van de aangevochten beschikking I-604

a) De in de beschikking gebruikte terminologie en de rectificaties I-604

b) Gebrek aan inzicht in de betrokken voorschriften en diensten ? I-607

c) Mist de beschikking feitelijke grondslag ? I-608

d) Het dictum van de beschikking I-611

D — Onderzoek van de middelen ten gronde I-614

1. Ontbreken van een ondernemingsgedraging I-614

2. Geen misbruik van een machtspositie I-619

a) Uitbreiding van een machtspositie I-619

b) Het opleggen van onbillijke prijzen en voorwaarden; de beperking van het aanbod I-622

c) Besluit I-623

3. Toepassing van artikel 90, lid 2 ..... I-624

E — Samenvatting en conclusie I-626

* Oorspronkelijke taal: Nederlands.

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. De Nederlandse regering, de Koninklijke PTT Nederland NV en PTT Post BV (naar de twee laatste partijen zal ik hierna verwijzen als „PTT" of „PTT Post BV") verzoeken het Hof om nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 20 december 1989 inzake het verrichten van koeriersdiensten in Nederland [1] (hierna „de aangevochten beschikking"). In deze tot Nederland gerichte beschikking worden de bepalingen van de artikelen 2 en 12 van de Nederlandse wet van 26 oktober 1988 houdende herziening van de wetgeving met betrekking tot de uitvoering van de postdienst (hierna „de Postwet van 1988") [2] juncto het Besluit van 19 december 1988, waarin de expressedienst voor het inzamelen, het vervoer en het bezorgen van brieven tot ten hoogste 500 gram tegen een prijs die lager is dan 11,90 HFL voor bestemmingen binnen de Gemeenschap en 17,50 HFL voor bestemmingen buiten de Gemeenschap wordt voorbehouden aan de PTT, alsook de verplichting om de tarieven voorafgaandelijk te doen registreren, als opgelegd bij het Besluit van 12 mei 1989 [3], onverenigbaar verklaard met artikel 90, lid 1, van het EEG-Verdrag, gelezen in samenhang met artikel 86 van genoemd Verdrag (zie artikel 1 van de beschikking).

Bij beschikking van 4 juni 1991 heeft het Hof met toepassing van artikel 47, eerste alinea, van het Statuut zaak C-66/90 overgemaakt aan het Gerecht van eerste aanleg. Het Gerecht van eerste aanleg heeft vervolgens bij beschikking van 21 juni 1991, met toepassing van artikel 47, derde alinea, laatste zin, van het Statuut zich onbevoegd verklaard, aangezien zaken C-48/90 en C-66/90 beide de nietigverklaring van dezelfde handeling betreffen. Het Hof heeft beide zaken thans gevoegd en ik zal ze dan ook samen in één conclusie behandelen.

1 — PB 1990, L 10, blz. 47.
2 — *Stb.* 1988, 522.
3 — Regeling registratie koeriersdiensten, *Stct.* 1989, 109.

A — De achtergrond van de zaak

1. *Het verrichten van koeriersdiensten in Nederland*

2. Vóór de inwerkingtreding van de Postwet van 1988 genoot het (toenmalige) staatsbedrijf der PTT op grond van de Postwet van 1954 het wettelijk monopolie op het vervoer van brieven tot en met 500 gram. De diensten van de PTT verrichtten dit vervoer (ophalen, sorteren en vervoeren, bezorgen), traditioneel op gestandaardiseerde wijze. Aan het eind van de jaren zestig werd echter duidelijk dat er een vraag bestond naar vervoerdiensten met een grotere toegevoegde waarde, meer bepaald naar vervoer dat sneller en meer geïndividualiseerd verloopt. Op deze vraag werd ingespeeld door een groeiend aantal particuliere koeriersdiensten; de PTT van haar kant — partijen zijn het daarover eens — bleek niet bereid of niet in staat dergelijke diensten te leveren. De vraag waarop de particuliere koeriersdiensten inspeelden betrof voornamelijk het vervoer van belangrijke en/of dringende documenten. Voor zover het daarbij ging om brieven onder de 500 gram handelden deze bedrijven naar de letterlijke tekst van de Postwet van 1954 in strijd met het postmonopolie van het staatsbedrijf van de PTT. Nochtans — en ook hierover zijn partijen het eens — werden weinig of geen stappen ondernomen tegen deze koeriersactiviteiten noch door de Nederlandse overheid, noch door het staatsbedrijf van de PTT zelf. Wel-

iswaar werd — sporadisch — opgetreden tegen particuliere stadspostdiensten. Partijen geven uiteenlopende verklaringen aan dit optreden: de Nederlandse regering houdt staande dat dit optreden kaderde in een beleid om onder de oude wetgeving enkel koeriersdiensten „in de ware zin van het woord", dat wil zeggen de dienst die erin bestaat een stuk volkomen individueel te vervoeren, rechtstreeks van afzender naar geadresseerde, zonder sortering op een centraal punt en dus ook zonder gemeenschappelijk vervoer met andere stukken, te gedogen. [4] De Commissie daarentegen verklaart het optreden tegen de particuliere stadspostdiensten op grond van de omstandigheid dat deze bedrijven een dienst verrichtten die niet of nauwelijks boven de basispostdienst uitging. Hoe dit ook zij, vaststaat dat de vraag naar snelle en geïndividualiseerde vervoerdiensten voor brieven in sterke mate toenam en dat de particuliere koeriersondernemingen aan die vraag konden voldoen, zonder dat er van overheidswege beperkende voorwaarden aan hun activiteiten werden gesteld. Zij kenden dan ook een opmerkelijke groei.

3. De Postwet van 1988 heeft de kaarten evenwel herschud. Zij bevestigt uitdrukkelijk het monopolie voor het vervoer van postzendingen van ten hoogste 500 gram op, van en naar het Nederlandse grondgebied (daaronder ook begrepen de Nederlandse Antillen en Aruba): deze dienst mag enkel worden verricht door de houder van de exclusieve door de staat verleende concessie, dat wil zeggen PTT Post BV. [5] De inbreuken op deze concessie worden door artikel 17 van de nieuwe Postwet strafbaar gesteld. Op dit principiële monopolie wordt nochtans een uitzondering gemaakt [6]: anderen dan de houder van de concessie mogen brieven van ten hoogste 500 gram inzamelen, vervoeren en bezorgen wanneer zij voldoen aan drie cumulatieve voorwaarden: i) zij moeten voor brieven die in Nederland dan wel vanuit Nederland naar het buitenland of nog vanuit het buitenland naar Nederland worden vervoerd, een dienst verlenen die het niveau van dienstverlening dat de houder van de concessie in het kader van het normale versnelde vervoer (dat wil zeggen de spoedbesteldienst) aan een ieder in het land aanbiedt, in betekenende mate te boven gaat met betrekking tot de snelheid van overkomst, de garantie daarvoor en de lokaliseerbaarheid tijdens het vervoer (deze voorwaarde zal ik hierna de „kwaliteitsvoorwaarde" noemen); ii) zij moeten deze dienst verlenen tegen een tarief dat niet lager is dan een door de overheid vastgesteld minimum, met name 11,90 HFL voor het vervoer in Nederland en naar de andere Lid-Staten van de Gemeenschap en 17,50 HFL voor het internationale vervoer naar landen buiten de Gemeenschap (hierna „de minimumprijsregeling") en iii) zij moeten van tevoren zijn geregistreerd en jaarlijks aangifte doen van de door hen toegepaste tarieven en leveringsvoorwaarden (hierna „de registratievoorwaarde"). [7] In de bestreden beschikking is de Commissie ervan uitgegaan (de gegrondheid van deze veronderstelling komt later aan de orde),

4 — Voor de omschrijving van koeriersdiensten „in eigenlijke zin", zie onder meer de PTT-repliek in zaak C-66/90, nr. 50.

5 — Artikel 2 juncto artikel 12, lid 1, van de Postwet van 1988.

6 — Artikel 12, lid 2, van de Postwet van 1988.

7 — De verplichting om jaarlijks aangifte te doen van de toegepaste tarieven wordt opgelegd door de „Regeling registratie koeriersdiensten" van 12 mei 1989, *Stct.* 1989, 109.

dat deze drie cumulatieve voorwaarden niet van toepassing zijn op PTT Post BV indien deze onderneming eveneens koeriersactiviteiten zou beginnen te verrichten — wat zij sinds 1 juni 1990 ook daadwerkelijk doet.

Tijdens de precontentieuze procedure en voor het Hof heeft de Nederlandse regering betoogd dat deze drie voorwaarden noodzakelijk zijn ter waarborging van de kwaliteit en de continuïteit van de aan PTT Post BV opgedragen vervoersplicht, die ruimer is dan de exclusieve concessie. PTT Post BV is namelijk verplicht om brieven en pakjes tot ten hoogste 10 kg en van bepaalde afmetingen in het gehele land te vervoeren (hetzij op normale wijze, hetzij in het kader van de spoedbesteldienst). De Nederlandse regering houdt staande dat, zonder de drie voorwaarden, de exclusieve concessie van PTT Post BV niet efficiënt zou kunnen worden beschermd en meer bepaald dat particuliere koeriersondernemingen deze concessie zouden uithollen door hun activiteiten ook te ontplooien ten aanzien van rendabele bestemmingen (bij voorbeeld binnen grote steden), daarbij de verlieslatende bestemmingen aan de PTT latend (die ze uit hoofde van haar vervoersplicht immers niet kan afstoten).

2. *De aangevochten beschikking*

4. Zoals gezegd worden de in voorgaand nummer geschetste voorwaarden voor het uitoefenen van koeriersdiensten in Nederland door de aangevochten beschikking onverenigbaar verklaard met artikel 90, gelezen in samenhang met artikel 86 van het EEG-Verdrag.[8] De beschikking wordt in velerlei opzichten aangevochten, en het onderzoek van de door verzoekende partijen aangevoerde middelen zal mij de gelegenheid bieden om nader in te gaan op de relevante delen ervan. Hierna beperk ik me, bij wijze van inleiding op mijn onderzoek, tot een algemeen overzicht ervan.

De aangevochten beschikking gaat uit van het bestaan van twee onderscheiden, doch verwante markten: de markt voor basispostdiensten en de markt voor koeriersdiensten.[9] Verder stelt de beschikking dat PTT Post BV, als gevolg van de exclusieve concessie voor brieven tot ten hoogste 500 gram, op de markt voor basispostdiensten over een machtspositie beschikt.[10] Omdat de Postwet van 1988 aan particuliere koeriersondernemingen drie voorwaarden oplegt voor het vervoer van brieven tot 500 gram, maar PTT Post BV van deze voorwaarden vrijstelt, leidt zij naar het oordeel van de Commissie in drie opzichten tot een misbruik van deze machtspositie. Ten eerste, omdat de minimumprijsregeling tot gevolg heeft dat een deel van de markt voor koeriersdiensten aan PTT Post BV wordt voorbehouden, met de kans dat de mededinging op die markt volledig wordt uitgeschakeld [11]; ten tweede, omdat de minimumprijsregeling tot gevolg heeft dat voor koeriersdiensten onbillijke prijzen en voor-

8 — Weliswaar heeft de onverenigbaarverklaring, blijkens het dispositief van de aangevochten beschikking, enkel betrekking op de minimumprijsregeling en de registratievoorwaarde, en niet op de kwaliteitsvoorwaarde, ook al maakt deze laatste voorwaarde blijkens de considerans van de beschikking (zie de veertiende overweging) eveneens inbreuk op artikel 90 in samenhang met artikel 86. Blijkbaar gaat het hier om een vergetelheid die weliswaar gevolgen heeft voor de verplichtingen die voor de Nederlandse regering uit de aangevochten beschikking voortvloeien, maar die geen verschil maakt voor de beoordeling van de grieven in verband met de motivering en de wettigheid van de beschikking.

9 — Zie de derde overweging van de aangevochten beschikking.

10 — Zie de tiende overweging van de aangevochten beschikking.

11 — Zie de elfde overweging van de aangevochten beschikking.

waarden worden opgelegd [12]; ten derde, omdat de minimumprijsregeling en de kwaliteitsvoorwaarde tot gevolg hebben dat het aanbod op de markt voor koeriersdiensten wordt beperkt. [13] De Commissie trekt daaruit de conclusie dat er sprake is van een inbreuk op artikel 90, lid 1, in samenhang met artikel 86 van het Verdrag, en oordeelt verder dat deze inbreuk geen rechtvaardiging vindt in artikel 90, lid 2, van het Verdrag, met andere woorden dat de handhaving van het concurrentieregime dat bij de inwerkingtreding van de nieuwe Postwet bestond op de markt voor koeriersdiensten niet in de weg staat aan de verplichtingen van algemeen belang die Nederland aan PTT Post BV heeft opgelegd. [14]

B — Ontvankelijkheid van het beroep in zaak C-66/90

5. Tussen partijen bestaat er geen betwisting over dat PTT Post BV, hoewel niet de adressaat van de aangevochten beschikking, rechtstreeks en individueel wordt geraakt door deze beschikking. De Commissie twijfelt evenwel aan de ontvankelijkheid van haar beroep, omdat PTT Post BV zelf beweert geen voordelen te behalen uit de wetgeving die in de aangevochten beschikking onverenigbaar met het Verdrag wordt verklaard [15], zodat zij geen procesbelang zou hebben.

Ik geloof niet, dat de Commissie het hier bij het rechte eind heeft. Dat PTT Post BV geen voordeel zou behalen uit de Nederlandse wetgeving, wordt door de Commissie juist met klem bestreden; dit beweerde voordeel ligt in belangrijk mate ten grondslag aan de in de aangevochten beschikking geponeerde stelling, dat de nieuwe Nederlandse wetgeving leidt tot een misbruik van de machtspositie van PTT Post BV. Bovendien, en vooral, heeft PTT Post BV aangevoerd dat de aangevochten beschikking (die een deel van de Postwet onverenigbaar verklaart met rechtstreeks werkende verdragsbepalingen), particuliere koeriersondernemingen, die anders dan PTT Post BV niet aan een vervoersplicht zijn onderworpen, in een zodanige concurrentiepositie ten aanzien van PTT Post BV plaatst, dat haar financieel evenwicht in het gedrang kan komen en zij haar opgedragen vervoersplicht niet langer zou kunnen vervullen. Het procesbelang van PTT Post BV kan dan ook niet ernstig worden betwist.

C — Onderzoek van de tegen de beschikking aangevoerde „formele" vernietigingsmiddelen

6. De door de verzoekende partijen ingeroepen middelen zijn, hoewel niet steeds op dezelfde wijze gestructureerd, grotendeels gelijkluidend. Voor de doeleinden van mijn onderzoek heb ik ze dan ook gegroepeerd onder twee hoofdingen. In dit deel van mijn conclusie zal ik de „formele" vernietigingsmiddelen onderzoeken, die verband houden met de bevoegdheid van de Commissie voor het treffen van de aangevochten beschikking (hierna „deel C-1"), met de schending van de rechten van de verdediging (hierna „deel C-2") en met de motivering van de aangevochten beschikking (hierna „deel C-3"). In het volgende deel (deel D)

12 — Zie de twaalfde overweging van de aangevochten beschikking.

13 — Zie de dertiende en de veertiende overweging van de aangevochten beschikking.

14 — Zie de zestiende tot de achttiende overweging van de aangevochten beschikking.

15 — Op dit punt, dat verband houdt met de toepasselijkheid op PTT Post BV van de drie voorwaarden waaronder koeriersdiensten met betrekking tot brieven van minder dan 500 gram mogen worden verricht (zie hiervoor, nr. 3), wordt hierna verder ingegaan (nrs. 28-31).

onderzoek ik de gegrondheid van de aangevochten beschikking.

Aangezien ik bij mijn onderzoek van delen C-1 en C-2 tot het besluit kom, dat de Commissie weliswaar beschikt over een beschikkingsbevoegdheid ex artikel 90, lid 3, van het Verdrag, maar dat de Commissie deze bevoegdheid in voorkomend geval niet heeft uitgeoefend met de vereiste eerbied voor de rechten der verdediging, verricht ik mijn onderzoek met betrekking tot delen C-3 en D slechts in subsidiaire orde, voor het geval het Hof mijn oordeel in verband met de in delen C-1 en C-2 behandelde punten niet zou delen.

1. *Misbruik van bevoegdheid ex artikel 90, lid 3*

7. Volgens de verzoekende partijen heeft de Commissie met de aangevochten beschikking misbruik gemaakt van haar bevoegdheid ex artikel 90, lid 3, van het Verdrag. Zij gaan er namelijk vanuit dat, wanneer de Commissie wil optreden tegen vermeende verdragsinbreuken van de Lid-Staten, zij de procedure van artikel 169 EEG-Verdrag moet volgen, behalve wanneer het EEG-Verdrag daar uitdrukkelijk een uitzondering op maakt, zoals bij voorbeeld in de artikelen 93, lid 2, 100 A, lid 4, en 225. Met andere woorden, met de aangevochten beschikking zou de Commissie de beschikkingsbevoegdheid die artikel 90, lid 3, haar uitdrukkelijk toekent, van haar doel hebben afgewend om — in de woorden van de Nederlandse regering — repressief toezicht uit te oefenen op een Lid-Staat (in casu Nederland). De hantering van de „normale" procedure van artikel 169 had volgens de verzoekende partijen des te meer voor de hand gelegen nu de aangevochten beschikking wetgeving in formele zin betreft. Een beschikking op grond van artikel 90, lid 3, bezit immers onmiddellijke rechtskracht, en een tegen dergelijke beschikking gericht beroep heeft geen schorsende werking; daarentegen zijn aan een procedure ex artikel 169 niet zulke drastische gevolgen verbonden: de betrokken wetgeving behoudt immers haar rechtskracht zowel tijdens de precontentieuze fase als tijdens de procedure voor het Hof.

8. Dit betoog kan mij niet overtuigen. Beginnend met het tweede deel van het betoog met betrekking tot de onmiddellijke *rechtskracht en* de drastische *gevolgen* verbonden aan een beschikking ex artikel 90, lid 3, dient het verschil met een procedure ex artikel 169 te worden gerelativeerd. Laatstgenoemde procedure leidt in voorkomend geval tot een arrest van het Hof dat onaanvechtbaar want niet vatbaar voor hogere voorziening is (zie artikel 171). Een optreden van de Commissie op basis van artikel 90, lid 3, daarentegen heeft heel andere rechtsgevolgen: het leidt tot een beschikking, dat wil zeggen een bindende, maar aanvechtbare handeling. Wanneer de Lid-Staat tot wie de beschikking is gericht meent dat deze beschikking onverenigbaar is met formele of materiële regelen van gemeenschapsrecht, kan hij immers bij het Hof van Justitie een beroep tot nietigverklaring op basis van artikel 173 EEG-Verdrag instellen en desgewenst om de opschorting van de uitvoering van de bewuste handeling verzoeken op basis van artikel 185 van het Verdrag.

Voorts is het juist dat de door artikel 90, lid 3, aan de Commissie toegekende beschikkingsbevoegdheid, een meer doelmatig optreden toelaat dan de procedure ex artikel 169: anders dan een „met redenen omkleed advies" in de zin van artikel 169, lid 1, heeft een beschikking in de zin van artikel 90, lid 3, onmiddellijke rechtskracht, zelfs wanneer er een vernietigingsberoep tegen wordt ingesteld (maar onder voorbehoud van opschorting van de uitvoering door het Hof). Dit is echter het logische en onvermijdelijke gevolg van de in artikel 90, lid 3, aan de Commissie toegekende en op een specifiek gebied geldende toezichtsbevoegdheid en van de omstandigheid dat deze bevoegdheid krachtens artikel 90, lid 3, onder meer door middel van beschikkingen mag worden uitgeoefend. Welnu, in het recente arrest in zaak 226/87 [16] heeft het Hof uitdrukkelijk bevestigd dat een op grond van artikel 90, lid 3, genomen beschikking behoort tot de algemene categorie van beschikkingen in de zin van artikel 189, en derhalve verbindend is in al haar onderdelen voor de Lid-Staat tot wie zij is gericht. De interpretatie van de Nederlandse regering dat dergelijke beschikkingen enkel „aanwijzingen" kunnen bevatten waarin de Lid-Staten wordt uiteengezet hoe zij hun verplichtingen krachtens artikel 90, lid 1, dienen op te vatten, is niet houdbaar; het zou deze beschikkingen immers degraderen tot niet bindende „aanbevelingen" of „adviezen" in de zin van artikel 189. Dit betoog is overigens niet nieuw: ook in zaak 226/87 [17] en in zaak C-202/88 [18] verwierp het Hof het argument dat de Commissie op grond van artikel 90, lid 3, slechts „adviezen" of „aanwijzingen" zou kunnen geven. [19] (Op zaak C-202/88, die handelde over de bevoegdheid van de Commissie om op grond van artikel 90, lid 3, *richtlijnen* vast te stellen, kom ik zo dadelijk terug.)

9. Wat te denken van het hoofdargument van de Nederlandse regering, namelijk dat de Commissie door beschikkingen ex artikel 90, lid 3, aan te wenden om bepalingen van nationaal recht onverenigbaar te verklaren met het Verdrag, met andere woorden, aldus de Nederlandse regering, door „repressief" gebruik te maken van haar beschikkingsbevoegdheid, haar bevoegdheid *misbruikt* ? Ik geloof niet dat de Nederlandse regering het bij het juiste eind heeft en vind daarvoor een sterke aanwijzing in de reeds vermelde zaak 226/87. [20] Die zaak betrof een procedure ex artikel 169 die de Commissie had aangespannen tegen Griekenland wegens niet nakoming van een Commissiebeschikking ex artikel 90, lid 3, waarin de onverenigbaarheid was vastgesteld van een Griekse wet met de artikelen 52, 54, 5, lid 2, en 3, sub f, van het Verdrag. Voor het Hof vocht de Griekse regering de wettigheid van deze beschikking aan, maar het Hof weigerde dit verweer te onderzoeken, daar de Griekse regering niet binnen de door artikel 173 gestelde termijn om de nietigverklaring van deze beschikking

16 — Arrest van 30 juni 1988, Commissie/Griekenland, Jurispr. 1988, blz. 3611, r. o. 11 en 12.

17 — Geciteerd in vorige voetnoot.

18 — Arrest van 19 maart 1991, Frankrijk/Commissie, Jurispr. 1991, blz. I-1223.

19 — Zie rechtsoverwegingen 10-12 van het arrest in zaak 226/87, waarin het Hof de argumentatie van de Griekse regering dat een beschikking van de Commissie ex artikel 90, lid 3, in werkelijkheid niet meer is dan een „advies", terzijde schuift. Zie ook rechtsoverweging 16 van het arrest in zaak C-202/88, waarin de stelling wordt weergegeven van de Franse regering, volgens dewelke artikel 90, lid 3, de Commissie enkel toelaat „d'indiquer aux États membres, dans les cas où les conditions de mise en conformité avec le traité ne sont pas évidentes, les moyens à mettre en œuvre pour assurer cette conformité". Dit argument wordt door het Hof verworpen in rechtsoverweging 17 van het arrest.

20 — Zie hiervoor, voetnoot 16 en de begeleidende tekst.

had verzocht. Weliswaar had Griekenland daarentegen ingebracht

„(...) dat het Hof, omwille van een fundamenteel vereiste van rechtszekerheid, in dit geval toch bij wijze van uitzondering de wettigheid van [de bewuste beschikking van de Commissie] zou moeten toetsen, zulks omdat deze inbreuk maakt op het fundamentele beginsel van de bevoegdheidsverdeling tussen Gemeenschap en Lid-Staten en daardoor elke rechtsgrondslag in de communautaire rechtsorde mist" (r. o. 15 van het arrest).

Het Hof weigerde daar evenwel op in te gaan met de bedenking dat de tegenwerping van de Griekse regering

„(...) slechts [zou] kunnen worden aanvaard indien de bestreden handeling zulke ernstige en kennelijke gebreken vertoonde, dat zij als niet-bestaande moest worden aangemerkt (arrest van 26 februari 1987, zaak 15/85, Consorzio Cooperative d'Abruzzo, Jurispr. 1987, blz. 1005). Het betoog van de Helleense Republiek bevat echter niets bepaalds waaruit zou blijken dat dat hier het geval is. Ook zelf heeft zij trouwens [de bewuste beschikking van de Commissie] nooit als niet-bestaand beschouwd, aangezien zij gedurende de precontentieuze procedure steeds heeft verklaard dat zij bereid was er gevolg aan te geven" (r. o. 16 van het arrest).

Het komt mij voor dat de gronden van niet-bestaanbaarheid, waarvan sprake in voorgaand citaat, ook de onbevoegdheid van de Commissie omvatten om een beschikking te treffen op grond van artikel 90, lid 3. Aldus heeft het Hof impliciet doch zeker aanvaard dat de Commissie op grond van deze bepaling bevoegd is om bij wege van beschikking de onverenigbaarheid van een nationale wet met het Verdrag vast te stellen.

10. Niettemin houdt de Nederlandse regering staande dat haar stelling bevestiging vindt in het arrest in zaak C-202/88. [21] In die zaak had de Franse regering de bevoegdheid betwist van de Commissie om op basis van artikel 90, lid 3, de onverenigbaarheid met het Verdrag van nationale wettelijke bepalingen vast te stellen door middel van een *richtlijn*; naar het oordeel van de Franse regering kon zulks enkel via de weg van artikel 169. Het Hof verwierp die thesis met de volgende overwegingen (eigen vertaling):

„(...) artikel 90, lid 3, van het Verdrag geeft de Commissie de bevoegdheid, bij wege van richtlijnen in algemene zin de verplichtingen te preciseren die uit lid 1 van dit artikel voortvloeien. De Commissie oefent deze bevoegdheid uit wanneer zij, zonder acht te slaan op de bijzondere situatie in elk van de Lid-Staten, de verplichtingen concretiseert die krachtens het Verdrag op de Lid-Staten rusten. Een dergelijke bevoegdheid leent er zich naar haar aard niet toe, te doen vaststellen dat een Lid-Staat een bepaalde krachtens het Verdrag op hem rustende verplichting niet is nagekomen.

Uit de inhoud van de hier in geding zijnde richtlijn blijkt, dat de Commissie enkel in algemene zin verplichtingen heeft willen omschrijven die overeenkomstig het Verdrag op de Lid-Staten rusten. Mitsdien kan deze richtlijn niet aldus worden uitgelegd,

21 — Hiervoor aangehaald in voetnoot 18.

dat daarin concrete verzuimen van bepaalde Lid-Staten ten aanzien van uit het Verdrag voortvloeiende verplichtingen worden vastgesteld (...)" (r. o. 17 en 18 van het arrest).

Aan deze passage knoop ik twee bedenkingen vast. *Ten eerste* stip ik aan dat het Hof enkel uitspraak heeft gedaan over het uitvaardigen van *richtlijnen*, en dat het middel van de Franse regering werd verworpen omwille van het algemeen geldend karakter van de in die zaak aangevochten richtlijn, zodat er geen sprake kon zijn van een „repressief" gebruik van de bevoegdheid van de Commissie. Daarentegen doet het arrest geen uitspraak over de vraag of de Commissie bevoegd is de onverenigbaarheid met het Verdrag van een bepaling van nationaal recht *met behulp van een beschikking* vast te stellen. Men kan dus niet zeggen, dat dit arrest het argument van de Nederlandse regering ondersteunt. Overigens kan bovenstaande passage van het arrest niet derwijze worden geïnterpreteerd dat de Commissie op basis van artikel 90, lid 3, enkel met behulp van richtlijnen de onverenigbaarheid van bepalingen van nationaal recht zou kunnen vaststellen *omwille van het algemeen geldend karakter van een richtlijn*: een richtlijn kan immers, net zoals een beschikking, tot slechts één Lid-Staat worden gericht. [22]

Met andere woorden, het wezenskenmerk van een richtlijn is *niet* de algemene gelding ervan *maar wel* de omstandigheid dat zij de Lid-Staat of de Lid-Staten waarvoor zij bestemd is een „te bereiken resultaat" oplegt en hen vrij laat de vorm en de middelen te kiezen om dat resultaat te bereiken.

Ten tweede merk ik op dat het Hof in bovenstaande passage de reikwijdte van de bevoegdheid van de Commissie ex artikel 90, lid 3, omschrijft met verwijzing naar artikel 90, lid 1: het komt de Commissie toe, de verplichtingen te verduidelijken respectievelijk te concretiseren die artikel 90, lid 1, aan de Lid-Staten oplegt. Artikel 90, lid 1, is zelf een verwijzingsbepaling en gebiedt de Lid-Staten met betrekking tot openbare bedrijven en bedrijven waaraan zij exclusieve of bijzondere rechten verlenen, geen maatregelen in strijd met het Verdrag te nemen. Welnu, ik zie niet in waarom de verplichtingen die voor een bepaalde Lid-Staat uit het Verdrag voortvloeien, niet door middel van een beschikking kunnen worden verduidelijkt, nu artikel 90, lid 3, de Commissie *uitdrukkelijk* toestaat haar toezichtsbevoegdheid door middel van beschikkingen uit te oefenen.

11. De bezwaren tegen het gebruiken van een beschikking gelden mijns inziens in geen geval wanneer de Commissie — zoals in de thans voorliggende beschikking — de onverenigbaarheid vaststelt van een bepaling van nationaal recht met een *rechtstreeks werkende* verdragsbepaling zoals artikel 90, lid 1, gelezen in samenhang met artikel 86 [23], met andere woorden een verdragsbepaling die particulieren, zonder dat

22 — Dat blijkt reeds uit de tekst van artikel 189, waarin wordt bepaald dat, anders dan een verordening die „een algemene strekking heeft" en „rechtstreeks toepasselijk in elke Lid-Staat" is, een richtlijn enkel ten aanzien van het te bereiken resultaat verbindend is „voor elke Lid-Staat waarvoor zij bestemd is". In de doctrine is zelfs de vraag opgeworpen of een richtlijn *überhaupt* wel algemene strekking kan hebben. Zie H. von der Groeben, H. von Boeckh, J. Thiesing en C.-D. Ehlermann, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Baden-Baden, 1983, blz. 562, nr. 39. De Raad en de Commissie richten overigens geregeld een richtlijn tot slechts één Lid-Staat, namelijk wanneer het gaat om een specifiek probleem dat alleen in die Lid-Staat rijst. Zie bij voorbeeld richtlijn 79/174/EEG van de Raad inzake het programma voor de bescherming van het dal van de Hérault tegen overstromingen (PB 1979, L 38, blz. 18), met Frankrijk als enige addressaat, richtlijn 81/6/EEG van de Raad waarbij de Helleense Republiek wordt toegestaan de nationale programma's voor de versnelde uitroeiing van brucellose en tuberculose bij runderen mede te delen en ten uitvoer te leggen (PB 1981, L 14, blz. 22), en richtlijn 81/1060/EEG van de Raad houdende afwijking, ten behoeve van het Koninkrijk der Nederlanden, van richtlijn 73/403/EEG inzake de synchronisatie van algemene volkstellingen (PB 1981, L 385, blz. 34).

23 — Dat de door artikel 90, lid 1, opgelegde verplichting, gelezen in samenhang met artikel 86, directe werking heeft werd door het Hof reeds bevestigd in het arrest van 30 april 1974, zaak 155/73, Sacchi, Jurispr. 1974, blz. 409, r. o. 17.

daarbij nood is aan enig optreden van een communautaire instelling of een nationale overheid, onmiddellijk inroepbare rechten jegens de betrokken Lid-Staat verleent. In zulk geval is een beschikking van de Commissie zuiver declaratief en in generlei mate constitutief, met andere woorden zij preciseert een reeds bestaande verplichting en legt geen nieuwe op. Ik kan niet inzien hoe men deze bevoegdheid, gelet op de bewoording van artikel 90, lid 3, aan de Commissie kan ontzeggen. Men kan evenmin volhouden dat een dergelijke beschikking „repressief" van aard is, aangezien de onverenigbaarheid van de bepalingen van nationaal recht niet uit de beschikking maar *rechtstreeks uit de bewuste verdragsbepaling* voortvloeit. [24] Dat de betrokken nationale regel van legislatieve aard is mag geen verschil uitmaken, aangezien de primauteit van de direct werkende bepalingen van het gemeenschapsrecht evengoed geldt ten aanzien van nationale regelen van wettelijke aard.

12. De Nederlandse regering vindt verder steun voor de door haar voorgehouden restrictieve interpretatie van de in artikel 90, lid 3, bedoelde beschikkingsbevoegdheid in de omstandigheid dat artikel 90, lid 3, anders dan artikel 93, lid 2 (dat de Commissie toelaat een Lid-Staat die een beschikking inzake staatssteun niet nakomt, rechtstreeks voor het Hof van Justitie te brengen), geen uitzondering maakt op artikel 169 van het Verdrag.

Ook dit argument kan niet worden aanvaard. Uit de afwezigheid van een verwijzing naar artikel 169 in artikel 90, lid 3, kan immers geen argument worden gehaald om de *draagwijdte* van de beschikkingsbevoegdheid van de Commissie ex artikel 90, lid 3, te beperken. Het ontbreken van die verwijzing betekent alleen dat voor de *handhaving* van beschikkingen of richtlijnen genomen ex artikel 90, lid 3 — anders dan voor de handhaving van beschikkingen genomen op grond van artikel 93, lid 2 — de Commissie niet gerechtigd is om een inbreuk op een door haar uitgevaardigde maatregel met weglating van de precontentieuze procedure van artikel 169, rechtstreeks aan het Hof van Justitie voor te leggen. [25]

13. Blijft nog een laatste argument van verzoekende partijen: de Commissie zou onder het lid 3, van artikel 90 geen aanspraak kunnen maken op een beschikkingsbevoegdheid omdat die bepaling geen procedurele waarborgen biedt ten behoeve van de betrokken Lid-Staat. De Commissie heeft daarop gerepliceerd dat het ontbreken van geschreven procedurele waarborgen nooit beslissend kan zijn voor de vraag of een verdragsartikel de juridische basis kan vormen voor een handeling van een gemeenschapsinstelling (met andere woorden voor de *bevoegdheid* van die gemeenschapsinstelling).

24 — Hoewel het Hof hierover in de thans voorliggende zaak geen uitspraak hoeft te doen, komt het mij als logisch voor dat de Commissie een Lid-Staat op grond van artikel 90, lid 3, eveneens kan gelasten een regel van nationaal recht in overeenstemming te brengen met een niet rechtstreeks werkende verdragsbepaling (zoals bij voorbeeld de artikelen 3, sub f en 5 — die overigens werden vermeld in de beschikking die het voorwerp uitmaakte van zaak 226/87). Het effect van een dergelijke maatregel is dan *niet* de onmiddellijke onverbindendheid van de betrokken nationale regel, maar enkel de verplichting van de Lid-Staat om de betrokken regel te wijzigen. Een aan de betrokken Lid-Staat geadresseerde richtlijn lijkt daartoe het meest aangewezen te zijn.

25 — Zie ook hierna, voetnoot 27.

In beginsel ben ik het eens met de Commissie. Immers, het ontbreken van geschreven waarborgen neemt niet weg dat de Commissie bij haar optreden gebonden is aan de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht, waartoe ook behoren de eerbiediging van de rechten van de verdediging (en in het bijzonder het beginsel van hoor en wederhoor) en van het zorgvuldigheidsbeginsel. Het Hof heeft overigens nooit geaarzeld om de naleving deze beginselen, ook bij ontbreken van een geschreven tekst, aan de Commissie op te leggen, zo bij voorbeeld de bescherming van de vertrouwelijke briefwisseling tussen een advocaat en zijn cliënt, een recht dat niet door verordening nr. 17 werd toegekend. [26]

Hoewel het ontbreken van geschreven processuele waarborgen dus niet principieel in de weg staat aan de bevoegdheid van de Commissie, wil ik toch onderstrepen dat, omwille van de in beginsel onmiddellijke (maar niet onaanvechtbare) rechtskracht van de maatregelen die de Commissie kan treffen bij het vaststellen van een inbreuk op een verdragsbepaling, zij haar bevoegdheid dient uit te oefenen met een speciale bezorgdheid voor de eerbiediging van de rechten der verdediging en van het zorgvuldigheidsbeginsel, zeker wanneer (zoals in onderhavig geval) haar beschikking ook rechtstreeks en individueel de rechtspositie van (overheids)ondernemingen wijzigt. Dit klemt des te meer nu de Commissie ter ondersteuning van haar aanspraken op een volwaardige beschikkingsbevoegdheid ex artikel 90, lid 3, verwijst naar de beschikkingsbevoegdheid waarover zij reeds beschikt in het kader van de artikelen 85 en 86 enerzijds en 92 anderzijds en in dat verband betoogt dat haar toezichtsbevoegdheid geen lacunes mag vertonen voor wat betreft statelijke maatregelen ten opzichte van openbare bedrijven en bedrijven met exclusieve of bijzondere rechten. Aanvaardt men, zoals ik in beginsel doe, dit betoog [27] dan moet men logischerwijze ook aanvaarden dat de Commissie bij de uitoefening van deze bevoegdheid gebonden is aan procedurevoorschriften die een gelijkwaardige eerbiediging van de rechten der verdediging toelaten. In het kader van het onderzoek van het volgende middel zal ik daaruit de nodige consequenties trekken.

26 — Zie het arrest van 18 mei 1982, zaak 155/79, AM & S, Jurispr. 1982, blz. 1575.

2. *Schending van de rechten der verdediging*

14. Beide verzoekende partijen verwijten de Commissie de rechten van de verdediging te hebben geschonden tijdens de procedure die voorafging aan het treffen van de aangevochten beschikking. Weliswaar lopen hun argumenten enigszins uiteen: de Nederlandse regering, tot wie de beschikking was gericht, klaagt erover dat zij tijdens de precontentieuze procedure op onvoldoende wijze werd gehoord met betrekking tot de bezwaren die de Commissie maakte tegen de nieuwe regelen in verband met koeriersdiensten. PTT Post BV, die niet de adressaat van de beschikking was maar er wel rechtstreeks en individueel door geraakt wordt (zie hiervoor, nr. 5) houdt staande dat zij over een *eigen* recht beschikte om door de Commissie met betrekking tot die bezwaren te worden gehoord.

27 — Daarbij wil ik er evenwel op wijzen dat de beschikkingsbevoegdheid van de Commissie in verband met de handhaving van artikel 85 en 92 verder reikt dan de beschikkingsbevoegdheid ex artikel 90, lid 3, zoals die in deze zaak aan de orde staat. In deze zaak gaat het, zoals hiervoor (nr. 10) vermeld, om een beschikking waarbij de onverenigbaarheid van nationale bepalingen met rechtstreeks werkende verdragsbepalingen wordt vastgesteld. In artikel 92, lid 3, en in artikel 85, lid 3 (in tegenstelling tot artikel 85, lid 1, en artikel 86), gaat het over beschikkingen waarbij niet rechtstreeks werkende verdragsbepalingen worden toegepast en die verdragsbepalingen aldus ten aanzien van bepaalde nationale steunmaatregelen respectievelijk ondernemingsafspraken rechtstreekse werking verlenen.

Ik ga eerst in op de argumentatie van *PTT Post BV*, die mij niet houdbaar lijkt. Beschikkingen ex artikel 90 van het Verdrag worden getroffen in uitoefening van de toezichthoudende bevoegdheid van de Commissie ten aanzien van de *Lid-Staten* en zijn gericht op maatregelen van de *Lid-Staten* ten aanzien van openbare bedrijven of bedrijven waaraan bijzondere of exclusieve rechten werden verleend. Artikel 90 legt enkel verplichtingen op aan Lid-Staten zodat de op grond daarvan genomen beschikkingen enkel verplichtingen kunnen preciseren die op de Lid-Staten rusten en niet degene die door andere verdragsbepalingen aan bedrijven worden opgelegd. [28] Weliswaar kunnen dergelijke beschikkingen een weerslag hebben op de materiële belangen van bedoelde bedrijven, zodat zij in sommige gevallen (zoals in casu het geval is met PTT Post BV), rechtstreeks en individueel door deze beschikkingen worden geraakt. Dit laatste betekent echter nog niet dat op de Commissie een formele verplichting rust om zulke bedrijven te horen vóór het uitvaardigen van haar beschikking. A contrario blijkt dit uit de tekst van artikel 93, lid 1, dat de Commissie wel de verplichting oplegt om vóór het treffen van een beschikking inzake staatssteun de „belanghebbenden" aan te manen hun opmerkingen te maken. Het verschil in procedurele waarborgen kan mijns inziens worden verklaard door de verschillende aard van de verhoudingen van de overheid met enerzijds de openbare bedrijven en de bedrijven met exclusieve of bijzondere rechten en anderzijds de bedrijven die staatssteun ontvangen. Eerstgenoemde bedrijven, zo mag men aannemen, zijn tenminste voor de uitvoering van de hun toevertrouwde taak, erg nauw met de staat verweven [29], zodat zij mogen worden verondersteld op de hoogte te zijn van een hangende procedure en een aparte hoorplicht niet noodzakelijk is; voor bedrijven die staatssteun ontvangen is dat niet noodzakelijk het geval.

Al rust op de Commissie ten opzichte van dergelijke bedrijven derhalve geen formele hoorplicht, toch dient de Commissie met hun belangen speciaal rekening te houden bij het horen van de betrokken Lid-Staat, en met name wanneer de Commissie ervan op de hoogte is of behoort te zijn dat die belangen door de te nemen beschikking rechtstreeks en individueel kunnen worden geraakt. Concreet met betrekking tot onderhavige zaak heeft de Commissie erop gewezen, zonder op dit punt te zijn weersproken, i) dat PTT Post BV op de hoogte was van de contacten tussen de Nederlandse regering en de diensten van de Commissie; ii) dat op 5 oktober 1988 een (informeel) overleg plaatsvond tussen ambtenaren van PTT Post BV en van de Commissie over de ontwerp-Postwet, en iii) dat de Commissie op 7 november een brief richtte aan de PTT waarin zij de verenigbaarheid van het wetsontwerp met het Verdrag in vraag stelde en een afzonderlijk schrijven aan de Nederlandse regering aankondigde ten einde haar bezwaren te verduidelijken. [30] De PTT had er dan ook voor kunnen kiezen om, afzonderlijk van de Nederlandse regering, een eigen standpunt aan de Commissie over te maken, waarmee de Commissie dan wel degelijk rekening had moeten houden. Maar in de huidige stand van het gemeenschaps-

28 — Dit werd uitdrukkelijk bevestigd in het arrest van 19 maart 1991, reeds aangehaald in voetnoot 18, r. o. 24 en 55, waarin werd onderstreept dat artikel 90 de Commissie enkel toezichthoudende bevoegdheden verleent ten aanzien van statelijke maatregelen, en dat tegen mededingingsbeperkende handelingen die ondernemingen uit eigen beweging stellen, enkel kan worden opgetreden door middel van beschikkingen op basis van de artikelen 85 en 86.

29 — Voor openbare bedrijven spreekt dit vanzelf; dit geldt ook voor bedrijven met exclusieve of bijzondere rechten, die door artikel 90 op één lijn worden gesteld met openbare bedrijven omdat de hen van overheidswege verleende (maar bij hypothese ook intrekbare) geprivilegieerde status hen bijzonder afhankelijk maakt van de overheid. Zie het arrest van 6 juli 1982, gevoegde zaken 188/80 tot 190/80, Frankrijk, Italië en Verenigd Koninkrijk/Commissie, Jurispr. 1982, blz. 2545, r. o. 12.

30 — Het gaat hier om de telex van 29 november 1988, waarover zo dadelijk meer.

recht kan men de Commissie er geen verwijt van maken dat zij de PTT niet op eigen initiatief om het overmaken van dergelijk standpunt heeft verzocht.

15. De *Nederlandse regering* meent dat haar procedurele rechten met voeten zijn getreden omdat de Commissie haar onvoldoende zou hebben gehoord. Meer bepaald maakt zij er bezwaar tegen dat de Commissie na een brief van de regering van 16 januari 1989 zonder verder contact de beschikking heeft getroffen; zij houdt staande dat er van een werkelijke (mondelinge dan wel schriftelijke) gedachtenwisseling tussen de Commissie en haarzelf, geen sprake is geweest. Verder acht de regering het bezwaarlijk dat de Commissie na het ontvangen van haar brief van 16 januari 1989 nog contact heeft gehad met een aantal koeriersorganisaties, zonder de conclusies uit dit onderhoud aan haar mee te delen.

16. De beoordeling van dit middel dient nauw aan te sluiten bij het verloop van de procedure die aan het treffen van de aangevochten beschikking is voorafgegaan. Op basis van de in het dossier aanwezige stukken kan dat verloop als volgt worden geschetst.

De Commissie heeft op 5 oktober 1988 informeel overleg gevoerd met vertegenwoordigers van de PTT over de ontwerp-Postwet; niet betwist is dat dit overleg eveneens handelde over de juridische situatie van koeriersondernemingen in Nederland. Aansluitend op dit overleg richtte de Commissie op 7 november 1988 een brief aan de PTT waarin zij met betrekking tot artikel 12, lid 2, van het wetsontwerp (en meer in het bijzonder met betrekking tot de voorgenomen minimumprijsregeling voor koeriersdiensten) het standpunt innam dat deze bepaling „in strijd (lijkt) met het EG-Verdrag". [31] In deze brief kondigde zij ook aan dat zij „in een aparte brief aan de Nederlandse regering officieel haar bedenkingen zal mededelen omtrent deze bepalingen". Deze aparte brief nam de vorm aan van een telex van 29 november 1988. [32] In deze telex wordt de Nederlandse regering gemeld dat de diensten van de Commissie „uit een eerste onderzoek" van oordeel zijn dat de artikelen 2 en 12 van de ontwerp-Postwet onverenigbaar zijn met artikel 90 van het EEG-Verdrag, gelezen in samenhang met de artikelen 30, 59, 85 en 86 van het Verdrag, op grond van de omstandigheid dat de ontwerp-Postwet het verrichten van koeriersdiensten

„(zal) onderwerpen aan beperkende voorwaarden, die de betrokken (koeriers)maatschappijen sterk benadelen tegenover de koeriersdienst van de PTT (EMS), en hen verhinderen bepaalde van hun diensten verder te verlenen, namelijk deze waarvoor een vergoeding gevraagd werd lager dan het bij verordening vastgelegd minimum.

De voorwaarde in artikel 12, sectie 2, sub a, biedt de internationale koeriersdiensten geen enkele rechtszekerheid.

De voorwaarde sub b, [33] van dezelfde bepaling, maakt prijsconcurrentie in vele gevallen onmogelijk en heeft hetzelfde effect als

31 — Zie bijlage 6 bij het verzoekschrift van de Nederlandse regering in zaak C-48/90.

32 — Zie bijlage 3 bij het verzoekschrift van de Nederlandse regering in zaak C-48/90.

33 — In de definitieve versie van de Postwet werd de minimumprijsregeling ondergebracht in artikel 12, lid 2, sub a, punt 2.

een door het verdragsrecht verboden prijsovereenkomst."

Verder wordt in de telex een standpunt ingenomen in verband met de eventuele toepasselijkheid van artikel 90, lid 2: op basis van de beschikbare feitelijke elementen stelde de Commissie dat de uit spoedbestellingen behaalde inkomsten slechts van ondergeschikt belang zijn voor de PTT, en dat de toepassing van de mededingingsregels haar bijgevolg niet verhindert de haar toegewezen taken te volbrengen. De telex eindigt met een verzoek aan de Nederlandse regering om haar standpunt kenbaar te maken en met de melding dat, indien de in de telex vermelde elementen bevestigd zouden worden, de Commissie aanleiding zou kunnen zien om een beschikking ex artikel 90, lid 3, te nemen.

Op deze telex antwoordde de Nederlandse regering bij brief van 16 januari 1989. Na ontvangst van deze brief voerde de Commissie overleg met een aantal koeriersorganisaties over het antwoord van de Nederlandse regering en over „de voorzienbare effecten van de (...) bepalingen van de nieuwe Postwet op de activiteiten van de direct betrokken (koeriers)ondernemingen". [34] Vervolgens werd, zonder verder overleg met de Nederlandse regering, op 20 december 1989 de aangevochten beschikking vastgesteld.

17. Gelet op het voorgaande en meer bepaald op de inhoud van de Commissietelex en op het latere overleg tussen de Commissie en de koeriersorganisaties acht ik het middel van de Nederlandse regering gegrond.

De telex van de Commissie vind ik juridisch te weinig onderbouwd om te kunnen doorgaan als een document dat de Nederlandse regering terdege inlicht over de overwegingen die de Commissie er uiteindelijk hebben toe gebracht de Postwet in de aangevochten beschikking onverenigbaar te verklaren met het gemeenschapsrecht. In dit verband wijs ik erop dat de onverenigbaarverklaring van de Postwet *in de aangevochten beschikking* uitsluitend gebaseerd is op het argument dat de Postwet in strijd is met artikel 90, lid 1, gelezen in samenhang met artikel 86 (en niet langer in samenhang met de in de telex ook genoemde artikelen 30, 59 en 85). Daartoe wordt in de bestreden beschikking gewezen op de omstandigheid dat de PTT op de markt voor basispostdiensten over een machtspositie beschikt, en dat de Postwet tot gevolg heeft i) dat deze machtspositie uitgebreid wordt tot de markt voor koeriersdiensten, met de kans dat alle mededinging op die markt wordt uitgeschakeld, ii) dat aan de consumenten van koeriersdiensten onbillijke prijzen en voorwaarden worden opgelegd en iii) dat het aanbod op de markt voor koeriersdiensten wordt beperkt. Van deze redenering is *in de telex van 29 november 1988* geen spoor terug te vinden. Dat de ontwerp-Postwet inbreuk zou maken op artikel 90 in samenhang met artikel 86 wordt in de telex wel gesuggereerd maar geenszins juridisch gemotiveerd. De enige juridische overweging in verband met de toepassing van de mededingingsbepalingen van het Verdrag (namelijk dat het minimumtarief „hetzelfde effect [heeft] als een door het verdragsrecht verboden prijsovereenkomst") slaat op de gelding van artikel 85 en niet van artikel 86.

34 — Zie de dupliek van de Commissie in zaak C-48/90, nr. 32 op blz. 19.

Het ontbreken van enige argumentatie op dit punt acht ik des te ernstiger daar de aangevochten beschikking (zoals de Commissie zelf volmondig beaamt) geen routinematige toepassing maakt van de mededingingsregels maar integendeel een nieuwe stap zet in de toepassing van artikel 90, in samenhang met artikel 86, een stap die gebaseerd is op een toepassing bij analogie van het arrest Telemarketing [35], dat in de telex niet eens wordt vermeld. Al bij al moet dus worden vastgesteld dat de juridische argumentatie waarop de aangevochten beschikking berust, werd uitgebouwd *na* het versturen van de bewuste telex, met andere woorden dat de Nederlandse regering geen eerlijke kans werd geboden om met betrekking tot die argumentatie stelling te nemen. De vermelding in de aanhef van de beschikking volgens dewelke de Nederlandse regering „in de gelegenheid [werd] gesteld haar standpunt kenbaar te maken ten aanzien van de punten van bezwaar van de Commissie ten opzichte van de artikelen 2 en 12 van de ontwerp-Postwet" acht ik daarom misplaatst. Symptomatisch is overigens dat de Commissie in haar dupliek ontkent dat zij de telex van 29 november als punten van bezwaar heeft gekwalificeerd [36], waarbij zij echter in gebreke blijft aan te duiden in welk document zij dan wèl haar punten van bezwaar zou hebben meegedeeld.

18. Ook het na de brief van de Nederlandse regering van 16 januari 1989 tussen de Commissie en de koeriersorganisaties gevoerde overleg geeft te denken. De Commissie geeft zelf toe dat dit overleg onder meer betrekking had op de effecten van de nieuwe Postwet op het verrichten van koeriersactiviteiten in Nederland, en dat de koeriersorganisaties in dat kader de gelegenheid werd geboden commentaar te leveren op de brief van de Nederlandse regering. In die omstandigheden kan niet ernstig worden betwist dat het beginsel *audi alteram partem* de Commissie verplichtte om hetzij de Nederlandse regering bij dit overleg te betrekken, hetzij de regering op zijn minst in kennis te stellen van de besluiten die zij uit dit overleg trok met betrekking tot de verenigbaarheid van de nieuwe Postwet met het Verdrag. Tussen de datum van de reactie van de Nederlandse regering op de telex van 29 november 1988 (16 januari 1989) en de datum van de aangevochten beschikking (20 december 1989), beschikte de Commissie over voldoende tijd voor dergelijk overleg. Dat het overleg, zoals de Commissie betoogt, enkel betrekking kon hebben op voor het publiek toegankelijke stukken, maakt in dit opzicht geen verschil.

19. Het voorgaande leidt tot het besluit i) dat de rechten van de Nederlandse regering in twee opzichten werden geschonden: door de afwezigheid van een mededeling waarin de bezwaren van de Commissie op juridisch voldoende gefundeerde wijze worden uiteengezet èn door de miskenning van het beginsel *audi alteram partem,* en ii) dat die schending de Nederlandse regering heeft beroofd van de gelegenheid om haar standpunt met kennis van zaken te bepalen en te verdedigen. Ik meen dan ook dat er sprake is van een schending van wezenlijke vormvoorschriften, zodat de beschikking van de Commissie op deze grond moet worden vernietigd. Voor het geval het Hof evenwel van mening zou zijn dat de Commissie de rechten der verdediging van de Nederlandse regering wèl heeft geëerbiedigd, dien ik hierna de andere door de verzoekende partijen aangevoerde middelen te behandelen.

35 — Arrest van 3 oktober 1985, zaak 311/84, CBEM, Jurispr. 1985, blz. 3261.

36 — Zie nr. 32 in fine van haar dupliek in zaak C-48/90.

3. *Grieven met betrekking tot de motivering van de aangevochten beschikking*

20. De door de Nederlandse regering en PTT Post BV onder dit middel naar voren gebrachte grieven kunnen onder vier onderdelen worden gegroepeerd:

i) *terminologie*: de beschikking is onvoldoende gemotiveerd of zelfs onbegrijpelijk omdat de Commissie essentiële begrippen verwart; de „rectificaties" van 2 februari 1990 kunnen hier niet aan verhelpen, want zij vormen inhoudelijke wijzigingen van de aangevochten beschikking;

ii) de beschikking is *onbegrijpelijk* omdat zij het vereiste inzicht mist in de betrokken voorschriften en diensten;

iii) de beschikking mist *feitelijke grondslag*, want zij gaat van onjuiste feitelijke gegevens uit;

iv) het *dispositief* is te ruim want het wordt niet gedragen door de overwegingen van de beschikking; bovendien is het te vaag, want het verduidelijkt niet hoe de Nederlandse regering aan haar verdragsverplichtingen moet voldoen.

Bij de beoordeling van deze grieven dient te worden uitgegaan van de vaste rechtspraak van het Hof, volgens dewelke de door artikel 190 van het Verdrag opgelegde verplichting om een gemeenschapshandeling te motiveren, ten doel heeft, enerzijds, betrokkenen in staat te stellen te beoordelen of de handeling een gebrek vertoont op grond waarvan haar wettigheid kan worden betwist en, anderzijds, rechterlijke toetsing mogelijk te maken. Daarom moet de redenering van de instelling die de handeling heeft genomen, duidelijk en ondubbelzinnig tot uiting komen, zodat de betrokkenen en het Hof zich kunnen vergewissen van de redenen welke tot het nemen van de maatregel hebben geleid. [37]

Mijn uiteenzetting in dit verband zal lang zijn omdat de aangevoerde middelen een gedetailleerd en soms specieus onderzoek noodzakelijk maken. Als dit gebruikelijk zou zijn, zou ik tot en met nr. 34, grote delen van mijn uiteenzetting in (soms heel) kleine tekst weergeven.

a) De in de beschikking gebruikte terminologie en de rectificaties

21. Volgens de Nederlandse regering en PTT Post BV is de motivering van de aangevochten beschikking onbegrijpelijk omdat zij de centrale begrippen basispostdienst, expressepost (of spoedbesteldienst) en koeriersdienst op onjuiste en/of dubbelzinnige wijze gebruikt. Naar hun mening blijkt dit vooral maar niet uitsluitend uit de omstandigheid dat de Commissie enige tijd na het treffen van de aangevochten beschikking een aantal „rectificaties" op deze beschikking heeft gepubliceerd. [38] Deze „rectificaties", die enkel in de Nederlandse versie van het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen* werden bekendgemaakt, werden

37 — Zie bij voorbeeld de arresten van 30 september 1982, zaak 108/81, Amylum, Jurispr. 1982, blz. 3107, r. o. 19, en 14 juli 1983, zaak 176/82, Nebe, Jurispr. 1983, blz. 2475, r. o. 21.

38 — De rectificaties werden gepubliceerd in het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen*, 2 februari 1990, blz. 46.

niet (dat was overigens ook niet de bedoeling van de Commissie) in de vorm van een beschikking uitgevaardigd. Wanneer deze rectificaties derhalve (zoals de Nederlandse regering en PTT Post BV staande houden) inhoudelijke wijzigingen aan de aangevochten beschikking aanbrengen, dan mag met die wijzigingen geen rekening worden gehouden bij het beslechten van de vraag of de beschikking op afdoende wijze gemotiveerd is.[39] De Nederlandse regering heeft zelfs uitdrukkelijk om de nietigverklaring van deze rectificaties verzocht, omdat het naar haar mening zou gaan om een nieuwe beschikking van de Commissie, die zou zijn getroffen zonder dat daarbij de vereiste procedurevoorschriften in acht werden genomen.

22. Laat ik dadelijk zeggen dat de argumentatie van verzoekende partijen in verband met de inhoudelijke weerslag van de rectificaties op de aangevochten beschikking mij in haar algemeenheid niet overtuigt. Mijns inziens moet in casu onderscheid worden gemaakt tussen drie soorten rectificaties. Een *eerste* soort rectificaties bestaat in evidente verduidelijkingen of correcties van taalfouten — dit is het geval voor de twee laatste rectificaties, met name de vervanging van de uitdrukking „De artikelen 2 en 12"[40] door „De bepalingen van de artikelen 2 en 12" en de correctie van „opgelegt" in „opgelegd" — die uiteraard geen manco's in de motivering van de beschikking blootleggen.

23. Een *tweede* soort rectificaties strekt ertoe meer uniformiteit te brengen in de in de beschikking gebruikte terminologie (met name het vervangen van „expressepost" door „koeriersdiensten" respectievelijk „koeriersdienst" in de elfde en zeventiende overweging) of de gebruikte terminologie te corrigeren (zie de derde overweging, waar „expressepost" wordt vervangen door „koeriersdienst", en de negende overweging, waar de uitdrukking „de verzending van expressebrieven" wordt vervangen door „de versnelde verzending van brieven door koeriersdiensten").

Anders dan de Nederlandse regering meent, brengen deze rectificaties evenmin inhoudelijke wijzigingen van de aangevochten beschikking mee. De door middel van deze rectificaties aangebrachte terminologische verduidelijkingen respectievelijk correcties bevestigen slechts wat reeds uit de context van de beschikking blijkt. Overigens mag in dit verband niet uit het oog worden verloren dat de betekenis en de onderlinge afgrenzing van de begrippen „expressepost" (of „expressevervoer" of nog „expressedienst"), „spoedbesteldienst" en „koeriersdienst" helemaal niet zo duidelijk is, en dat dit nog meer zo was ten tijde van het treffen van de aangevochten beschikking. De reden daarvan is dat het om begrippen gaat die verwijzen naar diensten waarvan sommige slechts onlangs tot ontwikkeling zijn gekomen en die vaak gekenmerkt worden door een voortdurende en snelle ontwikkeling, zodat zij niet altijd eenvoudig van elkaar te onderscheiden zijn. De benamingen die worden gebruikt om deze diensten aan te duiden zijn dan ook verre van vaststaand. Dat geldt in het bijzonder voor de termen „expressepost", „expressevervoer" en „expressedienst" enerzijds en „koeriersdienst" ander-

39 — Arrest van 23 februari 1988, zaak 131/86, Verenigd Koninkrijk/Raad, Jurispr. 1988, blz. 905, r. o. 31-39.

40 — Niet betwist is dat deze wijziging werd aangebracht op verzoek van de Nederlandse regering, die verduidelijkt wilde zien dat *niet alle* bepalingen van de artikelen 2 en 12 van de Postwet van 1988 door de onverenigbaarverklaring werden geraakt.

zijds. Eerstgenoemde termen zijn namelijk dubbelzinnig, omdat zij als synoniemen worden gebruikt zowel voor „spoedbesteldienst" (dat wil zeggen de dienst van versneld vervoer die wordt aangeboden in het kader van de basispostdienst) als voor „koeriersdienst" (dat wil zeggen de — veelvuldige en verscheidene — diensten inzake versneld en geïndividualiseerd vervoer van brieven die eerst alleen door particuliere ondernemingen en later ook door de PTT werden aangeboden). Juist omwille van deze dubbelzinnigheid heeft PTT Post BV er trouwens voor gekozen om in zijn memories helemaal geen gebruik te maken van de term „expressepost". Nochtans gebruikt zij deze laatste term wel degelijk in de praktijk, met name om haar eigen spoedbesteldienst aan te duiden, zoals blijkt uit de fotokopie van de enveloppe die de Commissie als bijlage II bij haar verweerschrift in zaak C-66/90 heeft gevoegd.[41] Bovendien heeft de Commissie erop gewezen[42], zonder op dit punt door de PTT te worden weersproken, dat de PTT in december 1989 (dat wil zeggen vlak vóór het treffen van de beschikking), aankondigde koeriersdiensten te gaan verrichten zowel onder de benaming „EMS Express" als onder de benaming „EMS Courier".[43] Ik ben dan ook van mening dat de dubbelzinnigheid als gevolg van het door elkaar gebruiken van de termen expressepost, spoedbesteldienst en koeriersdienst, in deze zaak niet aan de Commissie kan worden verweten, en dat de rectificaties die ertoe strekken een duidelijker onderscheid te maken tussen expressepost (in de zin van spoedbesteldienst) en koeriersdienst, geen inhoudelijke wijzigingen aan de aangevochten beschikking aanbrengen.

Bovendien — en hier gaat het per slot van rekening om — geen van de uitdrukkingen die worden gecorrigeerd door de tweede soort rectificaties zijn van aard om de motivering van de beschikking onbegrijpelijk te maken. Uit de context wordt immers telkens duidelijk dat de term expressepost verwijst naar koeriersdiensten en niet naar spoedbesteldiensten. De rectificaties hebben met andere woorden enkel verduidelijkt wat reeds uit de context van de beschikking zelf kon worden afgeleid.

24. Blijft nog een *derde* soort rectificatie, namelijk de rectificatie van de vierde overweging, tweede regel, waar het woord „spoedbestelling" wordt vervangen door „koeriersdienst". Het is duidelijk dat de oorspronkelijke tekst van de beschikking een terminologische vergissing bevat, die ditmaal geen verzachtende omstandigheid vindt in de verwarring die bestaat tussen de uitdrukkingen expressepost en koeriersdienst. Maar daartegenover staat dat niet ernstig kan worden volgehouden, zo komt het mij voor, dat deze terminologische vergissing de motivering van de beschikking onbegrijpelijk maakt. De vergissing komt immers voor in de eerste zin van de *vierde* overweging van de beschikking, die een verdere uitwerking vormt (cf. het gebruik van

41 — Ook in de „officiële" terminologie van de Wereldpostunie worden de begrippen spoedbesteldienst en expressepost door elkaar gebruikt, zoals PTT Post BV in haar repliek in zaak C-66/90 zelf opmerkt.

42 — Zie het einde van nr. 30 van het verweerschrift in zaak C-66/90.

43 — In voetnoot 24 van de repliek in zaak C-66/90 houdt de PTT weliswaar staande dat de daadwerkelijke *oprichting* van deze „snelle diensten" eerst op 1 juni 1990, met andere woorden ná het treffen van de beschikking, plaatsvond. Zij ontkent evenwel niet dat aan deze oprichting reeds in december 1989 ruchtbaarheid werd gegeven.

het woord „eveneens") van het onderscheid dat onmiddellijk daarvoor in de *derde* overweging van de beschikking wordt gemaakt tussen de basispostdienst en de koeriersdienst. Hoewel de terminologische vergissing van de Commissie beslist te betreuren is, vormt zij — gezien de context — geen hinderpaal voor de begrijpelijkheid van de motivering van de aangevochten beschikking op dit punt.

Het voorgaande brengt mij tot het besluit dat, anders dan de Nederlandse regering en PTT Post BV voorhouden, de rectificaties niet aantonen dat de motivering van de aangevochten beschikking onvoldoende duidelijk of zelfs onbegrijpelijk is. Veeleer ben ik tot het besluit gekomen dat de bewuste rectificaties te beschouwen zijn *ofwel* als evidente grammaticale respectievelijk stilistische correcties, *ofwel* als terminologische verduidelijkingen die verhelpen aan begripsonzekerheden die niet aan de Commissie kunnen worden toegeschreven, *ofwel* als correcties van terminologische vergissingen, en dat geen van deze rectificaties in de weg staan aan de begrijpelijkheid van de motivering van de aangevochten beschikking. Voor de beoordeling van de aangevochten beschikking is het dus niet van groot belang of met de bewuste rectificaties rekening mag worden gehouden. Voor wat betreft het afzonderlijke verzoek van de Nederlandse regering om nietigverklaring van de rectificaties: dat verzoek lijkt mij slechts gegrond in zoverre het betrekking heeft op de derde soort rectificatie, met name de vervanging in de vierde overweging van het woord spoedbestelling door het woord koeriersdienst. Alle andere rectificaties kunnen mijns inziens niet worden geacht een materiële wijziging van de inhoud van de beschikking met zich mee te brengen.

25. Verzoekende partijen houden voorts staande dat de motivering van de beschikking onbegrijpelijk is als gevolg van een aantal begripsverwarringen die de Commissie *niet* gerectificeerd heeft.

Het blijkt daarbij evenwel telkens te gaan om het gebruik van de termen „expressepost" of „expressedienst" om te verwijzen *ofwel* naar koeriersdiensten (zie de vierde, veertiende en vijftiende overweging en artikel 1 van de beschikking), *ofwel* naar de door de PTT op het moment van de beschikking aangeboden „EMS"-dienst, die (toentertijd) in zekere mate maar niet ten volle kon worden vergeleken met de door particuliere ondernemingen aangeboden koeriersdiensten (zie de vijfde, zesde, veertiende en zeventiende overweging van de beschikking). Ik kan dus volstaan met te herhalen wat ik hiervoor (nr. 23) reeds stelde: gezien de uitdrukkingen expressepost respectievelijk expressedienst ook worden gebruikt om te verwijzen naar koeriersdiensten, kan het gebruik ervan niet als een terminologische vergissing worden bestempeld. Evenmin, zo komt het mij voor, maakt het gebruik van deze termen de motivering van de aangevochten beschikking onbegrijpelijk. Het eerste onderdeel van het derde middel moet dus worden verworpen.

b) Gebrek aan inzicht in de betrokken voorschriften en diensten ?

26. Vooral PTT Post BV heeft op dit punt kritiek geuit op de aangevochten beschikking. Haar betoog komt evenwel niet zeer overtuigend over. Zo wordt de Commissie verweten dat zij in de aangevochten be-

schikking PTT Post BV (in plaats van haar moedervennootschap, de Koninklijke PTT Nederland NV) als houder van de exclusieve concessie voor brievenvervoer heeft aangeduid en dat zij ten onrechte stelt dat het maximumtarief voor de verplichte vervoerdiensten van de PTT 4,50 HFL bedraagt in plaats van 14 HFL, het maximumtarief voor de spoedbestelling van een brief naar een andere Lid-Staat van de Gemeenschap. Ik geloof niet, dat dergelijke detailvergissingen de motivering van de aangevochten beschikking ondeugdelijk of onbegrijpelijk maken.

27. Meer fundamenteel beweert de PTT nog dat de beschikking ondeugdelijk gemotiveerd is i) omdat de Commissie de ratio van de minimumprijsregeling voor koeriersdiensten zou hebben misverstaan en ii) omdat de Commissie in haar analyse geen rekening zou hebben gehouden met de omstandigheid dat koeriersondernemingen meer en meer diensten zijn gaan ontwikkelen die in rechtstreekse concurrentie staan met de door de PTT in het kader van haar wettelijke vervoersplicht aangeboden diensten.

Ten aanzien van de toepassing van artikel 190 van het Verdrag lijkt deze kritiek niet zeer pertinent. Zij strekt er namelijk niet toe, aan te tonen dat de motivering van de bestreden handeling dubbelzinnig, onduidelijk of onbegrijpelijk is. Het verwijt in verband met de ratio van de minimumprijsregeling is in feite nauw verbonden met de grond van de zaak: het gaat erom of de Commissie in de aangevochten beschikking terecht heeft geoordeeld dat de minimumprijsregeling niet noodzakelijk is voor de instandhouding van de basispostdienst.[44] Dit punt komt hierna (nrs. 48-52) aan de orde. Het verwijt in verband met de uitbreiding van het dienstenpakket van de koeriersondernemingen strekt er in feite toe te stellen, dat de Commissie een essentieel feitelijk element niet in haar beoordeling heeft betrokken, zodat die beoordeling onjuist zou zijn. Ook hier gaat het wel beschouwd niet zozeer om een procedurele onregelmatigheid, maar wel om een bezwaar ten gronde, dat betrekking heeft op beweerde tekortkomingen inzake het onderzoek van de feiten (namelijk de concurrentiële verhouding tussen PTT Post BV en de particuliere koeriersdiensten) en de daarop gebaseerde juridische conclusies. Dit bezwaar dient in het kader van de door verzoeksters aangevoerde middelen ten gronde te worden onderzocht.[45]

c) Mist de beschikking feitelijke grondslag ?

28. In dit onderdeel van het derde middel gaat het om het betoog van de verzoekende partijen dat de aangevochten beschikking feitelijke grondslag mist, omdat zij ten onrechte aanneemt dat de voorwaarden die in de Postwet van 1988 worden gesteld ten aanzien van het verrichten van koeriersdiensten op, van of naar het Nederlandse grondgebied (hiervoor, nr. 3), niet op PTT Post BV van toepassing zijn wanneer deze onderneming koeriersdiensten aanbiedt.

Ik wil er meteen de nadruk op leggen dat het hier om een punt gaat dat van essentieel belang is voor de beslechting van voorliggende zaken. De niet-onderworpenheid van de PTT (en met andere woorden de discriminatie ten nadele van de particuliere koe-

44 — Zie de zeventiende en achttiende overweging van de beschikking.

45 — Arrest van 3 juli 1991, zaak C-62/86, AKZO, Jurispr. 1991, blz. I-3359, r. o. 25 en 26.

riersondernemingen), vormt immers de basis voor het oordeel van de Commissie dat er sprake is van drie soorten van misbruik in de zin van artikel 86 van het Verdrag.[46] Met andere woorden, indien het Hof zou oordelen dat de Commissie ten onrechte is uitgegaan van de niet-onderworpenheid van de PTT, dan vervalt meteen ook een onmisbare feitelijke grondslag voor de juridische beoordeling van de beschikking, zodat het beroep tot nietigverklaring zou moeten worden toegewezen.

29. Voorts wijs ik erop dat het hier *niet* gaat om de (objectief) juiste interpretatie van de betrokken Nederlandse wetgeving, iets waarover uiteindelijk alleen een nationale rechter uitsluitsel kan geven. Veeleer dient het Hof na te gaan of de Commissie, op het ogenblik waarop zij de aangevochten beschikking trof, *er in redelijkheid mocht van uitgaan* dat de drie door de wet gestelde voorwaarden niet op de PTT van toepassing waren.[47] Welnu, gelet op de bewoordingen van de Postwet van 1988 en de ten tijde van de aangevochten beschikking bestaande feitelijke situatie, komt het mij voor dat het standpunt van de Commissie aannemelijk was.

De voornaamste aanduiding in dit verband is dat de Postwet, blijkens haar stelsel en haar bewoordingen, er op gericht is *twee* onderscheiden juridische regimes in te voeren, namelijk een regime voor „de houder van de concessie" (dat wil zeggen PTT Nederland NV respectievelijk PTT Post BV[48]) enerzijds en een regime voor „anderen dan de houder van de concessie" anderzijds. Dit verschil in „juridisch statuut" komt in het bijzonder tot uiting in artikel 12, lid 2, sub a, van de Postwet waarin het aan „anderen dan de houder van de concessie" verboden wordt brieven tot 500 gram te vervoeren, tenzij aan de drie reeds genoemde voorwaarden (kwaliteitsvoorwaarde, minimumprijsregeling en registratievoorwaarde) wordt voldaan.[49]

Het komt ook tot uiting in artikel 12, lid 2, sub b en d, waar verdere uitzonderingen op het brievenmonopolie worden gemaakt ten behoeve van brieven die „worden vervoerd in opdracht van de houder van de concessie" of „kennelijk bestemd zijn om te worden vervoerd door de houder van de concessie, dan wel te worden afgeleverd na vervoer door de houder van de concessie" (waarbij de term „vervoer" evengoed lijkt te verwijzen naar normaal als naar versneld vervoer).

De interpretatie van verzoeksters veronderstelt dat de uitdrukking „anderen dan de

46 — Zie de samenvatting van de aangevochten beschikking, hiervoor nr. 4. Of de discriminatie van de particuliere koeriersdiensten inderdaad tot een misbruik van machtspositie van PTT Post BV leidt, komt uitgebreid ter sprake in nrs. 41-46 hierna.

47 — Zie het arrest van 7 februari 1979, gevoegde zaken 15/76 en 16/76, Frankrijk/Commissie, Jurispr. 1979, blz. 321. Het is uiteraard niet uitgesloten dat, had de Commissie de Nederlandse regering behoorlijk de gelegenheid geboden haar standpunt kenbaar te maken zowel in verband met de bezwaren die zij later gegrond achtte ten aanzien van de Postwet van 1988 als in verband met de opmerkingen die de particuliere koeriersdiensten formuleerden over de antwoordbrief van de Nederlandse regering van 16 januari 1989, de Commissie uiteindelijk tot een ander besluit zou zijn gekomen met betrekking tot de onderworpenheid van PTT Post BV aan de door de Postwet van 1988 gestelde voorwaarden. Aangezien ik hiervoor (nr. 19) evenwel tot het besluit ben gekomen dat de schending van de rechten der verdediging van de Nederlandse regering gelijkstond met een schending van wezenlijke vormvoorschriften, hoef ik niet na te gaan of deze schending in concreto ook nadelige gevolgen heeft gehad voor de rechtspositie van de Nederlandse regering. In dit onderdeel van mijn conclusie, dat zoals gezegd in subsidiaire orde geldt, onderzoek ik de argumenten in verband met de feitelijke onderworpenheid van PTT Post BV aan de door de Postwet van 1988 gestelde voorwaarden in de veronderstelling dat de Commissie geen wezenlijke vormvoorschriften schond en *dus niet verplicht was* een verdere dialoog met de Nederlandse regering aan te gaan. Met andere woorden, het in de tekst genoemde redelijkheidsoordeel betreft de houding van de Commissie met inachtneming van de haar daadwerkelijk ter beschikking staande informatie.

48 — De exclusieve concessie werd verleend aan PTT Nederland NV; deze vennootschap heeft voor de uitvoering van de openbare postale dienstverlening een speciale dochtermaatschappij, PTT Post BV, opgericht.

49 — Overtreding van deze regel wordt strafbaar gesteld door artikel 17, lid 1, van de Postwet.

houder van de concessie" eveneens verwijst naar PTT Post BV wanneer deze onderneming koeriersdiensten verricht. Dat is evenwel een interpretatie die moeilijk te rijmen valt met het stelsel en de bewoordingen van de Postwet, aangezien de PTT ten tijde van de uitvaardiging van de wet (26 oktober 1988) geen koeriersdiensten aanbood via een afzonderlijke en duidelijk van haar te onderscheiden onderneming (bij voorbeeld een afzonderlijk geïncorporeerde en bestuurde rechtspersoon): de versnelde vervoerdiensten die de PTT aanbood tegen het einde van 1988 waren volledig in de PTT zelf geïntegreerd en maakten gebruik van de infrastructuur (postkantoren, bestelwagens, enzovoort), de faciliteiten (vrijstelling van omzetbelasting voor het behandelen van zendingen binnen Nederland) en de handelsnaam van de PTT.

30. Daarenboven vindt de opvatting van de Commissie verdere steun in de formulering van de kwaliteitsvoorwaarde in artikel 12, lid 2, sub a, punt 1, van de Postwet, waarin koeriersondernemingen verplicht worden een dienst te verlenen „die het niveau van dienstverlening ten aanzien van het normale versnelde vervoer dat door de houder van de concessie voor een ieder in het gehele land wordt aangeboden (...) in betekenende mate te boven gaat". Zelfs wanneer men zou aanvaarden, in strijd met het in het voorgaande nummer gestelde, dat deze voorwaarde mede van toepassing is op door PTT Post BV aangeboden koeriersdiensten, dan zou zulke interpretatie aanleiding geven tot quasi onoplosbare toepassingsproblemen: voor elke door de PTT verleende „snelle" vervoerdienst (en ten tijde van de beschikking waren er ten minste drie zulke diensten aangekondigd of zelfs operationeel, namelijk EMS Express, EMS Time Net en EMS Courier), zou men dan immers moeten uitmaken of deze dienst te beschouwen is als een (onder de exclusieve concessie komende en dus niet aan de voorwaarde onderworpen) spoedbesteldienst of als een koeriersdienst in de ware zin van het woord. Eén enkel voorbeeld ter illustratie: niet betwist is dat de PTT tot in juni 1990 een spoedbesteldienst *met afhaalservice* aanbood. Het ligt voor de hand dergelijke dienst, vanwege de bijkomende service, met een koeriersdienst gelijk te stellen. Maar dan blijkt dat deze dienst niet voldoet aan de kwaliteitsvereiste en met name niet aan de vereiste van „lokaliseerbaarheid tijdens het vervoer", gezien de spoedbesteldienst-cum-afhaalservice niet werd verricht met behulp van een zogenaamd „tracking and tracing"-systeem. Zulk „tracking and tracing"-systeem werd, zoals de PTT zelf aangeeft[50], slechts met ingang van 1 juni 1990 in werking gesteld, zodat ook de andere ten tijde van de beschikking bestaande snelle diensten van de PTT (onder meer EMS „oude stijl") niet voldeden aan de kwaliteitsvoorwaarde.[51] In december 1989 lag het voor de Commissie dan ook voor de hand uit deze situatie het besluit te trekken dat de snelle diensten van PTT Post BV eenvoudig niet onderworpen waren aan de kwaliteitsvoorwaarde.

50 — Zie voetnoot 24 en de begeleidende tekst van de repliek van de PTT in zaak C-66/90.

51 — De interveniërende partijen NVIK en NOB hebben bovendien een aantal stukken overgelegd die suggereren dat de PTT zich ten tijde van de beschikking in het kader van haar snelle diensten niet aan de minimumprijsregeling hield (zie met name bijlagen 21 en 24 van hun opmerkingen). De PTT heeft dit met nadruk bestreden. Ik acht het niet nodig de (feitelijke) knoop op dit punt door te hakken, daar de niet-onderworpenheid van de PTT reeds voldoende duidelijk blijkt uit de (niet-)naleving van de kwaliteitsvoorwaarde door de snelle diensten van de PTT.

31. Het enige wat in de richting van de stelling van verzoeksters wijst is een „nota van toelichting" bij het Besluit minimumtarieven koeriersdiensten [52] en een passage uit de voorbereidende werken van de wet [53]. Maar de voorbereidende werken zijn verre van eenduidig. Zo heeft de gemachtigde van de interveniërende partijen NOB en NVIK er ter terechtzitting op gewezen dat de minister van Verkeer en Waterstaat tijdens de parlementaire behandeling had voorgesteld om in artikel 13 van de wet een systeem van individuele ontheffingen van de exclusieve concessie voor particuliere koeriersdiensten op te zetten. Pas op het einde van de parlementaire behandeling werd dit systeem omgevormd tot een generieke uitzondering en opgenomen in artikel 12, lid 2, met andere woorden de wordingsgeschiedenis van artikel 12, lid 2, suggereert bepaald niet dat deze uitzonderingen eveneens zouden zijn ontworpen voor koeriersdiensten die de PTT eventueel zelf verricht. Bovendien en vooral mocht de Commissie er van uitgaan dat de voorbereidende werken geen interpretatie contra legem kunnen rechtvaardigen. Tekenend is overigens dat de Nederlandse regering, zoals zij aangeeft in haar repliek in zaak C-48/90, „naar aanleiding van gerezen vragen" een wetsontwerp tot wijziging van de Postwet zal indienen bij de Nederlandse Staten-Generaal „ten einde omtrent de gebondenheid van PTT ter zake ieder verder misverstand uit te sluiten".

Ik kom dan ook tot het besluit dat de Commissie er in de aangevochten beschikking redelijkerwijze kon van uitgaan dat PTT Post BV niet was onderworpen aan de voorwaarden die de Postwet van 1988 stelt voor wat betreft het verrichten van koeriersdiensten op, van of naar het Nederlandse grondgebied. Dit betekent dat ik hierna (nrs. 35 en volgende) de *gegrondheid* van de beschikking moet beoordelen vanuit de veronderstelling dat er inderdaad sprake was van een discriminatie van de particuliere koeriersdiensten ten overstaan van de PTT.

d) Het dictum van de beschikking

32. De Nederlandse regering en PTT Post BV hebben op de eerste plaats aangevoerd dat het dictum van de beschikking te vaag is, omdat het geen aanwijzingen voor de Nederlandse regering bevat met betrekking tot de maatregelen die de regering zou moeten nemen om aan de beweerde schending van het Verdrag een einde te stellen.

Ik geloof niet dat dit verwijt terecht is. Beschikkingen ex artikel 90, lid 3, van het Verdrag geven de Commissie de bevoegdheid en de opdracht de verenigbaarheid met het Verdrag te verduidelijken van overheidsmaatregelen met betrekking tot openbare ondernemingen en ondernemingen waaraan de Lid-Staten bijzondere of uitsluitende rechten hebben verleend. Het gaat dus om een beoordeling van deze maatregelen in het licht van voornamelijk [54] rechtstreeks werkende bepalingen van gemeenschapsrecht. Daarentegen behoort het niet tot de opdracht van de Commissie om het

52 — Zie bijlage 2 bij het verzoekschrift van de Nederlandse regering in zaak C-48/90.

53 — Met name de „nota naar aanleiding van het eindverslag", gevoegd als bijlage 2 bij het verzoekschrift van PTT Post BV in zaak C-66/90.

54 — Zie hiervoor, nr. 10 en voetnoot 24.

optreden uit te stippelen dat naar intern recht noodzakelijk, aangewezen of mogelijk is om aan de vastgestelde inbreuken een einde te stellen.

Het bezwaar van verzoekende partijen zou enkel doel treffen wanneer zij zouden aantonen dat de gemeenschapsrechtelijke analyse die de Commissie maakt van de bewuste overheidsmaatregelen dermate onduidelijk en/of verward is dat zij het voor de betrokken Lid-Staat onmogelijk maakt te achterhalen op welke manier aan de vastgestelde inbreuken een einde kan worden gemaakt. Dat dit laatste het geval is, is door de verzoekende partijen in voorliggende zaken evenwel niet aangetoond. De bestreden beschikking is immers gericht tegen het wettelijke voorkeursregime dat PTT Post BV geniet wanneer deze onderneming koeriersdiensten aanbiedt, in acht genomen de gevolgen die deze discriminatie heeft voor de mededinging op de markt voor koeriersdiensten (zie de gedetailleerde uiteenzettingen in de elfde tot en met de achttiende overweging in verband met het misbruik van een machtspositie, de gevolgen daarvan voor het interstatelijke handelsverkeer en de niet-toepasselijkheid van de uitzondering van artikel 90, lid 2). Het staat aan de Nederlandse regering de nodige stappen te ondernemen om, wanneer het Hof voorliggend beroep zou verwerpen, aan deze verdragsschending een einde te stellen. De meest voor de hand liggende maatregel is natuurlijk het ongedaan maken van de bestaande discriminatie en het in de plaats stellen van andere regelen die geen schending opleveren van artikel 90 juncto 86 van het Verdrag. Waarin die nieuwe regelen juist moeten bestaan dient zoals gezegd niet te worden uitgemaakt door de Commissie maar wel door de Nederlandse regering. Dat neemt natuurlijk niet weg dat de Nederlandse regering zich desgewenst tot de Commissie kan wenden om de aanvaardbaarheid van door haar geplande maatregelen te bespreken of zelfs om de Commissie, met het oog op moeilijkheden die rijzen bij de uitvoering van de beschikking, passende wijzigingen van de betrokken beschikking voor te stellen.[55] Artikel 5 van het Verdrag vereist immers dat de Commissie en de Lid-Staten te goeder trouw samenwerken om een oplossing te zoeken voor eventuele problemen in verband met de nakoming van verplichtingen die uit het gemeenschapsrecht voortvloeien.[56]

33. Voorts houden de verzoekende partijen staande dat het dispositief van de aangevochten beschikking te ruim is, omdat het in twee opzichten niet zou worden gedragen door de motivering. Op de eerste plaats klagen zij erover dat het dispositief niet alleen is gericht tegen de minimumprijs (ten belope van 11,90 HFL) voor bestemmingen binnen de Gemeenschap, maar ook tegen de minimumprijs (ten belope van 17,50 HFL) voor bestemmingen buiten de Gemeenschap.

Dit bezwaar lijkt me wèl gegrond. Het deel van de considerans van de aangevochten beschikking waarin de onverenigbaarheid van de minimumprijsregeling met artikel 90 juncto artikel 86 wordt uiteengezet, is specifiek toegesneden op het minimumtarief dat geldt voor bestemmingen in Nederland of in andere Lid-Staten van de Gemeenschap (zie in het bijzonder de vijftiende overweging). Hoewel niet valt uit te sluiten dat deze overwegingen ook gelden voor het minimumtarief voor koeriersdiensten tussen Nederland en landen buiten de Gemeenschap,

55 — Eventueel kunnen dergelijke moeilijkheden ook betrekking hebben op de *termijn* die in de betrokken beschikking wordt gesteld voor de uitvoering ervan. Zo beweert de Nederlandse regering dat de in de aangevochten beschikking gestelde termijn „buitensporig kort" is.

56 — Op het gebied van de steunmaatregelen heeft het Hof dit reeds meermaals bevestigd. Zie bij voorbeeld de arresten van 2 februari 1989, zaak 94/87, Commissie/Duitsland, Jurispr. 1989, blz. 175, r. o. 9, en 15 januari 1986, zaak 52/84, Commissie/België, Jurispr. 1986, blz. 89, r. o. 16.

ontslaat zulks de Commissie niet van de taak haar beschikking op dit punt te motiveren. Dit geldt in het bijzonder wanneer een dergelijke toepassing bij analogie niet voor de hand ligt: zo kan men zich bij voorbeeld afvragen of het minimumtarief voor koeriersdiensten tussen Nederland en landen buiten de Gemeenschap van aard is de handel *tussen Lid-Staten* ongunstig te beïnvloeden. De aangevochten beschikking en in het bijzonder de vijftiende overweging van de considerans bevatten geen enkele aanduiding in dit verband, zodat de aangevochten beschikking op dit punt niet kan geacht worden voldoende te zijn gemotiveerd.

34. Naar het oordeel van verzoeksters is het dispositief van de aangevochten beschikking nog in een tweede opzicht te ruim, namelijk voor zover het de verplichting voor koeriersondernemingen om hun tarieven voorafgaandelijk te doen registreren zonder behoorlijke motivering onverenigbaar verklaart met het Verdrag.

Ook dit bezwaar treft mijns inziens doel. In de considerans van de aangevochten beschikking wordt over de registratieverplichting enkel gehandeld in de laatste alinea van de eerste overweging. Daarin wordt gesteld dat de registratieverplichting

„elke flexibiliteit (beoogt) weg te nemen in de tariefonderhandeling met belangrijke klanten. Deze (verplichting) raakt inzonderheid de buiten Nederland gevestigde ondernemingen die jaarlijks te 's-Gravenhage al hun tarieven moeten doen registreren, ongeacht het aantal zendingen dat zij in Nederland inzamelen".

De beschikking beperkt zich met andere woorden tot een algemene situering van de weerslag van de registratieverplichting op de activiteiten van particuliere koeriersondernemingen. Deze weerslag wordt door de considerans van de aangevochten beschikking weliswaar als ongunstig gekarakteriseerd, doch er wordt geen enkele juridische duiding aan verbonden. Het gedeelte van de considerans dat handelt over de inbreuk op artikel 90 juncto artikel 86 van het Verdrag handelt immers enkel over de minimumtarieven en de kwaliteitsvoorwaarde, en rept met geen woord over de registratieverplichting. Anders dan de Commissie voorhoudt is deze juridische analyse niet zomaar bij wijze van analogie toe te passen op de registratieverplichting: zonder redengeving valt bij voorbeeld niet in te zien waarom dergelijke verplichting ertoe zou leiden dat een gedeelte van de markt van koeriersdiensten wordt voorbehouden aan PTT Post BV[57], of waarom dergelijke verplichting de gebruikers van koeriersdiensten ertoe zou nopen gebruik te maken van de expresse-postdienstverlening van PTT Post BV[58] of nog waarom deze maatregel de particuliere koeriersdiensten zou beletten een volledig gamma koeriersdiensten aan te bieden. [59]

De aangevochten beschikking moet dan ook wegens ontoereikende motivering vernietigd worden in zoverre zij betrekking heeft op de minimumprijsregeling voor bestemmingen buiten de Gemeenschap en op de door de Postwet van 1988 ingestelde registratie-

57 — Vergelijk de elfde overweging, eerste alinea, van de aangevochten beschikking.

58 — Vergelijk de twaalfde overweging van de aangevochten beschikking.

59 — Vergelijk de veertiende overweging, eerste alinea, van de aangevochten beschikking.

verplichting voor particuliere koeriersdiensten.[60]

D — Onderzoek van de middelen ten gronde

1. *Ontbreken van een ondernemingsgedraging*

35. Volgens verzoekende partijen maakt de Commissie met de aangevochten beschikking een verkeerde toepassing van artikel 90 in samenhang met artikel 86. Zij betwisten namelijk dat deze twee bepalingen toepassing kunnen vinden ten aanzien van een beperking van de mededinging die niet voortvloeit uit een ondernemingsgedraging maar enkel uit een overheidsmaatregel.

Voor een juist begrip van dit middel is het nodig het relevante deel van de considerans van de beschikking (namelijk de zesde tot en met de achttiende overweging) van naderbij te bekijken. Volgens de Commissie maken de hiervoor vermelde bepalingen van de Postwet van 1988 inbreuk op artikel 90 in samenhang met artikel 86, omdat zij ertoe leiden dat in hoofde van PTT Post BV een machtspositie wordt gecreëerd op de markt voor koeriersdiensten. Het uitgangspunt daarbij is dat PTT Post BV op de markt voor basispostdiensten beschikt over een machtspositie als gevolg van de haar bij wet toegekende exclusieve concessie voor het vervoer van brieven tot 500 gram.[61] Het misbruik bestaat er volgens de Commissie in dat deze machtspositie door de Postwet wordt uitgebreid tot de markt voor koeriersdiensten met de kans dat de mededinging op deze markt volledig wordt uitgeschakeld.[62] Voorts stelt de aangevochten beschikking dat de nieuw gecreëerde machtspositie van PTT Post BV op de markt voor koeriersdiensten tot twee verdere misbruiken leidt. Ten eerste worden aan ondernemingen die gebruik willen blijven maken van de diensten van particuliere koeriersondernemingen onbillijke prijzen en voorwaarden opgelegd, omdat zij voor deze diensten een minimumtarief moeten betalen respectievelijk omdat zij voor diensten beneden het minimumtarief alleen bij PTT Post BV terecht kunnen.[63] Ten tweede wordt het aanbod op de markt voor koeriersdiensten beperkt, omdat de hoogwaardige diensten van particuliere koeriersondernemingen nog slechts tegen het minimumtarief mogen worden aangeboden en omdat de kwaliteitsvereiste particuliere koeriersondernemingen belet om een volledig gamma snelle diensten aan te bieden.[64] De in de aangevochten beschikking geïdentificeerde mededingingsbeperkingen — partijen zijn het daarover eens — vloeien in eerste instantie niet voort uit het gedrag van PTT Post BV; veeleer beschouwt de aangevochten beschikking deze mededingingsbeperkingen als een gevolg van de omstandigheid dat deze onderneming, anders dan de particuliere koeriersondernemingen, niet is onderworpen aan de door de Postwet gestelde drie voorwaarden voor het verrichten van koeriersdiensten. Deze mededingingsbeperkingen resulteren met andere woorden uit het rechtstreeks ingrijpen op de mededingingsstructuur door de Nederlandse wetgever, die de activiteit

60 — Ik ben met andere woorden niet van oordeel dat de twee vastgestelde motiveringsgebreken de geldigheid van de beschikking in haar geheel aantasten. De minimumtarieven voor bestemmingen binnen de Gemeenschap respectievelijk bestemmingen in derde landen kunnen immers los van elkaar worden beschouwd en toegepast. Wat de registratievoorwaarde betreft: blijkens de considerans van de beschikking (zie de elfde tot de veertiende overweging) vloeien de mededingingsbeperkende gevolgen van de Postwet van 1988 voort uit de minimumprijsregeling en de kwaliteitsvoorwaarde, ook wanneer de registratievoorwaarde helemaal niet zou bestaan. De registratievoorwaarde is in de opvatting van de Commissie als het ware een „verzwarende factor".

61 — Zie de tiende overweging van de aangevochten beschikking.

62 — Zie de elfde overweging van de aangevochten beschikking.

63 — Zie de twaalfde overweging van de aangevochten beschikking.

64 — Zie de dertiende en de veertiende overweging van de aangevochten beschikking.

van één bepaalde onderneming (PTT Post BV) aan een gunstiger regime onderwerpt dan deze van haar mededingers. Volgens de Commissie heeft dit ingrijpen ten aanzien van de mededingingsstructuur op de gemeenschappelijke markt eenzelfde uitwerking als een door artikel 86 verboden ondernemingsgedraging en volstaat dit voor de toepassing van artikel 90. In de volgende nummers (36-46) zal ik eerst ingaan op de aldus aan de orde gestelde principiële vraag, namelijk of de Commissie op grond van artikel 90 eveneens mag optreden tegen mededingingsverstoringen die in eerste instantie uit het optreden van een Lid-Staat voortvloeien.

36. Vooraleer de in dit verband relevante rechtspraak van het Hof te bespreken wijs ik op de beperking van de vraag die voorligt. Tussen partijen is niet betwist dat de voorschriften van artikel 90 gericht zijn *tot de Lid-Staten* (ook al hebben deze voorschriften betrekking op maatregelen die de Lid-Staten nemen *met betrekking tot ondernemingen*). Evenmin is het betwist dat de Commissie op grond van artikel 90 kan optreden tegen overheidsmaatregelen die, los van enige ondernemingsgedraging, de mededinging op de gemeenschappelijke markt verstoren. Dat zal het geval zijn wanneer statelijke maatregelen met betrekking tot openbare bedrijven of bedrijven met exclusieve of bijzondere rechten inbreuk maken op de verdragsregelen in verband met het vrije verkeer van personen, goederen en kapitaal. Bij voorbeeld heeft het Hof in het recente arrest in zaak C-202/88[65] geoordeeld dat de Commissie op grond van artikel 90, lid 3, de Lid-Staten (in dat geval door middel van een richtlijn), de afschaffing mocht gelasten van de bijzondere of exclusieve rechten met betrekking tot de afzet of het onderhoud van telecommunicatie-eindapparatuur die de Lid-Staten aan ondernemingen hebben verleend, en wel omdat dergelijke rechten inbreuk maken op artikel 30 van het Verdrag. Evenzo had de Commissie in de aangevochten beschikking de registratievoorwaarde van de Postwet onverenigbaar kunnen verklaren met artikel 90, in samenhang met artikel 59, gelet op de ernstige beperkingen die deze voorwaarde oplegt aan koeriersondernemingen uit andere Lid-Staten die in Nederland hun diensten willen aanbieden. De Commissie heeft echter verkozen de Postwet te toetsen aan, en onverenigbaar te verklaren met een verdragsbepaling (namelijk artikel 86), die naar bewoording en strekking het gedrag van ondernemingen en niet de wettelijke of bestuursrechtelijke maatregelen van de Lid-Staten betreft. Was zij daartoe bevoegd op grond van artikel 90 ? Dat is de beperkte vraag die thans dient te worden beslecht.

37. Dat de artikelen 85 en 86 ook relevant kunnen zijn ten aanzien van wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen van de Lid-Staten, wordt sinds lang door de rechtspraak van het Hof aanvaard. Meer bepaald werd in het arrest van 16 november 1977, INNO[66] uitgemaakt dat, ofschoon de mededingingsregels van artikel 85 en volgende zich tot de ondernemingen richten, het Verdrag de Lid-Staten toch ook de verplichting oplegt geen maatregelen te nemen of te handhaven welke aan de mededingingsregels hun nuttig effect kunnen ontnemen.[67] Deze verplichting wordt door het Hof in verband gebracht met de uit artikel 5, lid 2,

65 — Reeds aangehaald in voetnoot 18.

66 — Zaak 13/77, Jurispr. 1977, blz. 2115.

67 — Zie de rechtsoverwegingen 30 en 31 van het arrest.

voor de Lid-Staten voortvloeiende verplichting om zich te onthouden van alle maatregelen die de verwezenlijking van de in artikel 3, sub f, van het Verdrag gestelde doelstelling — dat is het invoeren van een regime waardoor wordt gewaarborgd dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst — in gevaar zouden kunnen brengen.[68] Daarom is het de Lid-Staten verboden maatregelen, zelfs van wettelijke of bestuursrechtelijke aard, te nemen of te handhaven die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken.[69] Artikel 90 van het Verdrag vormt, specifiek met betrekking tot openbare bedrijven en ondernemingen waaraan de Lid-Staten bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, een verbijzondering van deze regel.[70] Op grond daarvan werd door het Hof trouwens uitgemaakt dat, anders dan de Nederlandse regering staande houdt, een door een Lid-Staat aan een onderneming verleend monopolie (of de uitbreiding van zulk monopolie), onverenigbaar kan zijn met artikel 90 van het Verdrag, meer bepaaldelijk wanneer de modaliteiten van de organisatie en de werking van dergelijk monopolie afbreuk doen aan de bepalingen van het Verdrag, daaronder begrepen de mededingingsregels.[71]

38. In de rechtspraak van het Hof werd gaandeweg meer duidelijkheid geschapen over de categorieën van overheidsmaatregelen die van aard zijn het nuttig effect van de op ondernemingen toepasselijke regels ongedaan te maken. Het komt mij voor dat een onderscheid kan worden gemaakt tussen vier categorieën van overheidsingrijpen.

Ten eerste kan een Lid-Staat een door de artikelen 85 of 86 verboden ondernemingsgedraging *in de hand werken*. Het gaat hier om overheidsmaatregelen die op zich staande ondernemingsgedragingen (kartelafspraken dan wel misbruikelijke praktijken) *begunstigen* of er de werking van *versterken*. Een dergelijk geval stond het Hof onder meer voor ogen in het arrest van 11 april 1989, Ahmed Saeed[72], waarin werd geoordeeld dat de goedkeuring door de overheid van met artikel 85, lid 1, strijdige tariefovereenkomsten van luchtvaartmaatschappijen in strijd is met artikel 5 en, in voorkomend geval, met artikel 90.

Ten tweede kan een Lid-Staat de verantwoordelijkheid voor het nemen van besluiten tot interventie op economisch gebied aan particuliere ondernemingen overdragen en afstand doen van haar eigen normerende bevoegdheid. Aan ondernemingen wordt aldus *de bevoegdheid gegeven zelf regulerend op te treden* en zodoende de mededinging te vervalsen.[73] In de zaak Van Eycke had de verzoeker in het bodemgeschil onder meer aangevoerd dat dit het geval was voor een Belgische regeling die een belastingvrijstelling verleende voor rente op spaardeposito's indien de basisrente niet hoger was dan de laagste gemiddelde rentevoet in de betrokken marktsector, rentevoet die in feite, aldus verzoeker, bepaald werd na overleg met en door toedoen van vertegenwoordigers van de financiële instellingen.[74]

Ten derde kan een Lid-Staat een met de artikelen 85 of 86 strijdige ondernemingsgedraging *opleggen*. Een dergelijk geval stond

68 — Arrest van 10 januari 1985, zaak 229/83, Leclerc, Jurispr. 1985, blz. 1, r. o. 13 en 14.

69 — Arrest van 21 september 1988, zaak 267/86, Van Eycke, Jurispr. 1988, blz. 4769, r. o. 16.

70 — Arrest INNO, r. o. 32.

71 — Dit beginsel, reeds in het algemeen gesteld in het arrest van 30 april 1974, Sacchi, reeds aangehaald, werd onlangs bevestigd in het arrest in zaak C-202/88 (hiervoor aangehaald in voetnoot 18; r. o. 22 en 34-44) en in het arrest van 18 juni 1991, zaak C-260/89, ERT, Jurispr. 1991, blz. I-2925, r. o. 24 en 31.

72 — Zaak 66/86, Jurispr. 1989, blz. 803.

73 — Zie het arrest Van Eycke, reeds aangehaald in voetnoot 69, r. o. 16.

74 — Zie de rechtsoverwegingen 5-8 en 17-19 van het arrest.

het Hof voor ogen in het arrest van 4 mei 1988, Bodson[75], waarin werd gesteld dat een gemeentelijke overheid die ondernemingen met een machtspositie zou verplichten bijzonder hoge prijzen te hanteren voor hun diensten, in strijd zou handelen met artikel 90, lid 1, van het Verdrag.[76] Terwijl in de tweede situatie de overheid het een onderneming mogelijk maakt *in haar plaats* regulerend op te treden, gebruikt zij de onderneming in deze derde situatie als een „willoos instrument" waarmee zij *zelf* inwerkt op de mededingingsstructuur van de gemeenschappelijke markt.

Ten vierde kan een overheidsmaatregel op een zulkdanige manier op de mededingingsstructuur inwerken dat hij een door de artikelen 85 of 86 verboden gedrag *onafwendbaar maakt,* met andere woorden, dat een onderneming ertoe gebracht wordt een dergelijk gedrag voor te nemen. Een dergelijke maatregel stond aan de orde in de zaak Höfner en Elser[77], waarin het Hof te oordelen had over een Duitse wetgeving die aan een openbaar arbeidsbureau een exclusief recht tot arbeidsbemiddeling (daarin ook begrepen de bemiddeling voor kader- en directiefuncties) had verleend. Het Hof oordeelde dat dergelijke wetgeving inbreuk zou maken op artikel 90 in samenhang met artikel 86 van het Verdrag wanneer het openbaar arbeidsbureau klaarblijkelijk niet in staat zou zijn te voldoen aan de vraag die op de markt bestaat voor bemiddeling voor kader- en directiefuncties, en wanneer die wetgeving het terzelfder tijd onmogelijk maakt voor particuliere ondernemingen om aan die vraag te voldoen (bij voorbeeld omdat de door deze ondernemingen gesloten contracten als nietig zijn te beschouwen). In een dergelijke situatie, aldus het Hof, roept de wetgever een situatie in het leven waarin handelen in strijd met artikel 86 *voor het openbaar arbeidsbureau* onontkoombaar is. Ook het nog recentere arrest ERT[78] heeft betrekking op deze categorie van maatregelen. In dat arrest stelde het Hof als regel dat een Lid-Staat inbreuk maakt op artikel 90 in samenhang met artikel 86 van het Verdrag, wanneer hij een onderneming een exclusief recht verleent en daarbij een situatie in het leven roept waarin de onderneming ertoe wordt gebracht inbreuk te plegen op artikel 86.[79]

39. Uit deze rechtspraak blijkt mijns inziens dat in de opvatting van het Hof artikel 90 in samenhang met de artikelen 85 en 86 ziet op overheidsmaatregelen (met betrekking tot openbare bedrijven en bedrijven waaraan de Lid-Staten bijzondere of uitsluitende rechten verlenen), welke enig door de artikelen 85 of 86 verboden ondernemingsgedrag in de hand werken, het opleggen of onafwendbaar maken dan wel aan ondernemingen een concurrentieregulerende overheidstaak overdragen. Centraal in deze rechtspraak staat de overweging dat dergelijke overheidsmaatregelen, in combinatie met een of andere vorm van ondernemingsgedrag, ten aanzien van de mededingingsstructuur op de gemeenschappelijke markt *dezelfde gevolgen* hebben als ondernemingsgedrag dat los staat van overheidsingrijpen. Uit die rechtspraak blijkt verder dat het ondernemingsgedrag dat als „aanknopingsfactor" nodig is om artikel 90, lid 1, *in samenhang met artikel 85 of 86* toepassing te laten vinden, niet noodzakelijk aan het overheidsingrijpen moet voorafgaan maar dat het daar ook kan op volgen, daarvan het uit-

75 — Zaak 30/87, Jurispr. 1988, blz. 2507.

76 — Zie de rechtsoverwegingen 30, 33 en 34 van het arrest.

77 — Arrest van 23 april 1991, zaak C-41/90, Jurispr. 1991, blz. I-1979.

78 — Reeds aangehaald in voetnoot 71.

79 — Rechtsoverweging 37 van het arrest.

vloeisel zijn of zelfs het onafwendbaar gevolg. Evenmin is het vereist dat de onderneming zelf een opzettelijke inbreuk op de mededingingsregelen zou hebben begaan (het volstaat, met andere woorden, dat zij in een situatie wordt geplaatst waarin zij niet anders kan dan de mededinging te beperken). In zijn conclusie in de zaak Höfner en Elser [80] heeft advocaat-generaal Jacobs er aldus op gewezen dat het Duitse arbeidsbureau zelf geen verwijt kon worden gemaakt: niets wees er immers op dat het niet naar best vermogen had getracht aan de vraag tegemoet te komen die op de markt bestond voor wat betreft de bemiddeling voor kader- en directiefuncties; het had zelfs, door vrijwillig zijn monopolie gedeeltelijk in te krimpen, geprobeerd de toegang tot de markt zoveel mogelijk voor andere ondernemingen open te stellen. Zulks nam evenwel niet weg, zo onderstreepte de advocaat-generaal, dat het gecombineerde *effect* van het door de overheid ingestelde monopolie en het onvermogen van het bureau om aan de bestaande vraag te voldoen ertoe leidde dat de consumenten niet de diensten konden verkrijgen die op een concurrentiële markt wèl beschikbaar zouden zijn. In dergelijk geval, aldus de advocaat-generaal, is er sprake van een inbreuk op artikel 90 in samenhang met artikel 86. [81] Deze zienswijze — die het „nuttig effect" van artikel 86 op erg ruime wijze opvat — is het Hof in zijn arrest bijgetreden. [82]

Uit het arrest Höfner en Elser komt trouwens ook te voorschijn dat de verwevenheid tussen overheidsingrijpen en ondernemingshandelen zo sterk kan zijn dat zij in elkaar opgaan, nu het arrest aanvaardt dat het optreden van een overheidsinstelling als de Duitse „Bundesanstalt für Arbeit" is te beschouwen als het optreden van een onderneming in de zin van de artikelen 85 en 86, omdat het uitgaat van een entiteit die een economische activiteit uitoefent, ook al wordt zulke activiteit normaal aan openbare instellingen en niet aan ondernemingen opgedragen. [83]

40. Gelet op het voorgaande ben ik dan ook van oordeel dat het betoog van verzoeksters moet falen in zoverre het de toepassing van artikel 90 wil uitsluiten ten aanzien van ondernemingsgedragingen die, zoals de activiteit van PTT Post BV, voor de betrokken onderneming het onafwendbaar gevolg zijn van overheidsmaatregelen en die (in samenhang met die overheidsmaatregelen), voor de mededinging op de gemeenschappelijke markt precies dezelfde gevolgen hebben als een van elk overheidsingrijpen losstaand ondernemingsgedrag dat door de artikelen 85 en 86 wordt verboden. Gegeven dit besluit dien ik thans na te gaan of de Commissie in de aangevochten beschikking terecht heeft geoordeeld dat de Postwet van 1988, in combinatie met het onafwendbaar daaruit voortvloeiend gedrag van PTT Post BV — gedrag waarvan niet betwist wordt dat het heeft plaatsgehad vermits PTT Post BV er wel degelijk naar streefde en streeft binnen het raam van de Postwet een volwaardige koeriersdienst te ontwikkelen — ten aanzien van de mededinging op de markt voor koeriersdiensten dezelfde gevolgen heeft als een door artikel 86 verboden misbruik van machtspositie. Zoals hiervoor (nr. 31) gesteld, ga ik daarbij uit van de veronderstelling dat PTT Post

80 — Zie de conclusie van 15 januari 1991, nr. 45.

81 — Zie nrs. 46 en 47 van de conclusie.

82 — Rechtsoverweging 31 van het arrest.

83 — Rechtsoverwegingen 20-23.

BV niet onderworpen is aan de door de Postwet van 1988 ten opzichte van het verrichten van koeriersdiensten gestelde voorwaarden.

2. *Geen misbruik van een machtspositie*

a) Uitbreiding van een machtspositie

41. Dat er ingevolge de verlening van de exclusieve concessie een machtspositie in hoofde van PTT en PTT Post BV op de markt van de basispostverrichtingen in Nederland bestaat[84], kan niet ernstig worden betwist. De Commissie heeft het mijns inziens eveneens bij het rechte eind waar zij de markt voor basispostdiensten en de markt voor koeriersdiensten als twee afzonderlijke (zij het verwante) markten beschouwt. Koeriersdiensten hebben een grotere toegevoegde waarde en beantwoorden aan andere behoeften dan basispostdiensten; beide diensten zijn onderling dan ook niet uitwisselbaar.[85]

Volgens de aangevochten beschikking is er op de eerste plaats sprake van misbruik, omdat de Postwet van 1988 leidt tot de uitbreiding van die machtspositie van PTT Post BV op de markt voor basispostdiensten tot de markt voor koeriersdiensten. Die uitbreiding bestaat hierin dat een „groot gedeelte" van de markt van de koeriersdiensten, namelijk voor zendingen van minder dan 11,90 HFL aan PTT Post BV wordt voorbehouden, terwijl de post voordien op dat gedeelte van de markt in concurrentie stond met particuliere koeriersdiensten. Het feit dat op het resterende gedeelte van de markt van koeriersdiensten concurrentie blijft bestaan doet daaraan niets af, aldus de aangevochten beschikking, aangezien op het gedeelte van de markt beneden 11,90 HFL de post zonder druk van concurrenten haar strategie kan bepalen, aangezien die concurrenten op dat gedeelte van de markt wel actief kunnen zijn maar geen kortingen beneden het wettelijk minimum van 11,90 HFL mogen toestaan.[86]

42. Deze redenering kan mij niet overtuigen, echter niet, zo voeg ik er onmiddellijk aan toe, omwille van de juridische onderbouw waarvan ik de gegrondheid erken. Die juridische onderbouw bestaat hierin dat de Commissie met een verwijzing naar het arrest CBEM (hierna „arrest Telemarketing")[87], stelt dat er sprake is van misbruik van een machtspositie „wanneer een onderneming die op een bepaalde markt een machtspositie inneemt, een nevenactiviteit die door een derde onderneming kan worden verricht in het kader van haar werkzaamheden op een verwante doch onderscheiden markt, aan zichzelf of aan een tot dezelfde groep behorende onderneming voorbehoudt, met de kans dat de mededinging van die onderneming volledig wordt uitgeschakeld". Dit is precies, aldus de Commissie, wat de Postwet bewerkstelligt.[88]

Ik ben het principieel met deze redenering eens. Uit het arrest Telemarketing blijkt inderdaad dat er volgens het Hof sprake is van een misbruik van machtspositie wanneer een onderneming die een machtspositie bezit op een markt voor een dienst (namelijk

84 — Zie de tiende overweging van de aangevochten beschikking.

85 — Zie de derde en de vierde overweging van de aangevochten beschikking.

86 — Zie de elfde overweging van de beschikking.

87 — Reeds aangehaald in voetnoot 35.

88 — Zie de elfde overweging, eerste alinea, van de aangevochten beschikking.

de markt voor het op televisie uitzenden van reclamespots) die *onmisbaar is* voor het verrichten van een dienst op een verwante, doch onderscheiden markt (namelijk de markt van de telefonische marketing via de televisie)[89], die machtspositie op de eerste markt ook daadwerkelijk aanwendt om ook de diensten op de tweede markt aan zichzelf voor te behouden, met de kans dat de mededinging op die tweede markt volledig wordt uitgeschakeld.[90] De uitbreiding van een machtspositie werd met andere woorden *mogelijk* gemaakt door het feit dat de tweede markt slechts kon functioneren via de eerste markt (waarop de onderneming een machtspositie bezat). Het arrest Telemarketing sluit met deze stelling uitdrukkelijk aan bij het arrest Commercial Solvents[91] dat betrekking had op een gelijkaardige situatie, ditmaal echter in verband met produktmarkten. In dit laatste arrest werd uitgemaakt dat een onderneming die op een markt voor grondstoffen een machtspositie bezit en de levering van grondstoffen weigert aan een onderneming die op een „downstream"-markt actief is (markt voor derivaten), met de bedoeling die grondstoffen voor zijn eigen produktie van derivaten te reserveren, *misbruik* maakt van haar machtspositie op de grondstoffenmarkt als daardoor de kans ontstaat dat elke concurrentie vanwege een afnemer op de derivatenmarkt wordt uitgeschakeld. Kenmerkend voor deze beide arresten is dat zij een „refusal to deal" (weigering transacties te sluiten) door een onderneming met een machtspositie niet alleen als misbruikelijk beschouwen wanneer die weigering ten doel heeft uit die machtspositie onbillijke voordelen (bij voorbeeld onredelijk hoge verkoopprijzen) te behalen, maar ook wanneer zij tot doel heeft die machtspositie te versterken door ze uit te breiden tot, en dus een bijkomende machtspositie te bemachtigen op, een verwante doch onderscheiden markt. In die zin ligt deze rechtspraak in het verlengde van het arrest Continental Can[92], waarin het Hof voor het eerst aannam dat een misbruik in de zin van artikel 86 niet alleen kan bestaan in een gedrag op de markt maar ook in een gedrag dat de marktstructuur wijzigt door haar minder competitief te maken, waarbij het in dat geval niet om een andere produktenmarkt maar om een andere geografische markt ging.[93]

Niet relevant voor de toepassing van artikel 86 lijkt mij de omstandigheid dat de markt tot dewelke in onderhavige zaak de machtspositie zou zijn uitgebreid een „verwante, doch onderscheiden" markt zou zijn, en niet (zoals in Telemarketing of Commercial Solvents) een „afgeleide" markt — zodat de machtspositie van PTT Post BV op de markt voor basispostdiensten niet in oorzakelijk verband staat met de verwerving van een machtspositie op de markt voor koeriersdiensten. Reeds in het arrest Continental Can heeft het Hof uitgemaakt dat er geen causaal verband hoeft te bestaan tussen de machtspositie van een onderneming en het misbruik ervan, aangezien de versterking van de machtspositie van een onderneming, ongeacht de daartoe aangewende middelen of handelwijzen, ook *op zichzelf* misbruik kan opleveren (en derhalve door artikel 86 verboden is), namelijk wanneer die versterking de mededinging zoda-

89 — Zie r. o. 26, eerste zin, van het arrest.

90 — Zie r. o. 26, tweede en derde zin, van het arrest.

91 — Arrest van 6 maart 1974, gevoegde zaken 6/73 en 7/73, Jurispr. 1974, blz. 223.

92 — Arrest van 21 februari 1973, zaak 6/72, Jurispr. 1973, blz. 215.

93 — In de zaak Continental Can had een onderneming met een machtspositie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt deze machtspositie uitgebreid door een controlerende participatie te nemen in een op een ander deel van de gemeenschappelijke markt opererende concurrent.

nig belemmert dat op de markt nog enkel ondernemingen blijven bestaan die in hun gedrag afhankelijk zijn van de overheersende onderneming.[94] Dát is nu juist het effect van de Nederlandse Postwet dat in de aangevochten beschikking onverenigbaar wordt verklaard met artikel 86 in samenhang met artikel 90, lid 1.

43. Als de overwegingen van de aangevochten beschikking in verband met het bestaan van een misbruik mij niet kunnen overtuigen, dan ligt dat dus niet aan de juridische argumentatie maar wel aan de eraan ten grondslag liggende feitelijke beoordeling. Die feitelijke beoordeling gaat er namelijk vanuit dat de markt voor koeriersdiensten beneden 11,90 HFL voor de verzending van brieven tot ten hoogste 500 gram een groot gedeelte uitmaakt van de markt voor koeriersdiensten. Het misbruik zou erin bestaan het monopolie van de post op de markt voor basispostdiensten uit te breiden tot dat grote gedeelte van de markt voor koeriersdiensten, zodat de post ook op laatstgenoemde markt een machtspositie verkrijgt. Ik meen dat deze feitelijke beoordeling te wensen overlaat. De markt voor koeriersdiensten bestaat volgens de aangevochten beschikking uit drie deelmarkten: de markt voor zendingen van meer dan 500 gram, de markt voor zendingen tot ten hoogste 500 gram vanaf 11,90 HFL en de markt voor zendingen tot ten hoogste 500 gram beneden 11,90 HFL. De eerste deelmarkt is niet gereguleerd, de tweede is gereguleerd maar staat open voor concurrentie en alleen de derde (die van de tweede slechts verschilt ingevolge het vastgestelde minimumtarief), is voor de concurrentie afgesloten. Het door de Commissie aangevoerde misbruik betreft uitsluitend die derde deelmarkt. De aangevochten beschikking stelt dat de Postwet, door laatstgenoemde (deel)markt aan de PTT Post BV voor te behouden, de machtspositie van PTT Post BV op de markt basisdiensten heeft uitgebreid tot een „groot gedeelte" van de markt voor koeriersdiensten. Voor de juistheid van deze bewering wordt evenwel geen cijfermateriaal aangevoerd. De Nederlandse regering wijst er terecht op dat het minimumtarief van 11,90 HFL erg laag is gesteld. Hoewel er ernstige aanwijzingen bestaan dat het *mogelijk* is koeriersdiensten te verlenen tegen een prijs beneden het minimumtarief (bij voorbeeld door middel van volumekortingen), valt toch moeilijk te ontkennen dat dergelijke diensten — althans tijdens de voor het geschil relevante periode — slechts een erg klein deel van de markt uitmaken[95]; er zijn ook geen aanwijzingen dat in een nabije toekomst daarin verandering zou komen. Gezien de geringe hoogte van het minimumtarief kan evenmin redelijkerwijze worden aangenomen dat de aan PTT Post BV voorbehouden deelmarkt haar zodanige inkomsten zal opleveren dat zij zich op de andere deelmarkten onafhankelijk kan opstellen ten opzichte van haar concurrenten.

Uit het voorgaande blijkt dus dat i) de door de Commissie bedoelde uitbreiding van het monopolie van PTT Post BV naar de markt voor koeriersdiensten *niet* slaat op de belangrijkste deelmarkten daarvan (voor verzendingen boven 500 gram en zendingen beneden 500 gram vanaf 11,90 HFL) en ii)

94 — Zie de rechtsoverwegingen 26 en 27 van het arrest.

95 — Interessant in dit verband is bijlage I van het verzoekschrift van PTT Post BV in zaak C-66/90, een tabel waarin een aantal prijsopgaven werden samengebracht van particuliere koeriersbedrijven. Het goedkoopste tarief voor de verzending van een brief tussen Amsterdam en Rotterdam blijkt 30 HFL te zijn.

de Commissie niet op voldoende wijze heeft aangetoond dat de derde deelmarkt waarop de uitbreiding *wel* slaat een zodanig groot gedeelte van de markt voor koeriersdiensten uitmaakt dat PTT Post BV de mogelijkheid wordt geboden zich op een betekenisvolle wijze aan de mededinging van aanwezige of nieuwe concurrenten te onttrekken. In die omstandigheden ben ik van mening dat de Commissie het bestaan van de eerste vorm van misbruik niet voldoende in feite heeft bewezen.

b) Het opleggen van onbillijke prijzen en voorwaarden; de beperking van het aanbod

44. Drie andere vormen van misbruik die in de aangevochten beschikking onder bovenstaande hoofding worden geïdentificeerd kunnen samengenomen worden. Volgens de Commissie leidt de discriminatoire onderwerping van de particuliere koeriersondernemingen aan het minimumtarief ertoe, i) dat bedrijven die voorheen verkozen gebruik te maken van de diensten van deze laatste ondernemingen (omdat zij van oordeel waren dat de diensten van de PTT uit een oogpunt van prijzen of kwaliteit minder voldeden aan hun behoeften ter zake), sinds de Postwet van 1988 verplicht zijn gebruik te maken van de koeriersdiensten van de PTT Post BV voor hun zendingen tot 500 gram in de prijscategorie tot 11,90 HFL op de door PTT Post BV gestelde voorwaarden, ongeacht of deze al dan niet aan hun behoeften voldoen.[96] Deze discriminatie heeft eveneens tot gevolg ii) dat het aantal dienstverleners in genoemde prijscategorie tot één beperkt wordt en dat de kwaliteit van de aangeboden diensten in die categorie vermindert, gezien PTT Post BV in het kader van haar EMS-dienst op het ogenblik van de beschikking nog geen volwaardige koeriersdienst aanbood. Willen de consumenten van een hogere kwaliteit genieten, dan moeten zij bereid zijn het minimumtarief te betalen in plaats van het vroeger toegepaste lagere tarief.[97] Voorts belet de Postwet van 1988 iii) dat concurrenten van de post die koeriersdiensten verzorgen voor zendingen van meer dan 500 gram een volledig gamma koeriersdiensten kunnen aanbieden (namelijk, zo begrijp ik dit, in de drie marktsegmenten: tot 500 gram en beneden 11,90 HFL, tot 500 gram vanaf 11,90 HFL en boven 500 gram) tegen reële prijzen. Anders dan de post kunnen zij hun kosten die betrekking hebben op het behandelen van brieven boven 500 gram (dat is het niet-gereguleerde deel van de markt), immers niet „verrekenen op de diensten die buiten het monopolie vallen" (sic).[98]

45. Het effect ten aanzien van de mededinging, dat de aangevochten beschikking hier beschrijft, lijkt op het eerste gezicht analoog te zijn aan het effect van de Duitse wetgeving dat het Hof in het arrest Höfner en Elser (hiervoor, nrs. 38 en 39) beschouwde als een misbruik in de zin van artikel 86. Immers, ook de Postwet monopoliseert een deel van de markt voor koeriersdiensten en bestraft handelingen die inbreuk maken op dat monopolie, met het gevolg dat de gebruikers van koeriersdiensten verplicht worden *ofwel* beroep te doen op een onderneming die kwalitatief minder voldoet aan hun behoeften, *ofwel* (wanneer zij een betere

96 — Zie de twaalfde overweging van de aangevochten beschikking.

97 — Zie de dertiende overweging van de aangevochten beschikking.

98 — Zie de veertiende overweging, eerste alinea, van de aangevochten beschikking.

kwaliteit wensen) daarvoor een prijs te betalen die hoger ligt dan de prijs die tot stand zou komen op grond van het normale spel van vraag en aanbod. Het verschil met de in het arrest Höfner en Elser voorliggende situatie is evenwel dat de Nederlandse wetgeving, zoals we hiervoor hebben gezien, de PTT geen machtspositie verleent op de globale markt voor koeriersdiensten (en evenmin — dit werd althans niet voldoende waarschijnlijk gemaakt — op een betekenisvolle deelmarkt daarvan), maar enkel op de markt van basispostdiensten. Welnu, bij ontbreken van een machtspositie op de markt voor koeriersdiensten kan er evenmin sprake zijn, naar analogie met de in het arrest Höfner en Elser voorliggende situatie, van een misbruik van machtspositie op *die* markt in de zin van artikel 86.

46. Er is ten slotte nog een vierde in de aangevochten beschikking genoemde vorm van misbruik, met name dat de kwaliteitsvoorwaarde particuliere koeriersondernemingen in een toestand van rechtsonzekerheid plaatst: naarmate de „snelle diensten" van PTT Post BV (namelijk de „EMS"-diensten) in de toekomst een vergelijkbaar kwaliteitsniveau bereiken, zouden de activiteiten van de particuliere koeriersondernemingen immers naar de letter van de wet verboden zijn, behoudens voor zendingen van meer dan 500 gram.[99]

De redenering lijkt hier te zijn dat de Postwet van 1988 PTT Post BV de mogelijkheid biedt om, door een verbetering van de kwaliteit van haar snelle diensten *in het kader van EMS,* haar concurrenten in de illegaliteit te drijven voor wat betreft de snelle verzendingen van brieven tot 500 gram. Hoewel het verdringen van concurrenten in beginsel kan worden beschouwd als misbruikelijk gedrag, verliest de beschikking uit het oog dat de kwaliteitsvoorwaarde de particuliere koeriersbedrijven enkel oplegt een betere dienst te verlenen dan het door PTT Post BV aangeboden „normale versnelde vervoer", met andere woorden dan de *spoedbesteldienst.* Aldus identificeert de beschikking een gevaar voor de mededinging dat in feite niet bestaat.

c) Besluit

47. Hoewel de aangevochten beschikking van correcte premissen uitgaat, maakt zij toch een verkeerde feitelijke toepassing van artikel 86, omdat zij onvoldoende aantoont dat de Postwet van 1988 ertoe leidt of kan leiden dat de machtspositie van PTT Post BV op de markt voor basispostdiensten wordt uitgebreid tot de (globale) markt voor koeriersdiensten. Bij ontbreken van een dergelijke uitbreiding van machtspositie kan de enkele omstandigheid dat de Postwet van 1988 aan de PTT een deel van de markt voor koeriersdiensten voorbehoudt niet als een misbruik worden aangemerkt en kunnen de andere door de Commissie gewraakte effecten van de minimumprijsregeling en de kwaliteitsvoorwaarde evenmin als misbruiken van een machtspositie op de markt voor koeriersdiensten worden gekwalificeerd. Hoewel ik mijn onderzoek met deze bevinding zou kunnen afsluiten, zal ik toch — voor het geval dat het Hof daaraan nood zou hebben bij het ontwikkelen van zijn gedachtengang — kort ingaan op de vraag of een eventueel misbruik gerechtvaardigd kan worden uit hoofde van artikel 90, lid 2, van het Verdrag.

99 — Zie de veertiende overweging, tweede alinea, van de aangevochten beschikking.

3. *Toepassing van artikel 90, lid 2*

48. In de aangevochten beschikking heeft de Commissie zich op het standpunt gesteld dat het aan de betrokken Lid-Staat toekomt om aan te tonen dat de voorwaarden voor de in artikel 90, lid 2, vervatte uitzondering inderdaad vervuld zijn.[100] De Nederlandse regering bestrijdt dat met klem, maar mijns inziens ten onrechte. Weliswaar rust op de Commissie de verplichting de toepassing van artikel 90, lid 2, *te onderzoeken*[101], maar men kan van haar niet redelijkerwijze eisen dat zij uit eigen beweging alle omstandigheden onderzoekt die eventueel aanleiding zouden kunnen geven tot de toepassing van de uitzondering van artikel 90, lid 2.

49. In de zeventiende overweging van de aangevochten beschikking wordt gehandeld over de door de Nederlandse regering ingeroepen omstandigheid die de toepassing van de mededingingsregels zou uitsluiten. Nederland had namelijk ingeroepen dat de concurrentie tussen de particuliere koeriersondernemingen en de PTT op het gebied van de koeriersdiensten ertoe zou leiden dat voor laatstgenoemde slechts de financieel minder interessante bestemmingen zouden overblijven. Op die manier zou het onmogelijk zijn aan de post de nodige inkomsten te waarborgen om deze laatste toe te laten de haar toevertrouwde vervoersplicht naar behoren te vervullen.

In de aangevochten beschikking wordt het betoog van de Nederlandse regering om drie redenen van de hand gewezen. Ik zal ze hierna kort onderzoeken.

50. Ten eerste wijst de beschikking op de gunstige evolutie van de winst- en omzetcijfers in de jaren die aan de beschikking voorafgaan. De Commissie leidt uit die cijfers af dat niet is aangetoond „dat het behoud van de concurrentiesituatie die bestond tot aan de inwerkingtreding van de nieuwe wet, afbreuk deed aan de basispostdienst en dat deze maatregel beslissend zou zijn voor het financiële evenwicht van de post".[102]

De Nederlandse regering brengt hier vooreerst tegen in dat „het maken van winst op zich niet behoeft te betekenen dat een beroep op artikel 90, lid 2, niet meer mogelijk zou zijn".[103] Daarmee miskent zij evenwel de kern van het betoog van de Commissie, die de niet-toepasselijkheid van artikel 90, lid 2, op dit punt immers afleidt uit de *grootte* van de door de post gemaakte winst, die volgens haar aantoont dat een concurrentiesituatie zoals die bestond bij de inwerkingtreding van de nieuwe wet de werking van de basispostdienst en het financiële evenwicht van de post niet in gevaar brengt.

Voorts heeft de Commissie zich volgens de Nederlandse regering ten onrechte gebaseerd op cijfers uit de periode voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Postwet. Ook deze kritiek is niet terecht: het lag immers voor de hand dat de Commissie, om

100— Zie de zestiende overweging in fine van de aangevochten beschikking.

101— Voor meer bijzonderheden, zie mijn conclusie van 19 september 1991 in zaak C-179/90, Merci Convenzionali Porto di Genova, nrs. 26-28.

102— Zie de zeventiende overweging, tweede alinea, van de aangevochten beschikking.

103— Zie het verzoekschrift in zaak C-48/90, blz. 21 bovenaan.

de toepasselijkheid van artikel 90, lid 2, te beoordelen, acht zou slaan op cijfers die aanwijzingen gaven over de concurrentiële slagkracht van de PTT bij het inwerkingtreden van de nieuwe wet. Het feit dat de PTT vóór de nieuwe wet een theoretisch monopolie bezat met betrekking tot koeriersdiensten voor brieven tot 500 gram neemt niet weg dat aan de vooravond van de nieuwe wet met betrekking tot deze diensten *de facto* een levendige concurrentie bestond. De door de Commissie geraadpleegde cijfers waren dus wel degelijk relevant.

51. Op de tweede plaats achtte de Commissie in de aangevochten beschikking artikel 90, lid 2, niet van toepassing omdat de post reeds over niet te verwaarlozen wettelijke en feitelijke voordelen beschikt voor de vervulling van haar taak, zodat de uitbreiding van haar machtspositie tot de markt van de koeriersdienst objectief geen noodzaak kan vormen voor de uitoefening van die taak. Tussen partijen bestaat er heel wat betwisting over de juiste weerslag van deze voordelen, maar ik acht deze discussie niet van groot belang: vast staat immers dat de vrijstellingen en schaalvoordelen waarover de PTT beschikt (in het bijzonder vrijstellingen van wettelijke verplichtingen inzake goederenvervoer en rijtijden; schaalvergroting door gebruik van hetzelfde personeel en dezelfde infrastructuur voor een gevarieerd gamma van allerhande postdiensten), nu reeds leiden tot de versterking van haar concurrentiële positie ten opzichte van haar particuliere concurrenten en tot de versterking van haar financiële positie. Met inachtneming ook van de hiervoor besproken factor winstgevendheid ziet het er niet naar uit dat de vervulling door PTT Post BV van de haar opgedragen taak van algemeen belang de toekenning van nog een ander concurrentieel voordeel noodzakelijk maakt.

52. Op de derde en laatste plaats blijkt volgens de aangevochten beschikking dat PTT Post BV zeer wel opgewassen is tegen de concurrentie van particuliere ondernemingen uit het feit dat de post niet verplicht is haar diensten in geheel Nederland tegen een identiek tarief aan te bieden en dat overigens ook niet doet, aangezien zij aan bepaalde cliënten belangrijke kortingen (zogenaamde „contractkortingen") zou toestaan. Opnieuw bestaat er tussen partijen heel wat onenigheid over het belang van deze kortingen, zonder dat echter het bestaan ervan wordt ontkend.[104] Naar mijn oordeel wordt in de bestreden beschikking terecht aangestipt dat het bestaan van kortingen aantoont dat de PTT, net zoals haar concurrenten, in staat is rekening te houden met kostenverschillen bij de vaststelling van haar tarieven. Ook dit wijst er op dat de vervulling van de aan PTT Post BV opgedragen vervoersplicht niet verhindert dat de PTT op gepaste wijze op de marktomstandigheden kan inspelen.

Ik deel dan ook de stelling van de Commissie in verband met de niet-toepasselijkheid van artikel 90, lid 2, en haar oordeel dat het monopolie van PTT Post BV voor wat betreft een deel van de basispostdienst, volstaat als garantie voor de handhaving van de verplichtingen als dienst van algemeen belang (zie de achttiende overweging van de aangevochten beschikking).

104— Zie bij voorbeeld het verzoekschrift van de Nederlandse regering in zaak C-48/90, blz. 21 onderaan.

E — Samenvatting en conclusie

53. Mijn onderzoek heeft me tot het besluit gebracht dat de bestreden beschikking gesteund kon worden op de aan de Commissie uit hoofde van artikel 90, lid 3, van het Verdrag toekomende bevoegdheid om de onverenigbaarheid van een nationale wet met een rechtstreeks werkende verdragsbepaling vast te stellen. In casu heeft de Commissie van deze bevoegdheid evenwel geen gebruik gemaakt met de vereiste eerbied voor de rechten van de verdediging. Het is op deze grond dat ik u, in hoofdorde, voorstel om beschikking 90/16/EEG van de Commissie inzake het verrichten van koeriersdiensten in Nederland te vernietigen, en de Commissie in de kosten te verwijzen.

In subsidiaire orde acht ik ook een aantal andere vernietigingsmiddelen van de verzoekende partijen gegrond. Zo is hiervoor gebleken dat de Commissie ten onrechte een schending van artikel 90 in samenhang met artikel 86 van het Verdrag heeft vastgesteld, nu zij onvoldoende heeft aangetoond dat PTT Post BV als gevolg van de Postwet van 1988 een machtspositie verkrijgt of dreigt te verkrijgen op de globale markt voor koeriersdiensten, zodat er geen sprake kan zijn van de uitbreiding van een machtspositie en evenmin van een misbruik van een machtspositie op de markt voor koeriersdiensten. Verder acht ik de aangevochten beschikking onvoldoende gemotiveerd in zoverre zij i) de minimumprijsregeling voor bestemmingen buiten de Gemeenschap en ii) de verplichting in hoofde van koeriersbedrijven om hun tarieven voorafgaandelijk te doen registreren onverenigbaar verklaart met artikel 90 in samenhang met artikel 86 van het Verdrag. Op het verzoek om vernietiging van de rectificaties hoeft, nu de beschikking zelf moet worden nietigverklaard, niet afzonderlijk uitspraak te worden gedaan.