Autoriteit Consument & Markt

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft op 1 juni 2021 het besluit van de ACM om de NS een boete op te leggen vernietigd.

Openbaar

Openbaar Besluit

Ons kenmerk : ACM/UIT/490418

Zaaknummer : ACM/17/011989

Den Haag, 29 maart 2018

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt ('ACM') op de bezwaren van N.V. Nederlandse Spoorwegen, NS Groep N.V., Abellio Transport Holding B.V., Abellio Nederland B.V. en Abellio Limburg B.V. (samen: 'NS') tegen het besluit van de ACM van 22 mei 2017 met zaaknummer 16.0691.31.

Samenvatting van het besluit op bezwaar

Bij besluit van 22 mei 2017 ('bestreden besluit') heeft de ACM vastgesteld dat NS bij de aanbesteding van de concessie voor openbaar trein- en busvervoer met een looptijd van december 2016 tot december 2031 ('Limburgse concessie') misbruik heeft gemaakt van haar economische machtspositie op het Nederlandse hoofdrailnet ('HRN'). Daarmee heeft NS in strijd gehandeld met artikel 24 van de Mededingingswet ('Mw') en artikel 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie ('VWEU'). De ACM heeft aan NS een boete opgelegd van 40.950.000 euro.

Muzenstraat 41 www
2511 WB Den Haag 070

NS heeft haar economische machtspositie ten eerste misbruikt door een verlieslatend bod in te dienen. Ten tweede heeft NS haar economische machtspositie misbruikt door een complex van verschillende gedragingen tijdens de periode van voorbereiding van de inschrijvingen op de aanbesteding van de Limburgse concessie. NS wilde de Limburgse concessie in handen krijgen om daarmee de kans te verkleinen dat haar positie op het HRN onder druk zou komen te staan en concurrenten konden meedingen naar (af te splitsen delen van) het HRN.

NS heeft onder meer bezwaar gemaakt tegen de vaststellingen van het verband tussen het HRN en de Limburgse concessie, de kwalificatie van de genoemde gedragingen als misbruik en - subsidiair - de hoogte van de boete.

Ook na heroverweging is de ACM van oordeel dat NS misbruik heeft gemaakt van haar economische machtspositie. De ACM houdt het bestreden besluit dan ook in stand. Op een aantal punten verduidelijkt de ACM de motivering.

Inhoud

Samenvatting van het besluit op bezwaar 1

1 Procedure en beknopte weergave van het bezwaar 4
1.1 Verloop van de procedure 4
1.2 Bestreden besluit 4
1.3 Bezwaargronden NS 6

2 Economische machtspositie en verband tussen misbruik en economische machtspositie 7
2.1 Bezwaren NS 7
2.1.1 Mededingingsrechtelijk nauw verband tussen relevante markten 7
2.1.2 Potentieel effect van gedragingen op de positie van NS op het HRN 8
2.1.3 Marktafbakening, dominantie en "bijzondere omstandigheden" 9
2.2 Beoordeling ACM 9
2.2.1 Mededingingsrechtelijk nauw verband tussen relevante markten 9
2.2.2 Potentieel effect van gedragingen op de positie van NS op het HRN 14
2.3 Conclusie economische machtspositie en verband tussen misbruik en economische machtspositie 17

3 Roofgedrag van NS 17
3.1 Bezwaren NS 18
3.2 Beoordeling ACM 18
3.2.1 De intenties van NS bij de aanbesteding van de Limburgse concessie 18
3.2.2 De objectiviteit van de gehanteerde norm in het licht van de aanbestedingscontext 25
3.2.3 De roofprijzentoets 27
3.2.4 Correcties op de business case van NS 30
3.2.5 Objectieve rechtvaardiging 44
3.3 Conclusie roofgedrag van NS 46

4 Complex van gedragingen 46
4.1 Bezwaren NS 46
4.2 Beoordeling ACM 47
4.2.1 Gedragingen vormen tezamen een tweede inbreuk 47
4.2.2 Effect van het complex van gedragingen 50
4.2.3 Afzonderlijke gedragingen en hun potentiële effect op de concurrentie bij de Limburgse concessie 51
4.3 Conclusie complex van gedragingen 59

5 Boete **59**
5.1 Bezwaren NS 59

5.2 Beoordeling ACM 60
5.2.1 Symbolische boete 60
5.2.2 Eén boete voor beide overtredingen 62
5.2.3 Betrokken omzet 62
5.2.4 Basisboete 63
5.2.5 Boeteverhogende omstandigheden 63
5.2.6 Boeteverlagende omstandigheden 64
5.2.7 Proportionaliteit 65

5.3 Conclusie betreffende de boete 66

6 Besluit **67**

Bijlage 1: definities **68**

1 Procedure en beknopte weergave van het bezwaar

1.1 Verloop van de procedure

1. In het bestreden besluit heeft de ACM een boete opgelegd van 40.950.000 euro aan N.V. Nederlandse Spoorwegen, NS Groep N.V., Abellio Transport Holding B.V., Abellio Nederland B.V. en Abellio Limburg B.V. voor overtredingen van artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU. Voor deze boete zijn alle genoemde vennootschappen hoofdelijk aansprakelijk voor het geheel.

2. Het verloop van de procedure na de bekendmaking van het bestreden besluit is als volgt. Bij brief van 28 juni 2017 heeft NS een *pro forma* bezwaarschrift ingediend. Op 20 september 2017 heeft NS de gronden van het bezwaar aangevuld. Op 2 november 2017 heeft op het kantoor van de ACM een hoorzitting plaatsgevonden. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt dat op 21 december 2017 aan partijen is toegezonden. Partijen zijn in de gelegenheid gesteld te reageren op het hoorzittingsverslag. Van deze gelegenheid heeft NS op 19 januari 2018 gebruik gemaakt.

3. Een verzoek van Arriva om als belanghebbende in de procedure te worden betrokken, heeft de ACM afgewezen.

1.2 Bestreden besluit

4. In het bestreden besluit heeft de ACM vastgesteld dat NS bij de aanbesteding van de Limburgse concessie misbruik heeft gemaakt van haar economische machtspositie.

5. In het bestreden besluit heeft de ACM beschreven dat de gedragingen van NS verband hielden met haar rol als personenvervoerder op het HRN. Op dit net heeft NS een economische machtspositie. Het HRN dekt het grootste deel van het personenvervoer per spoor in Nederland. De huidige HRN-concessie (1 januari 2015 tot 1 januari 2025) is onderhands gegund aan NS.

6. Het bestreden besluit bevat een analyse van het bewijs waaruit volgt dat NS de Limburgse concessie wilde winnen om te voorkomen dat een concurrent in Limburg kon laten zien dat samenloop tussen intercity's van NS en stoptreinen van de regionale concessiehouder op hetzelfde traject succesvol kan zijn. In Limburg ontstond deze samenloop doordat de Limburgse concessie twee stoptreindiensten omvat, die voordien onderdeel waren van de HRN-concessie. Het Ministerie van Infrastructuur en Milieu ('IenM', tegenwoordig Infrastructuur en Waterstaat) wil tijdens de zogenoemde '*mid-term review*' van de HRN-concessie in 2019 onderzoeken, mede op basis van ervaringen met deze samenloop, of ook andere HRN-treinverbindingen voor decentralisatie in aanmerking komen. De Limburgse concessie is daarmee een *pilot* voor decentralisatie. NS wilde, door zelf de Limburgse concessie uit te voeren, de kans verkleinen dat haar positie op het HRN onder druk zou komen te staan en concurrenten konden gaan meedingen naar (delen van) het HRN, zo beschrijft het bestreden besluit.

7. De ACM stelt in het bestreden besluit vast dat NS op twee manieren misbruik maakte van haar economische machtspositie in haar streven om de Limburgse concessie te winnen. NS heeft haar economische machtspositie ten eerste misbruikt door een verlieslatend bod in te dienen. De verwachte kosten die NS zou maken met het uitvoeren van de Limburgse concessie, waren hoger dan de verwachte opbrengsten. Dit wordt in het bestreden afgeleid uit het feit dat na een correctie van de verwachte opbrengsten de bieding niet voldoet aan de door NS gehanteerde rendementsnorm dat de netto contante waarde ('NCW') positief moet zijn en het interne rendement (ofwel '*internal rate of return*', 'IRR') niet lager dan de vermogenskostenvoet (ofwel '*weighted average cost of capital*', 'WACC').

8. De hierboven genoemde correctie heeft de ACM nodig geacht omdat NS het rendement van haar bieding te positief heeft geprognotiseerd. Bij het opstellen van haar bod is NS uitgegaan van een onrealistische groei van de reizigersopbrengsten in Limburg, terwijl zij dit nauwelijks onderbouwde. Daarnaast heeft NS haar bekende risico's niet in het bod verdisconteerd. Daardoor kregen even efficiënte concurrenten bij de aanbesteding geen eerlijke kans: zij konden het bod van NS niet evenaren of overtreffen zonder zelf verlies te lijden. In het bestreden besluit wordt geconcludeerd dat NS met haar bieding de concurrentie heeft verstoord door roofgedrag te vertonen. Dit roofgedrag kwalificeert als misbruik van een economische machtspositie in de zin van artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU.

9. Ten tweede heeft NS haar economische machtspositie misbruikt door een complex van verschillende gedragingen. Deze gedragingen zijn dienstbaar geweest aan het strategische doel om de kansen van concurrenten te verminderen om de concessie Limburg te verwerven. Geen van de gedragingen kan gezien worden als normale concurrentie op basis van ondernemersprestaties.

10. Deze gedragingen waren zowel offensief als defensief van karakter, aldus het bestreden besluit. Deels beperkten zij de kosten en onzekerheid bij het opstellen van het bod van NS zelf, en deels verhoogden zij de kosten en onzekerheid bij haar concurrenten.

11. In het bestreden besluit is uiteengezet hoe NS haar dochter Abellio[1] een oneigenlijke kennisvoorsprong verschafte ten opzichte van de overige inschrijvers, door:

- bedrijfsvertrouwelijke informatie van Veolia, die de lopende concessie in Limburg exploiteerde, te verkrijgen (onder meer via de toenmalige concessiedirecteur van Veolia) en deze informatie te gebruiken om haar eigen bod te verbeteren;
- relevante informatie over het HRN, die op dat moment nog niet beschikbaar was voor de andere inschrijvers, te verstrekken aan haar dochter Abellio; en
- vertrouwelijke informatie betreffende de verzoeken van andere inschrijvers, om toegang tot materieel en voorzieningen die zij nodig hadden van andere NS-dochters, door te

[1] NS nam via haar 100 %-dochteronderneming Abellio deel aan de aanbesteding van de Limburgse concessie.

spelen aan Abellio. Abellio kon deze informatie gebruiken bij het bepalen van haar eigen bod, en heeft dit ook gedaan.

12. Daarnaast is in het bestreden besluit beschreven dat NS:

- haar concurrenten op achterstand heeft gebracht door haar reactie op de toegangsverzoeken te vertragen; en
- haar concurrenten een zodanig aanbod heeft gedaan dat zij bij het uitbrengen van hun bod op de Limburgse concessie werden gehinderd.

13. De ACM concludeert in het bestreden besluit dat de genoemde elementen als geheel en in samenhang bezien mededingingsbeperkend zijn en kwalificeren als misbruik van een economische machtspositie in de zin van artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU.

1.3 Bezwaargronden NS

14. NS stelt ten eerste dat het mededingingsrechtelijk verband tussen de Limburgse concessie en het HRN ontbreekt. Het door de ACM vastgestelde verband is volgens NS onvoldoende om te kunnen concluderen dat de markten zo verwant zijn dat de onderneming met een economische machtspositie op de ene markt daar op de andere markt misbruik van zou kunnen maken. Volgens NS laat de ACM ten onrechte na markten (juist) af te bakenen. NS acht tevens de vaststelling dat NS op het HRN over een economische machtspositie beschikt onvoldoende onderbouwd.

15. Ook stelt NS dat de ACM had moeten aantonen dat er een verband bestaat tussen de gedragingen van NS en de uitkomst van de aanbesteding van de Limburgse concessie. Alleen dan had kunnen worden aangetoond dat de gedragingen een uitsluitend effect konden hebben. Volgens NS had het onderzoek van de ACM een analyse moeten bevatten naar het onderlinge krachtenspel tussen de concurrerende inschrijvers bij de aanbesteding. Met name de (financiële) parameters uit de bieding van NS, hadden volgens NS moeten worden beoordeeld in verhouding tot de (onderbouwing van de) biedingen van de mede-inschrijvers. Het bestreden besluit bevat volgens NS geen analyse van de relevantie van gedragingen van NS voor de kans van slagen van de biedingen van Arriva en Veolia op de gunningscriteria.

16. NS bestrijdt dat haar bod op de Limburgse concessie verlieslatend zou zijn en als roofprijs kwalificeert onder de bestaande mededingingsrechtelijke roofprijzennorm. NS stelt dat een intern algemeen streefrendement geen graadmeter is voor een roofprijs. Ook ondernemingen met een economische machtspositie moeten volgens NS de ruimte hebben in voorkomende gevallen genoegen te nemen met minder rendement. Het is volgens NS niet reëel dat ondernemingen in aanbestedingen onverkort kunnen vasthouden aan een algemeen winst- of rendementsstreven. Hierbij stelt NS dat de ACM op basis van eigen aannames tot de conclusie komt dat het bod van NS niet voldeed aan dat interne streefrendement in plaats van op basis van de inschattingen van NS zelf. Los daarvan stelt NS dat het bod van NS in alle relevante interne scenario's een positief rendement opleverde.

17. De gedragingen die in het bestreden besluit tezamen als misbruik worden gekwalificeerd, waren volgens NS niet complementair en geen onderdeel van een gezamenlijke en centraal aangestuurde strategie van NS. Deze feitelijke handelingen kunnen daarom volgens NS niet tezamen als misbruik kwalificeren. Ook omdat de gedragingen volgens NS geen invloed hebben gehad of konden hebben op de uitkomst van de aanbesteding. Daarnaast heeft de ACM volgens NS de gedragingen niet in de juiste context geplaatst. NS betwist dat de gedragingen hebben kunnen bijdragen aan het door de ACM gestelde misbruik van een economische machtspositie.

18. De hoogte van de door de ACM aan NS opgelegde boete staat volgens NS niet in verhouding tot de relevante feiten en omstandigheden. De kwalificatie als ‘roofprijs’ was voor NS niet voorzienbaar. Voor zover de ACM zou volharden in haar oordeel dat NS misbruik heeft gemaakt van een economische machtspositie, zou volstaan moeten worden met een symbolische boete, aldus NS.

19. In de volgende hoofdstukken beoordeelt de ACM de bezwaargronden. Hoofdstuk 2 behandelt de gronden die betrekking hebben op de economische machtspositie en het verband tussen het HRN en de Limburgse concessie. Hoofdstuk 3 behandelt de gronden met betrekking tot het verlieslatend bod. Hoofdstuk 4 behandelt de gronden met betrekking tot het complex van gedragingen en hoofdstuk 5 de gronden met betrekking tot de opgelegde boete.

2 Economische machtspositie en verband tussen misbruik en economische machtspositie

20. In het bestreden besluit heeft de ACM vastgesteld dat NS een economische machtspositie heeft op de markt voor (het uitoefenen van) het exploitatierecht van de HRN-concessie. Voorts heeft de ACM vastgesteld dat er een voldoende nauw verband bestaat tussen deze markt en de markt(en) die betrokken waren bij de gedragingen van NS met betrekking tot de aanbesteding van de Limburgse Concessie.

2.1 Bezwaren NS

2.1.1 Mededingingsrechtelijk nauw verband tussen relevante markten

21. NS voert aan dat het mededingingsrechtelijk relevante nauwe verband tussen de relevante markt voor (het uitoefenen van) het exploitatierecht van de HRN-concessie en de relevante markt waartoe de Limburgse concessie behoort ontbreekt. Daartoe voert zij vier argumenten aan.

22. Ten eerste stelt NS dat de ACM onvoldoende onderzoek zou hebben gedaan naar het nauwe verband tussen de relevante markten. Volgens NS heeft de ACM het nauwe verband niet vastgesteld op basis van objectieve factoren die aantonen dat de onderneming met een economische machtspositie op de ene markt als gevolg van die machtspositie en het nauwe

verband tussen de beide markten in staat is de mededinging (op beide markten) te beperken, maar op basis van subjectieve visies van NS medewerkers in interne stukken.

23. Ten tweede voert NS aan dat de door de ACM genoemde factoren niet leiden tot een nauw verband. Dat de deelnemers aan de Limburgse aanbesteding, Arriva en Veolia, ook tot de potentiële gegadigden voor te decentraliseren delen van het HRN behoren, is volgens NS niet relevant voor het nauwe verband. Het besluit beschrijft immers niet hoe het winnen van de concessie in Limburg van invloed zou kunnen zijn op de concurrentiekansen van deze partijen bij decentralisatie van delen het HRN in de toekomst. Dat onderzoeksbureau Europe Economics rekening heeft gehouden met een bredere relevante markt zegt volgens NS evenmin iets over een nauw verband omdat dit slechts een onderzoek naar mogelijke marktafbakeningen inhoudt. Ook ontbreekt volgens NS in het besluit een concrete uiteenzetting van de wijze waarop en de mate waarin een succesvolle exploitatie van de concessie in Limburg tot verdere decentralisatie van delen van het HRN zou kunnen leiden.

24. Ten derde stelt NS dat een aantal feiten en omstandigheden, dat de ACM in het besluit benoemt, juist wijst op het afwezig zijn van een relevant nauw verband.

25. Tijdens de hoorzitting heeft NS hier nog aan toegevoegd dat het besluit niet duidelijk maakt hoe NS haar vermeende economische machtspositie op het HRN kon misbruiken op de markt waarop de Limburgse aanbesteding plaatsvond.[2]

2.1.2 Potentieel effect van gedragingen op de positie van NS op het HRN

26. NS voert aan dat de gedragingen van NS bij de bieding op de Limburgse concessie geen effect kunnen hebben op de positie van NS op het HRN. Zij stelt dat de gedragingen van NS ongeschikt waren om een effect op de concurrentie te hebben, laat staan om te kunnen leiden tot uitsluiting van concurrenten. Daartoe voert zij aan dat de Limburgse concessie van geen enkel belang was voor de positie van NS op het HRN gedurende de lopende concessie (tot 2025). De gedragingen van NS zouden ook niet tot uitsluiting kunnen leiden in de periode vanaf 2025, omdat de besluitvorming over verdere decentralisatie vooral zeer onzeker was en de ervaring met decentralisatie in de Limburgse concessie slechts een van de factoren was die daarop van invloed zou zijn.

27. Verder stelt NS dat de eventuele verkrijging van de Limburgse concessie door NS geen invloed zou kunnen hebben op het besluitvormingsproces over decentralisatie. Een onvoldoende presteren zou het decentralisatieproces juist versnellen, terwijl een voldoende presteren het decentralisatieproces niet zou hebben voorkomen. In het geval van een goede uitvoering van de concessie door Abellio kan volgens NS ook betoogd worden dat sprake is van succesvolle uitvoering van samenloop.

[2] *Aantekeningen Inleiding*, gemachtigde van NS, hoorzitting van 2 november 2017, rnr. 13.

2.1.3 Marktafbakening, dominantie en "bijzondere omstandigheden"

28. NS bestrijdt de vaststelling van een markt voor het exploitatierecht op het vervoer op de HRN-concessie, waarop NS volgens het bestreden besluit over een economische machtspositie beschikt. NS draagt in bezwaar hiervoor echter geen nieuwe feiten of argumenten aan, zodat de ACM geen aanleiding ziet om terug te komen op haar conclusies hieromtrent in het bestreden besluit.[3]

29. NS stelt voorts dat de ACM ten onrechte nalaat om de relevante markt(en) af te bakenen waarop het misbruik zou hebben plaatsgevonden. NS meent dat alleen op basis van een afgebakende markt een nauwkeurige analyse kan worden gemaakt of die markt voldoende nauw verband houdt met de markt waarop de economische machtspositie betrekking heeft.

30. Ten slotte stelt NS dat de ACM in het bestreden besluit niet aantoont dat zich bijzondere omstandigheden voordoen die toepassing van artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU rechtvaardigen.

2.2 Beoordeling ACM

2.2.1 Mededingingsrechtelijk nauw verband tussen relevante markten

31. In het bestreden besluit stelt de ACM vast dat NS een economische machtspositie heeft op de markt voor het HRN die NS heeft misbruikt door middel van roofgedrag en een complex van samenhangende gedragingen bij de aanbesteding van de Limburgse concessie. Het misbruik vond dus plaats op een andere markt dan de markt waarop NS een economische machtspositie inneemt. In het arrest *Tetra Pak II* staat hierover het volgende vermeld:[4]

> "*Het is juist dat voor de toepassing van artikel 86* [thans artikel 102 VWEU] *een verband tussen de machtspositie en het beweerde misbruik moet bestaan, dat normaliter niet aanwezig is, wanneer een gedraging op een andere markt dan de gedomineerde markt effecten heeft op deze markt zelf. Bij onderscheiden, doch met elkaar in verband staande markten, zoals in het onderhavige geval, kunnen slechts bijzondere omstandigheden rechtvaardigen dat artikel 86 wordt toegepast op een gedraging die is vastgesteld op de verbonden, niet gedomineerde markt, die effecten heeft op deze markt zelf.*"
> (verduidelijking tussen blokhaken, de ACM)

32. De bewoordingen die het Hof van Justitie van de Europese Unie ('HvJ EU') gebruikt, zijn specifiek voor de casus die zich in *Tetra Pak II* voordeed (zoals tevens blijkt uit de overwegingen die aan de aangehaalde overweging vooraf gaan). In die zaak ging het over een gedraging én effecten van die gedraging op een andere markt dan de gedomineerde markt. In de onderhavige zaak had het gedrag van NS behalve op het verloop en de uitkomst van de aanbesteding van de Limburgse concessie tevens een (beoogd) effect op de

[3] Bestreden besluit, rnrs. 177 - 195.

[4] HvJ EU 14 november 1996, C-333/94, ECLI:EU:C:1996:436 *(Tetra Pak II)*, r.o. 27.

gedomineerde markt, het HRN. In het bestreden besluit licht de ACM reeds toe dat de onderhavige zaak - anders dan de zaak *Tetra Pak II* - niet over overheveling van een economische machtspositie van de ene naar de andere markt gaat, maar over behoud van een economische machtspositie op de markt voor (het uitoefenen van) het exploitatierecht van de HRN-concessie.

33. Niettemin komt aan het arrest *Tetra Pak II*, wanneer zich de situatie van een machtspositie en gedragingen op onderscheiden markten voordoet een algemenere strekking toe. Uit dit arrest volgt dat het aan de ACM is om aannemelijk te maken dat in het geval van een machtspositie en gedragingen op onderscheiden markten, bijzondere omstandigheden het toepassen van artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU rechtvaardigen. Die bijzondere omstandigheden kunnen bestaan uit een nauw verband tussen de betrokken markten. Een dergelijk nauw verband kan volstaan.[5] Dat de markten met elkaar in verband staan, verklaart dat een economische machtspositie op de ene markt kan worden misbruikt op de andere markt en dat het misbruik zijn weerslag kan hebben op de markt waarop een economische machtspositie bestaat.

34. In het bestreden besluit concludeert de ACM dat:[6]

> "*gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval voldoende nauw verband bestaat tussen de relevante markt waarop NS over een machtspositie beschikt en de markt(en) die betrokken waren bij de gedragingen van NS met betrekking tot de aanbesteding van de Limburgse Concessie.*"

35. In tegenstelling tot hetgeen NS stelt, is het verband dat de ACM vaststelt niet alleen gebaseerd op de drie door NS (in randnummer 23 van dit besluit) genoemde factoren. De ACM baseert deze conclusie op objectieve factoren in de specifieke situatie van de aanbesteding van de Limburgse concessie die een nauw verband tussen de relevante markten creëren.

36. Zo is ten eerste relevant dat de Limburgse concessie leidde tot samenloop. Samenloop houdt in dat twee of meer spoorvervoerders, waaronder NS als vervoerder op het HRN, spoorvervoersdiensten aanbieden tussen dezelfde aan het HRN gelegen stations.[7] Samenloop kan ontstaan door decentralisatie van het HRN. Uit het bestreden besluit blijkt dat decentralisatie van het HRN neerkomt op het overhevelen van spoorlijnen die tot dan toe tot

---

[5] Het gaat uiteindelijk om een verband tussen de machtspositie en het misbruik, "*dat normaliter niet aanwezig is*"; het verband tussen de respectievelijke markten is daaraan dienstbaar. De omstandigheden die het Hof in navolging van het Gerecht in *Tetra Pak II* concreet in aanmerking neemt, hebben alle op het nauwe verband tussen de markten betrekking. Zie rechtsoverwegingen 28 - 31. Overigens sluit dit niet uit dat in andere zaken nog andere omstandigheden van belang zijn. Het betreft echter geen dubbel vereiste, in de zin dat boven een nauw verband tussen markten altijd nog (andere) bijzondere omstandigheden moeten worden aangetoond, zoals NS lijkt te betogen in haar bezwaar (zie rnr. 30 van dit besluit).

[6] Bestreden besluit, rnr. 219.

[7] Bestreden besluit, rnr. 46. Daarvan was NS zich ook bewust, zoals volgt uit de bijlage bij Bron 109, p. 1.

het HRN behoren naar regionale concessies die openbaar worden aanbesteed.[8] Ook bij de Limburgse concessie is dat het geval, aangezien een tweetal lijnen werd overgeheveld van het HRN naar de Limburgse concessie.[9] Deze overheveling resulteert op deze trajecten voor het eerst in een substantiële samenloop.

37. Ten tweede blijkt uit het dossier dat de Minister van IenM de Limburgse concessie wilde gebruiken als 'proeftuin' om ervaringen op te doen met samenloop tussen twee of meer vervoerders op dezelfde trajecten. Op basis van deze ervaringen zou de Minister willen onderzoeken of ook andere lijnen buiten 'de brede randstad' voor decentralisatie in aanmerking kwamen.[10] De ervaringen zouden worden meegenomen in de zogenaamde *mid-term review* van de HRN-concessie die in 2019 zal plaatsvinden.[11] Deze gang van zaken blijkt uit de toelichting op de HRN-concessie en is vastgelegd in de voorwaarden van de HRN-concessie.[12]

38. Uit het voorgaande blijkt dat er een objectief verband bestond tussen de positie van NS als exploitant van de HRN-concessie en de Limburgse concessie. De ervaringen bij de uitvoering van de Limburgse concessie zouden immers worden meegewogen in de besluitvorming over verdere decentralisatie van delen van het HRN. Deze besluitvorming zou plaatsvinden na de *mid-term review* van de HRN-concessie in 2019. Indien tot verdere decentralisatie zou worden besloten zou dat ten koste gaan van de positie van NS op het HRN, omdat de omvang van het HRN daardoor zou afnemen.

39. Het hiervoor beschreven objectieve verband tussen de positie van NS als exploitant van de HRN-concessie en de aanbesteding van de Limburgse concessie wordt ook door NS als zodanig erkend. Uit diverse interne stukken, die zijn aangehaald in het bestreden besluit, waarin de strategische rationale bij de bieding wordt beschreven blijkt dat binnen NS wordt gesproken over "*houtrot in het HRN*" en "*uitholling van het HRN*" en *"ongewenst uithollingseffect*", waarmee wordt gedoeld op de effecten als gevolg van een succesvolle samenloop.[13] Het argument van NS dat het hier gaat om subjectieve visies van medewerkers van NS kan niet slagen. Het betreft hier communicatie op het hoogste niveau binnen de onderneming en interne stukken die zijn gebruikt bij de besluitvorming rond de bieding in Limburg in de Groepsraad[14] en het Executive Committee ('ExCo'),[15] de adviesaanvraag aan

[8] Bestreden besluit, rnrs. 50 en 51.

[9] Bestreden besluit, rnr. 52.

[10] Bestreden besluit, rnrs. 52, 53 en 54.

[11] Inmiddels heeft IenM hieraan al een eerste uitvoering gegeven, door het verrichten van een 'nulmeting', zie https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2017/10/25/monitor-gedecentraliseerde-treindiensten-limburg.

[12] Bestreden besluit, rnr. 58 en bron 197, p. 25 en 106.

[13] Zie bijvoorbeeld bestreden besluit, rnrs. 261, 266, 268, 270, 334, 342, 346, 347, 355 en 358.

[14] Bestreden besluit, rnr. 261.

[15] Bestreden besluit, rnr. 266. De ExCo van NS Groep N.V. ('NS Groep') bestaat uit de leden van de Raad van Bestuur en functionarissen die door de Raad van Bestuur zijn benoemd tot lid van de ExCo.

de Centrale Ondernemingsraad,[16] besluitvorming over de bieding door de Raad van Commissarissen[17] en besprekingen daarover met de Minister van Financiën als aandeelhouder.[18]

40. NS betoogt voorts dat voor een nauw verband niet relevant is dat de gegadigden voor de Limburgse concessie ook de potentiële gegadigden zijn voor delen van het HRN die bij verdere decentralisatie zouden worden aanbesteed. De ACM volgt NS om de volgende redenen niet in dit standpunt.

41. Uit het dossier blijkt, zoals hierboven omschreven, dat de Limburgse concessie gold als 'proeftuin' voor samenloop en dat de ervaringen met samenloop (mede)bepalend zouden zijn voor de besluitvorming over verdere decentralisatie (zie randnummers 36, 37 en 38 van dit besluit). Juist deze situatie maakt dat NS er een belang bij had om concurrenten in de aanbesteding van de Limburgse concessie van de markt te weren. Door deze partijen van de markt te weren, verhinderde NS dat in Limburg aangetoond kon worden dat samenloop tussen intercitydiensten van het HRN en stoptreindiensten van een, door een concurrerende vervoerder uitgevoerde, andere concessie succesvol kon zijn. Het verhinderen van het ontstaan van samenloop kon de besluitvorming over verdere decentralisatie negatief beïnvloeden in de zin dat de kans dat delen van de huidige HRN-concessie na 2024 zouden worden gedecentraliseerd gereduceerd zou worden. De kans daarop was, zoals de goed geïnformeerde NS ten tijde van de Limburgse concessie zelf taxeerde, reëel. De mogelijkheden voor potentiële concurrenten van NS om mee te dingen naar na 2024 aan te besteden delen van het HRN zouden in dat geval worden beperkt. De bestaande marktstructuur zou dan worden 'bevroren' en de beschermde positie van NS op het HRN zou in volle omvang worden gecontinueerd.

42. Het gedrag van NS heeft de reële potentie om het moeilijker te maken voor concurrenten om mee te dingen naar (na 2024) te decentraliseren delen van het HRN, of dit zelfs onmogelijk te maken, doordat NS verdere decentralisatie tegenwerkt door in Limburg samenloop te voorkomen. NS beschermde zo haar economische machtspositie op de markt voor (het uitoefenen van) het exploitatierecht van de HRN-concessie met misbruikelijke gedragingen op de markt waartoe de Limburgse concessie behoort. Dat verband is vastgesteld op basis van een objectieve beschrijving van de bijzondere omstandigheden van het geval die, zo blijkt uit de interne stukken van de NS, ook als zodanig op het niveau van het bestuur van de onderneming NS werden herkend.

43. Tot de partijen die door de gedragingen van de NS in potentie worden uitgesloten van concurrentie op te decentraliseren delen van het HRN behoorden ook de partijen die door NS

[16] Bestreden besluit, rnr. 270.
[17] Bestreden besluit, rnrs. 268, 346, 347 en 348.
[18] Bestreden besluit, rnrs. 348, 355 en 358.

werden gehinderd in het doen van een succesvolle bieding in de Limburgse concessie.[19] Naar het oordeel van de ACM is dit wel degelijk relevant voor de vaststelling van een mededingingsrechtelijk nauw verband, omdat, wanneer een van deze partijen wél de kans zou krijgen om aan te tonen dat samenloop succesvol kon zijn, dit haar zou hebben aangemoedigd bij latere decentralisaties opnieuw mee te dingen.[20] En omgekeerd, het vooruitzicht van verdere decentralisatie was een prikkel om in Limburg scherp in te schrijven.

44. In haar bezwaren wijst NS voorts op een aantal factoren dat zou wijzen op het afwezig zijn van een nauw verband. De door NS aangehaalde factoren, zoals verschillen in concessieverleners, concessievoorwaarden, gebruikers van de diensten en het type dienstverlening benoemt de ACM ook in het bestreden besluit. Naar het oordeel van de ACM zijn deze factoren relevant in de analyse van de relevante markten, maar wijzen deze niet op de afwezigheid van een nauw verband. Deze factoren zijn wel indicatief voor het onderscheid tussen de relevante markten in deze zaak. Om in lijn met de eerder genoemde zaak *Tetra Pak II* een verband tussen twee relevante markten te kunnen bepalen, dienen deze markten vanzelfsprekend eerst van elkaar onderscheiden te worden. In het besluit wordt, mede op grond van de door de NS aangedragen factoren, de relevante markt voor het HRN onderscheiden van de relevante markten voor regionale concessies, waaronder de Limburgse concessie.

45. NS betoogt verder dat iedere concessie in feite een markt op zich vormt en dat inherent aan het zelfstandige karakter is dat een eventueel nauw verband tussen de relevante markten wordt doorgeknipt door de aanbestedingssystematiek. De ACM volgt deze argumentatie niet. Het nauwe verband tussen de relevante markt voor (het uitoefenen van) het exploitatierecht van de HRN-concessie en de relevante markt waartoe de Limburgse concessie behoort, vloeit voort uit de in randnummers 36 tot en met 39 van dit besluit beschreven situatie. De beschrijving van die situatie laat zien dat het nauwe verband in dit geval niet wordt doorbroken door de systematiek van concessieverlening.[21]

46. In dit kader stelt NS verder dat het voor een nauwkeurige analyse van het nauwe verband tussen de markt waarop de economische machtspositie betrekking heeft en de markt waarop het misbruik plaatsvindt noodzakelijk is om die laatste markt ook af te bakenen. Op de noodzaak om deze laatste markt af te bakenen is de ACM reeds ingegaan in bestreden besluit.[22] De ACM voegt hier nog het volgende aan toe. In het onderhavige geval bestaat er een nauw verband tussen de markt voor (het uitoefenen van) het exploitatierecht van de HRN-

[19] Bestreden besluit, rnr. 214.

[20] Dat Veolia intussen als mogelijke gegadigde is afgevallen, is niet van belang omdat het gaat om het perspectief ten tijde van de Limburgse aanbesteding.

[21] Het feit dat Europe Economics in haar rapport rekening houdt met de mogelijkheid dat er sprake zou kunnen zijn van één geografische markt die zowel het HRN als de gedecentraliseerde concessies omvat (rnr. 144 van het bestreden besluit) ziet de ACM (zoals opgemerkt in voetnoot 183 van het bestreden besluit) als niet meer dan een indicatie van een zekere verwantschap tussen de betrokken relevante markten.

[22] Bestreden besluit, rnr. 213.

concessie, waarop NS over economische machtspositie beschikt en de markt waartoe de Limburgse concessie behoort. Of de Limburgse concessie een markt op zichzelf vormt of dat de Limburgse concessie deel uitmaakt van een bredere markt waartoe ook andere aan te besteden openbaar vervoerconcessies behoren, maakt in het onderhavige geval geen verschil. Het blijft een feit dat de ervaringen met samenloop in specifiek de Limburgse concessie (mede)bepalend zouden zijn voor de besluitvorming over verdere decentralisatie van het HRN. Het nauwe verband, zoals hiervoor vastgesteld door de ACM, wordt niet anders als de markt anders wordt afgebakend. De stelling van NS dat de ACM geen nauwkeurige analyse kan maken van een nauw verband als de betrokken markten niet alle zijn afgebakend (zie randnummer 29), is dan ook ongegrond.

47. Ten slotte stelt NS dat de ACM in het besluit niet duidelijk zou maken hoe NS haar vermeende economische machtspositie op het HRN kon misbruiken op de markt waarop de Limburgse aanbesteding plaatsvond. De ACM begrijpt deze stelling van NS zo dat NS van mening is dat de ACM had moeten aantonen welk causaal verband er bestaat tussen de economische machtspositie van NS op het HRN en het misbruik op de markt waartoe de Limburgse concessie behoort.

48. In het bestreden besluit[23] is de ACM reeds ingegaan op de vraag of de ACM het causaal verband tussen de economische machtspositie en het misbruik had moeten aantonen. Uit het besluit blijkt dat op grond van het *Continental Can*-arrest het niet noodzakelijk is dat er een causaal verband tussen economische machtspositie en het misbruik wordt aangetoond.[24] Nu NS in haar bezwaar hiertegen geen nieuwe argumenten aanvoert ziet de ACM geen reden om haar standpunt hierover te wijzigen.

49. De bezwaren van NS tegen de vaststelling van het mededingingsrechtelijk nauw verband tussen relevante markten zijn dus ongegrond.

2.2.2 Potentieel effect van gedragingen op de positie van NS op het HRN

50. NS voert in haar bezwaar aan dat de Limburgse concessie van geen enkel belang was voor de positie van NS op het HRN tot aan 2024 en dat de gedragingen ook niet tot uitsluiting kunnen leiden in de periode vanaf 2025 omdat de besluitvorming over verdere decentralisatie vooral zeer onzeker was en de ervaring met decentralisatie in de Limburgse concessie slechts een van de factoren was die daarop van invloed zou zijn.

51. In randnummers 55 en 56 van het bestreden besluit citeert de ACM de ‘Lange Termijn Spooragenda’ van maart 2014 waarin staat vermeld dat de omvang van het HRN de komende

[23] Bestreden besluit, rnrs. 206 - 210.

[24] Bestreden besluit, rnr. 207.

tien jaar vaststaat behalve wanneer de prestaties van NS "*zwaar onvoldoende*" zijn.[25] Ook blijkt daaruit dat er op dat moment al besluitvorming heeft plaatsgevonden over decentralisatie van de twee stoptreinverbindingen in Limburg die vanuit het HRN worden overgeheveld naar de nieuwe Limburgse concessie en de lijn Zwolle - Enschede die vanuit het HRN wordt overgeheveld naar een nieuwe concessie.

52. Uit het dossier blijkt duidelijk dat ten tijde van de aanbesteding van de Limburgse concessie de Minister van IenM de besluitvorming over verdere decentralisatie van (delen) van het HRN wilde laten plaatsvinden na de *mid-term review* van de HRN-concessie in 2019.[26] Voorts blijkt daaruit dat de kennis en ervaring met samenloop die zou worden opgedaan bij in ieder geval de uitvoering van de Limburgse concessie[27] van groot belang wordt geacht voor de besluitvorming over verdere decentralisatie van (delen) van het HRN. Ten slotte blijkt daaruit dat op het moment van de aanbesteding van de Limburgse concessie er naast de decentralisatie van de twee lijnen in Limburg en de lijn Zwolle - Enschede, geen concrete voornemens bestonden tot verdere decentralisatie van (delen) van het HRN en dat de omvang van het HRN tot en met 2024 vaststond. De besluitvorming over verdere decentralisatie zou dus na 2019 plaatsvinden. Deze besluitvorming kon ertoe leiden dat er voor 2025 delen van het HRN gedecentraliseerd aanbesteed zouden worden en die delen met ingang van 2025 dus niet meer tot het HRN behoren. Dat die besluitvorming nog niet concreet was vormgegeven en de uitkomst mogelijk ook afhankelijk is van andere factoren, doet hier niet aan af.

53. Ook uit de interne stukken die zijn opgesteld ten behoeve van de besluitvorming van de ExCo en de Raad van Commissarissen ('RvC') van NS blijkt dat op het hoogste niveau binnen de onderneming NS de overtuiging bestond dat de Limburgse concessie van belang was voor de toekomstige positie van NS op het HRN (zie randnummer 39).

54. Het door NS aangevoerde argument dat de eventuele winst van de Limburgse concessie door NS geen invloed zou kunnen hebben op het besluitvormingsproces over decentralisatie kan om de volgende redenen niet worden gevolgd.

55. Naar het oordeel van de ACM gaat het niet om de vraag of Abellio al dan niet voldoende zou presteren als zij de concessie had gewonnen en deze zou uitvoeren, maar om de vraag wat er zou gebeuren als niet Abellio maar een andere gegadigde de concessie zou winnen en uitvoeren. Die partij zou dan kunnen laten zien dat het laten rijden van stoptreinen en intercity's op hetzelfde traject door verschillende vervoerders ('samenloop'), een succesvol concept kan zijn dat ook kan werken op andere lijnen die deel uitmaken van het HRN. Indien

[25] Hierbij wordt verwezen naar artikel 43 van de Wet personenvervoer 2000 dat luidt: "*Een concessie kan geheel of gedeeltelijk worden ingetrokken, indien is gebleken dat de concessiehouder de concessie niet naar behoren uitvoert of heeft uitgevoerd*".

[26] Bestreden besluit, rnrs. 53 - 55 en 58.

[27] En mogelijk ook de samenloop op de lijn Zwolle - Enschede waarop vanaf eind 2017 samenloop zou ontstaan.

die uitvoering inderdaad succesvol zou zijn, zou die constatering een belangrijke rol gaan spelen bij de besluitvorming over verdere decentralisatie van het HRN, zo blijkt uit het dossier.[28] Door het uitbrengen van een verlieslatend bod en door een complex van gedragingen heeft NS proberen te voorkomen dat die situatie zich zou voordoen. De potentiële effecten daarvan op de positie van NS op de markt voor de exploitatie van het HRN op langere termijn heeft de ACM beschreven in randnummers 41 en 42 van dit besluit.

56. Bovendien is het argument van NS gebaseerd op het onjuiste uitgangspunt dat Abellio als decentrale vervoerder en 100 %-dochteronderneming van NS in precies de dezelfde positie zou verkeren als met NS concurrerende vervoerders bij het omgaan met samenloop. NS gaat er aan voorbij dat het rijden van treinen van verschillende aanbieders op hetzelfde spoortraject op een aantal cruciale onderwerpen, zoals de dienstregeling en gebruik van stations, afstemming vraagt tussen deze aanbieders. NS kan de afstemming tussen Abellio en bijvoorbeeld NS Reizigers B.V. (‘NS Reizigers’) en NS Stations B.V. (‘NS Stations’) binnen één en dezelfde onderneming vanuit een gezamenlijk belang regelen. NS bestrijdt niet dat het NS-concern als geheel een economische eenheid vormt en beroept zich in een ander verband ook op het bestaan van ‘groepseffecten’. De beschrijving van de feiten in het complex van gedragingen laat eveneens duidelijk zien dat binnen de NS-groep gemakkelijk afstemming plaatsvindt. Binnen de NS-groep doet zich één van de kwesties bij samenloop, namelijk het feit dat reizigers moeten in- en uitchecken bij verschillende vervoerders, zelfs in het geheel niet voor en is afstemming dus niet eens nodig.[29] Tussen onafhankelijke vervoersondernemingen is deze hindernis voor de reiziger niet eenvoudig op te lossen; het vereist nauwe samenwerking op technisch vlak en/of gegevensuitwisseling.[30]

57. Voorts ontkent NS dat de afstemming tussen moeder- en dochterondernemingen binnen dezelfde groep op een andere manier verloopt dan tussen onafhankelijke ondernemingen. Daar komt nog bij dat in deze situatie de onafhankelijke ondernemingen elkaars (potentiële) concurrenten zijn. De één is op onderdelen ook nog eens afhankelijk van de ander om op de markt te kunnen opereren. Uit het dossier blijkt dat Abellio en NS Reizigers al in een vroeg stadium tijdens de voorbereiding van het bod bezig zijn met (het vergemakkelijken van) de afstemming, bijvoorbeeld om de benodigde *Service Level Agreements* tot stand te brengen. NS kan bogen op jarenlange ervaring bij het combineren van intercity’s en stoptreinen op dezelfde baanvakken. Als de afstemming binnen NS, zoals NS betoogt, niet wezenlijk verschilt van die met andere spoorvervoerders, valt bovendien moeilijk te verklaren waarom de Nederlandse overheid zoveel belang hechtte aan de Limburgse concessie als ‘proeftuin’ voor samenloop (in de gebruikelijke betekenis van samenloop tussen twee onafhankelijke ondernemingen).

[28] Bestreden besluit, rnrs. 52 - 54 en 58.

[29] Zie bijvoorbeeld de situatie op de lijn Alphen aan den Rijn - Gouda, https://www.ns.nl/reisinformatie/rnet/r-net-treindienst.html.

[30] Zie bijvoorbeeld https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/16028/Brief-aan-NS-en-Connexxion-over-proef-eenmaal-in--en-uitchecken-op-Valleilijn.

2.3 Conclusie economische machtspositie en verband tussen misbruik en economische machtspositie

58. De ACM heeft in het bestreden besluit een mededingingsrechtelijk nauw verband geconstateerd tussen de relevante markt voor (het uitoefenen van) het exploitatierecht van de HRN-concessie en de markt waartoe de Limburgse concessie behoort. Dragend voor dit verband zijn het feit dat de Limburgse concessie gold als 'proeftuin' voor samenloop en dat de ervaringen met samenloop (mede)bepalend zouden zijn voor de besluitvorming over verdere decentralisatie van (delen van) het HRN. Juist deze bijzondere omstandigheden maken dat NS er een belang bij had om concurrenten in de aanbesteding van de Limburgse concessie van de markt te weren.

59. Het gedrag van NS heeft de reële potentie om het moeilijker te maken voor concurrenten om mee te dingen naar (na 2024) te decentraliseren delen van het HRN, of dit zelfs onmogelijk te maken, doordat NS verdere decentralisatie tegenwerkt door in Limburg samenloop te voorkomen. Daarmee hebben de gedragingen van NS de reële potentie om een uitsluitingseffect teweeg te brengen op de markt voor de exploitatie van het HRN (zie ook randnummers 41 en 42 van dit besluit).

60. De bezwaren van de NS tegen de vaststelling van het mededingingsrechtelijke nauwe verband en het potentieel effect van de gedragingen op de positie van NS op het HRN zijn dus ongegrond.

61. De NS brengt geen nieuwe feiten en argumenten aan over de marktafbakening en de economische machtspositie op de markt voor de exploitatie van het vervoer op het HRN. Daarom ziet de ACM geen aanleiding om terug te komen op de conclusies hierover in het bestreden besluit.

3 Roofgedrag van NS

62. De ACM heeft in het bestreden besluit twee vormen van uitsluitingsmisbruik geconstateerd. In het voorliggende hoofdstuk wordt ingegaan op de eerste vorm: het roofgedrag van NS. In het bestreden besluit concludeert de ACM dat NS misbruik van haar economische machtspositie heeft gemaakt door een verlieslatend bod te doen en daarmee een roofprijs te hanteren. NS wilde de Limburgse concessie winnen om zo te voorkomen dat een concurrent in Limburg succesvolle samenloop kon bewijzen. Hiermee wilde zij de kans verkleinen dat haar positie op het HRN onder druk zou komen te staan en concurrenten konden meedingen naar (delen van) het HRN.

63. Met de term 'roofprijs' is in het bestreden besluit aangeduid dat NS uitging van onrealistische verwachtingen en bepaalde onderkende risico's bewust negeerde, waardoor zij naar verwachting vermijdbaar verlies zou lijden en geen kostendekkende bieding heeft ingediend. NS heeft een verlieslatend bod uitgebracht; dat wil zeggen een bod dat door een even efficiënte concurrent niet had kunnen worden ingediend zonder een verlies te verwachten.

Door uit te gaan van deze onrealistische verwachtingen kon NS ogenschijnlijk hogere kosten dragen in haar bieding en daardoor een geflatteerd bod opstellen.

3.1 Bezwaren NS

64. In de kern richt NS vijf bezwaren tegen deze conclusie van de ACM:

- Ten eerste zou de ACM te weinig oog hebben gehad voor de bredere context waarin de aanbesteding plaatsvond.
- Ten tweede voert NS aan dat de gehanteerde norm (waarbij de IRR van de bieding vergeleken wordt met de WACC om de kostendekkendheid van de bieding te beoordelen) ongeschikt is om in het kader van een aanbesteding misbruik objectief te kunnen vaststellen.
- Ten derde stelt NS dat deze norm niet kan worden afgeleid uit de roofprijzenjurisprudentie.
- Als de gehanteerde norm juist is, bestrijdt NS ten vierde de inhoudelijke beoordeling van de bieding door de ACM. Bij die beoordeling heeft de ACM correcties aangebracht op de door NS in het kader van de aanbesteding gebruikte berekeningen (de '*business case*'). Aan de ene kant stelt NS dat de ACM ten onrechte 'op de stoel van de ondernemer gaat zitten' door deze correcties uit te voeren. Aan de andere kant, zou de ACM niet ver genoeg gaan in haar beoordeling van de *business case* van NS.
- Ten vijfde en in het verlengde van het vorige punt, zou de ACM bij haar inhoudelijke beoordeling van de *business case* ten onrechte bepaalde correcties ten voordele van NS niet hebben doorgevoerd. Bepaalde correcties ten nadele van NS had de ACM niet of minder vergaand moeten toepassen, aldus NS.

65. Daarnaast stelt NS dat, mocht er sprake zijn van roofgedrag, dit gedrag objectief gerechtvaardigd is. NS verzet zich tegen het feit dat de ACM niet zelf een analyse heeft uitgevoerd naar een mogelijke objectieve rechtvaardiging. Hieronder beoordeelt de ACM deze bezwaren.

3.2 Beoordeling ACM

3.2.1 De intenties van NS bij de aanbesteding van de Limburgse concessie

66. NS is van mening dat de ACM te weinig oog heeft gehad voor het feit dat de omstandigheden van deze zaak plaatsvonden in het kader van een aanbesteding. Een aanbesteding wordt gekenmerkt door concurrentie *om* de markt (in tegenstelling tot concurrentie *op* de markt). Inschrijvers zullen daarom vooraf ambitieuze inschattingen maken en scherp inschrijven, aldus NS. Die inschattingen kunnen achteraf onjuist blijken. NS betoogt dat, voor zover zij uitging van een hoger rendement dan de ACM, dit niet kan kwalificeren als misbruik. Volgens NS is dit "*eerder het gevolg van de onzekerheid waarmee inschrijvende partijen in het aanbestedingsproces geconfronteerd worden*".[31]

67. De ACM volgt NS niet in dit standpunt. Uit het bewijs volgt dat NS een economisch

[31] Bezwaarschrift, rnr. 100.

onverantwoord bod heeft uitgebracht: een bod dat naar verwachting verlieslatend zou zijn en daarom door een even efficiënte concurrent niet kon worden ingediend zonder een verwacht verlies te lijden. Dat NS bepaalde onderkende (negatieve) risico's bewust negeerde, was niet te wijten aan de onzekerheden die verband houden met een aanbestedingsproces. Dit blijkt uit i) de uitgebreide discussie tijdens de totstandkoming van de bieding die onder meer ging over de risico's van de bieding en ii) het streven van NS om concurrenten uit te sluiten van het HRN door te voorkomen dat ze bij de uitvoering van de Limburgse concessie konden bewijzen dat samenloop succesvol kon zijn (in deze zaak ook de 'strategische rationale' genoemd).

68. Aangezien NS in bezwaar voor het eerst in deze zaak (uitgebreid) stelt dat haar gedragingen worden veroorzaakt door onzekerheden die verband houden met een aanbestedingsproces zal de ACM de gang van zaken ten aanzien van voornoemde punten i) en ii) nogmaals uiteenzetten. Aangezien beide punten reeds zijn beschreven in het bestreden besluit, zal de ACM zich hier beperken tot de belangrijkste onderdelen uit het bewijs.[32] De ACM stelt vast dat NS deze feiten niet heeft betwist. In paragraaf 3.2.2 gaat de ACM verder in op de onzekerheden die inherent zijn aan een aanbesteding. Ten aanzien van de discussie over de bieding en de daaraan gerelateerde risico's (onderdeel i) uit randnummer 67 hierboven) is het volgende belangrijk:

- In een memorandum van Abellio van 21 juli 2014 ten behoeve van overleg in het ExCo over de bieding voor de Limburgse concessie wordt de vraag opgeworpen of de WACC (op dat moment nog [vertrouwelijk] %) zal worden gehaald:[33]

  "*Het is niet duidelijk of een bod gemaakt kan worden dat aan deze WACC voldoet.*"

  Al in dat overleg staat de financiële houdbaarheid van de bieding ter discussie. Vanwege de gedaalde rentevoet en de verwachte bereidheid van de concurrentie om de concessie te verwerven, acht Abellio het verstandig zo spoedig mogelijk een besluit te nemen over het vereiste rendement.[34]

- Uit een notitie van de Raad van Bestuur ('RvB') aan de RvC van 28 juli 2014 blijkt dat volgens de RvB het winnen van de concessie, de WACC en de reizigersopbrengsten met elkaar in verband staan:[35]

  "*Daaruit zal blijken of met de beschikbare middelen uit overheidsbijdrage van de provincie Limburg (*[vertrouwelijk]*) en reizigersopbrengsten (*[vertrouwelijk]*) een rendement op investering kan worden gegenereerd conform de eisen die NS daaraan stelt. Uitgangspunt daarvoor is de gemiddelde vermogenskostenvoet (WACC) van NS Groep.* […] *Een belangrijk risico bij iedere nieuwe inschrijving is de ontwikkeling van de reizigersomzet in het gebied*." (aanpassing tussen blokhaken en onderstreping, de ACM)

- In de aanloop naar de bieding, vooral in de periode september en oktober 2014,[36] wordt er door NS veel aandacht besteed aan de *business case*. De verantwoordelijke voor het

[32] Voor de volledige uiteenzetting, zie het bestreden besluit, hoofdstuk 7 en in het bijzonder paragraaf 7.3.

[33] Bron 64, p 2 en 66.

[34] Idem.

[35] Bron 72, p. 3.

[36] Bestreden besluit, paragraaf 7.2.2.

opstellen en beheren van de *business case*, [Medewerker Abellio Nederland], voert in die periode verschillende wijzigingen door. Hij waarschuwt een aantal keren dat de NCW van de *business case* negatief is.[37] Op basis van de *business case* wordt een investeringsvoorstel opgesteld. Dit voorstel zendt [Lid directie Abellio Nederland] uiteindelijk naar de RvB. Over dit voorstel schrijft hij:[38]

"Als [lid directie] *van alleen Abellio NL zou ik nooit instemmen met dit bod. Een kleine neerwaartse aanpassing van de reizigersopbrengstengroei leidt tot negatieve NCW*."

- Dit investeringsvoorstel vormt vervolgens de basis voor de besluitvorming in de ExCo. De [Lid directie Abellio Nederland] stuurt het voorstel voor de ExCo naar zijn collega's in het bestuur van Abellio Nederland. Daarbij merkt hij op:[39]

  "*Kern van het verhaal is dat we niet voldoen aan een positieve NCW tegen een WACC van* [vertrouwelijk] *% indien we CPC richtlijnen volgen*."

  Corporate Control, afgekort CpC, is onderdeel van de financiële afdeling van NS.

- Bij de indiening van het voorstel geeft de [Lid directie Abellio Holding] in een begeleidende brief aan dat de bieding risicovol is. Er is een reële kans op een afwijking ten opzichte van de '*base case*' (de laatste vormt de grondslag voor de *business case*):[40]

  "*Aan de hand van de* [vertrouwelijk] *analyse blijkt dat het reëel is te veronderstellen dat een negatieve afwijking ten opzichte van de base-case zich voordoet. Dit leidt tot additionele verliezen en mogelijk zelfs tot een verlieslatend contract.*"

  De kans dat de *base case* niet wordt gehaald is volgens de berekening van de CpC [vertrouwelijk] %.[41] Vanwege het hoge risicoprofiel adviseert CpC op 26 september 2014 om een risico-opslag op te nemen:[42]

  "*CpC adviseert de Exco daarom om kritisch naar de gehanteerde verdisconteringsfactor te kijken van* [vertrouwelijk]*%, aangezien het ter discretie van de ExCo is om bij risicovolle investeringen een risico-opslag te hanteren. Bij een risico-opslag van* [vertrouwelijk]*% of meer voldoet de integrale business case op dit moment niet aan de gestelde rendementseisen. Volgens CPC zouden enkel zwaarwegende niet financiële gronden een akkoord op de gevraagde randvoorwaarden bij deze risicovolle investeringen rechtvaardigen*."

- Dit advies wordt niet opgevolgd, ook al zijn er op het niveau van de ExCo verschillende personen die hun twijfels uiten over de houdbaarheid van de bieding. De ACM verwijst hiervoor naar de volgende opmerkingen van respectievelijk [lid bestuur NS] en [lid management NS Stations]:

  - "*5. De voornaamste driver van de resultaten is de groei in reizigersopbrengsten. Daar zitten 2 key aannames in. Een groei van meer dan* [vertrouwelijk] *% per jaar*

[37] Op 13 september 2014 zendt [lid directie Abellio Nederland] een email van [medewerker Abellio Nederland] door naar het bestuur van Abellio Nederland waarin [medewerker Abellio Nederland] schrijft dat de NCW negatief is. "*We hebben natte voeten*", aldus [medewerker Abellio Nederland]. Bron 83.

[38] Bron 89.

[39] Bron 98.

[40] Bron 106, de brief is als bijlage bij dit document gevoegd.

[41] Bron 108, p. 3.

[42] Bron 111, bijlage, p. 4.

over meerdere jaren ([vertrouwelijk] *als ik me goed herinner, is dit voor alle ? treinen, ook voor de bussen?) (NB CPC advies zou gelezen kunnen als* [vertrouwelijk] *% over een periode van* [vertrouwelijk] *jaar: gaarne checken) en daarnaast een groei van zo'n* [vertrouwelijk] *tot* [vertrouwelijk] *% per jaar over de hele 15 jaar looptijd. Het lijkt mij essentieel om duidelijk te maken in het voorstel wat de achterliggende aannames zijn (met name in een regio die minder lijkt te groeien) en deze te vergelijken met historische cijfers en aannames van NSR op het hoofdrail net.*"[43]

Ondanks deze oproep van [lid bestuur NS] ontbreekt een (duidelijke) onderbouwing van de groeiprognoses, zoals omschreven in het bestreden besluit.[44]

- "*d. De lijst met risico's is lang, hetgeen versterkt wordt door opm* [lid directie Abellio Holding] *dat het reëel is te veronderstellen dat zich een negatieve afwijking van de business case voordoet.*

  […]

  Alles lezende, kan ik obv de tekst van dit voorstel niet goed invoelen waarom NS een investering van deze omvang, dit verwacht rendement en deze risico's zou willen doen. Ook als overwogen wordt dat deze concessie wellicht instrumenteel is voor behoud HRN in 2025, twijfel ik zeer of wij als exco ja moeten zeggen."[45]

- De financiële afdeling van NS geeft de ExCo op 28 september 2014 een negatief advies over het voorstel:[46]

  "[…] *de concessie kent een onaantrekkelijk risico-rendement profiel (zeer lange terugverdientijd van* [vertrouwelijk] *jaar, erg backloaded, afhankelijkheid van restwaarde en sterke afhankelijkheid van de te realiseren reizigersgroei CAGR* [vertrouwelijk]*%) met relatief veel onzekerheden en risico's (o.a. reputatie risico). Dit noodzaakt tot een zwaarwegende strategische rationale om tot een positief oordeel te komen. Deze strategische rationaal ontbreekt volgens CpC vooralsnog in het investeringsvoorstel en derhalve kunnen wij op dit moment niet positief adviseren. CpC beveelt aan om de strategische rationaal verder uit te werken.*

  Daarnaast benadrukt CpC dat een voor lange tijd verlieslatende concessie ook negatieve gevolgen kan hebben voor de reputatie van NS, en er een reële kans bestaat op een voorziening verlieslatend contract. "

  Enkel een zwaarwegende, uitgewerkte strategische verantwoording kon volgens NS dus het risicovolle bod rechtvaardigen.

69. Met betrekking tot deze zogenoemde strategische rationale (onderdeel ii) uit randnummer 67 hierboven) benadrukt de ACM de volgende onderdelen uit het bewijs:

[43] Bron 112.

[44] Bestreden besluit, hoofdstuk 7.2.3.

[45] Bron 113.

[46] Bron 108, p. 4.

- Een behandelingsvoorstel van 12 december 2013 voor een vergadering van de Groepsraad (na maart 2014 de ExCo genaamd) waarin wordt benadrukt dat de Limburgse concessie van strategisch belang is:[47]

  "*wij* [hebben] *daar strategisch belang om samenloop op HRN te voorkomen*." (verduidelijking tussen blokhaken, de ACM)

- Het is duidelijk dat op het hoogste niveau van NS een bieding van belang werd geacht om verdere decentralisatie te voorkomen. Zo merkt de [lid bestuur NS] op 3 februari 2014 in een e-mail op:[48]

  "Zuid LIMBURG. Vraag is of we daar moeten aanbieden? Vanwege samenloop zeg ik ja, want als het daar kan is dat het begin van de houtrot in het HRN."

- In een e-mail van woensdag 16 juli 2014 benadrukt [lid bestuur NS] zijn standpunt ten aanzien van de aanbesteding nogmaals en schrijft hij dat de Limburgse concessie van groot strategisch belang is voor NS:[49]

  "*Wil wel graag mee geven dat ik persoonlijk vind dat we Limburg moeten en kunnen winnen. Vanuit meerder perspectief strategisch zeer belangrijk* [voor] *NS.*" (toevoeging tussen blokhaken, de ACM)

- De ExCo onderschrijft dit standpunt. In het verslag van een bijeenkomst op 21 juli 2014 is het volgende vermeld onder het kopje "*Wat maakt Limburg voor NS een strategische concessie?*":[50]

  "Gunning aan een regionale vervoerder vormt een mogelijke aanzet tot (nadere) uitholling van het HRN."

70. Zoals blijkt uit de hierboven aangehaalde bewijsmiddelen was er veel discussie over de financiële houdbaarheid van de bieding onder andere op het niveau van de ExCo. Zoals duidelijk uit het bestreden besluit blijkt, hebben verschillende personen gewezen op de zogenaamde strategische rationale - deze zou uiteindelijk de verantwoording moeten vormen van het risico dat NS met de bieding nam. Naar aanleiding van het negatieve advies van de financiële afdeling van NS besteedt NS aandacht aan de formulering van deze strategische onderbouwing. Verschillende versies van die onderbouwing worden door de [Lid management afdeling Communicatie & Strategie] gedeeld met (onder andere) de RvB. In zowel de versie van 27 september 2014 als de eindversie van de strategische verantwoording wordt uitgelegd dat uitvoering van de concessie door een concurrent waarschijnlijk zal leiden tot meer decentralisatie en dat "*decentralisatie leidt tot een ongewenst 'boktor' effect*".[51] De managementsamenvatting vermeldt "*een ongewenst uithollingseffect*" als risico van decentralisatie.[52]

71. Uit het voorgaande volgt dat NS met haar bieding haar positie op het HRN wilde beschermen.

[47] Bron 16, p. 6.
[48] Bron 28.
[49] Bron 63.
[50] Bron 65, p. 4.
[51] Bron 109, bijlage, p. 3 en bron 125, bijlage, p. 3.
[52] Bron 125, bijlage, p. 1.

De volgende verklaring van de [Lid directie Abellio Nederland] onderstreept deze conclusie. Op de vraag waarom het winnen van de Limburgse concessie zo belangrijk was voor NS antwoordt de [Lid directie Abellio Nederland]: [53]

> "*NS, ik bedoel NSR en NS Groep, wilde voorkomen dat er andere vervoerders op hetzelfde spoor zouden rijden als waar NS rijdt met haar hoofdrailnetconcessie. Daarmee zou NS kunnen voorkomen dat concurrenten zouden aantonen dat gezamenlijk gebruik van spoor geen probleem is. Op dat moment, en ook nu nog, maakt alleen NS gebruik van het hoofdrailnet. NS* [wilde] *haar monopolie op het hoofdrailnet beschermen. Dat ging specifiek om de concessie Limburg en de concessie Zwolle-Enschede. Indien NS die twee concessies zou winnen zou het monopolie van NS nog vele jaren gewaarborgd zijn."* (toevoeging tussen blokhaken, de ACM)

Hij eindigt zijn antwoord met de opmerking dat NS er veel voor over had om de concessies te verwerven: [54]

> "*Er was NS daarom veel aan gelegen om die twee concessies te winnen*".

72. Voorgaande en het bestreden besluit laten zien dat NS bepaalde onderkende (negatieve) risico's bewust negeerde en de strategische rationale daarvoor als rechtvaardiging gebruikte.[55] Het is dus niet aannemelijk dat, zoals NS stelt, het verlieslatend bod geheel kan worden verklaard door onzekerheden die zijn gemoeid met de aanbesteding. In paragraaf 3.2.2 zal de ACM in het kader van de objectiviteit van de gehanteerde norm verder ingaan op de onzekerheden die inherent zijn aan een aanbesteding.

73. NS stelt verder in het kader van de aanbestedingscontext dat de ACM onterecht heeft geconcludeerd dat de andere inschrijvers het bod van NS niet konden "*evenaren of overtreffen*".[56] In dat kader gaat NS uitgebreid in op één van de gunningscriteria voor de Limburgse concessie: het aantal aangeboden ritten. NS heeft flink ingezet op dit criterium, waardoor er vanwege de puntensystematiek een groot gat viel tussen Arriva en NS. In het kort verwacht NS dat ten minste Arriva het bod van NS wel had kunnen evenaren en dat de hierboven beschreven conclusie van de ACM daarom niet is bewezen.[57]

74. De ACM wijst dit argument af omdat NS er in haar stelling onterecht vanuit gaat dat de ACM dient aan te tonen dat specifieke concurrenten van NS (in dit geval Arriva en Veolia) *daadwerkelijk* zijn uitgesloten. Dat de ACM dat zou moeten aantonen kan niet worden afgeleid

[53] Bron 238, p. 7.
[54] Idem.
[55] Bestreden besluit, hoofdstuk 7.
[56] Bezwaarschrift, rnrs. 101 en 112. De ACM gebruikt deze formulering tweemaal in het besluit, namelijk in rnrs. 5 en 577. NS verwijst echter naar rnrs. 5 en 443. De formulering is niet opgenomen in rnr. 443. De ACM gaat er daarom van uit dat dit een verschrijving is van NS. Zoals hierna zal blijken (voetnoot 58), citeert NS het bestreden besluit op dit punt onvolledig en wekt daarmee een verkeerde indruk van de gehanteerde maatstaf.
[57] Bezwaarschrift, rnrs. 103 - 112.

uit het bestreden besluit[58] en volgt bovenal niet uit de relevante jurisprudentie. Uit die jurisprudentie volgt slechts dat de ACM moet uitgaan van '*een* even efficiënte concurrent'.[59] Of de daadwerkelijke concurrenten van NS wel of niet in staat waren dezelfde prestaties te leveren, is dus niet relevant. Een andere conclusie zou ook indruisen tegen het rechtszekerheidsbeginsel, aangezien daadwerkelijke concurrenten elkaars kosten en opbrengsten niet kennen, en niet mogen kennen omdat deze informatie vertrouwelijk is. De ACM hoeft dus in beginsel evenmin de kosten en opbrengsten van de daadwerkelijke concurrerende ondernemingen in aanmerking te nemen.[60] In hoofdstuk 2 is reeds geconcludeerd dat het gedrag van NS de reële potentie heeft om het moeilijker te maken voor concurrenten om mee te dingen naar (na 2024) te decentraliseren delen van het HRN, of dit zelfs onmogelijk te maken, doordat NS verdere decentralisatie tegenwerkt door in Limburg samenloop te voorkomen.

75. Daarnaast doet NS voorkomen alsof Arriva zonder extra kosten of verlies van rendement meer ritten had kunnen aanbieden dan NS, dan wel ook de volledige 90 punten voor dit onderdeel van de aanbesteding had kunnen scoren. In feite suggereert NS dat Arriva, gegeven de '*ranking*' in het Programma van Eisen, simpelweg een verkeerde keuze zou hebben gemaakt. Aangezien moet worden uitgegaan van een even efficiënte concurrent mist voorgaande argumentatie relevantie. Voor zover NS met dit argument beweert dat (ook) een even efficiënte concurrent de gelegenheid had eenvoudigweg 90 punten te scoren door meer ritten aan te bieden dan NS, stelt de ACM vast dat dit niet aannemelijk is. Een dergelijke

[58] Uit de formulering van de ACM in randnummers 5 en 577 van het bestreden besluit volgt dat het referentiekader inderdaad de even efficiente concurrent is: "*de andere inschrijvers op de aanbesteding kregen geen eerlijke kans, omdat zij het bod van NS niet konden evenaren of overtreffen zonder zelf verlies te lijden, ook al zouden zij net zo efficiënt zijn als NS"* (onderstreping, de ACM).

[59] De Europese Commissie maakt dit bijzonder duidelijk in de Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, PbEU, 2009, C54, p. 7, ('Richtsnoeren artikel 102') en in de beschikking inzake *Intel*: de toets betreft een hypothetische concurrent, die, alhoewel zelf niet dominant, verondersteld wordt even efficiënt te zijn als de dominante onderneming. Zie Richtsnoeren artikel 102, punt 23 en 25 en de beschikking van de Europese Commissie van 13 mei 2009 in de zaak *Intel* (COMP/37.990), punt 1004. Daar waar het HvJ EU spreekt over "*de (minstens) even efficiënte concurrenten*", heeft het daarmee evenmin de daadwerkelijke concurrenten op het oog. Het HvJ EU voegt daaraan immers toe dat dit criterium is gebaseerd op een vergelijking tussen de prijzen die een onderneming met een machtspositie hanteert en bepaalde kosten van die onderneming, en op het onderzoek van haar strategie. HvJ EU 27 maart 2012, C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172 (*Post Danmark I*), r.o. 25 (Engelse tekstversie, "*considered to be*") en HvJ EU 27 maart 2012, C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172 (*Post Danmark II*), r.o. 53 - 55 met verwijzing naar eerdere uitspraken.

[60] Zoals in het bestreden besluit ook opgemerkt, kunnen kosten en opbrengsten hooguit relevant worden als het op basis van de gegevens van de onderzochte onderneming niet mogelijk is om een oordeel te vellen over diens prijzen. HvJ EU 17 februari 2011, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83 (*TeliaSonera*), r.o. 45 - 46.

concurrent had namelijk substantieel meer ritten moeten aanbieden.[61] Het is niet aannemelijk dat een even efficiënte concurrent van NS een dergelijke bieding zou uitbrengen zonder aanzienlijke extra kosten te maken, terwijl hoogst twijfelachtig is of deze ritten met reizigers konden worden gevuld. Wat dit betreft blijkt immers uit het dossier dat NS zelf - en NS vormt mededingingsrechtelijk haar eigen maatstaf - bij het aantal geboden ritten tot het uiterste is gegaan.[62] De ACM volgt NS daarom niet in dit argument.

3.2.2 De objectiviteit van de gehanteerde norm in het licht van de aanbestedingscontext

76. Zowel de ACM in het bestreden besluit als NS in haar bezwaarschrift typeren de onderhavige situatie, vanwege de aanbestedingscontext, als een *ex ante* zaak. Andere roofprijszaken zouden een *ex post* karakter hebben. Na heroverweging constateert de ACM dat deze kwalificaties in de onderhavige zaak voor verwarring zorgen. Aan de hand van die kwalificaties doet NS onterecht het beeld ontstaan dat deze situatie wezenlijk verschilt van die in andere roofprijszaken. Het *ex ante* karakter zou maken dat de door de ACM gehanteerde norm niet voldoende objectief is of niet voldoende objectief kan worden toegepast. Die conclusie is echter incorrect, zoals de ACM hieronder toelicht.

77. De keuze van NS om mee te doen aan de aanbesteding, was net als elke commerciële beslissing het resultaat van een afweging die voorafgaand aan die keuze plaatsvond. Dat in deze zaak kosten en opbrengsten nog niet gerealiseerd waren, maakt deze zaak niet bijzonder. Ook in andere roofprijszaken zullen niet altijd alle kosten al zijn gerealiseerd op het moment van beoordeling door de ACM. Bovendien zijn duurovereenkomsten aan de orde van de dag. In onderhavige zaak was de gehanteerde ‘prijs’ duidelijk. Er werd weliswaar op kwaliteit geconcurreerd, maar de prijs voor het leveren van die kwaliteit was bekend. De concessiebijdrage van de concessieverlener was een gegeven en NS had haar eigen kosten- en opbrengstenprognoses gemaakt.

78. De totstandkoming van de *business case*, die is beschreven in het bestreden besluit,[63] getuigt van de commerciële afweging die NS heeft gemaakt bij de bieding op de onderhavige aanbesteding. Dit proces is in de kern gelijk aan dat op andere markten, waaronder markten die niet gekenmerkt worden door aanbestedingen. Immers ook in die situaties overweegt de

[61] NS heeft op dit criterium 90 punten gescoord, Arriva nul. Veolia heeft een ongeldig bod ingediend. Bij twee inschrijvers kreeg de ene inschrijver 90 punten als hij 2500 gewogen ritten per week meer aanbood dan de andere inschrijver. Bij minder dan 2500 gewogen ritten verschil kreeg de eerstgenoemde inschrijver minder dan 90 punten punten (berekend aan de hand van een door de Provincie opgestelde formule). De (enige) andere inschrijver kreeg in ieder geval geen punten. In de situatie van twee inschrijvers moet de (laatstgenoemde) andere inschrijver 5000 gewogen ritten meer aanbieden om van de eerste inschrijver te winnen en die 90 punten te krijgen (eerst 2500 gewogen ritten om op gelijke hoogte te komen met de eerste inschrijver; vervolgens 2500 gewogen ritten extra om daadwerkelijk te winnen). Zie Bijlagen 3 en 4 bij het bezwaarschrift van NS. Het aanbieden van een dergelijke hoeveelheid extra gewogen ritten leidt tot aanzienlijke kosten.

[62] Uit het bewijs behandeld in het bestreden besluit volgt ook dat volgens NS zelf, veranderingen in de “*kwantiteiten*” bus- en treinvervoer (oftewel meer ritten) een grote invloed hebben op de netto contante waarde van de bieding. Bestreden besluit, rnr. 275 en bron 152, p. 3 en 153 in samenhang met bron 167.63.

[63] Bestreden besluit, hoofdstuk 7.

onderneming op basis van haar inschattingen of het commercieel aantrekkelijk is om haar product aan te bieden. Op basis daarvan en onder invloed van de concurrentie op de markt, geeft de onderneming invulling aan de concurrentieparameters voor het aanbieden van haar product (zoals de prijs en de kwaliteit). Het feit dat het roofgedrag in de onderhavige zaak is gebaseerd op prognoses (opgesteld door NS) onderscheidt onderhavige zaak dan ook niet wezenlijk van andere roofprijszaken.

79. Voorts is het van belang dat de toezichthouder bij haar toezicht zoveel mogelijk aansluit bij de context van de omstandigheden op het concurrentiemoment. In onderhavige zaak speelt een belangrijke rol dat - zoals NS benadrukt - werd geconcurreerd óm de markt op basis van informatie die deels gebaseerd is op voorspellingen. In dit proces worden (even efficiënte) concurrenten geconfronteerd met vergelijkbare onzekerheden als NS. Het is inherent aan deze markt dat marktpartijen, mogelijk deels op basis van imperfecte informatie, vóóraf zo goed mogelijk prognoses maken van alle kosten en opbrengsten.

80. Het alternatief, een roofprijsonderzoek starten nadat de concessie is afgerond en kosten en opbrengsten daadwerkelijk zijn gerealiseerd, levert geen juiste beoordeling op. Immers, omdat in een aanbesteding prognoses gedaan moeten worden, kan een onderneming er niet achteraf (hier na vijftien jaar) verantwoordelijk voor worden gehouden als haar prognoses niet uitkomen.[64] Om die reden is de vergelijking die NS maakt met andere aanbestedingsprojecten, die - zoals uit openbare bronnen blijkt - *achteraf* verlieslatend bleken niet relevant. Het gaat er niet om of een inschrijving achteraf verlieslatend blijkt, maar of de inschrijving op het moment van indiening, op basis van realistische prognoses van de te verwachten opbrengsten en kosten al dan niet verlieslatend is en hoe een even efficiënte concurrent daarmee zou omgaan.

81. NS gaat in haar bezwaarschrift apart in op de vaststelling van de WACC. De WACC kan volgens NS op verschillende manieren worden vastgesteld en de verschillende parameters die de WACC bepalen zouden moeilijk hard te maken zijn.[65] De gehanteerde norm is daarom niet objectief bepaalbaar, aldus NS. De ACM volgt de NS hierin niet. Allereerst maken prognoses, zoals hierboven reeds uiteengezet, niet dat de norm op zichzelf beschouwd niet objectief is. Bovendien vervult de WACC haar functie alleen als ze 'marktconform' en realistisch wordt gekwantificeerd. Het dossier laat zien dat NS haar WACC op die wijze heeft vastgesteld en deze vlak voor de bieding (aan de hand van toentertijd recent eigen onderzoek) heeft goedgekeurd in haar RvC.[66] De ACM heeft geen reden om te twijfelen aan de juiste vaststelling van deze WACC.[67] De door NS opgeworpen vraag of de WACC achteraf bezien ook anders vast te stellen was en of dat vervolgens tot een andere uitkomst van de

[64] Deze gedachte is ook terug te vinden in voetnoot 3 op pagina 17 van de Richtsnoeren artikel 102.

[65] Bezwaarschrift, hoofdstuk 3.3.1.

[66] Bron 71, p. 3 en bron 267, bijlage 2.

[67] Bovendien is de ACM bij haar beoordeling, ten voordele van NS, uitgegaan van de lagere WACC van [vertrouwelijk]% voor openbaar vervoeractiviteiten. [Lid management financiële afdeling] heeft verklaard dat [betrokkene] de WACC van [vertrouwelijk]% voor de uitvoering van de Limburgse concessie "*mager*" vanwege het hoge risicoprofiel. Bron 251, p. 8.

WACC zou hebben geleid, is derhalve niet relevant.

82. NS stelt in dit kader verder dat de WACC niet 'project-specifiek' was. Voor zover NS daarmee wil aangeven dat deze daarom niet gebruikt kon worden om de *business case* voor de onderhavige aanbesteding te beoordelen, gaat dit om de hierna volgende reden niet op. Een van de redenen van NS om de voorheen geldende WACC van [vertrouwelijk] % te verlagen naar [vertrouwelijk] %, was om zo "*bij competitieve biedingen*" mee te kunnen dingen.[68] De ACM constateert dan ook dat de WACC vlak voor de bieding is aangepast om zo beter aan te sluiten bij biedingen zoals die voor de Limburgse concessie. De aanbesteding voor de Limburgse concessie was, zoals NS beschrijft in haar bezwaarschrift, namelijk competitief. In die zin was de WACC in feite specifiek aangepast aan dergelijke projecten. Daarbij komt dat, gezien de risico's die verbonden waren aan de bieding ten opzichte van de concern-brede WACC, eerder een risico-opslag gerechtvaardigd zou zijn.[69]

83. Op basis van het voorgaande komt de ACM tot de conclusie dat de norm zoals zij heeft gehanteerd in het bestreden besluit voldoende objectief is.

3.2.3 De roofprijzentoets

84. Volgens NS zou de door de ACM gehanteerde norm niet kunnen worden afgeleid uit de jurisprudentie, meer in het bijzonder de roofprijzenjurisprudentie. Door de vergelijking tussen de IRR en de WACC als maatstaf te hanteren in haar analyse, zou de ACM afwijken van die jurisprudentie. De ACM zou daarom in de onderhavige zaak geen misbruik kunnen vaststellen op basis van deze maatstaf. Na heroverweging concludeert de ACM opnieuw dat de verschillen die bestaan met eerdere jurisprudentie niet maken dat zij in deze zaak het roofprijzenkader niet kan gebruiken om aan te tonen dat NS haar economische machtpositie heeft misbruikt. De ACM zet hieronder uiteen hoe zij tot deze conclusie komt.

85. De ACM stelt, net als in het bestreden besluit, voorop dat het begrip 'misbruik' in de zin van artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU geen limitatieve lijst kent van verschijningsvormen. Het is een '*open-ended concept*', zoals de ACM in het bestreden besluit schreef.[70]

86. Een voorbeeld van machtsmisbruik zijn de zogenaamde roofprijzen in het *AKZO*-arrest.[71] De vraag die in dat kader moet worden beantwoord is of de tariefpraktijken van een onderneming met een economische machtspositie tot gevolg dreigen te hebben dat een concurrent die gelijk presteert als die onderneming, van de markt wordt uitgesloten.[72] In de kern komt het arrest erop neer dat een dominante onderneming haar producten normaal gesproken zonder vermijdbaar verlies en dus in dat opzicht kostendekkend moet aanbieden. Dit vormt de grens

[68] Bron 267, bijlage 2, p. 2.
[69] Zie hierover ook hoofdstuk 8.3.1 van het bestreden besluit. CpC adviseerde ook een risico-opslag.
[70] Bestreden besluit, rnrs. 84 en 435.
[71] HvJ EU 3 juli 1991, C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286 (*AKZO*).
[72] HvJ EU 27 maart 2012, C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172 (*Post Danmark II*), r.o. 53.

tussen geoorloofde felle concurrentie en ongeoorloofd misbruik van een economische machtspositie. Indien de producten onder de gemiddelde variabele kosten van een onderneming wordt aangeboden dan geldt het vermoeden dat dit gedrag is gericht op het uitschakelen van even efficiënte concurrenten.[73]

87. De onderhavige situatie dient te worden beoordeeld met inachtneming van de specifieke omstandigheden van deze zaak, zoals volgt uit vaste Europese jurisprudentie.[74] De ACM past de toets uit het *AKZO*-arrest daarom toe, met dien verstande dat zij rekening houdt met de bijzonderheid dat het hier een bieding betreft op een aanbesteding van een langjarige openbaar vervoerconcessie. Zoals is verklaard in het bestreden besluit, gebruikt de ACM in deze zaak in plaats van de variabele kosten de incrementele kosten om de kostendekkendheid van de bieding te beoordelen.[75]

88. Overigens volgt uit het dossier dat NS in algemene zin zich ervan bewust was dat dit roofprijzenkader een rol kan spelen bij openbaar vervoeraanbestedingen. Uit het dossier volgt namelijk dat NS bij de aanbesteding van de TAG-concessie[76] heeft overwogen dat het winnen van de concessie mogelijk kan leiden tot een beroep van de verliezende partijen op artikel 24 Mw. In een behandelingsvoorstel aan de voorganger van de ExCo, de Groepsraad, schrijft [lid directie Abellio Holding] (tevens ExCo-lid) het volgende:[77]

> "*In geval van winst stelt de verliezende partij mogelijk dat NS haar dominante marktpositie misbruikt door onder de kostprijs aan te bieden.*"

89. De Groepsraad en [lid directie Abellio Holding] waren later ook betrokken bij de bieding voor de Limburgse concessie. De ACM leidt hieruit af dat NS zich er van bewust was dat zij haar economische machtspositie kan misbruiken bij een openbaar vervoeraanbesteding (zoals die voor de Limburgse concessie), door onder de kostprijs te bieden. Het ligt voor de hand dat met deze overweging uit het behandelingsvoorstel gerefereerd werd aan het hierboven genoemde roofprijzenkader.

90. Door de WACC te gebruiken in haar beoordeling zou de ACM volgens NS eigenlijk beoordelen of NS haar producten naast kostendekkend ook winstgevend aanbiedt. Volgens NS geeft de WACC geen kosten weer, maar is het een winstindicator. De WACC zou daarom niet passen binnen het roofprijzenkader.

91. Anders dan NS stelt is de WACC echter niet hetzelfde als een winstindicator. De WACC geeft

---

[73] Ook de rechtbank Rotterdam past deze toets toe: rechtbank Rotterdam 26 september 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:7337 (*Sandd/ACM*), r.o. 9.2.4.

[74] Dit uitgangspunt volgt bijvoorbeeld uit het arrest van het HvJ EU 21 maart 2000, gevoegde zaken C-395/96 en C-396/96, ECLI:EU:C:2000:132 (*Compagnie Maritime Belge*), r.o. 114.

[75] Bestreden besluit, rnrs. 438 - 442.

[76] De TAG-concessie is de concessie voor treinvervoer tussen Alphen aan den Rijn en Gouda voor de periode december 2016 - december 2031.

[77] Bron 26, p. 8 - 9.

de kosten weer van een onderneming voor het aantrekken van kapitaal. Deze kapitaalskosten spelen een belangrijke rol bij duurovereenkomsten, zoals in het geval van de Limburgse concessie. Kapitaalkosten bestaan uit rendementseisen van de verschaffers voor eigen vermogen en vreemd vermogen op het moment van vaststelling van de WACC. Ongeacht of dit rendement later ook daadwerkelijk gehaald wordt, moet de onderneming, indien kapitaal moet worden ingezet, vooraf rekening houden met de kapitaalskosten. Deze kapitaalskosten zijn incrementeel aan het leveren van het desbetreffende product, in dit geval het uitvoeren van de Limburgse concessie.

92. De door NS bij haar bieding gehanteerde methode om rekening te houden met kapitaalkosten is bovendien algemeen geaccepteerd. Een zogenaamde 'netto contante waarde'-methode heeft slechts betekenis als de toekomstige cashflows worden verdisconteerd tegen de opportuniteitskosten van kapitaal (de WACC). Slechts in dat geval betekent een NCW van boven nul dat het project levensvatbaar is. Als de NCW lager is dan nul, bij discontering tegen de WACC, zal de belegger immers zijn kapitaal beter in een ander project kunnen investeren.[78]

93. NS erkent dit in haar destijds geldende investeringsmanual. Deze vereist namelijk dat bij een investeringsvoorstel de NCW positief is.[79] Volgens het manual moet de IRR daarvoor ten minste gelijk zijn aan de WACC. Als de NCW positief is, "*wordt met de investering financieel-economische waarde gecreëerd*", licht het investeringsmanual van NS toe.[80] Slechts dan is er dus sprake van winst. Is de NCW na discontering tegen de WACC negatief, dan "*betekent dit dat er kapitaal wordt vernietigd*", aldus NS in haar investeringsmanual.[81]

94. In het verlengde van voorgaande stelling, beweert NS dat een normrendement niet meer is dan een wens of een streven van de kapitaalverschaffer. NS suggereert dat het normrendement voor haar in de praktijk niet zo belangrijk was, waardoor de WACC geen reëel toetsingskader zou vormen. Het bewijs laat een ander beeld zien. In de aanloop naar de indiening van het bod werd intensief gemonitord of het bod op basis van de toen opgestelde prognoses het (vlak daarvoor, opnieuw vastgestelde) normrendement zou halen. De ACM leidt hieruit af dat NS zichzelf wel degelijk gebonden achtte aan deze rendementseisen.

95. Dit maakt dat de ACM bij de beoordeling van de kostendekkendheid van de bieding (net als NS) rekening moet houden met de WACC. Een beoordeling die geen rekening zou houden met de WACC zou betekenen dat de ACM afwijkt van de uitgangspunten van NS op het moment dat zij in concurrentie verkeerde met de andere inschrijvers op de Limburgse concessie. De WACC wordt dus terecht meegenomen in beoordeling of NS roofgedrag heeft vertoond.

---

[78] Zie bijvoorbeeld Brealey, R., Myers, S. and Allen, F. (2016). *Principles of corporate finance*, 2016, hoofdstuk 5.
[79] Bron 59, p. 16.
[80] Idem.
[81] Idem.

96. Overigens ziet ook de Europese Commissie de WACC als een bruikbaar instrument om de kosten gerelateerd aan een commerciële keuze te beoordelen in het kader van haar mededingingsrechtelijke toezicht. Dit volgt uit de in het bestreden besluit aangehaalde voorbeelden.[82] Dat die voorbeelden geen roofprijs-zaken betroffen (maar gingen over staatssteun en '*margin squeezing*'), maakt de conclusie over de algemene bruikbaarheid van het instrument niet anders. De situaties zijn wellicht verschillend, maar de achterliggende ratio om de WACC te gebruiken is hetzelfde voor zowel het roofprijzenkader, het '*market economy investor*'-principe bij staatssteunzaken als een '*margin squeezing*'-zaak: door geen rekening te houden met de kapitaalkosten wordt de marktwerking verstoord. Daar kan aan worden toegevoegd dat dit principe ook is terug te vinden in de Wet Markt & Overheid. Bij de vaststelling van de integrale kosten moet een overheidsorganisatie een bedrag rekenen dat niet lager is dan de lasten die in het normale handelsverkeer gebruikelijk zijn voor de financiering van ondernemingen, oftewel vermogenskosten. Deze kosten moeten worden berekend aan de hand van de gewogen gemiddelde kosten van het vermogen (de WACC).[83] Zoals bekend heeft deze wetgeving tot doel oneerlijke concurrentie van de overheid te voorkomen.

97. Aan de hand van het voorgaande concludeert de ACM na heroverweging dat de gehanteerde norm in het kader van machtsmisbruik en in deze zaak geschikt is om het gedrag van NS te beoordelen. Om te kunnen toetsen of NS roofgedrag heeft vertoond tijdens de bieding op de Limburgse concessie moet de ACM, gegeven de concrete context, de IRR van de bieding vergelijken met de WACC.

3.2.4 Correcties op de business case van NS

98. Aangezien de door de ACM gehanteerde norm geschikt is om het gedrag van NS te beoordelen, komt de ACM toe aan het vierde en vijfde bezwaar van NS die zijn gericht tegen de inhoudelijke beoordeling van de bieding door de ACM. De ACM heeft in het bestreden besluit correcties uitgevoerd op de uiteindelijk voor de aanbesteding gebruikte berekeningen, de '*business case*'. Deze correcties leiden in het bestreden besluit tot de conclusie dat NS haar economische machtspositie heeft misbruikt door middel van roofgedrag.

99. NS voert twee algemene argumenten aan tegen de beoordeling van de ACM: enerzijds zou de ACM te vergaand ingrijpen in de commerciële beslissingen van NS (en daarmee 'op de stoel van de ondernemer plaatsnemen'), anderzijds zou de ACM bepaalde correcties niet of niet ver genoeg hebben doorgevoerd in de *business case*. De ACM zal in paragraaf 3.2.4.1

[82] Bestreden besluit, voetnoot 454. Het betrof de volgende zaken: de beschikking van de Europese Commissie van 4 juli 2007 in de zaak *Wanadoo España/Telefónica* (COMP/38.784), punt 329 (margin squeeze); en haar beschikkingen van 8 mei 2012 in de zaak *Ciudad de la Luz* (SA.22668), punt 76, en 23 november 2015 in de zaak *Paks-kerncentrale* (SA.38454), punt 51 (toepassing van het '*market economy investor principle*' op mogelijke staatssteun; zie ook Mededeling van de Commissie betreffende het begrip 'staatssteun' in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (PbEU 2016, C 262/01), punt 102).

[83] Artikel 25i, derde lid, Mw en artikel 7 van het Besluit Markt en Overheid.

eerst op deze twee algemene argumenten ingaan.

100. Vervolgens zal de ACM in paragraaf 3.2.4.2 ingaan op het feit dat NS naar eigen beoordeling een strategische rationale nodig had om de bieding intern te kunnen verantwoorden. De ACM zal uiteenzetten wat dit zegt over de financiële afweging door NS bij het uitbrengen van haar bieding op de Limburgse concessie.

101. In paragraaf 3.2.4.3 zal de ACM de bezwaren beoordelen die NS richt tegen de correcties op de voorziene opbrengsten, die een voor NS negatieve impact hebben op de IRR. Ten slotte zal de ACM in paragraaf 3.2.4.4 de bezwaren behandelen met betrekking tot de correcties van de voorziene kosten. De correcties die een positieve impact op de IRR hebben, gaan wat NS betreft niet ver genoeg. De ACM heeft in het bestreden besluit namelijk een aanpassing van de IRR geaccepteerd voor een aantal kostenposten waarvan NS stelt dat deze niet-incrementeel zijn aan de bieding. Van een aantal andere posten heeft de ACM dit in het bestreden besluit echter niet geaccepteerd.

3.2.4.1 Aard van de beoordeling en het onderzoek door de ACM

102. Aan de ene kant verwijt NS de ACM te vergaand in te grijpen in de commerciële beslissingen van NS. Zoals hierboven ook al aan de orde kwam, is NS van mening dat de ACM in feite de 'winst' van NS reguleert door rekening te houden met de WACC.[84] Zoals de ACM heeft toegelicht in paragrafen 3.2.1 - 3.2.3 is deze stelling onjuist en wordt met de gehanteerde norm in de kern beoordeeld of NS haar producten kostendekkend aanbood.

103. Aan de andere kant stelt NS dat de ACM bij de beoordeling van de berekeningen van NS niet ver genoeg is gegaan. De ACM zou volgens NS eigen onderzoek moeten verrichten naar de aard van de verschillende kostenposten die in de bieding zijn verwerkt[85] en de gevolgen van de correcties op de *business case*.[86] Deze stellingen roepen de vraag op hoe ver het onderzoek van de ACM naar kosten en verwachte opbrengsten moet gaan.

104. Voor de beantwoording van die vraag is van belang dat het aan de ACM is om een geschikte methode vast te stellen om roofgedrag te beoordelen, zoals volgt uit Europese jurisprudentie.[87] Het is aan de ACM om deze aan te passen aan de concrete omstandigheden op de markt.[88]

105. De ACM heeft in het bestreden besluit vooropgesteld dat zij in haar beoordeling zoveel mogelijk uitgaat van de informatie van NS over kosten en opbrengsten, de berekeningen van

[84] Verslag van de hoorzitting, 2 november 2017, p. 14 - 15.
[85] Bezwaarschrift, rnr. 170.
[86] Verslag van de hoorzitting, 2 november 2017, p. 20 - 21, 26.
[87] Gerecht van de Europese Unie ('GvEU') 30 januari 2007, T-340/03, ECLI:EU:T:2007:22 (*France Télécom*), r.o. 153. Bevestigd in HvJ EU 2 april 2009, C-202/07, ECLI:EU:C:2009:214 (*France Télécom*), r.o. 70.
[88] Idem.

NS en haar commerciële beslissingen.[89] Dit uitgangspunt sluit het best aan bij de even efficiënte concurrent test en sluit ook aan bij de Europese jurisprudentie en de beoordelingswijze van de Europese Commissie.[90]

106. Slechts daar waar de ACM van oordeel is dat de berekeningen van NS niet realistisch zijn en NS bewust bepaalde onderkende risico's negeerde, heeft de ACM deze gecorrigeerd. Deze correcties heeft de ACM vervolgens ook gebaseerd op informatie van NS. Net als in andere roofprijszaken, is deze methode de enige werkbare methode. De ACM kan immers niet op basis van eigen informatie een *business case* voor NS maken en deze vergelijken met de daadwerkelijke door NS gehanteerde *business case*. Bovendien heeft de gehanteerde methode voordelen voor de onderneming. Het biedt een bepaalde mate van rechtszekerheid en de onderneming heeft een voorsprong op de toezichthouder ten aanzien van haar eigen informatie en de wijze waarop zij deze verwerkt.

107. De voor NS nadelige correcties die de ACM (in het bestreden besluit) heeft uitgevoerd betroffen correcties voor de reizigersopbrengsten en de dubbeltelling ten aanzien van opbrengsten van treinonderhoud. Ook na heroverweging komt de ACM tot de slotsom dat de berekeningen van NS op die punten niet realistisch zijn. Deze onrealistische berekeningen hebben ertoe geleid dat NS een scherpere bieding heeft kunnen indienen.

108. Na heroverweging acht de ACM de benadering in het bestreden besluit nog altijd de juiste: de ACM neemt niet op de stoel van de ondernemer plaats en gaat in beginsel uit van de gegevens die NS bij het opstellen van haar bieding zelf in aanmerking nam. Ook waar NS (evenals de andere inschrijvers) voorspellingen moest doen, neemt de ACM aan dat het gaat om beredeneerde inschattingen op basis van de (destijds) best beschikbare informatie, tenzij de ACM gegronde redenen heeft om aan te nemen dat dit niet is gebeurd. Deze redenen kunnen gelegen zijn in de context en de kenbare motieven van NS.

109. NS stelt als specifiek punt aan de orde dat de ACM niet slechts onderdelen van de IRR kan optellen en aftrekken zonder zelf de gevolgen van die wijziging in de berekening van de *business case* te berekenen. In het algemeen merkt de ACM hierbij op dat kosten en opbrengsten in een *business case* niet altijd aan elkaar gekoppeld zijn. NS heeft niet aangetoond dat zij bij haar berekeningen van een dergelijke koppeling uitging. Uit het bewijs volgt juist het tegenovergestelde ten aanzien van [vertrouwelijk]. Deze zijn in de berekeningen van NS niet gekoppeld aan andere parameters. Andere prognoses ten aanzien van [vertrouwelijk] leiden in de *business case* dus niet tot andere [vertrouwelijk] en andersom. Het zou te ver voeren als de ACM een dergelijke koppeling wel maakt, aangezien haar beoordeling daardoor teveel zou gaan afwijken van de eigen praktijk van NS, waarbij de ACM juist zoveel mogelijk aansluiting zoekt.

---

[89] Bestreden besluit, rnr. 471.

[90] GvEU 10 april 2008, T-271/03, ECLI:EU:T:2008:101 (*Deutsche Telekom*), r.o. 186, bevestigd in HvJ EU 14 oktober 2010, C-280/08, ECLI:EU:C:2010:603 (*Deutsche Telekom*), r.o. 143 en de Richtsnoeren artikel 102, punt 25.

3.2.4.2 NS had een strategische rationale nodig

110. In bezwaar stelt NS dat de ACM niet heeft aangetoond dat NS op basis van haar eigen inschattingen een verlies verwachtte of kon verwachten. In dit kader is het allereerst van belang stil te staan bij het feit dat de CpC een strategische rationale nodig achtte om de *business case* intern te kunnen verantwoorden. De ACM zal dat hieronder toelichten en aangeven wat daaruit kan worden afgeleid.

111. Hierboven kwam al aan de orde dat CpC op basis van de *business case* geen positief oordeel kon geven voor de bieding.[91] Zonder een "*zwaarwegende strategische rationale*" zou CpC niet tot een positief advies kunnen komen. In het bestreden besluit is omschreven dat NS daarom aan de slag ging met het formuleren van die onderbouwing. De inhoud daarvan is toegelicht: de NS zag decentralisatie als bedreiging voor haar positie op het HRN en wilde deze positie beschermen (NS gebruikt metaforen als "*afbrokkeling van het HRN*", "*ongewenst 'boktor' effect*" en "*kaartenhuis*").[92]

112. De hier relevante versie van het investeringsmanual van NS (van 1 juli 2014) is duidelijk.[93] Het manual bepaalt dat een bieding zoals die voor de Limburgse concessie "*minimaal een positieve NCW moet hebben*".[94] Zoals hierboven beschreven, volgt uit het manual de eis dat de IRR ten minste gelijk moet zijn aan de WACC.

113. Uit haar finale advies wordt duidelijk dat CpC een beroep doet op een uitzondering op deze gebruikelijke, strikte NCW-eis. CpC overweegt kwantitatieve en kwalitatieve aspecten van de berekening van het verwachte rendement, stelt vast dat deze niet toereikend zijn en concludeert daarom dat een strategische rationale nodig is:[95]

> "*Dit noodzaakt tot een zwaarwegende strategische rationale om tot een positief oordeel te komen.*"

114. In het bestreden besluit is reeds uiteengezet dat het CpC met name zwaarwegende financiële risico's zag.[96] CpC schatte in dat het verwachte rendement mogelijk niet zou worden gehaald en zij vond dit problematisch. NS realiseerde zich dus dat er een aanzienlijk risico bestond dat de IRR lager zou uitvallen dan de WACC.

115. In haar advies aan de RvC schrijft het CpC uiteindelijk het volgende:[97]

---

[91] Bron 108, p.4.

[92] Bestreden besluit, paragraaf 7.3.4.

[93] Bron 59.

[94] Idem, p. 16.

[95] Bron 108, p. 4.

[96] Bestreden besluit, hoofdstukken 7.3.2 en 7.3.3.

[97] Bron 131 en 133, bijlage 1, p. 5. [Lid management financiële afdeling] mailt op 2 oktober 2014 per abuis de versie van het CpC-advies van 26 september 2014. Daarin komt de term 'begrip' nog niet voor.

"*Gelet op het hoge risico profiel verlangt deze investering een zwaarwegende strategische rationale om positief te kunnen instemmen. Gelet op het strategisch belang van deze bieding heeft CPC begrip voor het positieve besluit door de ExCo.*"
(onderstreping, de ACM)

116. De ACM leidt hieruit af dat het strategische belang en niet de financiële verantwoording, uiteindelijk de doorslag heeft gegeven. Bedrijfseconomisch valt niet in te zien waarom een onderneming een 'zwaarwegende strategische rationale' nodig zou hebben indien zij naar haar beste inschattingen voorspelt dat een investering de gestelde eigen rendementseisen wél haalt. Zoals uit het bewijs volgt heeft NS het advies van CpC om een strategische rationale te formuleren overgenomen.[98]

117. Het feit dat NS een strategische rationale nodig acht om de bieding intern te kunnen verantwoorden, maakt aannemelijk dat NS, ondanks een op papier positieve NCW, het waarschijnlijk achtte verlies te maken. Dat verwachte verlies was vermijdbaar en duidt dus op roofgedrag. Dit wordt bevestigd door de analyse van de ACM van de *business case*, die hieronder naar aanleiding van het bezwaar van NS wordt heroverwogen.

3.2.4.3 Correcties ten aanzien van de opbrengsten

118. In het bestreden besluit heeft de ACM twee correcties aangebracht voor de opbrengsten die NS in de *business case* heeft verwerkt. Die correcties hebben een negatief effect op de IRR van de *business case*. De *business case* was de financiële verantwoording van de bieding van NS. Die bieding vormt het uitgangspunt van de beoordeling van de ACM. De twee correcties van de ACM in het bestreden besluit zijn: i) een correctie voor een aanvullend rendement van NedTrain B.V. ('NedTrain') ter waarde van minus [vertrouwelijk] procentpunt en ii) een correctie voor reizigersopbrengsten ter waarde van minus [vertrouwelijk] procentpunt. Deze correcties zijn gebaseerd op de financiële waardering van NS van die onderdelen in de *business case*. NS richt haar bezwaar tegen beide correcties. De ACM zal eerst de bezwaren behandelen gericht tegen de correctie voor het aanvullende rendement van NedTrain. Daarna zal de ACM ingaan op de bezwaren ten aanzien van de correctie voor de reizigersopbrengsten. Tot slot zal de ACM de stelling van NS beoordelen dat er een correctie zou moeten plaatsvinden voor een tweetal aanvullende opbrengstenposten.

Rendement van NedTrain

119. Ten aanzien van de correctie voor het rendement van NedTrain stelt NS dat NedTrain geen capaciteitsproblemen had en dat NedTrain en Abellio nog in onderhandeling waren. NS steunt daarbij op interviews die PwC in augustus en september 2017 namens NS heeft afgenomen bij medewerkers van NS, zo leidt de ACM af uit het rapport van PwC.[99] Wat er ook zij van deze twee stellingen, de ACM constateert dat de vaststelling in het bestreden besluit dat er

[98] Bestreden besluit, hoofdstuk 7.3.4.

[99] Daarbij merkt de ACM op dat PwC geen duidelijke conclusies trekt uit de interviews. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de volgende passage uit het rapport: "*PwC constateert dat deze observaties* [die zouden blijken uit de interviews] *(indien waar) suggereren dat, anders dan het Besluit aannneemt, er geen capaciteitsproblemen waren bij NedTrain*", PwC-rapport van 20 september 2017, p. 16 (verduidelijking tussen blokhaken en onderstreping, de ACM).

capaciteitsproblemen waren en dat Abellio nog in onderhandeling was, niet dragend is voor de conclusie dat gecorrigeerd moest worden voor het rendement van NedTrain. De stellingen van NS treffen daarom geen doel. Na heroverweging blijft de ACM daarom bij haar onderbouwing in het bestreden besluit en concludeert opnieuw dat NS ten onrechte het aanvullend rendement van NedTrain heeft meegenomen in haar bieding.[100]

Reizigersprognoses

120. Ten aanzien van de reizigersprognoses stelt de ACM voorop dat zij in het bestreden besluit heeft vastgesteld dat NS haar reizigersprognoses onvoldoende heeft onderbouwd, dat verschillende personen binnen NS twijfels hadden bij de juistheid van de inschattingen en dat deze daarom niet realistisch zijn.[101] Die vaststelling van de ACM wordt vervolgens ook nog *bevestigd* door het feit dat de reizigersprognoses van Arriva en Veolia significant lager zijn. De conclusie over de reizigersopbrengsten wordt niet, zoals NS suggereert,[102] dragend gemotiveerd door een "*simpele vergelijking*" met de prognoses van Arriva en Veolia.

121. In bezwaar stelt NS dat haar reizigersprognoses niet onrealistisch waren. NS wijst daarbij naar haar kwalitatieve argumenten die zouden bijdragen aan het behalen van die hoge reizigersopbrengsten. Daarnaast refereert NS aan een rapport van het Kennisinstituut voor Mobiliteitsbeleid uit 2008 ('KiM-rapport' en 'KiM').[103] Volgens NS heeft de ACM daarnaast niet aangetoond waarom de prognoses uit het [vertrouwelijk]-scenario realistischer moeten worden geacht.

122. De ACM zal hieronder uiteenzetten waarom zij ook na heroverweging concludeert dat de prognoses van NS ten aanzien van de reizigersopbrengsten niet realistisch waren en zij daarom moet uitgaan van de prognoses uit het [vertrouwelijk]-scenario.

123. Ter staving van haar conclusie dat NS onrealistisch hoge reizigersopbrengsten in haar *business case* opnam, staat de ACM in het bestreden besluit stil bij de onderbouwing die NS heeft gegeven bij die verwachte opbrengsten.[104] Zoals daar beschreven, blijkt dat NS geen eigen kwantitatieve onderbouwing had voor de verwachte reizigersopbrengsten. Uitsluitend de parameter populatie is met een bron onderbouwd en deze wijst op een negatieve groei van de reizigersopbrengsten.[105] In bezwaar draagt NS evenmin bewijs aan waaruit blijkt dat NS destijds haar verwachtingen op kwantitatieve argumenten heeft doen steunen.

124. Wel verwijst NS in haar bezwaar opnieuw naar een aantal kwalitatieve argumenten die de

[100] Bestreden besluit, paragraaf 8.3.3.
[101] Bestreden besluit, rnrs. 539 - 544.
[102] Bezwaarschrift, rnr. 156.
[103] Kennisinstituut voor Mobiliteitsbeleid , *Decentraal spoor centraal*, september 2008. Te raadplegen op: https://www.kimnet.nl/publicaties/rapporten/2008/10/22/decentraal-spoor-centraal-quickscan-van-de-marktontwikkelingen-in-het-personenvervoer-op-gedecentraliseerde-spoorlijnen.
[104] Bestreden besluit, paragraaf 7.2.3.
[105] Bestreden besluit, rnr. 297.

reizigersprognoses zouden onderbouwen. Deze punten zijn opgenomen in een document dat NS tijdens de voorbereiding op de bieding heeft opgesteld.[106] Slechts een aantal van die argumenten uit dit document is in het opbrengstenmodel van 27 oktober 2014 (dus vlak voor de indiening van de bieding), uitgedrukt in percentages verwachte reizigersgroei.[107] De ACM ziet echter niet in hoe deze kwalitatieve argumenten de verwachte groeipercentages van de reizigersopbrengsten kunnen verklaren. Het KiM-rapport kan, anders dan NS suggereert, de vertaling van de kwalitatieve argumenten naar de kwantitatieve onderbouwing evenmin verklaren. Dit wordt verder uitgelegd in randnummers 126 - 132 van dit besluit. Het KiM-rapport is kennelijk ten tijde van de aanbesteding niet door NS gebruikt, maar wordt in bezwaar voor het eerst aangevoerd. NS heeft dus niet aannemelijk gemaakt dat deze kwalitatieve argumenten hebben geleid tot de prognoses in het opbrengstenmodel.

125. Dat NS zich daarentegen realiseerde dat haar prognoses onvoldoende onderbouwd waren en te hoog waren ingeschat, blijkt uit voorgaande paragraaf en de factoren, genoemd in het bestreden besluit.[108] In aanvulling daarop benadrukt de ACM na heroverweging het volgende:

- De reizigersgroei wordt als eerste risico genoemd in een lijst met risico's op het gebied van opbrengsten, met potentiële impact "*zeer hoog (*>[vertrouwelijk] *per jaar)*".[109]
- Bij de voorbereiding van de *business case* heeft NS inzicht willen krijgen in het effect op de IRR van de *base case* in het geval bepaalde parameters (waaronder 'groei reizigersopbrengsten bus' en 'groei reizigersopbrengsten trein') anders zouden uitpakken. De NS heeft daarom een '[vertrouwelijk]' analyse uitgevoerd op de *base case*. In de [vertrouwelijk] analyse wordt ervanuit gegaan dat een parameter niet gelijk is aan de (enkele) waarde uit de *base case*, maar een waarde heeft die ergens binnen een bepaalde bandbreedte rondom de waarde uit de *base case* ligt. NS kiest deze bandbreedte zelf. Vervolgens wordt berekend wat de IRR gemiddeld genomen is, bij deze bandbreedte. Dit is gedaan aan de hand van een zogenaamde [vertrouwelijk]. NS heeft in de [vertrouwelijk] analyse voor zowel 'groei reizigersopbrengsten bus' als 'groei reizigersopbrengsten trein' een bandbreedte gekozen waarvoor geldt dat de maximale negatieve afwijking van de *base case* groter is dan de maximale positieve afwijking. Hieruit blijkt dat NS de kans hoger acht dat de parameter lager uitvalt, dan de kans dat een parameter hoger uitvalt. Naar NS' verwachting zou deze dus (per saldo) negatief afwijken ten opzichte van de *base case*. Oftewel de parameters zijn in de *base case* te hoog ingeschat. Dit wordt bevestigd door het feit dat de IRR uit de [vertrouwelijk] analyse lager is dan de IRR uit de *base case*.[110]

[106] Bron 262, bijlage 4.

[107] Bron 157, bijlage, de kwalitatieve parameters die worden genoemd zijn 'populatie', 'verbetering reissnelheid', 'marketing' en 'infra'.

[108] Bestreden besluit, paragraaf 7.2.3 en 8.3.5.

[109] Bron 106, bijlage 3, p. 2.

[110] Bron 106, bijlage 2.

Het KiM-rapport ondersteunt de argumenten van NS niet

126. NS stelt dat een aantal van haar kwalitatieve argumenten uit een document dat NS tijdens de voorbereiding op de bieding heeft opgesteld[111] in grote lijnen overeenkomt met de groeideterminanten in het rapport van het KiM. In dit rapport worden voorspellingen gegeven van de reizigersgroei voor treinvervoer (en dus niet voor busvervoer). Volgens NS ondersteunt dit rapport de door haar gestelde prognoses. Het KiM voorspelt inderdaad een significante treinreizigersgroei voor de periode 2006 - 2020, namelijk een gemiddelde groeirange van 35 - 55 %. Allereerst merkt de ACM daarbij op dat NS de treinreizigersgroei over de concessieperiode laat uitkomen op [vertrouwelijk] %. Aangezien NS dit percentage gebruikt in haar *business case*, gaat de ACM uit van deze prognose.[112] Deze groei ligt dus al aanzienlijk boven de bovengrens van de range voorspeld door KiM.

127. Daarnaast ziet de range van KiM op de landelijke groei en wordt de analyse uitgevoerd op een moment dat de meeste te decentraliseren trajecten nog moeten worden aanbesteed. Zoals in het bestreden besluit reeds uiteengezet is, is er bij een eerste aanbesteding van een gedecentraliseerde lijn een significante reizigersgroei te verwachten. De landelijke groeirange die KiM berekent en waaraan NS refereert, hangt grotendeels samen met het feit dat in de periode waarop het rapport ziet veel lijnen voor de eerste keer aanbesteed zouden worden:[113]

> "*Deze studie maakt aannemelijk dat concessieverlening na aanbesteding tot maatregelen leidt die direct bijdragen aan vervoersgroei. Voorbeelden van die maatregelen zijn het verbeteren van het voorzieningenniveau in dagranden en weekeinden, het verhogen van de algemene frequenties op de lijnen, het vernieuwen van het materieel en het verbeteren van de integratie met het busvervoer in de regio. Een aantal van de nieuwe vervoerders komt tot deze maatregelen in de loop van een aantal jaren. Een aantal andere – vooral de vervoerders die de aanbestedingen in de afgelopen jaren hebben gewonnen – realiseert veel maatregelen ineens en rapporteert daarbij aanzienlijke groeicijfers per jaar. Voor een aantal van de gedecentraliseerde spoorlijnen is de aanbesteding nog in voorbereiding. Juist op die lijnen is de groei de afgelopen jaren minder groot geweest. Veel van de maatregelen die worden genomen als uitvloeisel van aanbesteding en concessieverlening en die tot vervoersgroei leiden, kunnen eenmalig worden ingezet. Daar waar dit na 2006 is gebeurd of nog zal gebeuren, zal de vervoersomvang in de komende jaren toenemen. Lijnen waar de maatregelen al in de periode tot 2006 zijn ingezet, zullen voor vervoersgroei meer afhankelijk zijn van autonome ontwikkelingen (groei van bevolking, arbeidsplaatsen, economie) en van nieuwe maatregelen zoals het openen van stations en verder verhogen van de frequenties*." (onderstreping, de ACM)

128. Het KiM-rapport maakt een onderscheid tussen trajecten die voor het eerst worden aanbesteed en trajecten die al eerder zijn aanbesteed. KiM schat het effect van een eerste aanbesteding op de reizigersgroei op 20%. Voor lijnen die reeds zijn gedecentraliseerd en

[111] Bron 262, bijlage 4.

[112] Bron 282, bijlage 1, tabblad 'I. data', rijen 166 - 170.

[113] Zie de samenvatting van het KiM- rapport, te raadplegen op: https://www.kimnet.nl/publicaties/rapporten/2008/10/22/decentraal-spoor-centraal-quickscan-van-de-marktontwikkelingen-in-het-personenvervoer-op-gedecentraliseerde-spoorlijnen.

aanbesteed gaat het KiM uit van een resteffect van de maatregelen bij de eerste aanbesteding ter hoogte van 5 %.

129. Twee van de vier stoptreinverbindingen in de Limburgse concessie (de Heuvellandlijn en de Maaslijn) waren bij de aanbesteding waarop NS inschreef reeds gedecentraliseerd. Uitgaande van het KiM-rapport was daar dus geen significant effect van een eerste aanbesteding meer te verwachten. De ACM acht het aannemelijk dat het resteffect bij deze lijnen nihil is, althans fors is afgenomen, aangezien Veolia er reeds een volledige aanbestedingsperiode actief was geweest.

130. NS maakt in haar opbrengstenberekening, anders dan het KiM in haar rapport, geen onderscheid tussen wel of niet al reeds aanbestede lijnen. In haar opbrengstenmodel heeft NS dezelfde groeiprognoses ingevoerd voor de vier verschillende trajecten.[114] De ACM heeft NS tijdens het onderzoek gevraagd hoe het kan dat deze prognoses gelijk zijn. De NS gaf destijds aan die vraag niet te kunnen beantwoorden, maar dat de percentages mogelijk het gevolg zijn van een pragmatisch besluit om met een gemiddelde te rekenen voor deze trajecten.[115] NS suggereert hiermee dus dat zij de verschillen in trajecten, waaronder mogelijk het feit dat een lijn eerder is aanbesteed, wel heeft meegenomen in haar prognoses.

131. De ACM acht de stelling van NS niet aannemelijk. Allereerst, onderbouwt NS deze stelling niet. Ten tweede levert het hanteren van één gemiddeld reizigersgroeipercentage voor de vier trajecten gezamenlijk, geen betrouwbare prognoses op van de reizigersopbrengsten. Dat komt doordat de vier trajecten onderling sterk verschillen in hun (relatieve) bijdrage aan de totale reizigersopbrengsten. Een berekening van de opbrengsten gebaseerd op een gemiddelde reizigersgroei geeft daarom een vertekend beeld en is bedrijfseconomisch niet te verantwoorden. Het is daarom niet aannemelijk dat NS een gemiddeld groeipercentage heeft gebruikt dat is gebaseerd op een prognose van de reizigersgroei per traject.

132. De suggestie van NS dat het KiM-rapport haar reizigersprognoses onderbouwt is om voorgaande redenen niet juist. Met het KiM-rapport maakt NS geenszins aannemelijk dat zij de reizigersgroei wel juist heeft ingeschat.

De reizigersprognoses waren niet realistisch

133. In tegenstelling tot wat NS stelt, ondersteunt het KiM-rapport juist de conclusies van de ACM. Als de ACM er net als NS van uitgaat dat het rapport relevant is voor de aanbesteding van de Limburgse concessie, dan wijst dit rapport erop dat NS de prognoses voor de treinreizigersgroei inderdaad te hoog heeft ingeschat. De ACM legt dit hieronder uit.

134. Het rapport bevat een tabel waarin het KiM de opbouw weergeeft van haar verwachtingen van

[114] Bron 157, bijlage, tabblad Trein, rijen 1 - 27.
[115] Bron 267, p. 5.

de marktontwikkeling in de periode 2006 - 2020.[116] De tabel laat zien dat de gemiddelde landelijke groeirange voor treinvervoer hoger ligt dan die voor de Heuvellandlijn en de Maaslijn. Voor de Heuvellandlijn schatte het KiM voor die periode een range van 24 - 42 %. Voor de Maaslijn een range van 29 - 47 %. Deze groeiranges gaan er echter van uit dat het volledige eerste effect van aanbesteding op deze lijnen, dat volgens het KiM 20 % bedraagt (zie randnummer 128), nog gerealiseerd zou worden. Deze lijnen werden in 2014 echter voor de tweede maal aanbesteed. Zelfs als zou worden uitgegaan van een restgroei van 5 procentpunt van de eenmalige maatregelen die het KiM benoemt (welke groei onwaarschijnlijk is, zoals uiteengezet in randnummer 129), dan nog vallen deze ranges 15 procentpunt lager uit. Verder bevatten de groeiranges van het KiM voor een deel groei als gevolg van openbaar vervoer van studenten. Dit aandeel zet het KiM op 8 procentpunt. NS' prognose van de treinreizigersgroei van [vertrouwelijk] % is een schatting van de treinreizigersgroei exclusief openbaar vervoer van studenten. NS had daarom op basis van het KiM-rapport ten hoogste een treinreizigersgroei van 19 % voor de Heuvellandlijn en 24 % voor de Maaslijn kunnen verwachten.

135. Deze twee lijnen maken volgens het opbrengstenmodel van NS [vertrouwelijk] % uit van alle treinreizigersopbrengsten van de concessie aan het begin van de concessieperiode.[117] Uitgaande van de reizigersgroei die NS op basis van het KiM-rapport had kunnen verwachten op deze lijnen kan worden berekend hoeveel treinreizigersgroei NS had moeten realiseren op de andere twee lijnen van de concessie ('het resterende treindeel') om tot een cumulatieve groei van de treinreizigersopbrengsten exclusief openbaar vervoer van studenten van [vertrouwelijk] % te komen.[118] Dit resterende treindeel van de concessie zou zo een reizigersgroei moeten realiseren van (afgerond) [meer dan 200] %.[119] Dit is, ook op basis van het KiM-rapport, niet aannemelijk. De ACM ziet in het KiM-rapport dus een extra aanwijzing dat NS de treinreizigersopbrengsten te hoog heeft ingeschat.

Het [vertrouwelijk]*scenario is meer realistisch*

136. Ten aanzien van de bezwaren van NS tegen het gebruik van het [vertrouwelijk]-scenario overweegt de ACM het volgende. Aangezien NS de reizigersopbrengsten in de *base case* te hoog heeft ingeschat, heeft de ACM in het bestreden besluit gezocht naar een "*meer*

[116] KiM-rapport, p. 81.

[117] Bron 157, bijlage, tabblad Trein, rijen 85 - 89. De Heuvellandlijn en de Maaslijn dragen respectievelijk [vertrouwelijk] % en [vertrouwelijk] % (in totaal dus [vertrouwelijk] %) bij aan de totale opbrengsten aan het begin van de concessieperiode.

[118] De ACM merkt op dat NS voor zowel treinreizigersgroei (exclusief openbaar vervoer van studenten) als treinreizigersopbrengsten (exclusief openbaar vervoer van studenten) een groei van [vertrouwelijk] % veronderstelt, omdat NS geen onderscheid maakt in haar geprognosticeerde reizigersgroei tussen de verschillende lijnen.

[119] Dit percentage is als volgt berekend. De noodzakelijke reizigersgroei op het resterende deel van de concessie om gemiddeld [vertrouwelijk] % groei van reizigersopbrengsten te halen, is gelijk aan: ([vertrouwelijk] % - [vertrouwelijk X]*19 % - [vertrouwelijk Y]*24 %) / [vertrouwelijk Z] = [vertrouwelijk] %. Merk op dat het percentage reizigersgroei van iedere lijn gewogen wordt met het aandeel in de totale reizigersopbrengst van de concessie in 2013. Deze aandelen voor de Heuvellandlijn, de Maaslijn en het resterende deel van de concessie zijn respectievelijk [vertrouwelijk X] %, [vertrouwelijk Y] %, en [vertrouwelijk Z] %. De ACM heeft alle cijfers afgerond op twee decimalen.

realistische" prognose om zo een meer realistische IRR af te kunnen zetten tegen de WACC. Zoals hierboven uitgelegd heeft NS tijdens de voorbereiding op de bieding een aantal stresstests uitgevoerd op de *base case*. Eén van die stress-tests is uitgevoerd in het [vertrouwelijk]-scenario. In het bestreden besluit heeft de ACM geconcludeerd dat dit scenario een "*meer realistische*" prognose is dan het scenario dat NS heeft gebruikt voor de *base case* (en dus voor haar *business case*).

137. Allereerst, zoals al opgemerkt in paragraaf 3.2.4.1, houdt de ACM in bezwaar vast aan het uitgangspunt dat zij in beginsel aansluit bij berekeningen van NS zelf. De ACM kiest er daarom voor om uit te gaan van de door NS zelf gehanteerde stresstest die het minst afwijkt van de *base case*: de berekening in het [vertrouwelijk]-scenario.

138. In het [vertrouwelijk]-scenario wordt getest wat het gevolg voor de *business case* is als [vertrouwelijk]. Dat resulteert voor de Limburgse concessie in een cumulatieve treinreizigersgroei exclusief openbaar vervoer van studenten van [vertrouwelijk] % over de periode 2016 - 2031.[120] Aangezien NS dezelfde treinreizigersgroei veronderstelt voor de individuele lijnen, zou NS in dat scenario ook een groei realiseren van de treinreizigersopbrengsten (exclusief openbaar vervoer van studenten) van [vertrouwelijk] % op de individuele lijnen.

139. Het betreft hier de meest optimistische variant van een ten opzichte van de *base case* tegenvallende groei. Indien dezelfde berekening wordt uitgevoerd als in randnummers 134 - 135 waarbij echter wordt uitgegaan van de cumulatieve treinreizigersgroei exclusief openbaar vervoer van studenten onder het [vertrouwelijk]-scenario van [vertrouwelijk] %, dan zou NS op het resterende treindeel van de concessie wederom een zeer hoge groei moeten realiseren. In het licht van het KiM-rapport is het [vertrouwelijk]-scenario ten opzichte van de *base case* daarom een meer realistische, maar nog steeds te rooskleurige prognose van de treinreizigersgroei.

140. Voor alle zekerheid, en zich ervan bewust zijnde dat NS hierover niet kon (en kan) beschikken, heeft de ACM de opbrengstenprognoses van Arriva en Veolia naast de prognoses van NS gehouden. Zelfs het [vertrouwelijk]-scenario van NS ligt substantieel hoger dan de opbrengsten waarmee Arriva en Veolia hebben gerekend.[121] De ACM heeft geen reden om eraan te twijfelen dat deze partijen de aanbesteding ook graag wilden winnen en daarom competitief hebben ingeschreven.

---

[120] Dat is [vertrouwelijk] procentpunt lager dan de [vertrouwelijk] % waarvan NS uitging.

[121] Bestreden besluit, rnr. 545. Arriva heeft haar reizigersprognoses voor de uitvoering van de Limburgse concessie op 8 juni 2015 publiek gemaakt via de volgende website: https://www.nu.nl/ondernemen/4064609/arriva-wil-met-bussen-en-treinen-vanuit-limburg-grens.html. In het bericht wordt beschreven dat Arriva een cumulatieve groei verwacht van 30 % voor treinvervoer en 15 % voor busvervoer. NS verwachtte voor [vertrouwelijk] jaar van de concessie meer treinreizigersgroei dan Arriva voor de volledige 15 jaar. De vergelijking tussen prognoses wordt bemoeilijkt, omdat onduidelijk is of openbaar vervoer van studenten wel of niet is inbegrepen. Dit kan het grote verschil echter niet verklaren.

141. De ACM concludeert na heroverweging daarom dat de inschattingen van de reizigersopbrengsten van NS onrealistisch waren en dat de ACM daarvoor een correctie moest maken op de *business case*. De ACM concludeert ook dat zij daarbij terecht is uitgegaan van het [vertrouwelijk]-scenario.

Aanvullende correcties op de opbrengsten

142. Voorgaande twee onderwerpen hadden betrekking op correcties die de ACM op de *business case* van NS heeft aangebracht, omdat deze opbrengsten onrealistisch waren. Daarnaast brengt NS in haar bezwaarschrift twee opbrengstenposten naar voren die de ACM volgens haar had moeten meenemen bij de beoordeling van de *business case* en een positief effect zouden hebben op de IRR. Het betreft opbrengsten uit strategische overwegingen en mogelijke uitbreidingsmogelijkheden na gunning.[122] Met andere woorden, NS stelt dat zij deze overwegingen had kunnen kwantificeren in haar *business case*. Daarmee had zij haar *business case* dus mogelijk overtuigender kunnen maken, zo begrijpt de ACM.

143. De ACM stelt vast dat NS dit niet heeft gedaan. De bieding die NS daadwerkelijk heeft ingediend - in rivaliteit met verondersteld even efficiënte concurrenten - vormt het uitgangspunt voor de beoordeling van de ACM. Alleen bij evidente misslagen voert de ACM achteraf nog correcties uit op deze bieding. Uit het feit dat NS ten tijde van de bieding bepaalde aanpassingen van de *business case* niet heeft doorgevoerd, leidt de ACM af dat NS de in het voorgaande randnummer genoemde overwegingen destijds zelf niet relevant heeft geacht. Zoals reeds is beschreven, was er NS veel aan gelegen om de concessie te winnen. Het had gezien de kritiek op de financiële houdbaarheid van de *business case* dan ook voor de hand gelegen dat, indien voornoemde overwegingen destijds inderdaad een relevante correctie op de *business case* hadden kunnen teweegbrengen, NS deze destijds in haar berekeningen had verwerkt. Daarnaast geeft NS zelf ook aan dat strategische overwegingen moeilijk te kwantificeren zijn. Uit het voorgaande concludeert de ACM dat het verwerken van die overwegingen in de *business case* op het concurrentiemoment geen serieuze optie (of wellicht zelfs onmogelijk) was. Naar het oordeel van de ACM vormt dit ook objectief gezien geen kennelijke misslag. De ACM acht deze overwegingen daarom niet relevant voor de beoordeling van de kostendekkendheid van de bieding.

144. Op basis van het voorgaande, concludeert de ACM na heroverweging dat NS de reizigersgroei te hoog heeft geprognosticeerd en het [vertrouwelijk]-scenario een meer realistische inschatting geeft van de reizigersgroei. De ACM heeft in het bestreden besluit daarom terecht een correctie op de IRR doorgevoerd op basis van het [vertrouwelijk]-scenario.

3.2.4.4 Correcties ten aanzien van de kosten

145. In het bestreden besluit heeft de ACM een aantal correcties uitgevoerd ten aanzien van de kosten die NS had verwerkt in haar *business case*. Zoals hierboven reeds uiteengezet vormt

[122] Bezwaarschrift, rnrs. 167 - 169.

de *business case* de financiële onderbouwing van de bieding en deze bieding is het uitgangspunt van de beoordeling van de ACM. De ACM beoordeelt of het bod dat NS heeft uitgebracht op het moment van de aanbesteding de reële potentie heeft gehad tot uitsluiting. De ACM beoordeelt niet of naar voortschrijdend inzicht achteraf een betere *business case* mogelijk was geweest. Het doet ook niet ter zake of de kosten en baten bij uitvoering van de concessie in de praktijk zouden mee- of tegenvallen. Welbeschouwd ligt een correctie voor kosten die NS destijds zelf heeft meegenomen in haar *business case* daarom niet voor de hand.

146. Bovendien heeft de ACM in het bestreden besluit geconcludeerd dat de *business case* in principe slechts incrementele kosten bevat, zoals het investeringsmanual voorschrijft. Het lag ook voor de hand dat NS slechts incrementele kosten in haar *business case* zou verwerken, gezien de interne kritiek op de financiële houdbaarheid van de *business case*. Immers, als NS over het hoofd zou zien dat bepaalde kosten (deels) niet-incrementeel waren, zodat zij ten onrechte in de *business case* werden opgenomen, zou dit een negatief effect hebben op de *business case*. Voorts mag de ACM redelijkerwijs aannemen dat de *business case* uitsluitend incrementele kosten bevat aangezien de NS (bij monde van een CpC-medewerker) dit tijdens de onderzoeksfase heeft verklaard.[123] Daar moet aan worden toegevoegd dat NS een professionele onderneming is waarvan mag worden verwacht dat zij ook in de korte tijd waarin zij haar bieding moet voorbereiden in staat is tot een goede kostenraming te komen.

147. Desalniettemin heeft de ACM in de voorbereiding van het bestreden besluit opengestaan voor de argumenten van NS, de voorgestelde correcties op hun merites beoordeeld en (uitsluitend) gecorrigeerd voor duidelijke misslagen.

148. In bezwaar komt NS in feite niet met nieuwe argumenten ten aanzien van de correcties voor de kosten. NS stelt echter dat bij nadere analyse mogelijk meer niet-incrementele kosten uit de *business case* te destilleren zijn, maar onderbouwt deze stellingen inhoudelijk onvoldoende.[124]

149. NS verwijt de ACM nu dat zij onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de incrementaliteit van kosten van de bieding. Dit verwijt is onterecht. Uit het dossier blijkt namelijk dat de ACM, daar waar zij twijfelde aan de incrementaliteit en de *business case* dus afweek van wat de ACM redelijkerwijs mocht aannemen, NS al in de onderzoeksfase kritisch heeft bevraagd.[125] Indien NS van mening is dat er meer misslagen in de *business case* zaten, dan had het op haar weg gelegen dit tijdens het onderzoek aan te tonen. De ACM concludeert dat zij daarin niet is geslaagd. De algemene stelling van NS dat er mogelijk nog andere niet-incrementele

[123] Bron 250, p. 48.

[124] In het rapport dat PwC voor NS heeft opgesteld schrijft PwC o.a. het volgende: "*Tijdens het aanvullende onderzoek is PwC tot de conclusie gekomen dat er mogelijk nog andere vaste en niet-incrementele kosten meegenomen zijn in de business case*", PwC-rapport van 20 september 2017, p. 11 (onderstreping, de ACM).

[125] O.a. bron 267.

kosten in de *business case* zaten waarvoor de ACM zou moeten corrigeren, is onvoldoende onderbouwd.[126] De ACM wijst dit argument daarom af.

150. Ten aanzien van enkele andere kostenposten die zijn opgenomen in de *business case* is NS van mening dat de ACM daarvoor een correctie of een (voor NS) gunstigere correctie moet toepassen op de *business case*. De argumenten die NS in dit kader in bezwaar naar voren brengt zal de ACM hieronder beoordelen.

151. NS stelt ten eerste dat de ACM voor de inschatting van de kosten van het materieel, ten onrechte uitgaat van een koopvariant. Volgens NS had zij ook kunnen uitgaan van minder conservatieve aannames, zoals een hybride (koop/lease) variant. Volgens NS was dit ook de bedoeling, zoals zou blijken uit interviews die PwC namens NS heeft afgenomen in augustus 2017. Een even efficiënte concurrent zou dezelfde keuze ter beschikking staan. NS benadrukt dat minder conservatieve aannames een opwaarts effect hebben op de IRR. Daarnaast had NS in de koopvariant ook tot andere uitkomsten van de IRR kunnen komen.

152. Tegelijkertijd geeft NS in haar bezwaarschrift aan dat zij in haar bieding inderdaad uitgaat van de koopvariant.[127] Tijdens de hoorzitting heeft NS uitgelegd waarom bij de voorbereiding van een bieding voor deze variant wordt gekozen.[128] De ACM stelt vast dat het investeringsmanual van NS [vertrouwelijk] voorschrijft.[129] Zoals de ACM hierboven reeds heeft uiteengezet gaat zij uit van de aannames die NS verwerkt heeft in haar bieding - in dit geval dus de koopvariant. Het feit dat NS andere (bijvoorbeeld minder conservatieve) aannames had kúnnen nemen bij de vormgeving van haar bieding en dat deze hadden kúnnen leiden tot een andere IRR, doet daar niet aan af. Evenmin doen de achteraf afgenomen interviews dat.

153. Er zijn overigens ook goede redenen om uit te gaan van de koopvariant. Deze redenen zijn beschreven in het investeringsmanual[130] en NS heeft deze tijdens de hoorzitting nader toegelicht.[131] Een even efficiënte concurrent zou deze argumenten ook meewegen bij de keuze voor haar aannames ter onderbouwing van haar bieding. De ACM concludeert na heroverweging daarom dat er moet worden uitgegaan van de koopvariant.

154. Ten tweede stelt NS in haar bezwaarschrift dat de ACM een correctie had moeten toepassen voor de marge op een *intercompany* garantiestelling die door NS aan Abellio is verschaft in het kader van de bieding. Tijdens de hoorzitting heeft de ACM aan NS gevraagd hoe groot de marge is die NS in rekening brengt en hoe de ACM die uit de *business case* zou kunnen afleiden. PwC heeft daarop namens NS geantwoord dat de marge in de *business case* is

[126] Bezwaarschrift, rnr. 174.
[127] Bezwaarschrift, rnr. 160.
[128] Verslag van de hoorzitting, 2 november 2017, p. 24.
[129] Bron 59, p. 18.
[130] Idem.
[131] Verslag van de hoorzitting, 2 november 2017, p. 24.

verwerkt, maar waar dat uit blijkt is ook tijdens de hoorzitting niet duidelijk geworden.[132] Los van de vraag of een dergelijke marge nu wel of niet moet worden meegenomen in de (incrementele) kosten van de bieding, heeft NS dus niet aannemelijk gemaakt dat er überhaupt een marge in rekening is gebracht. Het is ook onduidelijk gebleven waarom binnen de NS-groep een dergelijke marge in rekening zou moeten worden gebracht. Uitgaande van het hierboven omschreven, gerechtvaardigde uitgangspunt dat de *business case* uitsluitend incrementele kosten bevat, concludeert de ACM ten aanzien van de beweerdelijke marge op de garantiestelling, dat NS niet aannemelijk heeft gemaakt dat een afwijking van dit uitgangspunt in dit geval gerechtvaardigd is. NS heeft dus niet aangetoond dat een correctie op dit punt nodig is.

155. Ten derde is NS van mening dat de *business case* mogelijk verzonken '*non-recurring costs*' bevat. Omdat deze kosten mogelijk deels verzonken zouden zijn, moeten ze (ten minste deels) als niet-incrementeel worden aangemerkt en daarom niet mee worden genomen in de IRR, aldus NS. NS heeft in bezwaar echter niet meer duidelijkheid verschaft over deze *non-recurring costs*. De ACM concludeert na heroverweging dat NS haar stelling ten aanzien van de *non-recurring costs* onvoldoende heeft onderbouwd.

156. Tot slot stelt NS ten aanzien van de kosten voor het hoofdkantoor en de app dat de ACM ten onrechte een correctie van respectievelijk [vertrouwelijk] en [vertrouwelijk] procentpunt heeft gehanteerd. In de primaire fase heeft NS naar voren gebracht dat deze twee kostenposten ten minste deels niet-incrementeel zijn aan de bieding. Daarin is de ACM meegegaan. In haar rapport uit 2016 schreef PwC (namens NS) dat zij, om aan te tonen wat het effect op de IRR is, ervan uitging dat de kosten voor het hoofdkantoor en de app slechts voor [vertrouwelijk] % incrementeel zijn aan de bieding. De ACM heeft deze inschatting overgenomen en de correctie die NS voorstelde doorgevoerd. In bezwaar stelt NS dat de incrementaliteit mogelijk zelfs slechts [vertrouwelijk] % bedroeg of zelfs nihil was. Zij draagt daar echter geen inhoudelijke onderbouwing voor aan. De ACM ziet in bezwaar daarom geen reden om de IRR op dit punt verder te corrigeren.

157. Op basis van het voorgaande, concludeert de ACM dat zij er gerechtvaardigd van uit mocht gaan dat de *business case* (met uitzondering van een beperkt aantal duidelijke misslagen) uitsluitend incrementele kosten bevatte. In ieder geval is aannemelijk dat NS daar zelf van uitging bij het opstellen van haar bieding. Immers, haar eigen investeringsmanual vereist dat een *business case* slechts incrementele kosten bevat. NS heeft aanvullende correcties hierop in bezwaar onvoldoende onderbouwd. De ACM concludeert daarom na heroverweging dat de bezwaren van NS niet kunnen leiden tot een verdere aanpassing aan de *business case*.

3.2.5 Objectieve rechtvaardiging

158. NS is van mening dat haar roofgedrag objectief gerechtvaardigd werd door de voordelen die

[132] Idem, p. 26. NS heeft in haar reactie op het hoorzittingsverslag hierbij geen opmerking geplaatst. De ACM gaat er dan ook vanuit dat NS zich kan vinden in de weergave van dit deel van de hoorzitting.

volgens haar aan haar bieding waren verbonden. In haar bezwaarschrift somt NS een aantal kwaliteitsverbeteringen op die zouden voortvloeien uit de bieding van NS. Volgens NS kan zij slechts wijzen op de voordelen. Ze zou niet in staat zijn om de voordelen en de nadelen met elkaar te vergelijken, omdat zij i) geen toegang heeft tot de biedingen van de andere inschrijvers en ii) omdat onduidelijk zou zijn wat het negatieve effect is van haar bieding.[133]

159. De ACM stelt voorop dat uit de vaste Europese jurisprudentie het volgende volgt:[134]

- Een bestaan van een objectieve rechtvaardiging moet worden aangetoond door de dominante onderneming.
- Daartoe moet de dominante onderneming het volgende aantonen:
    1. De voor de mededinging en de consument waarschijnlijke schadelijke effecten op de betrokken markten worden geneutraliseerd door efficiencywinsten.
    2. De efficiencywinsten moeten kunnen worden behaald met het misbruikelijke gedrag.
    3. Dit gedrag moet onmisbaar zijn voor het behalen van de efficiencyvoordelen.
    4. De werkzame mededinging wordt niet in het geheel of grotendeels uitgeschakeld.

Een rechtvaardiging kan dus niet worden aangetoond door slechts een opsomming te geven van (beweerdelijke) voordelen van een bepaald gedrag.

160. NS stelt dat zij de afweging tussen de voor- en nadelen van haar gedrag niet kan beoordelen, omdat de ACM het negatieve effect van dat gedrag niet duidelijk zou hebben gemaakt. De ACM volgt NS daarin niet. Immers, de ACM heeft aangetoond dat NS zich bij de bieding op de Limburgse concessie onder meer schuldig heeft gemaakt aan roofgedrag. De opbrengsten die NS verwachtte te genereren met het uitvoeren van de concessie, lagen lager dan de kosten van de door haar aangeboden diensten. NS kon op die manier haar concurrenten de pas afsnijden door een geflatteerd bod. Daarbij accepteerde zij een (verwacht) vermijdbaar verlies vanwege de hogere kosten die daarmee gepaard gaan. Dit roofgedrag heeft, zoals hierboven uiteengezet, de reële potentie om een uitsluitingseffect teweeg te brengen op de markt voor de exploitatie van het HRN. De suggestie van NS dat de ACM de daadwerkelijke effecten zou moeten aantonen en zelfs kwantificeren, vindt geen basis in de rechtspraak. De NS onderbouwt niet of en hoe efficiëntiewinsten dit uitsluitingseffect neutraliseren. De ACM concludeert daarom dat NS niet heeft aangetoond dat de onderhavige situatie voldoet aan het eerste vereiste uit randnummer 159.

161. Voorts heeft NS niet aangetoond dat het roofgedrag onmisbaar was voor het behalen van de voordelen, noch dat er geen minder vergaande optie bestond om dezelfde voordelen te behalen. Ook ten aanzien van het derde en vierde vereiste uit randnummer 159 heeft NS haar stellingen dus onvoldoende gemotiveerd.

[133] Bezwaarschrift, rnr. 191.

[134] HvJ EU 27 maart 2012, C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172 (Post Danmark I), r.o. 41 - 42.

3.3 Conclusie roofgedrag van NS

162. Na heroverweging stelt de ACM vast dat NS zich schuldig heeft gemaakt aan roofgedrag. Aangezien NS niet heeft aangetoond dat er aanvullende correcties moeten worden uitgevoerd op de *business case* die ten grondslag ligt aan de bieding voor de Limburgse concessie, handhaaft de ACM de conclusie dat de IRR lager was dan de WACC. De NS ging uit van onrealistische verwachtingen en heeft bepaalde onderkende risico's bewust genegeerd en daarmee een verwacht verlies aanvaard. NS heeft daarom een bieding uitgebracht die niet-kostendekkend was. Dit gedrag heeft de reële potentie om het moeilijker te maken voor concurrenten om mee te dingen naar (na 2024) te decentraliseren delen van het HRN, of dit zelfs onmogelijk te maken, doordat NS verdere decentralisatie tegenwerkt door in Limburg samenloop te voorkomen. Daarmee heeft zij artikel 24 Mw, evenals artikel 102 VWEU[135] overtreden.

4 Complex van gedragingen

4.1 Bezwaren NS

163. In het bestreden besluit stelt de ACM vast dat NS bij de aanbesteding door middel van een samenstel van gedragingen, misbruik heeft gemaakt van haar economische machtspositie in de zin van artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU. Het misbruik bestaat uit elementen die erop gericht waren om Abellio te bevoordelen, en/of Arriva en Veolia te benadelen bij de aanbesteding, via steeds verschillende gedragingen. De bezwaren van NS richten zich op hoofdlijnen op de volgende punten.

164. De gedragingen die de ACM tezamen als misbruik van een economische machtspositie kwalificeert, zijn volgens NS niet als 'één enkele inbreuk' te kwalificeren. Ze zijn divers van aard, staan los van elkaar en er ligt geen overkoepelend plan aan ten grondslag om de mededinging te beperken.

165. Bij de beoordeling van het complex van gedragingen hanteert de ACM volgens NS een onduidelijke norm. NS maakt ook bezwaar tegen de manier waarop de norm wordt toegepast.[136] De NS stelt voorts dat het complex van gedragingen de uitkomst van de aanbesteding niet negatief heeft beïnvloed. Het gelijke speelveld is volgens NS niet aangetast en de ACM heeft niet aangetoond dat de gedragingen, individueel of gezamenlijk, effect hebben gehad of zelfs maar kunnen hebben op de mogelijkheid van Arriva en Veolia om te concurreren.

166. Verder stelt NS dat door het ontbreken van het nauw verband tussen de Limburgse concessie

[135] De 'ongunstige beïnvloeding van de tussenstaatse handel', een vereiste voor de toepasselijkheid van artikel 102 VWEU, wordt door NS niet bestreden. De ACM blijft na heroverweging bij de conclusie (en de onderbouwing daarvan) in het bestreden besluit dat de tussenstaatse handel ongunstig wordt beïnvloed.

[136] *Aantekeningen Introductie complex van gedragingen*, gemachtigde van NS, hoorzitting van 2 november 2017, rnrs. 10 - 15.

en het HRN, de gedragingen bij de Limburgse concessie ook geen effect konden hebben op de gestelde economische machtspositie van NS op het HRN.

4.2 Beoordeling ACM

167. De ACM zet in paragraaf 4.2.1. uiteen waarom de ACM ook na heroverweging oordeelt dat verschillende gedragingen van NS tezamen genomen kwalificeren als een 'complex van gedragingen' dat een overtreding vormt van artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU. In paragraaf 4.2.2. gaat de ACM ten algemene in op het betoog van NS dat zij onvoldoende effect van de gedragingen heeft aangetoond. In paragraaf 4.2.3. beoordeelt de ACM de bezwaren van NS die zien op de afzonderlijke gedragingen en hun potentiële effect op de concurrentie bij de Limburgse concessie.

4.2.1 Gedragingen vormen tezamen een tweede inbreuk

168. De gedragingen die de ACM tezamen als misbruik van een economische machtspositie kwalificeert, zijn volgens NS niet als één enkele inbreuk te kwalificeren, omdat het zou gaan om een "*samenraapsel*" van uiteenlopende feitelijke handelingen van verschillende betrokkenen van NS. Deze gedragingen werden volgens NS niet centraal aangestuurd of op elkaar afgestemd. De ACM heeft volgens NS niet aangetoond dat er sprake is van een overkoepelende strategie, die wel nodig zou zijn om van de verschillende gedragingen één inbreuk te kunnen maken.

169. Een complex aan gedragingen kan misbruik van een economische machtspositie opleveren in de zin van artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU, zo blijkt uit de zaak *Orange Polska*.[137] In deze zaak stelde de Europese Commissie een overtreding vast van artikel 102 VWEU, bestaande uit onderscheiden, maar samenhangende gedragingen. Deze gedragingen hadden volgens de Europese Commissie een *cumulatief* effect op haar concurrenten:[138]

> "*Although separately, each of the difficulties might appear not that burdensome, taken all together they form the pattern of abusive behaviour aimed at foreclosing the AOs access to the market*".

'AOs' staat voor '*alternative operators*'. Verderop in de beschikking spreekt de Europese Commissie opnieuw van een "*consistent pattern of behaviour of TP vis-à-vis AOs*" ('TP' staat voor *Telekommunikacja Polska*) en stelt zij dat het gedrag van TP *"was part of a strategy"*, bedoeld om AO's te beletten toe te treden.[139]

170. In *Orange Polska* was dus sprake van verschillende handelingen die in samenhang bezien en

[137] Beschikking van de Europese Commissie van 22 juni 2011 in de zaak *Telekomunikacja Polska* (COMP/39.525), Orange Polska is de rechtsopvolger van Telekomunikacja Polska (zie arrest van het Gerecht EU van 17 december 2015, T-486/11, ECLI:EU:T:2015:1002 (*Orange Polska*), r.o. 1). Daarnaast is aansluiting gezocht bij de uitgangspunten in de vaste rechtspraak over misbruik van een economische machtspositie en de Richtsnoeren artikel 102.

[138] *Orange Polska*-beschikking (voetnoot 137), punt 713; in 712 worden de verschillende gedragingen beknopt weergegeven.

[139] *Orange Polska*-beschikking (voetnoot 137), punten 802 en 803.

bij elkaar genomen de toetreding bemoeilijkten en zo misbruik van een economische machtspositie vormden. Dit verklaart waarom de Europese Commissie in artikel 1 van haar beschikking de aanduiding "*single and continuous infringement*" gebruikt, zoals de ACM opmerkte in het bestreden besluit.[140] De Europese Commissie refereert in haar beschikking echter in het geheel niet aan jurisprudentie over dit begrip die betrekking heeft op artikel 101 VWEU.

171. De ACM heeft de aanduiding 'één enkele voortdurende (complexe) inbreuk' in het bestreden besluit niet gebruikt om het gedrag van NS aan te duiden, maar enkel geconstateerd dat een samenstel van gedragingen een inbreuk op artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU vormde. De eisen die volgen uit de rechtspraak over artikel 101 VWEU met betrekking tot de aanduiding 'één enkele voortdurende (complexe) inbreuk', zijn geënt op de werking van kartels en hier dus niet van toepassing.

172. NS acht de gestelde norm problematisch, omdat niet duidelijk is wanneer het 'mandje' met gedragingen voldoende gevuld is om van misbruik te kunnen spreken. De relevante vraag is echter of de handelingen die NS daadwerkelijk heeft verricht of nagelaten een overtreding vormen. Dat is de vraag die NS zich ten tijde van de aanbesteding had moeten stellen en dat is wat de ACM - voor zover zij de gedragingen bewezen acht - moet beoordelen. De ACM hoeft zich niet uit te spreken over een hypothetische situatie waarbij NS zich van één of meer van die gedragingen had onthouden.

173. Ter verduidelijking van het bestreden besluit[141] voegt de ACM hieraan toe, dat niet pas sprake is van misbruik indien het concurrenten geheel onmogelijk wordt gemaakt te concurreren. Van misbruik kan ook sprake zijn in een geval als *in casu* aan de orde, namelijk indien het (even efficiënte) concurrenten moeilijker wordt gemaakt om een concurrerende bieding op te stellen en op verdienste met de dominante onderneming de strijd aan te gaan. Dat de ACM de kwalificatie 'even efficiënte' hier tussen haakjes zet, is omdat het bij het complex niet gaat om een vorm van prijsmisbruik, waarbij deze maatstaf bij uitstek een rol speelt.

174. NS betoogt dat de ACM moet aantonen dat sprake is geweest van centrale sturing of afstemming. Uit *Orange Polska* valt niet op te maken dat dit vereist zou zijn, immers daar ging het ook om niet meer dan een *"pattern of behaviour"* met een cumulatief effect. Overigens is centrale sturing ook in de context van artikel 101 VWEU geen vereiste voor het bewijs van 'een enkele voortdurende inbreuk'. Het is evenwel niet nodig nader in te gaan op de jurisprudentie ter zake. Uit het dossier blijkt immers duidelijk dat er wel degelijk sprake was van afstemming binnen NS en een gemeenschappelijke koers om haar concurrenten de loef af te steken en te hinderen bij het bieden op de Limburgse concessie.

175. Voor de onderbouwing hiervan verwijst de ACM naar het bestreden besluit, in het bijzonder in

[140] Bestreden besluit, rnrs. 593 - 594.
[141] Bestreden besluit, rnr. 588.

paragraaf 9.3.1. over de behandeling van de toegangsverzoeken van Veolia en Arriva. Uit de daar vermelde interne e-mails blijkt dat NS zich beijverde voor een gecoördineerde reactie op de verzoeken, die mede de *timing* van hun afhandeling omvatte.[142] Bij het voorbereiden van de bieding door Abellio werden ook (medewerkers van) andere dochterondernemingen betrokken. Het doorspelen van informatie is per definitie een vorm van afstemming.

176. De stelling van NS dat de gedragingen niet als een 'complex' gekwalificeerd kunnen worden, omdat het zou gaan om gedragingen van zeer uiteenlopende en los van elkaar staande feitelijke handelingen van verschillende betrokkenen, overtuigt in dit licht dan ook niet. Hoewel de gedragingen feitelijk van elkaar verschillen, vonden deze gedragingen in één en dezelfde fase plaats, binnen hetzelfde kader, en dienden zij hetzelfde doel, namelijk het winnen van de Limburgse concessie opdat de concurrenten niet de kans zouden krijgen deze uit te voeren. De gedragingen behelsden enerzijds het bevoordelen van NS bij het uitbrengen van haar eigen bod en anderzijds het frustreren van de inspanningen van Arriva en Veolia bij het uitbrengen van een concurrerende bieding op de Limburgse concessie.

177. Telkens maakte de NS gebruik van andere middelen dan bij een op basis van ondernemersprestaties berustende normale mededinging gebruikelijk zijn - hetgeen volgens vaste jurisprudentie misbruik oplevert in het geval een onderneming over een economische machtspositie beschikt. Juist in de context van een aanbesteding, waarin de concurrentie zich veelal in een verhevigde en geconcentreerde vorm voordoet en het concurrentieproces kwetsbaar is voor verstoringen, kan een dominante onderneming als NS zich niet onttrekken aan de bijzondere verantwoordelijkheid die op haar rust om louter op eigen verdienste te concurreren en de mededinging niet te vervalsen.

178. Het streven van NS om te voorkomen dat haar concurrenten de Limburgse concessie zouden verkrijgen, was bovendien in lijn met de 'strategische rationale' die ten grondslag lag aan het uitbrengen van een verlieslatend bod, zoals behandeld in hoofdstuk 3. Zowel het roofgedrag als het complex van gedragingen staan in het teken van het streven van NS om haar positie op het HRN te beschermen. Weliswaar hanteert NS de term 'strategische rationale' zelf alleen in relatie tot het verlieslatend bod, maar dat neemt niet weg dat de onderhavige gedragingen passen in, en geduid moeten worden in dezelfde aanbestedingscontext en de bredere context van verdere decentralisatie van het spoornet die 'in de lucht hing'. In deze zin hangen ook de twee in het bestreden besluit geconstateerde overtredingen met elkaar samen en versterken zij elkaars werking.

179. Wat het bezwaar van NS betreft over het ontbreken van een nauw verband tussen de gedragingen van NS in het kader van de aanbesteding van de Limburgse concessie en haar positie op het HRN, verwijst de ACM naar paragraaf 2.2.2 van het onderhavige besluit. Op de argumenten van NS op dit punt is daar reeds voldoende ingegaan.

[142] Onder meer bronnen 40, 62, 69, 81, 86 en 224.

4.2.2 Effect van het complex van gedragingen

180. NS ontkent dat het gelijke speelveld door de gedragingen is verstoord, dat de gedragingen Arriva en Veolia hebben belet of kunnen beletten om (met elkaar en met NS) effectief te concurreren en dat de uitkomst van de aanbesteding is beïnvloed. De ACM zou ook onvoldoende hebben aangetoond op welke wijze elk van de gedragingen heeft bijgedragen aan het gestelde misbruik. Zo zou de ACM bijvoorbeeld moeten aantonen dat de informatie die de heer [vertrouwelijk] verschafte, daadwerkelijk door NS in de bieding in haar voordeel is gebruikt. NS wijst er in dit verband op dat zij, voor zover zij kan nagaan, op het aantal geboden ritten heeft gewonnen en dat Arriva een zeer concurrerend bod heeft ingediend (terwijl de inschrijving van Veolia ongeldig bleek).

181. Naar aanleiding van deze argumenten van NS stelt de ACM voorop dat zij ook bij de heroverweging in bezwaar uitgaat van het juridisch beoordelingskader zoals weergegeven in paragraaf 5.2 van het bestreden besluit. Voor zover NS (impliciet) zou willen betogen dat de ACM de daadwerkelijke gevolgen van de gedragingen zou moeten onderzoeken (mogelijk zelfs aan de hand van een kwantitatief economisch onderzoek of '*counterfactual*' analyse), wijst zij dit van de hand. De ACM dient aan te tonen dat het betrokken gedrag in de gegeven context de mogelijkheid had de mededinging te verstoren,[143] dat wil zeggen dat het gedrag in staat mag worden geacht schadelijke gevolgen voor de mededinging te hebben (door uitsluiting, verstoring van het concurrentieproces of schade aan de mededingingsstructuur). Hiermee wordt een meer dan louter hypothetische mogelijkheid bedoeld, maar het aantonen van concrete, actuele gevolgen is niet vereist. De recente rechtspraak van het HvJ EU, met name het arrest in de zaak *Intel*,[144] maakt dit volgens de ACM niet anders.

182. Daarbij staat niets eraan in de weg dat de ACM belang hecht aan het feit dat bepaalde gedragingen (bewust) op uitsluiting gericht zijn. Dit is zelfs het geval, als het nagestreefde doel naderhand niet blijkt te worden gerealiseerd.

183. In het onderhavige besluit op bezwaar heeft de ACM al toepassing gegeven aan dit kader, in verband met de vaststelling van het verband tussen het gedrag van NS bij de Limburgse aanbesteding en de bescherming van de machtpositie van NS op het HRN, zoals blijkt uit randnummers 42 en 59. Daar constateert de ACM ook dat gedragingen van NS de reële potentie hebben de mededinging te verstoren, in de zin dat de NS op het HRN in zijn volle huidige omvang ook na 2024 afgeschermd blijft van concurrentie.

184. Het arrest *Intel* maakt ten aanzien van getrouwheidskortingen duidelijk dat indien de dominante onderneming gemotiveerd aanvoert dat deze kortingen niet in staat zijn de veronderstelde gevolgen teweeg te brengen en dit met feitelijk bewijs onderbouwt, dit in tweede instantie een diepergaande analyse van de kant van de mededingingsautoriteit

[143] HvJ EU 17 februari 2011, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83 *(TeliaSonera Sverige)*, r.o. 64 en HvJ EU 6 oktober 2015, C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651 *(Post Danmark II)*, r.o. 66.
[144] HvJ EU 6 september 2017, C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632 *(Intel)*.

noodzakelijk maakt. Het arrest ziet niet op andere gedragingen, zoals bij het 'complex' aan de orde. Welbeschouwd hebben deze laatste immers meer weg van de in de *Intel*-zaak eveneens door de verbodsbeschikking getroffen 'onverbloemde beperkingen' ("*naked restrictions*"). Hoe dan ook vergt de Nederlandse bezwaarprocedure een heroverweging op grondslag van de aangevoerde bezwaargronden; het is aan het bestuursorgaan om nieuwe en goed onderbouwde bezwaren gemotiveerd te weerleggen.

185. Langs deze lijnen beoordeelt de ACM in de volgende subparagraaf de door NS met betrekking tot de afzonderlijke gedragingen in het complex naar voren gebrachte argumenten, om daarna een conclusie te trekken met betrekking tot het potentiële cumulatieve effect.

4.2.3 Afzonderlijke gedragingen en hun potentiële effect op de concurrentie bij de Limburgse concessie

186. Volgens NS hanteert de ACM in het bestreden besluit steeds verschillende maatstaven ten aanzien van de verschillende gedragingen om tot de conclusie te komen dat het complex aan gedragingen tot gevolg had dat Abellio werd bevoordeeld en dat Veolia en Arriva werden benadeeld en waardoor de concurrentie werd verstoord. Vaak ontbreekt het volgens NS vereiste causaal verband.[145]

187. De ACM gaat hieronder per gedraging na hoe deze van invloed kon zijn op de bieding van NS zelf, dan wel die van concurrenten, om te kunnen vaststellen of de gedraging in kwestie heeft kunnen bijdragen tot de marktverstorende uitsluiting door het geheel van de gedragingen ('het complex').

4.2.3.1 Delen van concurrentiegevoelige informatie van Veolia met Abellio

188. NS stelt in haar bezwaar dat het niet is gebleken dat informatie is gedeeld waarmee de mededinging is beperkt. De ACM had volgens de NS per type uitgewisselde informatie moeten aan tonen dat deze vertrouwelijk was, relevant was voor de inschrijving op de aanbesteding, door Abellio gebruikt is en welk effect het verkrijgen van deze informatie heeft gehad op het bod.

189. Voor alle duidelijkheid merkt de ACM op dat de mededingingsrechtelijke bezwaren zich richten op het delen van informatie die afkomstig was van Veolia en niet op de constructie waarmee de heer [vertrouwelijk] werd 'ingehuurd', al is deze voor een goed begrip van de context in het bestreden besluit nog beknopt aangeduid.

190. Naar het oordeel van de ACM legt NS een te hoge maatstaf aan (vergelijk hetgeen de ACM in paragraaf 4.2.2 opmerkt over mededingingsverstorende uitsluiting). Voldoende is dat uit het dossier blijkt dat de heer [vertrouwelijk] gevraagd en ongevraagd informatie aan Abellio heeft verstrekt die betrekking had op belangrijke aspecten van de bedrijfsvoering van Veolia in

[145] *Aantekeningen Introductie complex van gedragingen*, gemachtigde van NS, hoorzitting van 2 november 2017, rnrs. 16 - 18.

Limburg. Het standpunt dat NS thans in bezwaar inneemt, dat het mogelijk niet om bedrijfsvertrouwelijke gegevens zou gaan, acht de ACM niet geloofwaardig.

191. Informatie over praktijkervaring van Veolia bij uitvoering van de lopende openbaar vervoerconcessie in Limburg, was ook evident relevant. Hiermee heeft NS heimelijk (dat wil zeggen zonder tussenkomst van de Provincie Limburg) inzicht gekregen in bedrijfsvertrouwelijke gegevens van een concurrent. De ACM roept in herinnering dat het gaat om informatie over omzetten van Veolia op concessieniveau,[146] en kosten van Veolia voor personeel,[147] materieel[148] en gebouwen[149]. Daarnaast gaan de gegevens over productiviteit van personeel[150] en ziekteverzuim.[151] Voor details verwijst de ACM naar paragraaf 9.2.2. van het bestreden besluit.

192. Of en hoe Abellio de verkregen informatie daadwerkelijk in haar bieding heeft verwerkt, acht de ACM niet van belang, al gebeurde dit wel.[152] Voorop staat dat iedere onderneming zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de markt zal voeren. Dat geldt zeker in een aanbestedingscontext, die juist extra gevoelig is voor concurrentievervalsing.

193. Hoe dan ook heeft NS de mogelijkheid verkregen zich aan de gegevens van Veolia te spiegelen en de concurrentiekracht van Veolia beter in te schatten, althans de onzekerheid daaromtrent te verminderen.[153] Alleen al hierom is de informatie van waarde geweest, zoals de heer [vertrouwelijk] zelf kennelijk ook aannam. Ook na heroverweging concludeert de ACM dat NS door de informatiedeling door [vertrouwelijk] haar positie ten opzichte van de concurrentie op oneigenlijke wijze heeft versterkt.

4.2.3.2 Behandeling toegangsverzoeken Veolia en Arriva binnen NS-organisatie

194. NS heeft voorzieningen in eigendom en exploiteert deze. Zo heeft NS stations in eigendom, en beschikt NS over reisinformatie op het HRN en over treinen die geschikt zijn voor het Nederlandse spoor. Concurrerende vervoerders zijn afhankelijk van de medewerking van NS om van deze voorzieningen gebruik te kunnen maken. Arriva en Veolia hebben ook tijdens de Limburgse aanbesteding verzocht om toegang tot de voorzieningen van NS.

195. NS heeft informatie over deze toegangsverzoeken van Veolia en Arriva, gedeeld met Abellio, de directe concurrent van Veolia en Arriva bij de Limburgse concessie. Dit heeft Abellio een indirect voordeel verschaft bij haar eigen bieding. In haar bezwaar stelt NS dat het bestreden

[146] Bron 55.
[147] Idem.
[148] Bron 80.
[149] Bron 53.
[150] Bron 82.
[151] Bron 47.
[152] Zo meldt het opbrengstenmodel expliciet [vertrouwelijk] als bron voor een aantal posten: bron 157, werkblad ‘Bus’, rijen 37 - 38, en werkblad ‘Trein’, rijen 59 - 62.
[153] Bronnen 79, 80 en 82 laten zien dat dit ook gebeurde.

besluit niet duidelijk maakt hoe het delen van de toegangsverzoeken een daadwerkelijk of waarschijnlijk mededingingsverstorend effect zou hebben gehad.[154]

196. In het navolgende beschrijft de ACM ten eerste dat de toegangsverzoeken van Veolia en Arriva concurrentiegevoelige informatie betreft, hetgeen NS ook bevestigt. NS deelde deze informatie doelbewust. Daarnaast laat het dossier zien dat Abellio in de positie was om de reactie van NS op de toegangsverzoeken van Arriva en Veolia te beïnvloeden. Deze beïnvloeding bleef niet enkel bij het doen van suggesties. De ACM concludeert ook na heroverweging dat het delen van de toegangsverzoeken door NS met Abellio heeft bijgedragen aan misbruik van haar economische machtspositie.

197. In paragraaf 9.3.1. van het bestreden besluit zet de ACM de verschillende gelegenheden uiteen waarop NS informatie deelt met Abellio die NS van haar concurrenten in verband met de aanbesteding heeft ontvangen of die haar concurrenten betrof. Deze informatie was concurrentiegevoelig, alleen al omdat zij inzicht verschafte in de mate waarin de concurrenten bij het opstellen van hun bieding afhankelijk waren van diensten en voorzieningen die NS kon bieden, NS was zich hiervan bewust. Ook was NS zich er van bewust dat het delen van deze informatie met het eigen biedingsteam niet was toegestaan. Dit bevestigt NS in haar brief van 26 november 2014 en tijdens de hoorzitting in de geschilprocedure van 28 november 2014.[155] NS stelt in haar bezwaarschrift dat de ACM zich hierbij uitsluitend baseert op verklaringen van NS achteraf. Dit doet niet af aan de constatering dat de gedeelde informatie concurrentiegevoelig was.

198. NS deelde deze informatie doelbewust. Medewerkers van NS hebben dit gedaan om de reactie aan haar concurrenten te beïnvloeden en zo de eigen kansen op het winnen van de Limburgse concessie te verhogen. Deze intentie volgt uit de in paragraaf 9.3.1. van het bestreden besluit genoemde e-mailwisselingen en is in lijn met de strategische rationale van NS. Sprekend zijn de volgende twee voorbeelden.

199. In randnummers 656 en 691 van het bestreden besluit wordt een e-mail uit februari 2014 aangehaald die blijk geeft van een strategie om op geen enkele wijze mee te werken aan "*het vergroten van het concurrentieel voordeel van Arriva*".

200. Op 14 juli stuurt [lid directie Abellio Nederland] een e-mail over de inzet van treinmaterieel naar [leden directie Abellio Holding]. Daarin geeft hij aan wat de behoefte aan treinen is van Abellio voor de Limburgse aanbesteding en dat het van belang is dat NS Financial Services Company Limited ('NSFSC') terughoudend is met een aanbod van treinen aan concurrenten:[156]

[154] Bezwaarschrift NS, rnr. 235.

[155] Bron 186, p. 3, bron 188, p. 13 en besloten deel hoorzitting 14.37 - 15.37 uur, p. 8.

[156] Bron 62.

> "*Bijgaand ook de mail van* [lid management QBuzz] *mbt het treinmaterieel. Dat gaat de kern worden van de discussie binnen NS lijkt het nu. Van belang is ook dat NSfsc en Nedtrain terughoudend zijn met afspraken met concurrenten buiten de groep. Dat zou een mogelijk concurrentievoordeel teniet doen.*" (aanpassing tussen blokhaken, de ACM)

201. NS stelt in haar bezwaarschrift dat er geen sprake was van een verkeerde intentie van NS of van de voormalig [lid bestuur NS], laat staan van een intentie de mededinging te beperken. Binnen NS bestond juist het vermoeden dat Veolia van haar kant met haar toegangsverzoek NS wilde belemmeren in haar bieding voor de concessie Limburg. NS beschouwt dit als een tactiek gericht op het vertragen van het biedingsproces binnen NS als gevolg van de tijd en energie die het zou kosten om dit verzoek te beantwoorden.[157] Tijdens de hoorzitting heeft NS zich desgevraagd nader uitgelaten over deze vertragingstactiek.[158] NS erkende dat de e-mail waarop haar stelling berust ook kan worden gezien in verband met het streven van Veolia om bij de Provincie meer tijd te winnen voor het indienen van haar bod.

202. Het standpunt van NS dat Veolia haar verzoek rechtstreeks aan de voormalig [lid bestuur NS] richtte in plaats van aan de verantwoordelijke NS-entiteiten, dat deze niet goed wist wat hij met dit verzoek aan moest en dat het inlichten van Abellio een menselijke vergissing was, vormt geen rechtvaardiging voor de informatiedeling en de behandeling van het verzoek zoals in het bestreden besluit beschreven.

203. NS wijst op stukken waaruit blijkt dat de voormalig [lid bestuur NS] juist conform het mededingingsrecht heeft willen handelen.[159] De ACM is van oordeel dat uit de betreffende e-mails geen grote bekommernis spreekt om de wet te respecteren, maar dat zij veeleer een instructie bevatten om de grenzen van de wet op te zoeken.

204. Uit het dossier blijkt dat Abellio niet alleen voordeel had bij de informatiedeling doordat zij een kennisvoorsprong kreeg. Abellio heeft tevens de reactie aan haar concurrenten kunnen beïnvloeden om de biedingen van haar concurrenten te frustreren en zo de eigen kansen op het winnen van de Limburgse concessie te vergroten. Weliswaar zijn de onderdelen binnen NS die de gevraagde diensten of voorzieningen moesten leveren, op papier zelfstandig. Echter, zoals blijkt uit documenten die in paragraaf 9.3.1. van het bestreden besluit zijn weergegeven, mocht Abellio meebepalen op welke manier door NS op de toegangsverzoeken van de andere inschrijvers gereageerd werd.[160] Dit terwijl zij de bieding van NS bij de Limburgse aanbesteding voorbereidde en daarbij dus een specifiek eigen belang had. Abellio werd hierdoor op oneigenlijke wijze bevoordeeld.

---

[157] Bezwaarschrift NS, rnr. 241.

[158] Verslag van de hoorzitting, 2 november 2017, p. 30 en 31.

[159] Bezwaarschrift NS, rnr. 251.

[160] Zie in het bijzonder bron 224, bijlage 2 en 3, bron 62 en 69.

4.2.3.3 Aanbod van diensten en treinen door NS aan Veolia en Arriva

205. NS stelt dat de verschillende NS-entiteiten zelfstandig hun aanbod hebben opgesteld. Daarbij is volgens NS geen sprake geweest van beïnvloeding door Abellio.[161] In het sanctiebesluit wordt volgens NS niet onderbouwd op welke manier elk van de gedragingen de concurrenten van NS benadeelden ten opzichte van Abellio. Daarnaast heeft de ACM volgens NS niet aangetoond hoe de vermeende beïnvloeding door Abellio van het aanbod aan Arriva en Veolia, negatief effect heeft gehad op de bieding van Arriva en Veolia bij de aanbesteding. NS legt hierbij een verkeerde maatstaf aan.

206. Bepalend voor de beoordeling van het aanbod van diensten en treinen door NS aan Veolia en Arriva, is of de gedragingen hebben bijgedragen aan misbruik. Hierbij toetst de ACM of het aanbod van NS heeft kunnen leiden tot benadeling van de concurrenten van Abellio, Arriva en Veolia, bij de voorbereiding van hun biedingen bij de Limburgse concessie. Hoewel het bezwaar van NS aanleiding geeft het oordeel in het betreden besluit op enkele punten te herzien, komt de ACM hierna tot de slotsom dat het aanbod van diensten en treinen door NS aan Veolia en Arriva heeft bijgedragen aan misbruik van de economische machtspositie van NS.

207. NS heeft bewust vertraagd gereageerd op de toegangsverzoeken van haar concurrenten Veolia en Arriva.[162] Ook was het aanbod van NS op een aantal punten niet bindend.[163] Ten aanzien van enkele verzochte diensten heeft NS helemaal geen aanbod gedaan.[164] Het is aannemelijk dat deze inadequate reactie kostennadeel heeft opgeleverd.[165] Door de onzekerheid die NS creëerde, werden concurrenten gedwongen risico's in te prijzen waardoor zij een minder scherp bod konden doen dan NS.

208. In haar bezwaarschrift stelt NS dat ten aanzien van de pauzelocaties & servicepunten en de tijdelijke inzet van dieseltreinen, Abellio exact hetzelfde aanbod kreeg van NS als Veolia en Arriva. Om deze reden zou volgens NS niet geconcludeerd kunnen worden dat het aanbod van NS heeft kunnen leiden tot benadeling van Veolia en Arriva ten opzichte van Abellio. Dit argument overtuigt niet. Uit paragraaf 4.2.3.2 van dit besluit blijkt dat Abellio verantwoordelijk was voor het voorbereiden van de bieding van NS, alsook in de positie verkeerde om ervoor te zorgen dat het aanbod aan haar directe concurrenten spoorde met haar eigen belangen.

209. Abellio had dus invloed op (de voorwaarden van) het aanbod van NS aan Veolia, Arriva, en

---

[161] Bezwaarschrift NS, rnr. 254.

[162] Bron 224, bijlage 1 en bijv. bron 88, p.63.

[163] Wat betreft: de pauzelocaties en servicepunten zie bron 93, p. 126 en bron 88, p. 14; noodknopvoorzieningen: bron 93, p. 76; kaartverkoopautomaten: bron 93, p. 77 en 79; tijdelijke inzet dieseltreinen: bron 93, p. 132, artikel 17, bron 88, p. 62, artikel 17.

[164] Voor wat betreft: de pauzelocaties en servicepunten zie bron 93, p. 84 en bron 126, p. 34 - 35, bron 99, p. 3; kaartverkoopautomaten: bron 93, p. 77 en 79; tijdelijke inzet dieseltreinen: bron 99, p. 2 en 3; reisinformatie: bron 93, p. 78 en bron 126, p. 35 en 36.

[165] Zie bijvoorbeeld bestreden besluit, rnrs. 712, 724 en 735.

aan haarzelf. NS kon in het aanbod rekening houden met de mogelijkheden en behoeften van Abellio. Dat Abellio bij deze voorzieningen hetzelfde aanbod kreeg als Veolia en Arriva, maakt niet dat het aanbod voor NS, Veolia en Arriva even gunstig of ongunstig uitpakte. Abellio ondervindt immers geen, of in ieder geval aannemelijk minder, nadeel van een onredelijk aanbod, omdat zij integraal onderdeel is van NS. Bij intra-concerntransacties speelt de NS als groep immers quitte. Bij de beoordeling van het bod van Abellio op de Limburgse concessie gaat NS dan ook uit van het rendement dat het bod oplevert voor NS als geheel.

210. Volgens NS blijkt uit het feit dat Arriva en Abellio geen verzoek voor noodknopvoorzieningen hebben gedaan, dat deze voorzieningen irrelevant waren voor de bieding.[166] Hetzelfde zou gelden voor de reisinformatie op stations waarvoor Arriva geen verzoek heeft gedaan, en waarbij Abellio niet over meer of andere informatie zou hebben beschikt dan Veolia. NS stelt zich op het standpunt dat de ACM om die reden niet kan concluderen dat de concurrenten van Abellio op achterstand zijn gezet ten opzichte van Abellio.[167] De ACM volgt NS hierin niet. Dat Arriva er mogelijk voor heeft gekozen om een andere oplossing ten aanzien van deze voorzieningen te vinden anders dan (voorafgaande aan het uitbrengen van een bod) een verzoek bij NS hiervoor in te dienen, maakt niet dat de voorziening irrelevant is voor de bieding, alleen al vanwege het feit dat deze voorzieningen genoemd worden in het Programma van Eisen dat deel uitmaakt van het bestek voor de aanbesteding van de Limburgse concessie.[168] Ook wil dat niet zeggen dat het aanbod van NS daarom niet tot nadeel voor Veolia heeft kunnen leiden. De ACM heeft geconstateerd dat het aanbod van NS voor noodknopvoorzieningen niet-bindend was en dat er voor de verzochte reisinformatie op stations een aanbod zelfs is uitgebleven. Dit heeft kunnen leiden tot nadeel voor Veolia dat zij heeft moeten in prijzen in haar bieding.

211. Hetzelfde geldt voor het argument van NS dat het verzoek van Veolia met betrekking tot de perronvalidators,[169] noodknopvoorzieningen[170] en de gezamenlijke exploitatie van servicepunten,[171] niet concreet genoeg was en niet nader gespecificeerd werd. NS stelt dat om die reden de ACM niet kan concluderen dat Veolia wat deze voorzieningen betreft benadeeld werd bij haar bieding. Voorop staat dat de ACM de door Veolia en Arriva gedane verzoeken voldoende gespecificeerd acht.[172] Het verzoek van NS om een nadere specificatie was niet nodig. Het uitblijven van een nadere specificatie kan dus niet tot de conclusie leiden dat Veolia wat deze voorzieningen betreft, niet werd benadeeld. Het aanbod van NS met betrekking tot de noodknopvoorzieningen was onduidelijk en niet-bindend. Het aanbod van

[166] Bezwaarschrift NS, rnr. 266.
[167] Bezwaarschrift NS, rnr. 277.
[168] Bron 57, p. 46 en 71. Veolia verwijst hiervoor naar artikel C.6.5 en artikel C.3 in het Programma van Eisen, zie bron 76, bijlage IV, p. 491, 494, 495.
[169] Bezwaarschrift NS, rnr. 271.
[170] Bezwaarschrift NS, rnr. 267.
[171] Bezwaarschrift NS, rnr. 263.
[172] Bron 76, bijlage VI en bron 88 (herziene niet-vertrouwelijke versie), p. 1 - 4.

NS met betrekking tot perronvalidators en de gezamenlijke exploitatie van servicepunten is zelfs geheel uitgebleven. Dit heeft onzekerheid en onduidelijkheid gecreëerd waar Veolia rekening mee moest houden bij het opstellen van haar bod en draagt daarom bij aan misbruik van haar economische machtspositie door NS.

212. Met betrekking tot het aanbod van dieseltreinen, stelt NS dat de ACM had moeten motiveren waarom NS verplicht zou zijn een tijdig, bindend en volledig aanbod voor dieseltreinen aan haar concurrenten te doen, terwijl hiertoe onder de Spoorwegwet geen verplichting bestaat.[173] De verplichting voor NS om zich zo te gedragen dat zij geen misbruik van haar economische machtspositie maakt, geldt onafhankelijk van verplichtingen die uit de Spoorwegwet volgen. De ACM beoordeelt of de gedragingen van NS, *in casu* het aanbod van NS op de toegangsverzoeken van haar concurrenten bij de Limburgse aanbesteding, nadeel opleveren voor de concurrenten van NS bij de voorbereiding van hun biedingen en om die reden bijdraagt aan misbruik door NS van haar economische machtspositie. Ook zonder toegangsverplichting op grond van de Spoorwegwet mag een andere spoorwegonderneming een verzoek aan NS doen, en als NS daarop ingaat terwijl zij met de verzoekende partij verwikkeld is in een aanbestedingsprocedure mag zij gegeven haar machtspositie deze gelegenheid niet benutten om het concurrenten moeilijker te maken om zo scherp mogelijk in te schrijven,

213. Het bezwaar van NS met betrekking tot het aanbod van dieseltreinen, geeft de ACM aanleiding om haar oordeel met betrekking tot de hoogte van de reserveringsfee bij te stellen.[174] NS heeft in bezwaar een document inzake een andere casus overgelegd waaruit kan worden opgemaakt dat de door NSFSC gevraagde reserveringsfee mogelijk niet disproportioneel hoog was.[175] Dit leidt echter niet tot een ander oordeel met betrekking tot de vaststelling in het bestreden besluit dat het aanbod van NS aan haar concurrenten met betrekking tot dieseltreinen bewust vertraagd, onvolledig en niet-bindend was.[176] Deze handelwijze van NS was ingegeven door een strategie om haar aanbod zoveel mogelijk te vertragen en geen helderheid en zekerheid te geven aan concurrenten.[177] Hoewel de gevraagde reserveringsfee mogelijk marktconform was, handhaaft de ACM haar conclusie dat de gedragingen van NS met betrekking tot dieseltreinen haar concurrenten heeft gehinderd en zo hebben bijgedragen aan misbruik van haar economische machtspositie.

4.2.3.4 Verschaffen van informatie over reizigersopbrengsten NS op de gedecentraliseerde spoorlijnen

214. Met betrekking tot het delen van informatie over reizigersopbrengsten uit het verleden ziet de

[173] Bezwaarschrift NS, rnr. 280.

[174] Bezwaarschrift NS, rnr. 285.

[175] Bezwaarschrift NS, bijlage 2, Vervolgonderzoek PwC, *Een analyse van de business case*, 20 september 2017, bijlagen met kopieën van *'purchase agreements'* en *'terms and conditions'*. De ACM is niet op de hoogte van de achtergronden van deze casus.

[176] Bestreden besluit rnrs. 758 - 784. Bron 99, p. 2 - 3 en bron 88, p. 63.

[177] Bron 69. Vgl. paragraaf 4.2.3.2 van dit besluit.

ACM aanleiding om haar oordeel over het discriminatoire karakter van de informatieverstrekking bij te stellen. De ACM volgt NS in haar standpunt dat NSR alle verzochte informatie heeft geleverd aan de provincie Limburg. Daartoe behoorde niet de TSM uitdraai. Hier komt bij dat NS in haar bezwaarschrift aangeeft dat de informatie uit de TSM uitdraai enkel ging over één bedrag aan [vertrouwelijk] per treinserie.[178] Naar aanleiding van vragen tijdens de hoorzitting, heeft NS daarnaast in een bijlage bij haar aanvullend bezwaarschrift aannemelijk gemaakt dat de door NS verstrekte informatie meer gedetailleerde informatie bevatte dan de informatie volgend uit de TSM uitdraai.[179] Wel bevatte de TSM informatie over [vertrouwelijk]. Deze informatie was echter niet uitgesplitst naar het deeltraject in Limburg, waardoor deze informatie voor de inschrijvende partijen niet bruikbaar was. De ACM concludeert in bezwaar dat het delen van de TSM uitdraai met Abellio, terwijl NS deze niet deelde met Veolia en Arriva, niet heeft bijgedragen aan en daarom geen onderdeel vormt van het misbruikelijke gedrag van NS.

215. In paragraaf 9.4.2 van het bestreden besluit concludeerde de ACM voorts dat de informatie over reizigersopbrengsten uit het verleden die NS op last van de Provincie leverde, en die via Nota's van Inlichtingen aan de concurrenten werd verstrekt, onduidelijk en (door het ontbreken van een accountantsverklaring) ongevalideerd was en te laat werd aangeleverd.

216. Met name Veolia beklaagt zich over de onvolledigheid en onzekerheid van de betreffende informatie.[180] Niet ten onrechte betoogt NS evenwel dat het aan de Provincie was om te zorgen voor een gelijk speelveld en dat NS aan de informatieverzoeken van de Provincie voldeed.

217. Wel stelt de ACM na heroverweging nog steeds vast, dat de laatste informatie onnodig laat werd verstrekt (op 8 oktober 2014), en op een moment dat Abellio zelf haar besluitvorming met betrekking tot het opbrengstenmodel al had doorlopen.[181] Zoals in het bestreden besluit is opgemerkt, kregen de concurrenten van NS pas via de vierde en de extra Nota van Inlichtingen van de Provincie de beschikking over deze informatie, dat wil zeggen vlak voor de oorspronkelijke sluiting van de inschrijvingstermijn op 10 oktober 2014. De Provincie zag zich (onder meer) daardoor genoodzaakt deze te verlengen tot 3 november 2014.

218. NS bevestigt in haar bezwaarschrift in feite deze gang van zaken.[182] Zij voert aan dat Arriva heeft verklaard dat zij de informatie nog tijdig heeft kunnen verwerken. Daarbij miskent NS echter dat ook Arriva heeft verklaard dat de informatie laat werd verstrekt en dat het enkel aan het door de Provincie verleende uitstel te danken is dat de concurrenten van NS er nog gebruik van konden maken.

[178] Bezwaarschrift NS, rnr. 301.

[179] Bijlage bij het aanvullend bezwaarschrift van 22 november 2017, antwoord op vraag 2.

[180] Bron 76, p. 5 - 6, bron 97, p. 2 en bron 241, p. 3 - 10.

[181] Bron 262, p. 7 - 9 en bijlagen 5 en 6.

[182] Bezwaarschrift NS, rnr. 298.

219. Informatie over reizigersopbrengsten uit het verleden is essentieel voor de business case, omdat dit het startpunt vormt voor de prognose van de reizigersopbrengsten voor de gehele concessieduur. De informatie over reizigersopbrengsten bepaalt hoe scherp een inschrijver kan bieden. Een inschrijver die weet dat hij van hogere reizigersopbrengsten dan de concurrenten kan uitgaan, kan de Provincie Limburg een hogere kwaliteit aanbieden die ook meer punten oplevert (bijvoorbeeld door meer ritten of een hoger comfort van de treinen) en heeft daardoor een hogere winkans. Onzekerheden over de te verwachten opbrengsten leveren risico's op die verdisconteerd moeten worden in de bieding (door bijvoorbeeld minder ritten en een lager comfort van de treinen).

220. Om deze reden concludeert de ACM ook na heroverweging dat het in een laat stadium aanleveren van reizigersinformatie uit het verleden de concurrenten van NS heeft gehinderd en zo heeft bijgedragen aan misbruik door NS van haar economische machtspositie.

4.3 Conclusie complex van gedragingen

221. Met betrekking tot de reserveringsfee in het aanbod van NSFSC voor dieseltreinen en het aanleveren van reizigersinformatie uit het verleden herziet de ACM in bezwaar haar oordeel. Deze gedragingen laat de ACM bij haar eindoordeel over het complex van gedragingen derhalve buiten beschouwing. Na heroverweging acht de ACM de eindconclusie met betrekking tot het complex van gedragingen in het bestreden besluit echter nog steeds voldoende onderbouwd.

222. Het gezamenlijke effect van deze gedragingen is dat NS zichzelf kon bevoordelen en Veolia en Arriva konden worden gehinderd bij het voorbereiden van hun inschrijving in concurrentie met NS. Voor een onderneming met een economische machtspositie zijn dergelijke gedragingen niet te kwalificeren als concurrentie op basis van verdienste ("*on the merits*"). Gesteld noch gebleken is dat hiervoor een objectieve rechtvaardiging bestaat.

223. Het complex van gedragingen geeft blijk van een strategie van NS om het haar concurrenten moeilijker te maken om de Limburgse concessie te winnen. Evenals het roofgedrag was het complex van gedragingen erop gericht te voorkomen dat een concurrent in Limburg succesvolle samenloop kon bewijzen. Uit paragraaf 2.2.2. blijkt dat de gedragingen van de NS in de bieding op de Limburgse concessie de reële potentie hadden om een uitsluitingseffect teweeg te brengen op de markt voor de exploitatie van de HRN-concessie.

224. De ACM handhaaft haar conclusie dat NS met een complex van gedragingen misbruik heeft gemaakt van haar economische machtspositie in de zin van artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU.

5 Boete

5.1 Bezwaren NS

225. Bij (gedeeltelijke) instandhouding van het bestreden besluit, verzoekt NS om heroverweging

van de boete op de volgende gronden (hier in volgorde van behandeling weergegeven). Allereerst zou volgens NS een symbolische boete op zijn plaats zijn door de volgens NS nieuwe benadering die de ACM in deze zaak neemt. Ten tweede zou de ACM onjuiste parameters en uitgangspunten hebben gehanteerd bij de bepaling van de betrokken omzet en de basisboete. Ten derde is de opgelegde boete volgens NS gebaseerd op een onjuiste weging van de boeteverhogende en -verlagende omstandigheden. Ten slotte verzoekt NS om een heroverweging van de algehele proportionaliteit van de boete.

226. Hoewel NS in dit stadium voor het eerst kan reageren op de opgelegde boete en de motivering daarvan, heeft zij in haar zienswijze in de sanctieprocedure over een eventuele sanctie al verschillende opmerkingen gemaakt die zij in bezwaar herhaalt. Voor de ACM zover hierop in het bestreden besluit al is ingegaan, zal zij daarnaar verwijzen.

5.2 Beoordeling ACM

5.2.1 Symbolische boete

227. NS stelt dat een symbolische boete eerder op zijn plaats zou zijn vanwege de nieuwe benadering die de ACM in deze zaak zou volgen. De ACM zou volgens NS moeten motiveren hoe het mogelijk is dat een nieuwe toepassing van het roofprijzenkader toch voorzienbaar was op grond van de rechtspraak of rechtspraktijk. De kwalificatie van de verschillende gedragingen als één complex en dat het complex één enkele inbreuk zou zijn, was volgens NS evenmin voorzienbaar.

228. In de specifieke context van een aanbesteding heeft de ACM nog niet eerder roofgedrag vastgesteld en bestraft. In het bestreden besluit is daarmee al rekening gehouden.[183] Dit is tot uitdrukking gebracht in het percentage waarmee de betrokken omzet (genomen over één jaar) is vermenigvuldigd om tot de basisboete te komen. Het bestreden besluit spreekt in dit verband over het *ex ante* opstellen van een *business case*. In heroverweging acht de ACM het 'nieuwe' van de toepassing van het misbruikverbod hiermee niet geheel juist gekarakteriseerd (zie paragraaf 3.2.2 hierboven). Dat neemt niet weg dat de ACM rekening houdt met een aantal factoren in de specifieke aanbestedingscontext, zoals de mate van onzekerheid die samenhangt met de lange termijn van de concessie en het ruime pakket aan diensten dat onder de concessie valt. Deze overwegingen geven evenwel geen aanleiding het percentage van 25 in bezwaar te herzien.

229. In aanvulling op hetgeen hierover in het bestreden besluit is opgemerkt, roept de ACM om te beginnen in herinnering, dat het begrip misbruik van artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU geen vastomlijnd begrip is en dat de voorbeelden die artikel 102 noemt geen limitatieve lijst vormen met gesloten categorieën.[184] Daarom hangt het niet van de achteraf door de ACM gekozen benaming - roofprijs of roofgedrag - af, of NS had kunnen en moeten voorzien dat het

[183] Bestreden besluit, rnr. 912 en paragraaf 11.5.4.

[184] Bestreden besluit, rnr. 84.

uitbrengen van een verlieslatend bod in de situatie van een aanbesteding misbruik van economische machtspositie vormt.

230. De toepassing van de norm die de ACM hanteert om te bepalen wanneer sprake is van een roofzuchtige bieding, namelijk een IRR die lager is dan de WACC, is niets anders dan de operationalisering van de *AKZO*-criteria in de onderhavige aanbestedingscontext. De norm is bovendien geheel in overeenstemming met de wijze waarop NS haar eigen investeringsplannen beoordeelt. De norm wordt door de Europese Commissie toegepast om te achterhalen of prijzen en voorwaarden in het geval van een vermoede *margin squeeze* of steunverlening door de overheid 'marktconform' zijn of niet. De achterliggende ratio in die gevallen is dus dezelfde als bij roofprijzen: als de dominante onderneming of de overheid die leningen en dergelijke verstrekt geen rekening houdt met de kapitaalseisen, kunnen de mededingingsverhoudingen op de markt worden verstoord.

231. Waar het op aankomt, is dat NS had kunnen en moeten begrijpen dat zij door het uitbrengen van een verlieslatende bieding, zichzelf als maatstaf nemend, ten minste even efficiënte concurrenten kon uitsluiten. Sterker nog, NS *beoogde* nu juist een dergelijke uitsluiting, in twee opzichten. In eerste instantie om te voorkomen dat concurrenten de Limburgse concessie ondanks de samenloop goed zouden kunnen uitvoeren. En uiteindelijk om verdere decentralisatie van het HRN te voorkomen die (toekomstige) concurrenten de gelegenheid zouden bieden mee te dingen naar nieuwe regionale concessies. De strategische rationale die NS intern nodig had om de vermijdbare verliezen te accepteren, vormt uit mededingingsoogpunt geen rechtvaardiging van het gedrag maar is integendeel zelf mededingingsbeperkend van aard. NS kan dus niet volhouden zich niet bewust te zijn geweest van de potentiële gevolgen van haar handelwijze, nog afgezien van de aanwijzingen in het dossier dat binnen NS mededingingsproblemen werden gesignaleerd.

232. Over deze gevallen, aangehaald in randnummers 956 en 957 van het bestreden besluit, merkt NS op dat de citaten door de ACM verkeerd zijn geïnterpreteerd. Het zou gaan om het signaleren van een risico op kruissubsidiëring. De uitleg van NS valt echter niet op te maken uit de bewoordingen die in de betreffende e-mails worden gebruikt. Daarnaast is het *in confesso* dat een verlies op de exploitatie van de Limburgse concessie zou moeten worden opgebracht door andere activiteiten van NS. Dit laatste is echter voor het oordeel of er sprake is van roofgedrag niet relevant. En omgekeerd: het is niet zo dat roofgedrag is toegestaan zolang er maar geen kruissubsidie plaatsvindt.

233. Ook de kwalificatie van verschillende gedragingen als één complex dat dan een enkele inbreuk vormt, acht NS onvoorzienbaar. Volgens NS kan er alleen sprake zijn van een enkele inbreuk indien de gedragingen die die inbreuk vormen individueel ook kwalificeren als misbruik. NS wijst hiervoor naar de conclusie van Advocaat-Generaal Wahl in de zaak *Intel*.

234. Zoals eerder opgemerkt, is het gebruik van de benaming 'complex van gedragingen' in het bestreden besluit geen toepassing van het leerstuk van de ene enkele voortdurende (complexe) overtreding zoals gebruikelijk in kartelzaken (zie paragraaf 4.2.1 hierboven). Er is

slechts mee aangegeven dat een samenstel van gedragingen tezamen misbruik van economische machtspositie opleveren. Dit is in overeenstemming met de beschikking van de Europese Commissie (uit 2011) in de zaak *Orange Polska*. Op de hogere voorziening in die zaak is nog niet beslist, maar het bewuste oordeel van de Europese Commissie is niet aangevochten. In het arrest inzake *Intel* heeft het HvJ EU zich over dit onderdeel van de conclusie van Advocaat-Generaal Wahl niet uitgesproken. De ACM ziet geen aanleiding om op de uitkomst van de verdere procedure in de *Intel*-zaak (die door het HvJ EU is terugverwezen) vooruit te lopen.

235. Dat de ACM in het bestreden besluit aanneemt dat de gedragingen uit het complex juist door hun gecombineerde werking de reële potentie hebben om tot uitsluiting te leiden, neemt niet weg dat de afzonderlijke gedragingen niet als mededinging op basis van verdienste kunnen worden gezien en dat zij elk wel een - zij het beperkte - bijdrage leveren aan het mededingingsbeperkend potentieel van het complex. Een en ander was naar het oordeel van de ACM voor NS voorzienbaar.

236. Na heroverweging ziet de ACM geen aanleiding de beide overtredingen met een symbolische boete af te doen.

5.2.2 Eén boete voor beide overtredingen

237. De ACM heeft bij het bestreden besluit, één boete opgelegd voor beide overtredingen. NS stelt dat de ACM voor elke overtreding had moeten motiveren welke factoren op welke wijze in overweging zijn genomen.[185]

238. Indien de ACM constateert dat een overtreder meerdere overtredingen heeft begaan, kan zij volgens de Boetebeleidsregels, in plaats van elke overtreding te beboeten, een bestuurlijke boete opleggen voor deze overtredingen gezamenlijk.[186] Deze regel zou haar betekenis verliezen als de ACM voor samenhangende overtredingen toch weer een afzonderlijke berekening van de boetehoogte zou moeten vaststellen. Dat de overtredingen samenhangen, lijdt geen twijfel. Beide overtredingen vonden plaats bij het in concurrentie strijden om de Limburgse concessie, beide waren op hetzelfde doel gericht en de gedragingen waren in hun werking complementair. De ACM mag om deze redenen ook alle boeteverhogende en -verlagende omstandigheden meewegen voor de overtredingen gezamenlijk.

5.2.3 Betrokken omzet

239. NS stelt dat indien de betrokken omzet al zou kunnen worden bepaald aan de hand van de verwachte omzet op basis van de *business case* van Abellio, deze gecorrigeerd dient te worden met de IRR waar volgens de ACM van uit moet worden gegaan.

240. De redenering van NS bevat een zekere logica: als de ACM van oordeel is, dat NS de

[185] Bezwaarschrift NS, rnr. 363.

[186] Artikel 2.1, eerste lid, van de Boetebeleidsregels ACM 2014.

verwachte opbrengsten in de *business case* onjuist heeft vastgesteld, lijkt het niet juist daarvan wel uit te gaan voor de beboeting. Echter, het is wel de waarde volgens de bieding die NS daadwerkelijk heeft uitgebracht en voor de uitvoering waarvan zij ten tijde van de inschrijving de verantwoordelijkheid heeft aanvaard. NS ziet daarenboven over het hoofd dat de ACM in het bestreden besluit voor het bepalen van de basisboete niet de opbrengst van de Limburgse concessie voor de volle vijftien jaar in aanmerking neemt, maar uitgaat van de gemiddelde opbrengst gedurende één jaar. Deze uitzonderlijk grote reductie, omwille van de proportionaliteit, brengt mee dat verdere correcties op de betrokken omzet uit anderen hoofde overbodig zijn.

5.2.4 Basisboete

241. Volgens NS heeft de ACM een te hoog percentage van de betrokken omzet genomen bij het bepalen van de basisboete. Bij de bepaling van de ernst van de overtreding gaat de ACM er volgens NS aan voorbij dat NS haar positie op het HRN niet kon beschermen en verdergaande decentralisatie van regionale lijnen na 2024 niet kon afwenden. Om deze reden kan volgens NS het door de ACM gestelde oogmerk van NS om de positie op het HRN te beschermen geen rol spelen bij de vertaling van de ernst van de overtreding in een percentage van de betrokken omzet als basisboete.

242. In paragraaf 2.2.2 beschrijft de ACM het effect van de gedragingen van NS op de positie van NS op het HRN. De ACM concludeert dat het gedrag van NS de reële potentie heeft om het moeilijker te maken voor concurrenten om mee te dingen naar (na 2024) te decentraliseren delen van het HRN, of dit zelfs onmogelijk te maken, doordat NS verdere decentralisatie tegenwerkt door in Limburg samenloop te voorkomen. De ACM verklaart het bezwaar van NS op dit punt dan ook ongegrond.

5.2.5 Boeteverhogende omstandigheden

243. NS stelt dat de ACM had moeten motiveren op welke wijze de ACM de boeteverhogende omstandigheden heeft afgewogen tegen de boeteverlagende omstandigheid van het zelfonderzoek. De boeteverhoging die de ACM zonder het zelfonderzoek zou hebben toegepast zou hoger zijn geweest dan 5 %. Een dergelijke verhoging zou volgens NS hoe dan ook disproportioneel zijn.

244. In paragraaf 11.4.6. van het bestreden besluit beschrijft de ACM de manier waarop NS het onderzoek heeft belemmerd. De ACM concludeert dat het zelfonderzoek waarop NS wijst tot op zekere hoogte opweegt tegen de weigerachtige houding van NS bij het verschaffen van informatie, maar dat deze de belemmering van het onderzoek niet geheel goedmaakt.

245. De ACM meent dat de belemmering van het onderzoek door NS voldoende is vastgesteld en dat de ACM in randnummers 926 - 928 van het bestreden besluit voldoende heeft gemotiveerd dat het zelfonderzoek deze belemmering niet goedmaakt. De ACM overziet hierbij de opstelling van NS gedurende het gehele onderzoek. De ACM is niet gehouden voor

alle contactmomenten een positieve dan wel negatieve waardering vast te stellen, te kwantificeren, en hiervan een optelsom te maken. Het gehele beeld rechtvaardigt de verhoging met 5 %.

246. Het standpunt van NS dat een verhoging van meer dan 5 % voor belemmering van het onderzoek hoe dan ook disproportioneel zou zijn geweest volgt de ACM niet. Naast de argumenten die op mee- en tegenwerking bij het onderzoek naar de overtredingen betrekking hebben, waarvoor de bovenstaande overweging geldt, noemt NS in dit verband ook de invoering van een *compliance* programma, dat de ACM in de volgende paragraaf inzake boeteverlagende omstandigheden beoordeelt. Verder verwijst NS naar eerdere boetes die de ACM heeft opgelegd voor procedurele inbreuken, echter zonder de zaken te vermelden die ze op het oog heeft.

5.2.6 Boeteverlagende omstandigheden

247. NS verzoekt de ACM om rekening te houden met de door NS geïntroduceerde *compliance* maatregelen, de strategiewijziging van NS, de zelfonderzoeken en de regeling die NS met de klager (Veolia) heeft bereikt. Volgens NS had de ACM moeten onderzoeken of de combinatie van de strategiewijziging tezamen met het *compliance* programma en het zelfonderzoek verzachtende omstandigheden vormen die tot boeteverlaging kunnen leiden.

248. Ten aanzien van de strategiewijziging merkt de ACM in het bestreden besluit op dat deze slechts geldt voor een bepaalde periode en nog door NS herroepen kan worden.[187] Om deze redenen concludeert de ACM in het bestreden besluit dat de strategiewijziging een boete uit een oogpunt van speciale preventie niet overbodig maakt. Inmiddels is gebleken dat NS de strategiewijziging ook daadwerkelijk herroepen heeft. NS heeft aangekondigd opnieuw mee te gaan bieden op regionale spoorconcessies.[188] De strategiewijziging kan reeds daarom niet leiden tot boeteverlaging. De stelling van NS dat de strategiewijziging tezamen met het *compliance* programma en het zelfonderzoek beoordeeld moet worden, behoeft dan ook geen bespreking.

249. Ten aanzien van de regeling die NS met Veolia heeft bereikt merkt de ACM op dat geen gewicht kan worden toegekend aan een regeling die is getroffen naar aanleiding van een civielrechtelijke procedure. Bovendien is de regeling pas tot stand gekomen na het boetebesluit van de ACM. In dat geval kan namelijk niet meer worden gesproken over schadeloosstelling ‘uit eigen beweging’ als bedoeld in de Boetebeleidsregels ACM 2014.[189] Over de inhoud van de schikking heeft NS overigens geen informatie verschaft.

250. Wat het *compliance* programma betreft, is de ACM van oordeel dat een beroep daarop niet

[187] Bestreden besluit, rnr. 938.

[188] Interview met Roger van Boxtel, ‘*Marktwerking is bij de trein niet het antwoord*’, het Financieele Dagblad, 30 december 2017.

[189] Artikel 2.10 onder b van de Boetebeleidsregels ACM 2014.

kan slagen. NS verwijst naar zaken waarbij de ACM een *compliance* programma heeft geaccepteerd dat door de betrokken onderneming pas na het plegen van de inbreuk werd geïntroduceerd. Zoals NS zelf ook opmerkt in haar bezwaar, ging het in deze zaken om *compliance* programma's die als voorwaarde golden voor het afzien van een boetebesluit of het nemen van een toezeggingsbesluit. In die zaken zag de ACM gezien de specifieke omstandigheden van het geval de mogelijkheid dat afdoening anders dan door de oplegging van een boete ertoe kon leiden dat de betrokken onderneming zich voortaan aan de mededingingsregels zou houden.

251. In het onderhavige geval is de ACM van oordeel dat het concurrentieverstorende gedrag van NS niet onbestraft mag blijven. Bovendien dient de beboeting niet alleen speciale preventie, maar ook generale preventie. Wat de overige financiële schade en de (onvoldoende onderbouwde) publicitaire schade betreft, ziet de ACM geen aanleiding haar oordeel in het bestreden besluit te herzien. NS wijst in bezwaar opnieuw op de mogelijkheid van uitsluiting van NS of Abellio bij toekomstige aanbestedingen en het verwerven van vergunningen. Dit is een gevolg dat voor risico van NS komt en dat geen verzachtende omstandigheid vormt. Daarbij maakt NS de gepercipieerde risico's niet concreet.

252. In het kader van boeteverlaging bepleit NS ten slotte dat de ACM rekening zou moeten houden met het ontbreken van effecten op de markt en het ontbreken van profijt voor NS van de gedragingen in kwestie. Wat de effecten betreft, heeft de ACM de opvatting van NS dat de roofprijzen en het complex van gedragingen geen effect kúnnen hebben gehad op haar positie op het HRN al bij de vaststelling van de overtredingen onder ogen gezien en verworpen. Het gaat om potentiële effecten en die waren er wel degelijk. NS meende daarbij in haar eigen belang te handelen en verwachtte in zoverre wél profijt van haar handelwijze.

5.2.7 Proportionaliteit

253. NS meent dat de boete van ruim 40 miljoen euro uit een oogpunt van afschrikking en in het licht van alle omstandigheden van de zaak zijn doel voorbij schiet, en dat ACM met een minder ingrijpend instrument had kunnen volstaan. De omstandigheden die NS in dit verband noemt zijn echter in het bestreden besluit al meegewogen. Voor een goed begrip zet de ACM de relevante stappen in de boetetoemeting nog eens op een rij.

254. Ten eerste, bij de vaststelling van de betrokken omzet heeft de ACM als uitgangspunt genomen, de omzet die kan worden gerealiseerd op basis van het bod waartegen de Limburgse concessie aan NS is verleend. De ACM heeft namelijk voorzien dat, indien de omzet op het HRN in aanmerking genomen zou worden bij het bepalen van de betrokken omzet, dit tot een disproportioneel hoge boete zou leiden voor NS. De ACM brengt daarom het belang van het HRN als 'beschermde markt' enkel tot uitdrukking bij het waarderen van de ernst van de overtredingen.

255. Ten tweede, zoals vermeld in randnummer 240, neemt de ACM voor het bepalen van de betrokken omzet van NS de gemiddelde opbrengst van de Limburgse concessie van één jaar

in aanmerking. Daarbij neemt de ACM ook in aanmerking dat, nu Arriva de Limburgse concessie uitvoert, de daadwerkelijke negatieve gevolgen voor de mededinging op de langere termijn zijn uitgebleven.

256. Ten derde, dat de ACM voor de eerste maal roofgedrag heeft vastgesteld in de context van een aanbesteding, heeft zij verdisconteerd in de vermenigvuldigingsfactor.

257. Ten slotte, ook gezien in verhouding tot de totale omzet van NS is de opgelegde boete op een passende wijze toegemeten.

258. Hieruit blijkt dat de ACM bij de bepaling van de boete voldoende oog heeft gehad voor de bijzondere omstandigheden van deze zaak om zo tot een passende boete te kunnen komen. De ACM verwerpt de door NS tegen de boete ingebrachte bezwaren.

5.3 Conclusie betreffende de boete

259. Alle bovenvermelde omstandigheden overwegende, concludeert de ACM na heroverweging dat de hoogte van de opgelegde boete evenredig is. De ACM ziet daarom geen aanleiding tot nadere bijstelling en handhaaft de boete die zij in het bestreden besluit heeft opgelegd aan NS ten belope van 40.950.000 euro.

6 Besluit

De Autoriteit Consument en Markt:

I. verklaart het bezwaar van N.V. Nederlandse Spoorwegen, NS Groep N.V., Abellio Transport Holding B.V., Abellio Nederland B.V. en Abellio Limburg B.V. ongegrond en handhaaft, onder aanvulling van de motivering als hierboven aangegeven, haar besluit van 22 mei 2017 met zaaknummer 16.0691.31;

II. wijst het verzoek van N.V. Nederlandse Spoorwegen, NS Groep N.V., Abellio Transport Holding B.V., Abellio Nederland B.V. en Abellio Limburg B.V. om kostenvergoeding op grond van artikel 7:15 Algemene wet bestuursrecht af.

Dit besluit is gericht tot ieder van de bovengenoemde rechtspersonen afzonderlijk.

Den Haag, 29 maart 2018

De Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

w.g.

mr. C.A. Fonteijn
Bestuursvoorzitter

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de rechtbank Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Nadere informatie over de beroepsprocedure is te vinden op www.rechtspraak.nl.

Bijlage 1: definities

Abellio	Abellio Holding, Abellio Nederland en Abellio Limburg
Abellio Holding	Abellio Transport Holding B.V.
Abellio Limburg	Abellio Limburg B.V.
Abellio Nederland	Abellio Nederland B.V.
ACM	Autoriteit Consument en Markt
Arriva	Arriva Transport Holding B.V. en haar groepsmaatschappijen
Bestreden besluit	Het besluit van de ACM van 22 mei 2017 met zaaknummer 16.0691.31
CpC	*Corporate Control*, onderdeel van de financiële afdeling van NS Groep
ExCo	*Executive Committee* van NS Groep
GvEU	Gerecht van de Europese Unie, onderdeel van het Hof van Justitie van de Europese Unie (voorheen Gerecht van Eerste Aanleg)
HvJ EU	Hof van Justitie, onderdeel van het Hof van Justitie van de Europese Unie (voorheen Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen)
HRN	Hoofdrailnet, de Nederlandse spoorwegverbindingen die zijn opgenomen in het Besluit Hoofdrailnet (bron 1); dit betreft alle intercity-verbindingen en een aantal stoptreinverbindingen, met name in de Randstad
IenM	Infrastructuur en Milieu, tegenwoordig Infrastructuur en Waterstaat
Investeringsmanual	Investeringsmanual van NS van 1 juli 2014, aangevuld met de rendementseis vastgesteld in augustus 2014
IRR	*Internal rate of return*, het interne rendement van een investering
KiM	Kennisinstituut voor Mobiliteitsbeleid
KiM-rapport	Rapport van het KiM, september 2008, *Decentraal spoor centraal*, te downloaden op de volgende website: https://www.kimnet.nl/publicaties/rapporten/2008/10/22/decentraal-spoor-centraal-quickscan-van-de-marktontwikkelingen-in-het-personenvervoer-op-gedecentraliseerde-spoorlijnen

Limburgse concessie	De multimodale concessie voor het regionale openbaar vervoer in Limburg voor de periode december 2016 - december 2031
Mw	Mededingingswet
NCW	Netto contante waarde, de waarde van toekomstige kasstromen op het moment dat een bod wordt ingediend
NedTrain	NedTrain B.V.
NS	N.V. Nederlandse Spoorwegen en haar groepsmaatschappijen
NS Groep	NS Groep N.V.
NS Reizigers	NS Reizigers B.V.
NS Stations	NS Stations B.V.
NSFSC	NS Financial Services Company Limited
Qbuzz	Qbuzz B.V.
Richtsnoeren artikel 102	Mededeling van de Commissie - Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-verdrag (nu: artikel 102 VWEU) op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie (*PbEU* 2009, C 45/02)
RvB	Raad van Bestuur van N.V. Nederlandse Spoorwegen en NS Groep
RvC	Raad van Commissarissen van N.V. Nederlandse Spoorwegen
TAG-concessie	Concessie voor treinvervoer tussen Alphen aan den Rijn en Gouda voor de periode december 2016 - december 2031
Veolia	Veolia Transport Holding B.V. en haar groepsmaatschappijen
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
WACC	*Weighted average cost of capital*, de vermogenskostenvoet