

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: ACM/DTVP/2017/204524
Zaaknummer: 16.1230.53
Datum 27 juli 2017

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt tot wijziging van het besluit van 6 maart 2017, met kenmerk ACM/DTVP/2017/201397.

1 Overwegingen

1. Bij besluit van 6 maart 2017 heeft de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) goedgekeurd de door NS Reizigers B.V. (hierna ook: NS Reizigers) aan haar voorgelegde voorwaarden voor toegang, bedoeld in artikel 67, eerste lid, onderdeel b, Spoorwegwet (hierna: Sw) en voor levering van diensten, bedoeld in artikel 67, eerste lid, onderdeel c, Sw en de vergoedingen, bedoeld in artikel 68, eerste lid, Sw, voor zover deze betrekking hebben op de aanbesteding van de concessie Drechtsteden, Alblasserwaard en Vijfheerenlanden.
2. Bij het besluit zijn aan de goedkeuring de volgende voorschriften verbonden:
 - “a) Indien de vergoeding voor een door NS Reizigers B.V. in het dienstenaanbod aangeboden dienstvoorziening of dienst verleend in deze dienstvoorziening voor de uitvoering van de spoorconcessie Drechtsteden, Alblasserwaard en Vijfheerenlanden gedurende een kalenderjaar met 5% of meer wijzigt ten opzichte van het kalenderjaar daarvoor dan doet NS Reizigers B.V. hiervan schriftelijk mededeling aan de ACM. De ACM kan op basis van deze mededeling besluiten dat de gewijzigde vergoeding ter goedkeuring aan de ACM moet worden voorgelegd;
 - b) Indien de vergoeding voor een door NS Reizigers B.V. in het dienstenaanbod aangeboden dienstvoorziening of dienst verleend in deze dienstvoorziening voor de uitvoering van de spoorconcessie Drechtsteden, Alblasserwaard en Vijfheerenlanden gedurende vijf opeenvolgende kalenderjaren in totaal met 10% of meer wijzigt dan doet NS Reizigers B.V. hiervan schriftelijk mededeling aan de ACM. De ACM kan op basis van deze mededeling besluiten dat de gewijzigde vergoeding ter goedkeuring aan de ACM moet worden voorgelegd;
 - c) Indien de vergoeding voor een door NS Reizigers B.V. in het dienstenaanbod aangeboden dienstvoorziening of dienst verleend in deze dienstvoorziening voor de uitvoering van de concessie Drechtsteden, Alblasserwaard en Vijfheerenlanden is

vastgesteld op een nultarief dan dient elke wijziging van deze vergoeding schriftelijk aan de ACM ter goedkeuring te worden voorgelegd;

- d) Indien NS Reizigers B.V. gedurende een kalenderjaar de kostentoekeningssystematiek voor een door haar aangeboden dienst voor uitvoering van de spoorconcessie Drechtsteden, Alblasserwaard en Vijfheerenlanden wijzigt ten opzichte van het kalenderjaar daarvoor dan doet NS Reizigers B.V. hiervan schriftelijk mededeling aan ACM. ACM kan op basis van deze mededeling besluiten dat de vergoedingen op grond van de gewijzigde kostentoekeningssystematiek ter goedkeuring aan ACM moet worden voorgelegd.”¹
3. Tegen dit besluit hebben N.V. Nederlandse Spoorwegen en NS Reizigers (hierna tezamen aangeduid als NS) bij brief van 13 april 2017, aangevuld bij brief van 26 juni 2017, beroep ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: het College). NS voert daarbij onder meer aan dat de ACM door voorschriften te verbinden aan de goedkeuringsbesluiten een onjuiste uitleg geeft aan haar bevoegdheden op grond van artikel 68c Sw. Uit de geschiedenis van totstandkoming van artikel 68c Sw zou volgens NS blijken dat daarmee nadrukkelijk niet beoogd is om tot voortdurend toezicht op de voorwaarden en vergoedingen voor diensten en dienstvoorzieningen te komen in de gebruikelijke zin van het begrip ex ante toezicht. Tegen de achtergrond van de concrete aanleiding voor het toezicht op grond van artikel 68c Sw - de gebeurtenissen bij de aanbesteding van de concessie Limburg en de toenemende publiciteit daarover - is de enige gereede uitleg van artikel 68c Sw, volgens NS, dat deze bepaling gericht is op het garanderen van een gelijk speelveld bij aanbestedingen. Dit zou inhouden dat de toetsing onder artikel 68c Sw zich beperkt tot de op dat moment vigerende voorwaarden en vergoedingen binnen het betreffende concessiegebied. Voor het toezicht op de ontwikkeling van de voorwaarden en tarieven na de aanbesteding geldt onverkort het reguliere toezicht van artikel 68 Sw, aldus NS. NS concludeert dat de bestreden voorschriften moeten worden vernietigd.
4. Naar aanleiding van deze beroepsgrond overweegt de ACM als volgt.

2 Beoordeling

5. Uit de tekst van artikel 68c, eerste lid, Sw, gelezen in samenhang met artikel 68b, eerste lid, Sw volgt dat een exploitant van een dienstvoorziening, in het kader van een aanbesteding als bedoeld in hoofdstuk III, paragraaf 4, van de Wet personenvervoer 2000 van een

¹ Zie de randnummers 74 en 75 van het besluit.

concessie voor openbaar vervoer per trein, de voorwaarden voor toegang, bedoeld in artikel 67, eerste lid, onderdeel b, Sw, of voor verlening van diensten, bedoeld in artikel 67, eerste lid, onderdeel c, Sw, of de vergoedingen, bedoeld in artikel 68, eerste lid, Sw, pas mag toepassen nadat deze voorwaarden of vergoedingen zijn goedgekeurd door de ACM.

6. De voorafgaande goedkeuring van de ACM ziet dus op de voorwaarden of vergoedingen die worden toegepast in het kader van een aanbesteding. Daarmee worden de goedkeuringsbevoegdheid van de ACM én de bevoegdheid van de ACM om aan die goedkeuring voorschriften te verbinden, begrensd door wat moet worden verstaan onder 'in het kader van een aanbesteding'.
7. Blijkens de geschiedenis van totstandkoming van de artikelen 68b en 68c Sw² beoogde de wetgever dat de goedkeuring plaatsvindt voor aanvang van de aanbestedingsprocedure op het spoor, dat wil zeggen vóór het begin van de inschrijvingstermijn, zodat vervoerders die inschrijven op een aanbesteding de goedgekeurde voorwaarden en tarieven kunnen betrekken bij hun aanbesteding. Dan zou het belang van een level playing field voor de inschrijvende partijen geborgd zijn.
8. Tegen deze achtergrond moet worden aangenomen dat de wetgever heeft beoogd dat de goedkeuringsbevoegdheid die bij artikel 68c Sw aan de ACM is toegekend, gericht is op de voorwaarden en vergoedingen zoals die vóór aanvang van de aanbestedingsprocedure van de betreffende concessie gelden binnen het concessiegebied. De ACM kan dus, anders dan uit de randnummers 71 en 72 van het besluit van 6 maart 2017 kan worden afgeleid, geen goedkeuring verlenen aan bepaalde wijzigingen van vergoedingen die zich voordoen na het begin van de inschrijvingstermijn op de aanbesteding en hieraan voorschriften verbinden.
9. Gelet hier op dient het besluit van 6 maart 2017 aldus te worden gewijzigd, dat de in randnummer 75, onder II, van dat besluit aan de goedkeuring verbonden voorschriften worden geschrapt.
10. Hiermee wordt naar het oordeel van de ACM geheel tegemoet gekomen aan het door NS tegen het besluit van 6 maart 2017 ingestelde beroep.
11. Gelet op het hiervoor overwogene wordt als volgt besloten.

² TK, 31 maart 2015, TK 69, p. 69-16-4 rk, 5 rk en 6 lk; en TK, 27 mei 2015, TK 88, p. 88-6-2 lk en 4 rk.

3 Besluit

12. De Autoriteit Consument en Markt wijzigt het besluit van 6 maart 2017, kenmerk ACM/DTVP/2017/201397, aldus dat de in randnummer 75, onder II, van dat besluit aan de goedkeuring verbonden voorschriften worden geschrapt.

De Autoriteit Consument en Markt,
Namens deze,

Mw. A.M. Schilperoort
Teammanager Telecom, Vervoer en Post

4/4

Dit besluit betreft de wijziging van het eerdere besluit van de ACM van 6 maart 2017, kenmerk ACM/DTVP/2017/201397, waartegen door NS beroep is ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb). Ingevolge artikel 6:19, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) heeft het reeds ingestelde beroep van rechtswege mede betrekking op een besluit tot wijziging van het bestreden besluit, tenzij partijen daarbij onvoldoende belang hebben. Op grond van artikel 6:19, derde lid, Awb zal de ACM het wijzigingsbesluit onverwijld ter beschikking stellen aan het CBb.