



NS

Drs. E.M. Robbe RA
Directeur Financiën

Hoofdkantoor
Laan van Puntenburg 100
Postbus 2025
3500 HA Utrecht
Nederland
www.ns.nl

Postbus 2025, 3500 HA Utrecht
De heer mr. C.A. Fonteijn
Autoriteit Consument & Markt
Postbus 16326
2500 BH DEN HAAG



Datum 31 mei 2013
Ons kenmerk ER/TvV/2013/033
Onderwerp Concept Strategie

Telefoon 030 - 235 43 00
Telefax 030 - 235 71 30
E-mail engelhardt.robbe@ns.nl

Geachte heer Fonteijn, Beste Chris,

Op 11 april 2013 heeft ACM haar stakeholders geïnformeerd over de Concept Strategie van de nieuwe autoriteit. ACM nodigt haar stakeholders uit om input te leveren op de voorgenomen strategie. Ook NS heeft dit verzoek ontvangen. Graag maak ik bij deze van de geboden mogelijkheid gebruik.

Allereerst mijn felicitaties met de start per 1 april jl. van ACM. Ik vertrouw op de voortzetting van een directe en constructieve relatie tussen NS en ACM, zoals die voorheen ook bestond met de NMa. Ik zal mij daar ten volle voor inzetten. De voorgenomen strategie zal daar voorts zeker bij helpen. Met veel interesse heb ik ervan kennis genomen. Het is een welkom document, noodzakelijk ter verhoging van de transparantie rondom het voorgenomen beleid en de daarbij te maken keuzes.

In bijlage treft u een overzicht aan met onze observaties bij het stuk. Een drietal punten daaruit zou ik door middel van deze brief graag onder uw aandacht brengen.

- 1) De shift in toezichtsstijl,
- 2) De shift in de verdeling van interne handhavingsbevoegdheden, en
- 3) Het voornemen van ACM om zich nadrukkelijker te positioneren in het publieke debat.

De shift in toezichtsstijl

De nieuwe toezichtsstijl van ACM wordt gekenmerkt door een 'brede blik'. Zij onderzoekt niet alleen wat de mogelijke overtreding is, maar ook de aard van het daaraan ten grondslag liggende markt- of consumentenprobleem. Vervolgens kiest zij het instrument dat de meeste kans biedt op een structurele oplossing van het geïdentificeerde probleem. ACM bedient zich daarbij van proactieve (richtinggevende) en repressieve middelen.

NS prijst de pragmatische opstelling van ACM. Waar repressie kan worden voorkomen, is dat zonder meer te prefereren. Vanzelfsprekend bestaat daarbij een risico op rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid, wanneer de wijze van optreden van ACM niet

louter afhangt van het gedrag van de onderneming, maar mede afhankelijk wordt gesteld van de marktstructuur en de kracht van de consument op een zekere markt. Een consistent en redelijk voorzienbaar beleid is dan ook van wezenlijk belang, zowel voor het bedrijfsleven in het algemeen als voor ondernemingen op gereguleerde markten in het bijzonder.

De shift in de verdeling van interne handhavingsbevoegdheden

Het toezicht op misbruik van machtsposities door ondernemingen in gereguleerde sectoren wordt weggehaald bij de Directie Mededinging en ondergebracht bij de respectieve reguleringsdirecties (voor NS de Directie Telecom, Vervoer & Post).

NS vraagt zich af waarom misbruikzaken (artikel 24 Mw/102 VWEU) voortaan worden ondergebracht bij de respectieve reguleringsdirecties. Dit geldt namelijk niet voor zaken betreffende mededingingsbepenkende afspraken (artikel 6 Mw/101 VWEU). Het geldt evenmin voor misbruikzaken in niet-gereguleerde sectoren. Het lijkt derhalve geforceerd en potentieel risicovol om dit te scheiden. Zonder nadere toelichting wekt het de indruk dat ACM zou kunnen preluderen op meer ingrijpende regulering van dominante of deels dominante partijen op gereguleerde markten. NS zou de gedachten van ACM hieromtrent graag beter willen begrijpen.

Een grotere rol in het publieke debat

ACM wil in het publieke debat meer prominent op de voorgrond treden. Zij geeft aan – gevraagd en ongevraagd – haar mening te zullen geven over marktontwikkelingen in specifieke sectoren. Als voorbeeld noemt zij de vermeende tekortkomingen van het reguleringsregime in de spoor- en luchtvaartsector.

Naar de mening van NS begeeft ACM zich hier op glad ijs. ACM is een toezichthouder. Vanuit die rol heeft zij een uitvoerende en géén regelgevende noch beleidsvormende taak. In de afwezigheid van enige overtreding zou ACM zich bijzonder terughoudend dienen op te stellen. Een voorbeeld ter illustratie: aan het eind van haar onderzoek naar Meten in de Trein (MidT) concludeert de NMa dat van een overtreding door NS geen sprake is. Niettemin kiest ACM ervoor een “rapportage” te publiceren met kritische kanttekeningen en beleidsadviezen. Een specifieke wettelijke basis daarvoor ontbreekt. De reputatieschade en maatschappelijke kosten van de rapportage zijn voor de onder toezicht gestelde onderneming niet gering. NS vraagt ACM zich dat te realiseren en er verantwoordelijkheid voor te nemen.

Van belang in deze is het advies van de Raad van State van mei 2013 over de Stroomlijningswet. Die stelt dat het uitgangspunt van openbaarmaking van boetes eraan voorbij gaat dat *naming and shaming* een straf op zich is. De toezichthouder moet de belangen van de onderneming meewegen in het besluit om al dan niet tot de publicatie van een boete over te gaan. Het moge duidelijk zijn dat dit uitgangspunt *a fortiori* geldt wanneer van een overtreding in het geheel geen sprake is.



Ons kenmerk ER/TvV/2013/033

Pagina 3/3

Ik hoop dat u de overwegingen van NS ter harte zult nemen. Desgewenst ben ik graag bereid er op korte termijn nader met u over van gedachten te wisselen. Mocht daar behoefte aan zijn, dan verneem ik dat graag.

Engelhardt Robbe
Directeur Financiën

Diepte-analyse Concept Strategie ACM d.d. 31 mei 2013

- *Pagina 2, vierde alinea en Pagina 5, eerste alinea:*
ACM formuleert haar doelstelling als volgt: het optimaal laten werken van markten, in het belang van de consument. Anders gezegd: de bescherming van *de consument* – en dus *niet de concurrent* – staat centraal in het beleid van ACM.
- *Reactie:*
De mededingingsregels hebben tot doel *de consument* een zo goed mogelijk product tegen een zo aantrekkelijk mogelijke prijs te bieden. De strategie van ACM is daarmee in lijn. NS wenst te benadrukken dat de bescherming van *concurrenten* geen op zichzelf staand doel is van het mededingingsrecht. Hoewel ACM zich dit lijkt te realiseren, was dit in het verleden in haar beleid niet altijd volstrekt duidelijk. NS wijst in dat verband op de (naar haar mening) onevenredig grote rol van de regionale vervoerders in het marktonderzoek in zaak 7436 (NS Reizigers – Reisinformatie ProRail).

Ook de door Europa gepropageerde steeds verdere liberalisering van de spoorwegmarkt moet in deze sleutel worden gezien. Ervaringen in het VK tonen aan dat meer concurrentie niet per definitie een betere kwaliteit en een lagere prijs inhoudt voor de consument.

-
- *Pagina 2, laatste alinea:*
ACM geeft aan dat zij de concurrentie bevordert en markten reguleert zodanig dat de uitkomsten voor consumenten optimaal zijn.
 - *Reactie:*
NS merkt op dat ACM geen wetgevende functie uitoefent. Die indruk wekt zij wel door te stellen dat zij "markten reguleert". Dat is echter de taak van de wetgever. ACM voert diens wetten uit. NS vermoedt dat sprake is van een verschrijving maar wenst niettemin te benadrukken dat ACM geen wetgevende bevoegdheden zijn toegekend. Het beginsel van de scheiding der machten dient te worden gerespecteerd.

Wel voert ACM als onderdeel van haar taak op verzoek van het Ministerie van IenM met regelmaat uitvoerings- en handhavingstoetsen uit op nieuwe wet- en regelgeving, bijvoorbeeld ten aanzien van het de 3^e en 4^e Spoorwegpakket en de Recast. Het is belangrijk dat ACM deze openbaar maakt, of in ieder geval deelt met de onder toezicht gestelden.

-
- *Pagina 3, laatste alinea:*
ACM realiseert zich het belang van een open organisatie en duidelijke en tijdige communicatie over haar speerpunten en activiteiten. Om die reden brengt zij een tweejaarlijkse ACM Agenda uit.
 - *Reactie:*
NS onderschrijft het belang van openheid en communicatie. Zij is van mening dat het uitbrengen van een Agenda daarbij kan helpen. Graag verneemt zij van ACM wanneer de eerste Agenda zal worden gepresenteerd.

Voorts doet zij ACM de suggestie, ter bevordering van de 'openheid' van de organisatie, een gedetailleerd organigram op de website te plaatsen. Het overzicht dat op pagina 16 van de Concept Strategie is bijgevoegd, volstaat niet. NS heeft op regelmatige basis contact met de Directie Mededinging en de Directie Telecom, Vervoer & Post. Voorheen werd op nma.nl de

nadere inrichting van deze onderdelen gedetailleerd toegelicht. Dat is nu helaas niet meer het geval, en dat terwijl telefoonnummers zijn gewijzigd, managers van positie zijn gewisseld en bepaalde afdelingen zijn heringericht of opgeheven. Stakeholders zijn hierover niet geïnformeerd. Dat levert veel verwarring op. NS verzoekt derhalve om een uitsplitsing van de diverse directies, waarbij verantwoordelijk managers worden vermeld en de contactgegevens (van in ieder geval het secretariaat) worden weergegeven.

-
- *Pagina 4, eerste alinea:*
ACM vermeldt dat op regelmatige basis overleg plaatsvindt met de Ministeries van EZ en IenM teneinde een goede uitoefening van taken te bevorderen.
 - *Reactie:*
Onafhankelijkheid vormt een van de kernwaarden van ACM, zo wordt uiteengezet in para. 4 van de Concept Strategie. Uiteraard sluit dat een constructieve dialoog met de diverse Ministeries niet uit. Over de wijze waarop de onafhankelijkheid vis-à-vis de Ministeries wordt gewaarborgd, is in de Concept Strategie evenwel niets terug te vinden. In het kader van de eerder genoemde 'openheid' stelt NS voor hier in ieder geval kort op in te gaan. Zij gaat ervan uit dat maatregelen zijn getroffen om (onbewuste) beïnvloeding te voorkomen. Eventuele zorgen die hieromtrent bij stakeholders bestaan, kunnen eenvoudig worden weggenomen door hier in het kader van de Concept Strategie aandacht aan te besteden.

-
- *Pagina 6, tweede en derde alinea:*
ACM overweegt dat gevestigde partijen die beschikken over niet of zeer moeilijk repliceerbare infrastructuur worden gereguleerd. Een van de voorbeelden die door ACM wordt genoemd, zijn de spoorwegen, waarvan het beheer aan ProRail is toevertrouwd. ACM geeft vervolgens aan dat een te lage exploitatievergoeding de bereidheid van de beheerder van de infrastructuur om te innoveren aantast. Dat mag niet gebeuren. Aanbieders moeten juist worden geprikkeld om in hun infrastructuren te blijven investeren.
 - *Reactie:*
NS merkt op dat deze ongewenste prikkel in het geval van ProRail slechts beperkt aanwezig is, daar bij wet is vastgelegd dat de door de vervoerbedrijven te betalen exploitatievergoeding louter de marginale kosten zal dekken. ProRail wordt voor het leeuwendeel dus niet door de sector gefinancierd, maar middels een subsidie van staatswege.

Voor het overige is NS het eens met het algemene uitgangspunt van ACM dat een te grote druk op de hoogte van de vergoeding de beheerder van een infrastructuur ontmoedigt daarin te investeren en te innoveren. NS benadrukt dat dit risico breder aanwezig is dan door ACM geschetst. Het geldt niet enkel voor beheerders van een infrastructuur, maar in beginsel voor iedere partij waarvan de contractvrijheid als gevolg van een dominante positie is ingeperkt en die derhalve tot levering van een product of dienst kan zijn gehouden. De verstrekking van reisinformatie via presentatiemiddelen op stations, die thans geschiedt door NS, is hiervan een goed voorbeeld.

-
- *Pagina 7, derde alinea:*
ACM zet in op de vraagkant van de markt: *consumer empowerment*. Bij de vraag of, naast informatievoorziening aan de consument, aanvullende maatregelen nodig zijn, onderzoekt ACM of zij zelf moet ingrijpen, dan wel dat dit aan de markt of private consumentenorganisaties kan worden overgelaten.

- *Reactie:*
NS wijst in dit verband op de wettelijke bevoegdheden van het LOCOV, de verplichte consultatie daarvan en de status van diens adviezen. Daarnaast wordt NS streng gedisciplineerd door Rover, de Maatschappij voor Beter OV en – *last but not least* – haar regionale concurrenten, die zonder uitzondering onderdeel uitmaken van internationale concerns met een marktmacht die de positie van NS doet verbleken.
-

- *Pagina 8, laatste alinea:*
ACM wijst op de taken en bevoegdheden waarover zij beschikt om te kunnen ingrijpen wanneer, vanwege de structuur van de markt of het gedrag van partijen, publieke belangen in het gedrang komen. Een van de voorbeelden die zij noemt is 'het uitoefenen van marktmacht'.

- *Reactie:*
NS roept in herinnering dat het hebben van een machtspositie *an sich* niet strafbaar is. Gebruik van die machtspositie evenmin. Misbruik uiteraard wel. NS verzoekt ACM haar bewoordingen hierop af te stemmen, teneinde te voorkomen dat zij de indruk wekt de grenzen van het (on)toelaatbare te willen verleggen.
-

- *Pagina 9, eerste alinea:*
In deze paragraaf benoemt ACM een tweetal publieke belangen die – onder omstandigheden – op gespannen voet kunnen staan met ongebreidelde concurrentie tussen ondernemingen louter op prijs. Genoemd worden duurzaamheid en innovatie.

- *Reactie:*
NS vraagt zich af of de gegeven opsomming limitatief is, of dat ACM de mogelijkheid openhoudt dat ook andere belangen onder omstandigheden een maatwerkoplossing kunnen rechtvaardigen.
-

- *Pagina 10, tweede alinea:*
De toezichtsstijl van ACM wordt gekenmerkt door een 'brede blik'. ACM onderzoekt niet alleen wat de mogelijke overtreding is, maar ook wat de aard van het markt- of consumentenprobleem is. Vervolgens kiest zij een instrument of combinatie van instrumenten met de grootste kans van slagen.

- *Reactie:*
NS prijst de pragmatische opstelling van ACM. Waar repressie kan worden voorkomen, is dat zonder meer te prefereren. Vanzelfsprekend bestaat daarbij een risico op rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid, wanneer de wijze van optreden van ACM niet louter afhangt van het gedrag van de onderneming, maar mede afhankelijk wordt gesteld van de marktstructuur en de kracht van de consument op een zekere markt. Een consistent en redelijk voorzienbaar beleid is dan ook van wezenlijk belang, zowel voor het bedrijfsleven in het algemeen als voor ondernemingen op gereguleerde markten in het bijzonder.
-

- *Pagina 12, tweede alinea:*
ACM neemt deel aan het publieke debat. Zij geeft een voorbeeld. In het recente verleden wees ACM op tekortkomingen van het reguleringsregime voor de spoor- en luchtvaartmarkt. De wijze waarop marktwerking gestalte kreeg in deze sectoren heeft nog niet tot de verwachte voordelen voor de consument geleid.
- *Reactie:*
Naar de mening van NS begeeft ACM zich hier op glad ijs. ACM is een toezichthouder. Vanuit die rol heeft zij een uitvoerende en géén regelgevende noch beleidsvormende taak. In de afwezigheid van enige overtreding zou ACM zich bijzonder terughoudend dienen op te stellen. Een voorbeeld ter illustratie: aan het eind van haar onderzoek naar Meten in de Trein (MidT) concludeert de NMa dat van een overtreding door NS geen sprake is. Niettemin kiest ACM ervoor een "rapportage" te publiceren met kritische kanttekeningen en beleidsadviezen. Een specifieke wettelijke basis daarvoor ontbreekt. De reputatieschade en maatschappelijke kosten van de rapportage zijn voor de onder toezicht gestelde onderneming niet gering. NS vraagt ACM zich dat te realiseren en er verantwoordelijkheid voor te nemen.

Van belang in dezen is het advies van de Raad van State van mei 2013 over de Stroomlijningswet. Die stelt dat het uitgangspunt van openbaarmaking van boetes eraan voorbij gaat dat *namng and shaming* een straf op zich is. De toezichthouder moet de belangen van de onderneming meewegen in het besluit om al dan niet tot de publicatie van een boete over te gaan. Het moge duidelijk zijn dat dit uitgangspunt *a fortiori* geldt wanneer van een overtreding in het geheel geen sprake is.

-
- *Pagina 13, vierde alinea:*
ACM beschrijft dat in de sectoren telecom, post en vervoer sprake is van markten waarop concurrentie *tussen of op* netwerken mogelijk is.
 - *Reactie:*
In de spoorsector is dat anders. Daar is sprake van concurrentie *om* de markt en bestaat slechts in zeer beperkte mate (op samenlooptrajecten) concurrentie *op* de markt.

-
- *Pagina 13, vierde alinea:*
De reguleringsdirecties voeren ook het toezicht uit op het misbruik van machtsposities in gereguleerde sectoren.
 - *Reactie:*
NS vraagt zich af waarom misbruikzaken (artikel 24 Mw/102 VWEU) voortaan worden ondergebracht bij de respectieve reguleringsdirecties. Dit geldt namelijk niet voor zaken betreffende mededingingsbeperkende afspraken (artikel 6 Mw/101 VWEU). Het geldt evenmin voor misbruikzaken in niet-gereguleerde sectoren. Het lijkt derhalve geforceerd en potentieel risicovol om dit te scheiden. Zonder nadere toelichting wekt het de indruk dat ACM zou kunnen preluderen op meer ingrijpende regulering van dominante of deels dominante partijen op gereguleerde markten. NS zou de gedachten van ACM hieromtrent graag beter willen begrijpen.
-

- *Pagina 14, vijfde alinea:*
ACM stelt een bedrijvenloket in om het bedrijfsleven één ingang te bieden voor het gehele werkterrein van ACM.
- *Reactie:*
NS is benieuwd naar de precieze taken/activiteiten van het loket en verneemt daarnaast graag per wanneer het die zal gaan verrichten.

