

Autoriteit Consument & Markt
Directie Telecom Vervoer en Post
Postbus 16326
2500 BH DEN HAAG

Mr J.F. van Nouhuys
advocaat
T: +31(0)10 - 24 00 447
F: +31(0)10 - 24 00 448
M: +31(0)6 - 537 81 421
E: frederik.vannouhuys@straatmankoster.nl

Tevens per e-mail: secretariaat.tvp@acm.nl

Rotterdam, 21 oktober 2015
Onze ref.: 02-148 (154531)
Uw ref.: zaaknummer 14.1216.64
Betreft: Reactie op conceptrapportage machtspositie NS

Geachte Heer, Mevrouw,

Naar aanleiding van de conceptrapportage van Europe Economics die Connexxion en Veolia op 22 september jl. van de ACM mochten ontvangen en in vervolg op de presentatie van dat conceptrapport die op dinsdag 6 oktober 2015 heeft plaatsgevonden, wensen Connexxion en Veolia nog het volgende op te merken ten behoeve van de afronding van het rapport tot een finale versie. Mochten de navolgende opmerkingen voor de ACM en/of Europe Economics overigens aanleiding zijn tot aanvullende vragen, dan zijn Connexxion en Veolia gaarne bereid die te beantwoorden.

In de eerste plaats wensen Connexxion en Veolia op te merken dat zij verheugd zijn over het feit dat in het rapport wordt geconcludeerd dat NS een machtspositie heeft. Op zich ervaren Connexxion en Veolia al jaren dat NS een dergelijke machtspositie heeft, doch tot op heden werden klachten daaromtrent niet serieus genomen. Integendeel, klachten worden regelmatig afgedaan als zou de positie van NS een onveranderlijk gegeven binnen de Nederlandse marktwerking zijn. Daarmee is het probleem op de markt niet opgelost, doch louter weggeredeneerd. Connexxion en Veolia hopen dat deze rapportage de ogen van betrokkenen opent en dat dit ertoe leidt dat (op korte termijn) serieus werk wordt gemaakt van het wegnemen van de kwalijke consequenties die de machtspositie van NS teweeg brengt op de Nederlandse (spoor)vervoermarkt.

In het verlengde van het eerste punt merken Connexxion en Veolia ten tweede op dat er tijdens de bijeenkomst op 6 oktober 2015 verwarring bestond over de vraag of de concessie van NS aangaande het Hoofdrailnet is aanbesteed. Het lijkt niet wenselijk dat hierover verwarring bestaat, niet in de laatste plaats omdat het gebrek aan marktwerking bij de

verlening van die concessie wat Connexxion en Veolia een belangrijke oorzaak is van de marktverstoring. Voor alle duidelijkheid: de HRN-concessie is niet op basis van een aanbestedingsprocedure gegund, laat staan dat er enige andere markttoets heeft plaatsgevonden van de concessievoorwaarden. Connexxion en Veolia verzoeken u dit feit expliciet in het rapport op te nemen.

Ten derde zou in het rapport moeten worden opgenomen dat de HRN-concessie geen voorschriften of modaliteiten bevat die waarborgen dat NS geen misbruik maakt van de machtspositie die zij heeft door verkrijging van die HRN-concessie. Er is voor gekozen de HRN-concessie 90% van het Nederlandse personenvervoer per spoor te laten omvatten. Los van het feit dat die omvang kleiner had gekund, is een dergelijke positie enkel aanvaardbaar als de concessiehouder enerzijds wordt verboden om mee te dingen naar ander spoorvervoer en anderzijds wordt verplicht álle in de context van de Nederlandse markt noodzakelijke middelen (waaronder ook medewerking, informatie en materieel kunnen worden verstaan) op non-discriminatoire voorwaarden tegen kenbare prijzen ter beschikking te stellen aan regionale spoorvervoerders. Dat ontbreekt en daardoor is de HRN-concessie geen afgescheiden "markt" die de resterende "echte markt" onberoerd laat.

Ten vierde ontbreekt in de concept-rapportage dat de machtspositie van NS mede het gevolg is van de ondoorzichtigheid van de financiële voorwaarden van de HRN-concessie. Voor regionale vervoerders geldt dat zij moeten concurreren om een concessie te verkrijgen. Dergelijke concessies zijn per saldo een verlieslatende activiteit, zodat er een concessiebijdrage wordt betaald vanuit de concessieverlener. Die concessiebijdrage is daarbij ófwel het aspect waarop wordt geconcurrereerd, ófwel een gegeven, zodat door inschrijvers voor het desbetreffende budget zoveel mogelijk vervoer moet worden aangeboden. In beide gevallen is de verhouding tussen de verplichtingen en de daartegenover staande vergoedingen getoetst in concurrentie.

Uniek aan de HRN-concessie is dat het op zichzelf geen verlieslatende activiteit is, maar een winstgevende. Dat leidt ertoe dat NS inkomsten afdraagt aan de concessieverlener in plaats van andersom. Die afdracht bedraagt thans circa EUR 80 miljoen per jaar. Hoe dat bedrag tot stand is gekomen is volstrekt onduidelijk. Het lijdt voor Connexxion en Veolia geen twijfel dat NS niet-marktconform wordt vergoed voor de HRN-concessie, c.q. de afdracht veel te laag is met als gevolg dat NS middelen over houdt om bijvoorbeeld op de regionale vervoersmarkt met hen de concurrentie aan te gaan.

Het overschot aan middelen draagt bij aan de machtspositie van NS en Connexxion en Veolia verzoeken u dat expliciet op te nemen in de rapportage. Daarmee zal de lezer ook kunnen begrijpen op welk front maatregelen moeten worden getroffen om de negatieve

effecten op de markt weg te nemen. Terzijde merken Connexxion en Veolia er in dit verband op dat er nog een beroep loopt tegen de huidige verlening van de HRN-concessie. Het concessiebesluit heeft derhalve nog geen formele rechtskracht gekregen, zodat het ook in juridische zin nog eenvoudig mogelijk is om – op aangeven van de onderhavige rapportage – verbeteringen in en aanvullingen op de huidige concessievoorwaarden door te voeren.

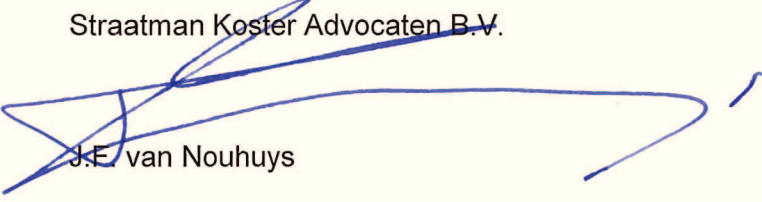
Ten vijfde zouden Connexxion en Veolia u willen verzoeken duidelijker te omschrijven op welke punten NS een machtspositie heeft. Juist omdat er concurrentie óm de markt plaatsvindt als het gaat om OV-concessies en toetreding tot de markt is beperkt tot specifieke momenten waarop tamelijk plotseling aan een serie voorwaarden moet worden voldaan, gaat het effect van de machtspositie van NS veel verder dan op het eerste gezicht wordt onderkend. Zo heeft NS (ook) een machtspositie als het gaat om materieel dat geschikt is voor het Nederlandse spoor. In theorie kan elke vervoerder zelf geschikt materieel aanschaffen of leasen. In praktijk echter zit er dermate weinig tijd tussen de aanbestedingsprocedures en de aanvang van de concessie, dat vervoerders afhankelijk zijn van de beschikbaarheid van tijdelijk materieel. NS is de enige die dat materieel ter beschikking heeft, en derhalve kan verhuren of via lease ter beschikking kan stellen. NS kan eenzijdig bepalen of, en zo ja, onder welke voorwaarden zij dat doet. Omdat NS vanuit de voorwaarden van de HRN concessie niet verplicht is materieel op non-discriminatoire wijze ter beschikking te stellen, is de houding van NS naar regionale vervoerders zeer bepalend voor de concurrentiekansen van regionale vervoerders bij aanbestedingen van regionale spoor- of multimodale concessies. Dat geldt eens te meer als NS zelf meedingt (via dochterondernemingen) naar de desbetreffende concessies.

Ook zouden Connexxion en Veolia in het rapport meer aandacht wensen te zien voor de machtspositie die NS heeft als het gaat om informatie. NS heeft volledige inzage in reisgedrag en omzetten. NS is ook de partij die vanuit de positie van het HRN de systemen bouwt op basis waarvan de opbrengsten tussen vervoerders worden verdeeld. Ook hier geldt weer dat er in de HRN-concessievoorwaarden geen bijzondere bepalingen zitten die borgen dat regionale vervoerders over dezelfde informatie beschikken. Die machtspositie is extra kwalijk als NS zelf meedingt naar concessies, omdat het voor NS weinig uitmaakt hoe omzet wordt verdeeld als zij zowel de HRN-concessie heeft, als de desbetreffende regionale concessie, terwijl dat voor regionale vervoerders allesbepalend is. Connexxion en Veolia achten het derhalve ook een uitvloeisel van (misbruik van) machtspositie als NS dit soort onduidelijkheden niet wegneemt en feitelijk het mededingingsproces laat beïnvloeden.

Connexxion en Veolia verzoeken de ACM ten slotte om snel met het rapport te komen. De constatering dát NS een machtspositie heeft én dat dit de eerlijke mededinging verstoort, is

in een aantal lopende dossiers van cruciaal belang. Connexion en Veolia zouden derhalve graag over de definitieve versie beschikken.

Met vriendelijke groet,
Straatman Koster Advocaten B.V.



J.E. van Nouhuys