



Besluit

Besluit op aanvragen uitvoeren van een economisch evenwichtstoets op toekomstige hoofdrailnetconcessie naar aanleiding van opentoeegangsmeldingen

Ons kenmerk : ACM/UIT/603444
Zaaknummers : ACM/23/183568 en ACM/23/184741
Datum : 21 september 2023

1. Inleiding

1. Spoorwegondernemingen hebben het recht om zonder concessie passagiersdiensten op het spoor aan te bieden ('opentoeegangsdienst'), zo lang deze diensten niet het economisch evenwicht van een verleende concessie voor openbaar spoorvervoer in gevaar brengen.¹
Spoorwegondernemingen die een opentoeegangsdienst willen gaan aanbieden, moeten dit melden bij de ACM. Vervolgens kunnen betrokken concessieverleners en concessiehouders een aanvraag indienen bij de ACM om te onderzoeken of door deze nieuwe diensten het economisch evenwicht van een of meer concessies in gevaar komt. Blijkt uit deze economisch evenwichtstoets (hierna: EET) dat het economisch evenwicht in gevaar komt, dan mag de opentoeegangsdienst niet – of alleen in aangepaste vorm² – worden uitgevoerd.
2. De staatssecretaris van het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat (hierna: IenW) heeft spoorwegondernemingen opgeroepen om internationale opentoeegangsdiensten uiterlijk 14 juni 2023 bij de ACM te melden. In mei en juni 2023 heeft de ACM diverse meldingen ontvangen van spoorwegondernemingen die (zowel nationale als internationale) opentoeegangsdiensten willen aanbieden. De geplande startdatum van deze opentoeegangsdiensten vallen (met uitzondering van één melding) op of na 1 januari 2025. De opentoeegangsdiensten rijden op trajecten die tot 1 januari 2025 onderdeel zijn van de concessie voor het hoofdrailnet 2015-2025 (hierna: HRN-concessie 2015-2025). Deze concessie is door IenW verleend aan de N.V. Nederlandse Spoorwegen (hierna: NS). Ten tijde van de meldingen was de consultatie van de concept-ontwerpconcessie voor het hoofdrailnet voor de jaren 2025 tot en met 2033 (hierna: HRN-concessie 2025-2033) afgerond en was IenW bezig met het finaliseren van de ontwerp HRN-concessie 2025-2033. Op 14 augustus 2023 heeft IenW de ontwerp HRN-concessie 2025-2033 naar de Tweede Kamer gestuurd.

2. Verloop van de procedure

2.1. Meldingen opentoeegangsdiensten

3. Op 22 mei 2023 heeft de ACM een melding ontvangen van FlixTrain GmbH (hierna: Flixtrain) voor een nieuwe internationale passagiersdienst per spoor van twee treinen per richting per dag tussen Rotterdam en Oberhausen. De geplande startdatum van deze dienst is 15 december 2024, of

¹ Artikel 19a van de Wet personenvervoer 2000.

² Artikel 19b, vierde lid, van de Wet personenvervoer 2000.

zoveel eerder als redelijkerwijs mogelijk is, doch niet eerder dan 1 augustus 2024.³ De gemelde treindienst zal stoppen op Den Haag HS – Amsterdam Centraal – Utrecht Centraal – Arnhem Centraal. Op 23 mei 2023 heeft de ACM deze melding gepubliceerd op haar website.⁴ Op 25 mei 2023 heeft de ACM lenW⁵ en NS⁶ geïnformeerd over deze melding. Op 26 mei 2023 is deze melding gepubliceerd in de Staatscourant.⁷

4. Op 8 juni 2023 heeft de ACM een melding ontvangen van Arriva Personenvervoer Nederland B.V. (hierna: Arriva) voor een nieuwe internationale passagiersdienst per spoor tussen Groningen en Parijs.⁸ Het gaat om een dagelijkse trein van Groningen naar Parijs, van Parijs naar Amsterdam Zuid, van Amsterdam Zuid naar Parijs en van Parijs naar Groningen.⁹ Tussen Groningen en Parijs zal de treindienst stoppen op Zwolle – Almere – Amsterdam Zuid – Schiphol Airport – Rotterdam Centraal – Antwerpen Centraal – Brussel Zuid. De geplande startdatum van deze dienst is 1 juni 2026. Op 9 juni 2023 heeft de ACM deze melding gepubliceerd op haar website.¹⁰ Op 14 juni 2023 is deze melding gepubliceerd in de Staatscourant.¹¹ Op 15 juni 2023 heeft de ACM lenW¹² en NS¹³ geïnformeerd over deze melding.
5. Op 8 juni 2023 heeft de ACM drie meldingen ontvangen van Qbuzz B.V. (hierna: Qbuzz) voor drie nieuwe passagiersdiensten per spoor. De geplande startdatum van deze diensten is 1 januari 2027. Het betreft de volgende diensten:
 - a. Een nationale treindienst van 2 ritten per richting per uur tussen Amsterdam Centraal en Eindhoven.¹⁴ Deze treindienst zal stoppen op Amsterdam Amstel – Amsterdam Bijlmer Arena – Utrecht Centraal – 's-Hertogenbosch.
 - b. Een internationale treindienst van 7 ritten per richting per dag tussen Amsterdam en Berlijn met twee alternatieve routes.¹⁵ Op route 1 zal deze treindienst stoppen op Amersfoort – Deventer – Hengelo – Osnabrück – Hannover. Op route 2 zal deze treindienst stoppen op Utrecht – Arnhem – Essen – Dortmund – Hannover.
 - c. Een internationale treindienst van 7 ritten per richting per dag tussen Amsterdam Centraal en Paris-Gare du Nord.¹⁶ Deze treindienst zal stoppen op Schiphol Airport – Rotterdam Centraal – Antwerpen-Centraal – Brussel-Centraal.
6. Op 12 juni 2023 heeft de ACM deze meldingen gepubliceerd op haar website.¹⁷ Op 14 juni 2023 zijn deze meldingen gepubliceerd in de Staatscourant.¹⁸ Op 15 juni heeft de ACM het Ministerie van lenW¹⁹ en NS²⁰ geïnformeerd over de gemelde treindienst tussen Amsterdam en Parijs. Op 16 juni 2023 heeft de ACM lenW²¹ en NS²² geïnformeerd over de gemelde treindienst tussen

³ ACM/IN/776948.

⁴ Zie: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/melding-nieuwe-passagiersdienst-spoor-flixtrain-gmbh-oberhausen-rotterdam>

⁵ ACM/UIT/597771.

⁶ ACM/UIT/597772.

⁷ Staatscourant 2023, 15177, zie: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2023-15177.html>

⁸ ACM/IN/779695, met kleine aanpassing ACM/UIT/598619.

⁹ Het vertrek- en bestemmingsstation in Parijs is steeds Paris-Gare du Nord.

¹⁰ Zie: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/melding-nieuwe-passagiersdienst-spoor-door-arriva-groningen-parijs>

¹¹ Staatscourant 2023, 16895, zie: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2023-16895.html>

¹² ACM/UIT/598732.

¹³ ACM/UIT/598720.

¹⁴ ACM/IN/780342.

¹⁵ ACM/IN/780326.

¹⁶ ACM/IN/780332.

¹⁷ Zie: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/melding-nieuwe-passagiersdienst-spoor-door-qbuzz-amsterdam-eindhoven> (Amsterdam - Eindhoven), <https://www.acm.nl/nl/publicaties/melding-nieuwe-passagiersdienst-spoor-door-qbuzz-amsterdam-berlijn> (Amsterdam - Berlijn) en <https://www.acm.nl/nl/publicaties/melding-nieuwe-passagiersdienst-spoor-door-qbuzz-amsterdam-parijs> (Amsterdam - Parijs).

¹⁸ Staatscourant 2023, 17006, zie: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2023-17006.html>

¹⁹ Brief van de ACM van 15 juni 2023 (Amsterdam – Parijs), ACM/UIT/598912

²⁰ Brief van de ACM van 15 juni 2023 (Amsterdam – Parijs), ACM/UIT/598920.

²¹ Brief van de ACM van 16 juni 2023 (Amsterdam – Eindhoven), ACM/UIT/598927.

²² Brief van de ACM van 16 juni 2023 (Amsterdam – Eindhoven), ACM/UIT/598943.

Amsterdam en Eindhoven. Op 20 juni 2023 heeft de ACM lenW²³ en NS²⁴ geïnformeerd over de gemelde treindienst tussen Amsterdam en Berlijn.

7. Flixtrein, Arriva en Qbuzz zullen hierna tezamen worden aangeduid met “de melders”.

2.2. Aanvragen EET

8. Op 22 juni 2023 heeft de ACM ten aanzien van de door Flixtrein gemelde treindienst een aanvraag ontvangen van lenW tot een EET van de HRN-concessie 2025-2033.²⁵
9. Op 7 juli 2023 heeft de ACM ten aanzien van het binnenlandse deel van de melding van Arriva en de door Qbuzz gemelde treindienst Amsterdam – Eindhoven een aanvraag ontvangen van lenW tot een EET van de HRN-concessie 2025-2033.²⁶
10. Op 7 juli 2023 heeft NS een aanvraag ingediend ten aanzien van de door Arriva gemelde treindienst en de door Qbuzz gemelde treindiensten tot een EET van de HRN-concessie 2025-2033.²⁷ In deze aanvraag heeft NS de ACM tevens verzocht de door Flixtrein gemelde treindienst (Oberhausen - Rotterdam) en de in december 2022 door Arriva gemelde treindienst (Leeuwarden - Zwolle) mee te nemen in de cumulatieve toets. Op 17 juli 2023 heeft NS de aanvraag aangevuld met meer gedetailleerdere gegevens waaruit zou blijken dat het economisch evenwicht van de HRN-concessie 2025-2033 in gevaar komt.²⁸
11. NS en lenW zullen hierna tezamen in het besluit worden aangeduid als “de aanvragers”. De ACM behandelt in dit besluit de aanvragen van lenW van 22 juni 2023 (zaak ACM/23/183568) en van 7 juli 2023 en de aanvraag van NS op 7 juli 2023 (zaak ACM/23/184741) gezamenlijk.

2.3. Binnenlands medegebruik en gedeeltelijke intrekking aanvraag NS

12. Op 2 augustus 2023 heeft de ACM aan Arriva gevraagd of binnenlands medegebruik²⁹ is toegestaan op de door haar gemelde nieuwe internationale passagiersdienst tussen Groningen en Parijs.³⁰ Op 3 augustus 2023 heeft Arriva geantwoord dat binnenlands medegebruik is toegestaan op deze passagiersdienst.³¹
13. Op 2 augustus 2023 heeft de ACM aan Qbuzz gevraagd of binnenlands medegebruik is toegestaan op de door haar gemelde nieuwe internationale passagiersdiensten tussen Amsterdam en Berlijn en tussen Amsterdam en Parijs.³² Op 3 augustus 2023 heeft Qbuzz geantwoord dat binnenlands medegebruik niet is toegestaan op deze passagiersdiensten.³³
14. Op 3 augustus 2023 heeft de ACM NS geïnformeerd van het feit dat binnenlands medegebruik niet is toegestaan op de door Qbuzz gemelde internationale passagiersdiensten.³⁴
15. Op 11 augustus 2023 heeft NS de ACM geïnformeerd dat zij haar aanvraag voor een EET intrekt voor de door Qbuzz gemelde treindienst Amsterdam – Berlijn.³⁵ Op 14 augustus 2023 heeft de

²³ Brief van de ACM van 20 juni 2023 (Amsterdam – Berlijn), ACM/UIT/598945.

²⁴ Brief van de ACM van 20 juni 2023 (Amsterdam – Berlijn), ACM/UIT/598947.

²⁵ Brief van lenW van 22 juni 2023, ACM/IN/783154

²⁶ Brief van lenW van 7 juli 2023, ACM/IN/787855

²⁷ Brief van NS van 7 juli 2023, ACM/IN/787853

²⁸ E-mail van Qbuzz van 14 juli 2023, ACM/IN/789502

²⁹ Binnenlands medegebruik betekent dat passagiers met de gemelde dienst op trajecten binnen Nederland kunnen reizen.

³⁰ E-mail van de ACM van 2 augustus 2023, ACM/UIT/602598.

³¹ E-mail van Arriva van 3 augustus 2023, ACM/IN/794388.

³² E-mail van de ACM van 2 augustus 2023, ACM/UIT/602600.

³³ E-mail van Qbuzz van 3 augustus 2023, ACM/IN/794384.

³⁴ E-mail van de ACM van 3 augustus 2023, ACM/UIT/602605.

³⁵ E-mail van NS van 11 augustus 2023, ACM/IN/798386.

ACM Qbuzz geïnformeerd over deze intrekking en geconstateerd dat er geen aanvraag voor een EET (meer) is voor de door Qbuzz gemelde internationale treindienst tussen Amsterdam en Berlijn, wat betekent dat deze treindienst recht heeft op toegang.³⁶

2.4. Brief Europese Commissie, verzoeken om informatie en zienswijzen

16. Op 6 juli 2023 heeft de ACM vragen gesteld aan Flixtrain.³⁷ Op 11 juli 2023 heeft de ACM de reactie van Flixtrain op deze vragen ontvangen.³⁸
17. Op 6 juli 2023 heeft de ACM een brief ontvangen van de Europese Commissie (EC) waarin de EC een standpunt inneemt over de vraag hoe de ACM moet omgaan met aanvragen tot een EET vóór de ondertekening van een onderhands gegunde concessie.³⁹ De ACM heeft deze brief toegevoegd aan deze zaak.
18. Op 14 juli 2023 heeft de ACM van Qbuzz een zienswijze ontvangen op de aanvragen.⁴⁰ Op 31 juli 2023 heeft Flixtrain een reactie van ALLRAIL doorgestuurd naar de ACM over “de beslissing van de ACM om EETs uit te voeren”. In de begeleidende e-mail neemt Flixtrain ook een standpunt in over de bevoegdheid van aanvragers om een EET-aanvraag in te dienen bij de ACM.⁴¹
19. Op 7 augustus 2023 heeft de ACM aan Arriva, Qbuzz, NS en IenW vragen gesteld en verzocht om een zienswijze op de brief van de EC.⁴² Op 14 augustus 2023 heeft de ACM Flixtrain verzocht om een zienswijze op de brief van de EC.⁴³
20. Op 25 augustus 2023 hebben Qbuzz⁴⁴ en Arriva⁴⁵ gereageerd op de vragen van de ACM. Op 28 augustus 2023 heeft NS gereageerd op de vragen van de ACM.⁴⁶ De ACM heeft op 4 september een reactie ontvangen van IenW.⁴⁷ De ACM heeft geen zienswijze van Flixtrain ontvangen op de brief van de EC.

3. EET toekomstige HRN-concessie 2025-2033

21. De aanvragen van IenW en NS richten zich op het effect van de gemelde treindiensten op het economisch evenwicht van de toekomstige HRN-concessie 2025-2033. De ACM ziet zich eerst voor de vraag gesteld of het recht op toegang tot de spoorinfrastructuur kan worden beperkt door een toekomstige concessie en of de ACM een EET van de gemelde treindiensten kan uitvoeren op de toekomstige HRN-concessie.
22. De aanvragers enerzijds en de melders en de EC anderzijds verschillen van standpunt ten aanzien van de vraag of er sprake is van een openbaredienstcontract waarvan het recht op toegang kan worden beperkt op grond van artikel 11, eerste lid van de Herschikkingsrichtlijn⁴⁸. Tevens zijn er

³⁶ Brief van de ACM van 14 augustus 2023, ACM/UIT/602458.

³⁷ Brief van de ACM van 6 juli 2023, ACM/UIT/600252.

³⁸ E-mail van Flixtrain van 21 juli 2023, ACM/IN/790719.

³⁹ Brief van de Europese Commissie van 6 juli 2023, ACM/IN/793475.

⁴⁰ E-mail van Qbuzz van 14 juli 2023, ACM/IN/789140.

⁴¹ E-mail van Flixtrain van 31 juli 2023, ACM/IN/798801.

⁴² Brieven van de ACM van 7 augustus 2023, ACM/UIT/602256 (Arriva), ACM/UIT/602234 (Qbuzz), ACM/UIT/601480 (NS), ACM/UIT/601478 (IenW).

⁴³ Brief van de ACM van 14 augustus 2023, ACM/UIT/602458.

⁴⁴ Brief van Qbuzz van 25 augustus 2023, ACM/IN/798794.

⁴⁵ Brief van Arriva van 25 augustus 2023, ACM/IN/798802.

⁴⁶ Brief van NS van 28 augustus 2023, ACM/IN/800102.

⁴⁷ Brief van IenW van 4 september 2023, ACM/IN/800505.

⁴⁸ Richtlijn 2012/34/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 november 2012 tot instelling van één Europese spoorwegruiimte, later gewijzigd bij Richtlijn (EU) 2016/2370 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2016 tot wijziging van Richtlijn 2012/34/EU, met betrekking tot de openstelling van de markt voor het binnenlands passagiersvervoer per spoor en het beheer van de spoorweginfrastructuur.

verschillende standpunten over de uitleg van artikel 5, tweede lid van de Uitvoeringsverordening⁴⁹ die voorziet in een mogelijkheid om de ACM te verzoeken tot een EET op een toekomstige concessie.

23. De ACM zet hieronder de standpunten van de verschillende partijen uiteen en komt daarna tot een oordeel.

3.1. Zienswijze Europese Commissie

24. De EC merkt op dat de Nederlandse autoriteiten voornemens zijn om eind 2023 onderhands een nieuwe concessie te gunnen aan NS. Volgens de EC geldt dat zo lang de gunning van deze concessie niet definitief is, en de concessieovereenkomst niet is ondertekend, er geen sprake is van 'een openbaredienstcontract dat gesloten is voor dezelfde route of een alternatieve route' zoals is bedoeld in artikel 11, eerste lid, van de Herschikkingsrichtlijn. Voor deze conclusie is niet van belang of de omvang van de concessie of het financiële kader daarvan reeds is vastgesteld.
25. De EC wijst erop dat bescherming kan worden gegeven aan openbaredienstcontracten die in een proces van gunning verkeren. Die bescherming geldt echter alleen voor contracten waarvoor een competitieve aanbesteding gaande is. Dat blijkt volgens de EC uit de tekst van artikel 5, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening. De onderliggende aanname is, aldus de EC, dat het economisch evenwicht van een onderhands gegunde concessie waarover nog wordt onderhandeld altijd kan worden beschermd door de omvang daarvan aan te passen in het licht van de nieuw gemelde opentoevangdienst.
26. Volgens de EC is daarom ieder verzoek voor een EET dat is ingediend voordat de HRN-concessie 2025-2033 is ondertekend niet-ontvankelijk.

3.2. Zienswijze Flixtrain

27. Hoewel Flixtrain geen zienswijze heeft gegeven op de brief van de EC, is zij in haar e-mail van 31 juli 2023 ingegaan op de vraag of de ACM de aanvragen van IenW en NS in behandeling zou moeten nemen.⁵⁰ De ACM vat daarom hieronder de argumenten van Flixtrain over deze vraag samen.
28. Flixtrain wijst erop dat er diverse rechtszaken zijn gevoerd tegen de onderhandse gunning van de HRN-concessie aan NS. Tijdens deze rechtszaken heeft IenW betoogd dat er nog geen HRN-concessie is, maar uitsluitend een "voornemen", wat juridisch gezien een "politieke intentie" is. Vanwege deze status kon Flixtrain geen rechtsbescherming inroepen tegen de (voorgenomen) onderhandse gunning van de HRN-concessie. Volgens Flixtrain kan het daarom niet zo zijn dat er nu wel rechtsbescherming kan worden ingeroepen met een verzoek om een EET van de toekomstige HRN-concessie.
29. Volgens Flixtrain is het een juridisch feit dat er nog geen openbaredienstcontract in de zin van de Uitvoeringsverordening is op het hoofdrailnet na 31 december 2024. Dit betekent dat er ook geen concessiehouder is van het hoofdrailnet na deze datum en dat NS dus ook geen concessiehouder is. NS kan dus geen aanvraag tot een EET indienen bij de ACM. De Uitvoeringsverordening biedt volgens Flixtrain tevens geen ruimte om een opentoevangdienst te toetsen aan een concessie die nog niet bestaat.

⁴⁹ Uitvoeringsverordening (EU) 2018/1795 van de Commissie van 20 november 2018 tot vaststelling van de procedure en criteria voor de analyse van de impact op het economisch evenwicht overeenkomstig artikel 11 van Richtlijn 2012/34/EU van het Europees Parlement en de Raad.

⁵⁰ E-mail van Flixtrain van 31 juli 2023, ACM/IN/798801.

30. Tot slot stelt Flixtrain dat de herziene interpretatieve richtsnoeren bij de PSO-verordening⁵¹ nu onomwonden stellen dat bij concessies rekening moet worden gehouden met opentoevangsdiensten. Volgens Flixtrain ligt het primaat bij open toegang en moeten concessies zich hieraan aanpassen; niet andersom.

3.3. Zienswijze Qbuzz

31. Qbuzz onderschrijft de informele zienswijze van de EC volledig.⁵² Meer in het bijzonder is Qbuzz het eens met de stelling dat EET-aanvragen tot aan het moment van ondertekening van de toekomstige HRN-concessie niet-ontvankelijk zijn. Volgens Qbuzz is hiervoor redengevend dat er simpelweg nog geen sprake is van een openbaredienstcontract dat betrekking heeft op hetzelfde traject of een alternatief traject ten aanzien van de door Qbuzz gemelde treindienst.
32. Qbuzz meent dat artikel 5, tweede lid van de Uitvoeringsverordening alleen bescherming biedt voor lopende aanbestedingsprocedures. Van een lopende aanbestedingsprocedure is echter geen sprake voor de toekomstige HRN-concessie, zodat daaraan niet de bescherming toekomt zoals beschreven in de Uitvoeringsverordening.
33. Ook wijst Qbuzz erop dat er nog voldoende ruimte is om de scope van de toekomstige HRN-concessie zo nodig aan te passen aan de opentoevangsmeldingen van Qbuzz, omdat de toekomstige HRN-concessie nog niet formeel is gegund.

3.4. Zienswijze Arriva

34. Arriva ondersteunt de zienswijze van de EC volledig.⁵³ Deze is consistent met de interpretatie van Arriva van de EU-wetgeving voor de bedoelde vormgeving van de markt op het spoor, waarbij opentoevang en aanbesteed concessievervoer voor onderhands gegund concessievervoer gaan. Zolang de concessie nog niet definitief is, kan er nog geen sprake zijn van een economisch evenwicht. IenW kan immers de scope van de toekomstige HRN-concessie nog verkleinen naar aanleiding van nieuwe open toevangsmeldingen.
35. Volgens Arriva kan een aanvraag tot een EET van NS daarom niet in behandeling worden genomen. NS heeft formeel nog geen concessie toegekend gekregen. Tot slot wijst Arriva erop dat zowel de landsadvocaat als de NS-advocaat in eerdere rechtszaken steeds hebben betoogd dat er nog geen recht van bezwaar geldt voor FMN⁵⁴ zolang er nog geen formeel definitief besluit is genomen over de HRN-concessie en de overeenkomst nog niet is ondertekend. Arriva concludeert daarom dat alle EET-aanvragen, wat Arriva betreft, niet-ontvankelijk zijn en niet door de ACM in behandeling zouden mogen worden genomen.

3.5. Zienswijze NS

36. NS merkt allereerst op dat het door de EC op deze manier interfereren in een nationale procedure een vreemde gang van zaken is.⁵⁵ Ook vindt NS de status van de brief onduidelijk, omdat de EC in de brief zowel spreekt over "informal guidance" als "legal guidance". De EC gaat niet over de interpretatie van Europees recht en komt geen rol toe in de beoordeling van nationale EET-aanvragen. Ook vindt NS dat de EC stellingen inneemt die verder gaan dan de voorliggende EET-aanvraag.

⁵¹ Verordening 1370/2007, die onder andere voorwaarden vaststelt hoe openbaar vervoer per spoor kan worden georganiseerd en gefinancierd.

⁵² Brief van Qbuzz van 25 augustus 2023, ACM/IN/798794.

⁵³ Brief van Arriva van 25 augustus 2023, ACM/IN/798802.

⁵⁴ De Federatie Mobiliteitsbedrijven Nederland (FMN). Dit is een samenwerkingsverband van de vervoersbedrijven Arriva, EBS, Keolis, Qbuzz en Connexion.

⁵⁵ Brief van NS van 28 augustus 2023, ACM/IN/800102.

37. NS begrijpt niet dat de EC stelt dat niet van belang is of de omvang van de concessie of het financiële kader daarvan reeds is vastgesteld. Volgens NS zijn dit juist bij uitstek aspecten waardoor een EET (al wel) zou kunnen worden uitgevoerd. Ook volgt volgens NS uit de Uitvoeringsverordening zelf dat een ondertekend openbaredienstcontract geen constitutief vereiste is voor de uitvoering van een EET. Artikel 2 van de Uitvoeringsverordening bepaalt dat de Uitvoeringsverordening van toepassing is "*wanneer een lidstaat heeft besloten het in artikel 10, lid 2, van Richtlijn 2012/34/EU bedoelde toegangsrecht te beperken voor nieuwe passagiersvervoerdiensten per spoor tussen een bepaald vertrekpunt en een bepaalde bestemming wanneer een of meer openbaredienstcontracten dezelfde of een alternatieve route bestrijken, als bepaald in artikel 11, lid 1, van die richtlijn*". Volgens NS heeft de staatssecretaris van lenW inmiddels "besloten", in de zin van dit artikel, met de publicatie van het beleidsvoornemen om de HRN-concessie aan NS te gunnen.
38. Tot slot maakt NS een aantal opmerkingen die volgens haarzelf buiten de omvang van de onderhavige EET-aanvraagprocedure vallen. Eén van deze opmerkingen, die de ACM in het kader van dit besluit wel relevant acht, is dat uit considerans 13 van de Uitvoeringsverordening zou volgen dat recht op toegang niet voorbij bestaande openbaredienstcontracten zouden mogen worden toegewezen. NS stelt dat opentoevangsdiensten, die recht op toegang hebben omdat deze het economisch evenwicht van een *huidige* concessie niet verstoren, niet ook (automatisch) aanspraak kunnen maken op recht op toegang voor *toekomstige* concessies.

3.6. Zienswijze lenW

39. Volgens lenW is de brief van de EC een informeel advies van de ambtelijke dienst van de Commissie en dus geen officieel standpunt van de Commissie. De redenering in de brief gaat uit van de stelling dat het bij een onderhandse gunning altijd mogelijk is om de reikwijdte van het openbaredienstcontract aan te passen aan een nieuwe opentoevangsdienst. lenW wijst in dit verband op het verbod van overcompensatie op grond van artikel 4, eerste lid en de bijlage van artikel 6 van de PSO-verordening. De gewijzigde compensatie dient dan ook zorgvuldig te worden vastgesteld. lenW zou dus moeten onderzoeken welke gevolgen een nieuwe opentoevangsdienst heeft op de financiële compensatie en daar zo nodig met de beoogde exploitant opnieuw moeten onderhandelen.
40. De ACM heeft lenW verzocht om te onderbouwen op welk moment niet meer redelijkerwijs van haar kan worden verwacht dat zij de (ontwerp) HRN-concessie dan wel de financiële compensatie aanpast naar aanleiding van een opentoevangsmelding. lenW stelt dat na het aannemen van het voorstel in de Ministerraad van 14 juli 2023 niet meer redelijkerwijs verwacht kan worden dat de HRN-concessie wordt aangepast op basis van een opentoevangsmelding.
41. In de ministerraad van 14 juli 2023 werd het voorstel om de ontwerpconcessie aan de Kamers voor te leggen aangenomen, zoals dat in de Wp2000⁵⁶ is bepaald. Hierna zijn geen significante aanpassingen gedaan aan de ontwerpconcessie. Op 14 augustus 2023 is de ontwerpconcessie naar de Kamers gestuurd. Na aanbidding van de ontwerpconcessie aan beide Kamers worden geen wijzigingen doorgevoerd tot na de behandeling in de Tweede Kamer. In dit stadium zijn volgens lenW aanpassingen naar aanleiding van nieuwe meldingen van opentoevangsdiensten, op het moment dat zij in de plaats zouden komen van frequenties voor baanvakken die zijn opgenomen in de concessie, moeilijk verenigbaar met de procedure van de Wp2000. Na het kabinetsbesluit van 14 juli 2023 en aanbidding aan het parlement kan de reikwijdte van de concessie niet worden aangepast om andere redenen dan als gevolg van die parlementaire behandeling. Volgens lenW kan het parlement haar controlerende functie niet uitvoeren als er na de behandeling door de Kamer nog wijzigingen worden doorgevoerd die niet het gevolg zijn van de

⁵⁶ Wet personenvervoer 2000.

kamerbehandeling zelf. Ook wijst lenW erop dat de financiële compensatie opnieuw (en zorgvuldig) moet worden vastgesteld om overcompensatie te voorkomen.

3.7. Beoordeling ACM

42. De ACM komt tot de conclusie dat zij de aanvragen van NS en lenW niet-ontvankelijk moet verklaren. Daartoe overweegt zij het volgende.
43. De Uitvoeringsverordening is gebaseerd op artikel 11, vierde lid, tweede alinea, van de Herschikkingsrichtlijn. De Uitvoeringsverordening geeft een uitputtende regeling voor de procedure en criteria die moeten worden toegepast om te bepalen of een nieuwe opentoevangdienst per spoor het economisch evenwicht van een openbaredienstcontract voor spoorvervoer in gevaar zou brengen,⁵⁷ als bedoeld is in artikel 11, eerste lid van de Herschikkingsrichtlijn.
44. De Herschikkingsrichtlijn gaat er in principe vanuit dat er pas aanleiding kan zijn om een EET uit te voeren als er al een concessie op het betreffende traject rust, waarvan het economisch evenwicht door de gemelde opentoevangdienst kan worden verstoord. Zo maakt artikel 11, eerste lid, van de Herschikkingsrichtlijn het voor EU-lidstaten mogelijk om naar aanleiding van een EET het recht op open toegang te beperken ten aanzien van reeds gesloten openbaredienstcontracten.⁵⁸ En ook de considerans bij Richtlijn 2016/2370/EU wijst er op dat beoordeeld dient te worden of een opentoevangdienst het economisch evenwicht van bestaande openbaredienstcontracten in gevaar zou brengen.⁵⁹ In aansluiting hierop gaat ook de Wp2000 er vanuit dat de EET zich dient te richten op een concessie die is verleend.⁶⁰
45. Hierop bestaat slechts één uitzondering, en dat betreft de situatie die omschreven is in artikel 5, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening. Op deze bepaling kan, blijkens de tekst ervan, een beroep worden gedaan in geval sprake is van een aanbesteding waarbij offertes kunnen worden ingediend. Uit de context en bewoording van artikel 5, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening blijkt dat het doel hiervan is om een EET mogelijk te maken in het geval dat een concessie nog niet gegund is ten tijde van de opentoevangmelding, maar ten aanzien waarvan het op dat moment voorzienbaar is dat gunning op korte termijn zal plaatsvinden. Dat blijkt allereerst uit de tekst van die bepaling zelf, aangezien de reikwijdte ervan beperkt is tot aanbestedingen die zich in een gevorderd stadium verkeren.⁶¹
46. Uit de aanvragen blijkt dat de nieuwe HRN-concessie wordt verleend via onderhandse gunning, waarbij NS als enige kandidaat in beeld is. Zeker nu in andere taalversies van artikel 5, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening uitdrukkelijk wordt verwezen naar een concurrerend aanbestedingsproces,⁶² is de ACM, evenals de EC, Qbuzz en Arriva van oordeel dat deze bepaling niet kan worden toegepast in de context van deze onderhandse gunning. Evenmin ziet de ACM in de Uitvoeringsverordening aanknopingspunten om artikel 5, tweede lid, van de

⁵⁷ Artikel 1 van de Uitvoeringsverordening.

⁵⁸ "De lidstaten kunnen het in artikel 10, lid 2, bedoelde recht op toegang beperken tot passagiersvervoer tussen een bepaald vertrekpunt en een bepaalde bestemming wanneer voor dezelfde route of een alternatieve route één of meer openbaredienstcontracten zijn gesloten en de uitoefening van het toegangsrecht het economisch evenwicht van de betrokken openbaredienstcontract(en) in gevaar zou brengen."

⁵⁹ "(26) De toezichthoudende instanties moeten, op verzoek van de belanghebbende partijen, op basis van een objectieve economische analyse oordelen of het economisch evenwicht van bestaande openbaredienstcontracten in gevaar zou komen. [onderstreping ACM]"

⁶⁰ Artikel 19a, tweede lid, van de Wp2000: "Het recht op toegang tot de spoorinfrastructuur, bedoeld in het eerste lid, wordt beperkt voor het passagiersvervoer tussen een bepaald vertrekpunt en een bepaalde bestemming wanneer:

a. voor dezelfde route of voor een alternatieve route een of meer concessies zijn verleend, en
b. de uitoefening van het toegangsrecht het economisch evenwicht van de betreffende concessie of concessies in gevaar zou brengen. [onderstreping ACM]"

⁶¹ "Aanbestedingen waarvan de termijn voor de indiening van offertes is verstreken".

⁶² EN: "a public service contract... being competitively tendered"; FR: "un contrat de service public ... fait l'objet d'une mise en concurrence".

Uitvoeringsverordening naar analogie toe te passen in een situatie van onderhandse gunning. De Uitvoeringsverordening vormt zoals hiervoor vermeld een uitputtende regeling.

47. De stelling van NS dat een ondertekend openbaredienstcontract geen voorwaarde is waaraan moet zijn voldaan (constitutief vereiste) voordat een EET kan worden uitgevoerd, kan de ACM niet volgen. Deze stelling van NS berust op een verkeerde lezing van artikel 2 van de Uitvoeringsverordening, die de Uitvoeringsverordening van toepassing verklaart "*wanneer een lidstaat heeft besloten het in artikel 10, lid 2, van Richtlijn 2012/34/EU bedoelde toegangsrecht te beperken voor nieuwe passagiersvervoerdiensten per spoor [...]*". NS gaat er hier ten onrechte van uit dat het gepubliceerde beleidsvoornemen van de staatssecretaris om de HRN-concessie 2025-2033 aan NS te gunnen betekent dat "een lidstaat heeft besloten". Echter, "besloten" in de zin van artikel 2 van de Uitvoeringsverordening verwijst naar de beslissing van de nationale wetgever om het recht op toegang te beperken conform de mogelijkheid in artikel 11, eerste lid, van de Herschikkingsrichtlijn, hetgeen de Nederlandse wetgever heeft gedaan toen zij de Herschikkingsrichtlijn implementeerde in de Nederlandse wetgeving. En deze toegangsbeperking is, conform de Herschikkingsrichtlijn, alleen van toepassing ten aanzien van concessies die zijn verleend.⁶³
48. Ook de stelling van NS dat uit considerans 13 van de Uitvoeringsverordening zou volgen dat het recht op toegang niet voorbij bestaande openbaredienstcontracten zou mogen toegewezen, berust op een verkeerde lezing van considerans 13. Considerans 13 gaat in op de uitzonderingssituatie die is opgenomen in artikel 5, tweede lid van de Uitvoeringsverordening. De zin die NS citeert⁶⁴ gaat over de specifieke situatie waarin een nieuwe passagiersdienst concurreert met een bestaande concessie én een toekomstige concessie waarvan de aanbesteding in een vergevorderd stadium is. Dit is thans niet aan de orde, omdat er is geen sprake van een concurrent aanbestedingsproces en de uitzonderingssituatie daarom niet van toepassing is.⁶⁵
49. Ook de zienswijze van lenW brengt de ACM niet tot een ander oordeel. De mogelijke problemen die lenW beschrijft, kunnen niet leiden tot een andere interpretatie van de wet, omdat hiervoor geen interpretatieruimte is.
50. De ACM stelt vast dat de verlening van de HRN-concessie 2025-2033 ten tijde van de meldingen van Flixtrain, Qbuzz en Arriva nog niet had plaatsgevonden (en ook thans nog niet heeft plaatsgevonden). Ook is er geen sprake van een concurrerend aanbestedingsproces, dus de uitzondering van artikel 5, tweede lid van de Uitvoeringsverordening is niet van toepassing. Bijgevolg kan het recht op toegang niet worden beperkt, omdat de HRN-concessie 2025-2033 geen concessie is die is verleend in de zin van artikel 19a, tweede lid, onder a, van de Wp2000. Er kan daarom door NS en lenW geen EET-aanvraag voor de HRN-concessie 2025-2033 worden ingediend ten aanzien van de gemelde treindiensten van Flixtrain, Qbuzz, Arriva. De EET aanvragen van NS en lenW zijn daarom niet-ontvankelijk.

3.8. Conclusie

51. De conclusie is dat de aanvragen van NS en lenW niet ontvankelijk zijn.
52. De ACM merkt voor de volledigheid op dat zij met dit besluit geen oordeel geeft over de mogelijkheid voor de staatssecretaris van lenW om de betreffende trajecten in de HRN-concessie

⁶³ Zie randnummer 44 van dit besluit.

⁶⁴ "*Deze specifieke bepalingen doen geen afbreuk aan de toepassing van deze verordening op een openbaredienstcontract dat op de ontvangstdatum van de kennisgeving van toepassing is. In die gevallen, en indien de analyse van het economisch evenwicht van het bestaande openbaredienstcontract aantoont dat toegang kan worden verleend, moet die toegang in de tijd worden beperkt tot de vervaldatum van het bestaande openbaredienstcontract.* [onderstreeping NS]"

⁶⁵ Zie randnummer 45 en 46 van dit besluit.

2025-2033 op te nemen. Evenmin geeft zij een oordeel over de verdeling van (infrastructuur)capaciteit als bedoeld in de Spoorwegwet.

4. Besluit

53. De Autoriteit Consument en Markt verklaart de aanvragen van NS en IenW niet-ontvankelijk.

Den Haag,

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze:

w.g.

drs. M.R. Leijten
bestuurslid

Als u belanghebbende bent, kunt u bezwaar maken tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde bezwaarschrift naar de Autoriteit Consument en Markt, Directie Juridische Zaken, postbus 16326, 2500 BH Den Haag. Dit moet u doen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit bekend is gemaakt. In uw bezwaarschrift kunt u de Autoriteit Consument en Markt verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter.