

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: ACM/DTVP/2017/201626_OV
Zaaknummer: 17.0135.53
Datum: 10 maart 2017

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt als bedoeld in artikel 68c, vijfde lid, Spoorwegwet tot goedkeuring van de voorwaarden en de vergoedingen van diensten en dienstvoorzieningen van Arriva Personenvervoer Nederland B.V. voor de concessies regionaal spoorvervoer december 2020 - 2035 in de provincie Friesland en de provincie Groningen, inclusief de spoorverbinding naar Leer (Duitsland).

1. Verloop van de procedure

1. De Autoriteit Consument en Markt (hierna: de ACM) heeft op 24 januari 2017 een verzoek tot goedkeuring van de vergoedingen en voorwaarden voor het aanbod van diensten en dienstvoorzieningen (hierna: het dienstenaanbod) dat van toepassing is op de concessies regionaal spoorvervoer december 2020 - 2035 in de provincie Friesland en de provincie Groningen, inclusief de spoorverbinding naar Leer (hierna: de concessies Noord-Nederland) ontvangen van Arriva Personenvervoer Nederland B.V. (hierna: Arriva) in de zin van artikel 68c, tweede lid, Spoorwegwet (hierna: Sw).
2. Het verzoek tot goedkeuring van Arriva wordt in het vervolg van dit besluit aangeduid als de aanvraag.
3. In dit besluit beoordeelt de ACM of de vergoedingen en voorwaarden van het dienstenaanbod in overeenstemming zijn met het bepaalde bij of krachtens de artikelen 67, eerste of tweede lid, of 68, Sw.
4. Dit besluit is uitsluitend van toepassing op het dienstenaanbod voor concessies Noord-Nederland die aanbesteed worden in 2017 en die in beginsel lopen vanaf december 2020 tot en met december 2035.

2. Toepasselijke wet- en regelgeving

5. Voor de beoordeling van de voorliggende aanvragen zijn de artikelen 67, 68, 68b en 68c Sw en de artikelen 13 en 19 van het Besluit implementatie richtlijn 2012/34/EU tot instelling van één Europese spoorwegruimte (hierna: het Implementatiebesluit) relevant, alsmede artikel 3, onderdeel 17 en Bijlage II van Richtlijn 2012/34/EU.

2.1 Goedkeuringsbevoegdheid ACM

6. Artikel 68b Sw luidt:

“1. Deze paragraaf is uitsluitend van toepassing in geval van een aanbesteding als bedoeld in hoofdstuk III, paragraaf 4, van de Wet personenvervoer 2000 van een concessie voor openbaar vervoer per trein, indien:

- a. voor de uitvoering van die concessie sprake is van gebruik van dienstvoorzieningen of van diensten als bedoeld in bijlage II, punt 2, onderdelen a, f en i, van richtlijn 2012/34/EU, en*
- b. een dergelijke dienstvoorziening of dienst op één locatie uitsluitend bij één exploitant aanwezig is.*

2. Onder exploitant van een dienstvoorziening wordt in deze paragraaf verstaan een exploitant die verantwoordelijk is voor het beheer van een of meer dienstvoorzieningen of voor het verrichten van een of meer diensten als bedoeld in het eerste lid.”

7. Bijlage II van richtlijn 2012/34/EU luidt, voor zover van belang:

“Aan de spoorwegondernemingen te verlenen diensten

[...]

2. Er wordt toegang verleend, met inbegrip van toegang via het spoor, tot de hiernavolgende dienstvoorzieningen, indien deze bestaan, en tot de diensten verleend in die voorzieningen:

[...]

- i) tankinstallaties en levering van brandstof in deze voorzieningen, waarbij de heffingen voor het gebruik van de tankinstallaties op de factuur afzonderlijk van de heffingen voor de levering van brandstof tot uitdrukking komt.*

[...]”

8. Artikel 68c Sw luidt, voor zover hier van belang:

“1. Onverminderd het bepaalde bij of krachtens hoofdstuk 5, paragraaf 1, mag een exploitant van een dienstvoorziening in het kader van een aanbesteding als bedoeld in artikel 68b, eerste lid, de voorwaarden voor toegang, bedoeld in artikel 67, eerste lid, onderdeel b, of voor verlening van diensten, bedoeld in artikel 67, eerste lid, onderdeel c, of de vergoedingen, bedoeld in artikel 68, eerste lid, pas toepassen nadat deze voorwaarden of vergoedingen zijn goedgekeurd door de Autoriteit Consument en Markt.

2. De exploitant van een dienstvoorziening doet het verzoek tot goedkeuring ten minste zes weken voorafgaand aan de datum waarop een aanbesteding als bedoeld in artikel 61, eerste lid, van de Wet personenvervoer 2000 is gestart.

3. De Autoriteit Consument en Markt beoordeelt binnen zes weken na ontvangst van het verzoek of de voorwaarden of vergoedingen, bedoeld in het eerste lid, in overeenstemming zijn met het bepaalde bij of krachtens de artikelen 67, eerste of tweede lid, of 68. Indien gegevens die de Autoriteit Consument en Markt noodzakelijk acht voor een beoordeling ontbreken, wordt de exploitant van de dienstvoorziening hiervan binnen een week na

ontvangst van het verzoek op de hoogte gesteld. Deze exploitant wordt in de gelegenheid gesteld deze gegevens binnen een redelijke termijn alsnog aan te leveren in een door de Autoriteit Consument en Markt aan te geven vorm.

4. De Autoriteit Consument en Markt kan de termijn, bedoeld in het derde lid, eerste volzin, eenmaal met zes weken verlengen. Zij doet hiervan schriftelijk mededeling aan de exploitant van de dienstvoorziening die het verzoek heeft ingediend.

*5. Indien de Autoriteit Consument en Markt van oordeel is dat de voorwaarden of vergoedingen in overeenstemming zijn met het bepaalde bij of krachtens de artikelen 67, eerste of tweede lid, of 68, keurt zij de toepassing hiervan goed.
[...]"*

2.2 Non-discriminatoire voorwaarden

9. Artikel 67 Sw luidt, voor zover hier van belang:

"1. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur wordt geregeld in welke gevallen, onder welke voorwaarden en volgens welke procedures een spoorwegonderneming recht heeft op:

[...]

b. toegang tot bij of krachtens algemene maatregel van bestuur omschreven dienstvoorzieningen of een deel van dienstvoorzieningen;

c. verlening van bij of krachtens algemene maatregel van bestuur omschreven diensten in dienstvoorzieningen of diensten.

2. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur wordt geregeld in welke gevallen, onder welke voorwaarden en volgens welke procedures een exploitant van een dienstvoorziening verplicht is tot het verlenen van toegang als bedoeld in het eerste lid, onderdelen a en b, en tot het verlenen van diensten als bedoeld in het eerste lid, onderdeel c.

[...]"

10. De in artikel 67, eerste en tweede lid, Sw bedoelde algemene maatregel van bestuur is uitgewerkt in het Implementatiebesluit. Artikel 13 Implementatiebesluit luidt:

"Een exploitant van een dienstvoorziening verleent aan een spoorwegonderneming op een niet-discriminerende wijze toegang, inclusief toegang via het spoor, tot de dienstvoorzieningen, bedoeld in bijlage II, punt 2, van richtlijn 2012/34/EU, en de diensten die in deze voorzieningen worden geleverd."

2.3 Kostengeoriënteerde vergoedingen vermeerderd met een redelijke winst

11. Artikel 68 Sw luidt, voor zover hier van belang:

"1. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden regels gesteld over de voorwaarden en methoden voor berekening van vergoedingen die exploitanten van

dienstvoorzieningen aan spoorwegondernemingen in rekening brengen voor het verlenen van toegang tot spoorweginfrastructuur en dienstvoorzieningen als bedoeld in artikel 67, eerste lid, onderdelen a en b, alsmede voor het verlenen van diensten in dienstvoorzieningen of diensten als bedoeld in artikel 67, eerste lid, onderdeel c. [...]”

12. De in artikel 68, eerste lid, Sw bedoelde algemene maatregel van bestuur is uitgewerkt in het Implementatiebesluit. Artikel 19 Implementatiebesluit luidt:

“Een vergoeding bedraagt niet meer dan de kosten die nodig zijn om een dienst te verrichten, vermeerderd met een redelijke winst, indien deze dienst betrekking heeft op het verlenen van toegang via het spoor binnen een dienstvoorziening als bedoeld in bijlage II, punt 2, van richtlijn 2012/34/EU ten behoeve van het verlenen van een desbetreffende dienst in die voorziening of op het verlenen van een dienst als bedoeld in bijlage II, punt 3 of 4, van richtlijn 2012/34/EU die slechts door één exploitant van een dienstvoorziening wordt aangeboden.”

13. Ingevolge artikel 1 Implementatiebesluit wordt onder *redelijke winst* verstaan:

“redelijke winst als bedoeld in artikel 3, onderdeel 17, van richtlijn 2012/34/EU.”

14. Artikel 3, onderdeel 17, van richtlijn 2012/34/EU luidt:

“redelijke winst: een rendementsvergoeding op basis van eigen vermogen, waarbij rekening wordt gehouden met het risico, waaronder het risico aan inkomstenzijde of het ontbreken daarvan, waaraan de exploitant van dienstvoorziening is blootgesteld, en die in lijn ligt van de gemiddelde opbrengst voor de betrokken sector in de afgelopen jaren.”

3. Beoordelingskader

15. In het onderstaande beoordelingskader is uitgewerkt op welke wijze de ACM beoordeelt of de toegangsvoorwaarden uit de aanvraag voldoen aan de non-discriminatieverplichting¹ en de vergoedingen aan de verplichtingen met betrekking tot de kostenoriëntatie en redelijke winst.²

3.1 Beoordelingskader non-discriminatoire toegangsvoorwaarden

16. Het op non-discriminatoire wijze toegang verlenen betekent dat de exploitant van een dienstvoorziening geen toegangsvoorwaarden oplegt die een spoorwegonderneming

¹ Artikel 13 van het Besluit implementatie richtlijn 2012/34/EU tot instelling van één Europese spoorwegruimte.

² Artikel 19 van het Besluit implementatie richtlijn 2012/34/EU tot instelling van één Europese spoorwegruimte.

direct of indirect benadelen ten opzichte van andere spoorwegondernemingen.³

17. Wanneer in het vervolg van dit besluit gesproken wordt over toegangsvoorwaarden dan verstaat de ACM hieronder mede de vergoedingen voor het gebruik van de dienstvoorzieningen en de diensten verleend in deze dienstvoorzieningen zoals bedoeld in bijlage II, punt 2, onderdelen a, f en i van richtlijn 2012/34/EU.
18. De wetgever heeft voorts aangegeven dat voor de uitleg van het begrip discriminatie aansluiting gezocht kan worden bij de omschrijving in het artikel 102, onderdeel c, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Dit artikel verbiedt *“het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging.”*⁴
19. Op grond van het bovenstaande overweegt de ACM ten aanzien van het begrip non-discriminatie dat de exploitant van een dienstvoorziening met zijn toegangsvoorwaarden vergelijkbare gevallen gelijk moet behandelen. Dit betekent dat aan het aanbod aan de ene spoorwegonderneming geen andere toegangsvoorwaarden mogen worden verbonden dan aan het aanbod aan de andere spoorwegonderneming, tenzij sprake is een objectieve rechtvaardiging voor een eventuele differentiatie. Een eventuele differentiatie in toegangsvoorwaarden door een exploitant van een dienstvoorziening mag echter nooit tot doel en/of effect hebben de mededinging te belemmeren.
20. Specifiek ten aanzien van het proces van informatieverstrekking door een exploitant van een dienstvoorziening benadrukt de ACM dat spoorwegondernemingen gelijk behandeld dienen te worden met betrekking tot tijdige bekendmaking van (wijzigingen in) toegangsvoorwaarden, toegang tot informatiesystemen en alle voorwaarden (waaronder mede begrepen locaties waar de dienst beschikbaar is, dienstbeschrijving en order- en leveringsvoorwaarden). Onder gelijke behandeling met betrekking tot bekendmaking verstaat de ACM tijdige en gelijktijdige bekendmaking, evenals bekendmaking op gelijke wijze.
21. De ACM toetst in dit besluit of de toegangsvoorwaarden in het dienstenaanbod op voorhand discriminatoir zijn. De ACM is echter in het kader van de beoordeling in dit besluit niet in staat om ten aanzien van alle toegangsvoorwaarden te beoordelen of deze

³ Nota van toelichting bij het Besluit implementatie richtlijn 2012/34/EU tot instelling van één Europese spoorwegruimte, p. 16.

⁴ Nota van toelichting bij het Besluit implementatie richtlijn 2012/34/EU tot instelling van één Europese spoorwegruimte, p. 16.

bij toepassing in de praktijk een onevenredige uitwerking hebben op bepaalde spoorwegondernemingen. De beoordeling hiervan in individuele gevallen zal de ACM indien nodig op zich nemen in het kader van haar geschilbeslechtsbevoegdheid.

3.2 Beoordelingskader vergoedingen

22. De ACM toetst of de vergoedingen van het dienstenaanbod niet meer bedragen dan de kosten die nodig zijn om een dienst te verrichten, vermeerderd met een redelijke winst. De ACM overweegt daarbij dat het is toegestaan om een lagere vergoeding in rekening te brengen, een hogere vergoeding is niet toegestaan.
23. Uitgangspunt daarbij is dat in de aanvraag transparant is gemaakt op welke wijze de vergoedingen tot stand zijn gekomen.
24. Om te kunnen beoordelen of de vergoedingen kostengeoriënteerd zijn, toetst de ACM de onderliggende kostentoerekeningssystematiek. Een dergelijke systematiek is bedoeld om van kosten tot vergoedingen te komen. De ACM toetst de kostentoerekeningssystematiek aan de uitgangspunten integraliteit, causaliteit en marktconformiteit. Ook stelt de ACM als kwaliteitseis dat de systematiek transparant en consistent is en navolgbaar wordt toegepast. Deze uitgangspunten en kwaliteitseisen zijn gebaseerd op gangbare bedrijfseconomische principes en worden door de ACM tevens toegepast in andere gereguleerde sectoren.

4. Beoordeling Arriva

4.1 Bevoegdheid

25. Alvorens de aanvraag inhoudelijk te kunnen behandelen beoordeelt de ACM of zij bevoegd is tot beoordeling van de aanvraag.
26. Arriva is eigenaar van een treinwasinstallatie in Groningen. Deze treinwasinstallatie is een dienstvoorziening als bedoeld in bijlage II, punt 2, onderdeel f, van richtlijn 2012/34/EU. De ACM stelt vast dat Arriva tevens verantwoordelijk is voor het beheer van deze treinwasinstallatie. Voor uitvoering van de concessies Noord-Nederland is het gebruik van de treinwasinstallatie van Arriva aannemelijk. Ten slotte is Arriva voor deze dienstvoorzieningen enig exploitant op één locatie.

27. Gelet op het voorgaande is de ACM van oordeel dat Arriva exploitant is in de zin van artikel 68b jo. artikel 68c Sw. Daarmee is de ACM bevoegd om de aanvraag van Arriva te beoordelen.

4.2 Non-discriminatoire toegangsvoorwaarden

28. De ACM beoordeelt in deze paragraaf in hoeverre de door Arriva bij de aanvraag ingediende voorwaarden voor toegang non-discriminatoire zijn.

Overnameaanbod treinwasinstallatie

29. De ACM stelt op basis van de aanvraag van Arriva vast dat zij de huidige concessiehouder van de concessies in Noord-Nederland is. Voor de uitvoering van die concessies heeft Arriva in oktober 2008 een overeenkomst met NedTrain gesloten waarbij Arriva de treinwasinstallatie in Groningen heeft gekocht van NedTrain. Vervolgens heeft Arriva in december 2008 de treinwasinstallatie vervangen door een nieuwe treinwasinstallatie welke is gekocht voor het bedrag van € [vertrouwelijk].
30. Arriva heeft in haar aanvraag aangegeven dat zij het voornemen heeft om de treinwasinstallatie niet te blijven exploiteren in het geval de aan te besteden concessies in Noord-Nederland aan een ander dan Arriva worden gegund. Zij biedt daarom de treinwasinstallatie in Groningen ter overname aan tegen een bedrag van €255.000,--.
31. De ACM overweegt dat op een spoorwegonderneming die exploitant is van een dienstvoorziening als bedoeld in bijlage II, punt 2, van richtlijn 2012/34/EU geen verplichting rust om deze dienstvoorziening te blijven exploiteren. Het staat deze onderneming vrij de dienstvoorziening en bijbehorende exploitatie ter overname aan te bieden aan de aankomende concessiehouder. Dit laat onverlet dat de aankomende concessiehouder die deze dienstvoorziening overneemt vanaf het moment van overname exploitant is van deze dienstvoorziening in de zin van de Spoorwegwet.
32. De ACM beschouwt het overnameaanbod van Arriva van haar treinwasinstallatie in Groningen als bedoeld in randnummer 30 als een voorwaarde voor het verlenen van toegang tot die treinwasinstallatie. De ACM constateert dat Arriva de genoemde overnamesom van €255.000,-- hanteert voor iedere spoorwegonderneming die deze wil overnemen.
33. Ten overvloede overweegt de ACM dat deze voorwaarde non-discriminatoire geldt voor alle spoorwegondernemingen die willen inschrijven op de concessies in Noord-Nederland en die deze treinwasinstallatie in hun inschrijving voor deze concessies willen meenemen.

Locatie voor de treinwasinstallatie

34. Voorts stelt de ACM vast dat de locatie voor de treinwasinstallatie in eigendom is van ProRail en dat voor de treinwasinstallatie een opstalrecht is gevestigd op deze locatie ten behoeve van Arriva. Dit opstalrecht is niet overdraagbaar zonder schriftelijke toestemming van ProRail.
35. De ACM constateert dat de treinwasinstallatie gebouwd is op grond van ProRail en er ten behoeve van iedereen die exploitant wordt van de treinwasinstallatie een opstalrecht gevestigd dient te worden. Dit opstalrecht is reeds gevestigd ten behoeve van Arriva en laat onverlet dat deze voorwaarde voor iedere geïnteresseerde in de treinwasinstallatie geldt. Dat dit aanbod voor iedereen geldt volgt uit de netverklaring van ProRail.⁵
36. Daarnaast geeft Arriva in haar aanvraag aan als voorwaarde dat de treinwasinstallatie verplaatst zal worden naar een nieuwe locatie in samenspraak met de exploitant en ProRail. De ACM overweegt dat deze voorwaarde geldt voor iedere spoorwegonderneming die op het moment van de verplaatsing exploitant is van de treinwasinstallatie.

Conclusie non-discriminatoire toegangsvoorwaarden

37. De ACM constateert dat de door Arriva in de aanvraag opgenomen toegangsvoorwaarden voor alle spoorwegondernemingen gelijk zijn. Naar het oordeel van de ACM heeft Arriva in de aanvraag geen toegangsvoorwaarden opgenomen die op voorhand tot een verschillende behandeling leiden van spoorwegondernemingen.
38. Naar het oordeel van de ACM leveren de toegangsvoorwaarden uit de aanvraag dan ook op voorhand geen strijdigheid op met de non-discriminatieverplichting als bedoeld in artikel 67, eerste lid onder b en c, en het tweede lid, Sw jo. artikel 13 Implementatiebesluit.

4.3 Beoordeling vergoedingen

39. Aangezien in de aanvraag van Arriva sprake is van een overnameaanbod van de dienstvoorziening treinwasinstallatie als voorwaarde voor toegang tot deze treinwasinstallatie is er geen sprake van een aanbod voor het gebruik van de dienstverlening in de treinwasinstallatie. De ACM constateert dan ook dat in het aanbod geen vergoeding is opgenomen voor het gebruik van de dienstverlening in de treinwasinstallatie die de ACM in het kader van de aanbesteding van de concessies in

⁵ Zie paragraaf 5.1. van de Netverklaring 2018 - versie 1.1 d.d. 23 februari 2017.

Noord-Nederland dient goed te keuren.

5. Besluit

40. De Autoriteit Consument en Markt:

- I. keurt de door Arriva Personenvervoer Nederland B.V. voorgelegde voorwaarden voor toegang, bedoeld in artikel 67, eerste lid, onderdeel b, Sw en voor levering van diensten, bedoeld in artikel 67, eerste lid onderdeel c, Sw en de vergoedingen, bedoeld in artikel 68, eerste lid, van de Sw goed, voor zover deze betrekking hebben op de aanbesteding van de concessies regionaal spoorvervoer december 2020 - 2035 in de provincie Friesland en de provincie Groningen, inclusief de spoorverbinding naar Leer.

De Autoriteit Consument en Markt,
Namens deze,

w.g.

Mw. A.M. Schilperoort

Teammanager Telecom, Vervoer en Post

Beroep

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven te Den Haag. Het postadres is: College van Beroep voor het bedrijfsleven, Postbus 20021, 2500 EA 's-Gravenhage. Het beroepschrift moet zijn ondertekend en moet ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het beroep is gericht bevatten. Voorts moet het beroepschrift de gronden van het beroep bevatten en dient een afschrift van het bestreden besluit te worden meegezonden. Voor het instellen van beroep is griffierecht verschuldigd. Informatie hierover kan worden ingewonnen bij de griffie van het College, telefonisch bereikbaar op (070) 381 39 10 of (070) 381 39 30.