



Besluit

Beslissing op bezwaren NS en lenW – aanvraag economisch evenwichtstoets opentoevangsdiensten

Ons kenmerk : ACM/UIT/635464
Zaaknummers : ACM/24/188373 en ACM/24/188479
Datum : **8 november 2024**

1 Inleiding en samenvatting

1. Treinvervoerders hebben op grond van de Wet personenvervoer 2000 (Wp2000) het recht om zonder concessie passagiersdiensten op het spoor aan te bieden ('open toegang'), zo lang deze diensten niet leiden tot verstoring van het economisch evenwicht van een verleende concessie voor openbaar spoorvervoer.¹ Treinvervoerders die een opentoevangsdienst willen gaan aanbieden, moeten dit melden bij de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM). Vervolgens kunnen betrokken concessieverleners en concessiehouders een aanvraag indienen bij de ACM om te onderzoeken of het economisch evenwicht van een of meer concessies in gevaar komt door deze nieuwe diensten.² Blijkt uit deze economisch evenwichtstoets (hierna: EET) dat het economisch evenwicht in gevaar komt, dan mag de opentoevangsdienst niet – of alleen in aangepaste vorm³ – worden uitgevoerd.
2. In november 2023 hebben Qbuzz B.V. (hierna: Qbuzz), Heurotrain B.V. (hierna: Heurotrain) en Flywise Travel B.V. (hierna: Flywise) verschillende opentoevangsdiensten gemeld bij de ACM.⁴ De gemelde opentoevangsdiensten rijden op trajecten die tot 1 januari 2025 onderdeel zijn van de huidige concessie voor het hoofdrailnet 2015-2025 (hierna: HRN-concessie 2015-2025). Deze concessie is door de staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat (hierna: lenW) verleend aan de N.V. Nederlandse Spoorwegen (hierna: NS). Ten tijde van de meldingen van Qbuzz, Heurotrain en Flywise was de HRN-concessie voor de periode van 2025-2033 nog niet gegund. Deze is op 21 december 2023 door lenW aan NS gegund.
3. In december 2023 hebben NS en lenW een aanvraag bij de ACM ingediend om met betrekking tot de gemelde opentoevangsdiensten een analyse uit te voeren van het economisch evenwicht van de HRN-concessie 2025-2033.⁵
4. Bij besluit van 18 januari 2024 heeft de ACM de aanvragen van NS en lenW niet-ontvankelijk verklaard.⁶ In het besluit constateert de ACM allereerst dat de verlening van de HRN-concessie 2025-2033 ten tijde van de meldingen nog niet had plaatsgevonden. De ACM acht artikel 5, tweede

¹ Artikel 19a, eerste lid, van de Wp2000. De artikelen 19a en 19b van de Wp2000 dienen ter implementatie van artikel 11 van Richtlijn 2012/34/EU (ook wel: de Herschikkingsrichtlijn), zoals deze gewijzigd is bij Richtlijn 2016/2370/EU.

² Artikel 19b, tweede lid, van de Wp2000.

³ Artikel 19b, vierde lid, van de Wp2000.

⁴ ACM/IN/819860, ACM/IN/819887 en ACM/IN/822374 aangevuld met ACM/IN/822384.

⁵ ACM/IN/828254 en ACM/IN/829177.

⁶ ACM/UIT/611118.

lid van Uitvoeringsverordening (EU) 2018/1795⁷ (hierna: de Uitvoeringsverordening) – op grond waarvan een EET kan worden uitgevoerd ten aanzien van een nog niet verleende concessie – niet van toepassing op de HRN-concessie 2025-2033. Die uitzondering geldt alleen voor concessies die worden verleend door middel van een concurrerend aanbestedingsproces en daarvan is in dit geval geen sprake. De ACM ziet geen aanknopingspunten in de Uitvoeringsverordening om dit artikel naar analogie toe te passen in een situatie van onderhandse gunning. De HRN-concessie 2025-2033 was ten tijde van de meldingen dan ook geen concessie die is verleend in de zin van artikel 19a, tweede lid, onder a, van de Wp2000. De aanvragen van NS en lenW zijn daarom niet-ontvankelijk.

5. NS en lenW hebben bezwaar gemaakt tegen dit besluit. Volgens NS en lenW had de ACM wel een analyse kunnen en moeten uitvoeren van het economisch evenwicht van de HRN-concessie 2025-2033.
6. In dit besluit beoordeelt de ACM de bezwaren van NS en lenW. De ACM komt tot het oordeel dat deze bezwaren ongegrond zijn. Eerst geeft de ACM een overzicht van het verloop van de procedure (onderdeel 2). Daarna volgt een samengevatte weergave van de bezwaargronden (onderdeel 3). Vervolgens beoordeelt de ACM de bezwaren van NS en lenW (onderdeel 4). Het besluit sluit af met het dictum (onderdeel 5).

2 Verloop van de procedure

7. Bij besluit van 18 januari 2024 heeft de ACM de aanvragen van NS en lenW, om een analyse van het economisch evenwicht uit te voeren ten aanzien van nieuwe gemelde opentoevangsdiensten van Qbuzz, Heurotrain en Flywise (tezamen: de melders), niet-ontvankelijk verklaard (het bestreden besluit).⁸ De aanvraag van NS zag op de gemelde opentoevangsdiensten van Qbuzz, Heurotrain en Flywise. De aanvraag van lenW zag enkel op de gemelde opentoevangsdiensten van Heurotrain.
8. Bij brief van 15 februari 2024 heeft NS op nader aan te voeren gronden bezwaar gemaakt tegen dit besluit, met het verzoek om het bezwaar aan te houden totdat het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) uitspraak heeft gedaan in de beroepsprocedure met zaaknummer AWB 23/1835.⁹ De ACM heeft toegezegd het bezwaar aan te houden.
9. Bij brief van 22 februari 2024 heeft lenW bezwaar gemaakt tegen het bestreden besluit.¹⁰ In samenspraak met NS en lenW is eind februari besloten om de bezwaarprocedure voort te zetten.¹¹ NS heeft bij brief van 8 april 2024 haar gronden aangevuld.¹²
10. Bij brieven van 24 mei 2024 heeft de ACM de bezwaarschriften van NS en lenW doorgezonden aan Qbuzz, Heurotrain en Flywise.¹³
11. Op 25 juni 2024 heeft ten kantore van de ACM een hoorzitting plaatsgevonden, waarbij NS haar bezwaren heeft toegelicht en de derde-belanghebbenden hun zienswijzen hierop hebben gegeven. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt.¹⁴
12. Bij brieven van 5 augustus 2024 heeft de ACM het hoorzittingsverslag aan partijen toegestuurd.¹⁵

⁷ 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.

⁸ ACM/UIT/611118.

⁹ ACM/IN/844791.

¹⁰ ACM/IN/846868.

¹¹ ACM/IN/844776 en ACM/UIT/628978

¹² ACM/IN/860963.

¹³ ACM/UIT/621781, ACM/UIT/621791 en ACM/UIT/621793.

¹⁴ ACM/UIT/624841

¹⁵ ACM/UIT/626500, ACM/UIT/626538, ACM/UIT/626516, ACM/UIT/626540 en ACM/UIT/626542.

13. Bij brieven van 22 augustus 2024 en 23 augustus 2024 hebben NS en lenW op het verslag gereageerd.¹⁶

3 Bezwaargronden

14. Partijen hebben schriftelijk en mondeling hun standpunten toegelicht. De standpunten van NS en lenW overlappen voor een belangrijk deel en vallen uiteen in drie hoofdonderwerpen. De ACM geeft hierna per onderwerp de standpunten van NS en lenW samengevat weer. Eerst vat de ACM de bezwaren van NS samen over artikel 19a van de Wp2000 en de Europese systematiek voor spoorconcessies (onderdeel 3.1). Hierop volgt een samenvatting van de bezwaren van NS en lenW over *ex nunc*-toetsing (onderdeel 3.2). Daarna vat de ACM de bezwaren van NS en lenW samen over analoge toepassing van artikel 5, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening (onderdeel 3.3). Tot slot gaat de ACM kort in op de zienswijzen van de melders (onderdeel 3.4).

3.1 Artikel 19a, tweede lid, van de Wp2000 en de Europese systematiek voor spoorconcessies

15. NS betoogt dat het bestreden besluit in strijd is met de reguleringssystematiek zoals deze is vormgegeven op basis van Richtlijn 2012/34/EU (hierna: de Herschikkingsrichtlijn)¹⁷ en Verordening (EG) nr. 1370/2007 (hierna: de PSO-Verordening),¹⁸ en met de Nederlandse implementatie daarvan in de Wp2000.¹⁹ Volgens NS is het bestreden besluit niet in overeenstemming met artikel 19a, tweede lid, van de Wp2000, strookt het niet met de bedoeling van de Europese wetgever, en leidt het tot een doorkruising van het nationale openbaarvervoerbeleid voor het hoofdrailnet.
16. Volgens NS brengt een redelijke uitleg van artikel 11, eerste lid, van de Herschikkingsrichtlijn, gelezen in samenhang met artikel 10, tweede lid, van die Richtlijn, met zich dat de ACM een EET had moeten verrichten ten aanzien van de HRN-concessie 2025-2033. Volgens NS hoeft een openbardienstcontract nog niet verleend te zijn om een EET mogelijk te maken. Zij vindt dat de ACM de EET-aanvragen in dit geval had moeten aanhouden, door op grond van artikel 11, tweede lid, van de Herschikkingsrichtlijn en artikel 9, eerste lid, van de Uitvoeringsverordening aan NS te verzoeken om een afschrift van de HRN-concessie 2025-2033 te verstrekken en haar daarvoor een redelijke termijn te geven.
17. NS betoogt dat de Herschikkingsrichtlijn geen absoluut recht op open toegang geïntroduceerd heeft. De PSO-Verordening staat (onderhandse) verlening van spoorconcessies toe en de Herschikkingsrichtlijn biedt lidstaten uitdrukkelijk de mogelijkheid om de impact van opentoeegangvervoer op concessievervoer te toetsen. De uitleg van de ACM maakt het recht op een EET volgens NS betekenisloos, behalve ten aanzien van openbardienstcontracten die al bestonden op het moment van inwerkingtreding van de Herschikkingsrichtlijn. Opentoeegangvervoerders kunnen een EET immers vermijden door in een zeer vroeg stadium een melding te doen voorbij de looptijd van de geldende concessie.
18. De uitleg van de ACM zou er volgens NS in feite toe leiden dat opentoeegangvervoer voorrang krijgt boven concessievervoer, terwijl dat niet de bedoeling van de Europese wetgever zou zijn geweest.

¹⁶ ACM/IN/903363 en ACM/IN/904081.

¹⁷ Richtlijn 2012/34/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 november 2012 tot instelling van één Europese spoorwegruimte (herschikking), zoals deze is gewijzigd bij Richtlijn 2016/2370/EU (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).

¹⁸ Verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en Verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad, zoals nadien gewijzigd.

¹⁹ NS bezwaargronden, randnummers 55 t/m 85.

Dit zorgt volgens haar voor een doorkruising van het nationale openbaarvervoerbeleid voor het hoofdrailnet. De concessieverlener zou namelijk de concessie moeten aanpassen en zou extra subsidie moeten verstrekken om het economisch evenwicht daarvan te herstellen. Dit terwijl het onvoldoende zeker is dat gemelde opentoevangsdiensten werkelijk zullen worden uitgevoerd. Tevens zou dit het beleidsdoel om een zo optimale en drempelloze deur-tot-deurreis te faciliteren in gevaar brengen.

3.2 *Ex nunc*-toetsing

19. NS meent dat het bestreden besluit in strijd is met artikel 3:2 Awb omdat de ACM al gehouden was de HRN-concessie 2025-2033 mee te nemen in de besluitvorming van het bestreden besluit.
20. Voorts betogen NS en lenW dat zelfs als de ACM in het bestreden besluit terecht afzag van het uitvoeren van een EET ten aanzien van HRN-concessie 2025-2033, zij die toets alsnog in bezwaar zou moeten uitvoeren. Dit zou volgen uit artikel 7:11 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).²⁰
21. Volgens NS en lenW oordeelde de ACM dat zij ten tijde van het bestreden besluit geen EET kon verrichten, omdat de HRN-concessie 2025-2033 toen nog niet was verleend. Maar in bezwaar moet een *ex nunc*-beoordeling worden verricht op basis van alle feiten en omstandigheden zoals die zich voordoen tot aan het tijdstip van de heroverweging. Nu de HRN-concessie 2025-2033 op 21 december 2023 – en dus vóór het nemen van het onderhavige besluit – is verleend, moet er volgens NS en lenW alsnog een EET worden uitgevoerd.
22. Omdat de Herschikkingsrichtlijn volgens NS niets bepaalt over de feiten en omstandigheden die de ACM in aanmerking mag of moet nemen bij de besluitvorming in primo of in bezwaar, is de nationaalrechtelijke procedureregule van artikel 7:11 van de Awb van toepassing. Het alsnog toetsen van het economisch evenwicht leidt niet tot strijdigheid met het gelijkwaardigheids- en of doeltreffendheidsbeginsel in de zin van de Rewe-jurisprudentie,²¹ aldus NS.
23. Ook lenW wijst erop dat in bezwaar *ex nunc* moet worden beoordeeld. Dat is alleen anders als sprake is van een tijdstip- of tijdvakbeoordeling, maar dat is volgens lenW hier niet het geval. Zowel artikel 11, tweede lid, van de Herschikkingsrichtlijn als artikel 5, eerste lid, van de Uitvoeringsverordening zeggen niets over de aard van de toetsing, aldus lenW. Zij vindt dat een *ex nunc*-beoordeling ook overeen zou komen met de aard van de relevante rechtsnormen, omdat door middel van een EET het recht op open toegang en de bescherming van een openbaredienstcontract kunnen worden afgewogen. De huidige feitelijke situatie vraagt volgens lenW om een dergelijke afweging.

3.3 Analoge toepassing van artikel 5, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening

24. Tot slot betogen NS en lenW dat de ACM artikel 5, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening naar analogie had moeten toepassen in de context van de onderhandse gunning van de HRN-concessie 2025-2033.²²
25. Volgens NS handelt de ACM door van analoge toepassing af te zien in strijd met het gelijkheidsbeginsel. De Herschikkingsrichtlijn, zoals deze is gewijzigd bij Richtlijn 2016/2370/EU,²³ zou geen onderscheid maken tussen openbaredienstcontracten die worden aanbesteed en openbaredienstcontracten die onderhands worden gegund. Dit zou betekenen dat beide vormen van

²⁰ NS bezwaargronden, randnummers 100 t/m 105; lenW bezwaargronden, p. 3 t/m 4.

²¹ Arrest van het HvJEU in zaak 33/76, ECLI:EU:C:1976:188 (*Rewe*).

²² NS bezwaargronden, randnummers 86 t/m 99; lenW bezwaargronden, p. 4 t/m 9.

²³ 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.

gunning ook in de context van uitvoeringsregels op eenzelfde manier zouden moeten worden behandeld. Het Europees constitutioneel recht zou eraan in de weg staan om met artikel 5, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening een recht te scheppen dat alleen voor aanbestede openbare dienstcontracten geldt. Met het vaststellen van een dergelijk recht zou de Europese Commissie haar bevoegdheid tot het vaststellen van uitvoeringsmaatregelen overschrijden, aldus NS.

26. Zou artikel 5, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening analoog worden toegepast, dan zou het omslagpunt voor het toetsen van het economisch evenwicht van een toekomstig openbare dienstcontract in de visie van NS in dit concrete geval op 24 april 2023 liggen. Bij aanbestede concessies ligt het omslagpunt bij het moment waarop de termijn voor het indienen van offertes is verstreken. Volgens NS laat de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 5, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening zien dat voor dat moment is gekozen omdat de vorm van het toekomstige openbare dienstcontract dan voldoende concreet is vastgesteld. Bij de HRN-concessie 2025-2033 was dit het geval op 24 april 2023, omdat de concessie op dat moment gereed was voor publieke consultatie.
27. Ook lenW vindt dat de ACM artikel 5, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening analoog moet toepassen, zodat aan zowel aanbestede als onderhands gegunde openbare dienstcontracten dezelfde bescherming toekomt. Ter ondersteuning van dit standpunt voert zij argumenten aan ten aanzien van de systematiek van de PSO-Verordening en de Herschikkingsrichtlijn, die grotendeels overeenkomen met de argumenten van NS die hiervoor onder 3.1 zijn samengevat. Ook lenW wijst op de ruimte die lidstaten hebben om het recht op open toegang te beperken door middel van een EET en de keuze van de Europese wetgever om hierbij geen onderscheid te maken naar gunningsvormen. Net als NS meent lenW dat een procedurele uitvoeringsregeling zoals (artikel 5 van) de Uitvoeringsverordening er niet toe mag leiden dat de door de Herschikkingsrichtlijn beoogde bescherming niet geldt voor onderhands gegunde concessies.
28. lenW betoogt dat bij het gunningsproces van de HRN-concessie 2025-2033 14 juli 2023 moet worden beschouwd als het moment waarop de offertes zijn ingediend in de zin van artikel 5, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening. Op dat moment konden opentoeegangsmeldingen niet meer leiden tot aanpassing van de concessie, omdat het parlementaire besluitvormingsproces was gestart, aldus lenW.

3.4 Zienswijzen melders

29. De melders scharen zich met hun zienswijzen achter het besluit van de ACM. De ACM heeft deze zienswijzen betrokken bij haar beoordeling.

4 Beoordeling bezwaar door ACM

30. In dit onderdeel van de beslissing zet de ACM haar beoordeling van de bezwaren van NS en lenW uiteen. Eerst gaat de ACM in op de bezwaren over artikel 19a van de Wp2000 en de Europese systematiek voor spoorconcessies (onderdeel 4.1). Daarna beoordeelt de ACM de bezwaren over *ex nunc*-toetsing (onderdeel 4.2). Tot slot beoordeelt de ACM de bezwaren over analoge toepassing van de Uitvoeringsverordening (onderdeel 4.3).

4.1 Beoordeling bezwaren artikel 19a van de Wp2000 en de Europese systematiek voor spoorconcessies

31. Over het betoog van NS dat het bestreden besluit in strijd zou zijn met artikel 19a van de Wp2000 en de Europese systematiek voor spoorconcessies, overweegt de ACM het volgende.

32. Het is juist dat een EU-lidstaat op grond van artikel 11, eerste en tweede lid, in samenhang met artikel 10, tweede lid, van de Herschikkingsrichtlijn de mogelijkheid heeft om naar aanleiding van een EET het recht op open toegang te beperken. Dit vergt een afweging tussen de uitoefening van het recht op open toegang en het economisch evenwicht van een openbaredienstcontract. Echter gaat de Herschikkingsrichtlijn er vanuit dat er pas aanleiding kan zijn om een EET uit te voeren als er al een concessie op het betreffende traject rust op het moment van de melding door partijen die diensten willen aanbieden.²⁴ Aan die voorwaarde is in dit geval niet voldaan. Ook artikel 19a, tweede lid, van de Wp2000 bepaalt dat het recht op toegang wordt beperkt wanneer het economisch evenwicht van een *reeds verleende* concessie in gevaar komt.
33. Het is op grond van deze EU- en nationaalrechtelijke bepalingen dus alleen mogelijk het recht op open toegang te beperken voor zover het economisch evenwicht van een *bestaand* openbaredienstcontract daardoor in gevaar zou komen. Het betoog van NS, dat inhoudt dat de ACM een EET zou moeten uitvoeren ten aanzien van een nog niet gegund openbaredienstcontract, druist dus in tegen de letterlijke tekst van deze bepalingen.
34. Op de regel dat alleen voor een reeds gegund openbaredienstcontract een EET kan worden aangevraagd, bestaat slechts één uitzondering. Het doel en de strekking van die uitzondering – neergelegd in artikel 5, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening – bespreekt de ACM in onderdeel 4.3 hierna.
35. Nu er in de onderhavige situatie ten tijde van de ingediende EET-aanvragen geen sprake was van een gesloten contract, gaat ook het betoog van NS dat de ACM op grond van artikel 9 van de Uitvoeringsverordening termijn had moeten geven voor het verstrekken van de concessie, niet op.
36. Ook kan de ACM NS niet volgen in haar betoog, dat de uitleg die de ACM geeft aan de Herschikkingsrichtlijn het recht om een EET aan te vragen betekenisloos zou maken. Volgens NS zou de interpretatie van de ACM betekenen dat er alleen een EET zou kunnen worden aangevraagd ten aanzien van openbaredienstcontracten die reeds bestonden op het moment van inwerkingtreding van de Herschikkingsrichtlijn. Dit is onjuist. Ook voor concessies die na de inwerkingtreding zijn gegund kan een EET worden aangevraagd, *mits* die aanvraag na gunning van de betreffende concessie wordt ingediend.
37. Voor het overige berusten de bezwaren van NS op dit punt op de veronderstelling dat de ACM met haar besluit op enigerlei wijze de vrijheid van lenW zou inperken om een concessie voor het hoofdtraject te gunnen. Die veronderstelling is onjuist. Zoals de ACM reeds in het bestreden besluit heeft benadrukt,²⁵ heeft zij geen oordeel gegeven over de mogelijkheid voor de staatssecretaris om de betreffende trajecten in de HRN-concessie 2025-2033 op te nemen. Het is aan de staatssecretaris om te bepalen of – en zo ja, hoe – er aanleiding bestaat om in de concessie rekening te houden met eventueel gemelde opentoevangsdiensten. Dat de staatssecretaris haar bevoegdheid zelf ook zo opvat, vindt bevestiging in het feit dat zij de gemelde trajecten na het bestreden besluit opnieuw aan NS heeft gegund in de definitieve HRN-concessie 2025-2033.
38. Ook het betoog van NS dat het bestreden besluit het nationaal openbaarvervoer beleid zou doorkruisen, slaagt niet.
39. De stelling van NS dat de staatssecretaris als gevolg van het bestreden besluit een hogere subsidie zal moeten verlenen, omdat (enkel) winstgevendende lijnen in open toegang zullen worden geëxploiteerd, kan de ACM niet volgen. Artikel 12 van de Herschikkingsrichtlijn biedt immers de mogelijkheid om een heffing op te leggen aan opentoevangsvervoerders om het geheel of een deel

²⁴ Artikel 11, eerste lid, Herschikkingsrichtlijn.

²⁵ Bestreden besluit, rnr. 19.

van de kosten van concessies te dekken. Deze heffingsregeling is in Nederland geïmplementeerd in artikel 19c van de Wp2000.

40. Voorts merkt de ACM op dat een eventueel recht op markttoegang geen garantie geeft op spoortoegang. Bij de capaciteitsverdeling ten behoeve van spoortoegang wordt op basis van het huidige Besluit capaciteitsverdeling voorrang gegeven aan concessievervoer boven opentoegegangvervoer.²⁶ Ook de prioriteitscriteria die worden toegepast bij het capaciteitsverdelingsproces vormen dus – binnen de kaders van artikel 47, derde en vierde lid, van de Herschikkingsrichtlijn – een sturingsmechanisme voor de staatssecretaris om de continuïteit van concessievervoer te kunnen borgen.
41. Tot slot kan de ACM evenmin het betoog van NS volgen, dat het bestreden besluit een zo drempelloos mogelijke deur-tot-deurreis onmogelijk zou maken. NS veronderstelt kennelijk dat opentoegegangvervoerders (alleen) korte lijnen of segmenten van bestaande lijnen zullen aanbieden, terwijl het bestaande aanbod van NS zal komen te vervallen. Voor die veronderstelling bestaan geen aanknopingspunten. Daarbij geldt dat ook opentoegegangvervoerders een prikkel hebben om een zo soepel mogelijke deur-tot-deurreis te faciliteren, aangezien dit een relevante factor is voor de aantrekkelijkheid van hun vervoersaanbod – ook gelet op de concurrentie van dat aanbod met andere vervoersmodaliteiten zoals de auto.

4.2 Beoordeling bezwaren *ex nunc/ex tunc*-toetsing

42. Ten aanzien van de vraag of de toepasselijke regelgeving in dit geval *ex nunc* of *ex tunc* dient te worden toegepast, overweegt de ACM het volgende.
43. Het is juist dat de HRN-concessie 2025-2033 vóór het nemen van het bestreden besluit gegund is.²⁷ Aan die omstandigheid komt echter niet de betekenis toe die NS en IenW hieraan trachten te geven.
44. Het doel van de Herschikkingsrichtlijn is om een beoordelingsprocedure in het leven te roepen die rekening houdt met de noodzaak alle marktpelers voldoende rechtszekerheid te bieden om hun activiteiten te kunnen ontwikkelen.²⁸ Om te vermijden dat een reeds gestarte nieuwe passagiersvervoerdienst per spoor zou worden onderbroken, en om nieuwe diensten rechtszekerheid te bieden over hun exploitatiemogelijkheden, moet de termijn waarbinnen een analyse van het economisch evenwicht kan worden gevraagd worden beperkt en gekoppeld aan het tijdstip waarop de aanvrager bekend maakt dat hij een nieuwe passagiersvervoerdienst per spoor wenst in te voeren.²⁹ Dit uitgangspunt is uitgewerkt in artikel 11, tweede lid, van de Herschikkingsrichtlijn, waarin is bepaald dat een EET dient te worden aangevraagd binnen één maand vanaf de ontvangst van de informatie over de geplande opentoegegangsdienst als bedoeld in artikel 38, vierde lid, van die richtlijn. Deze informatie dient, zo vereist artikel 38, vierde lid, te worden gedeeld met de bevoegde instantie die een openbaredienstcontract voor de betreffende route heeft gegund en met de spoorwegonderneming die het openbaredienstcontract op de betreffende route uitvoert.
45. Artikel 5 van de Uitvoeringsverordening verwijst in het eerste lid naar artikel 11 van de Herschikkingsrichtlijn, en voegt daar in het tweede lid een beperkte overbruggingsregeling aan toe voor lopende aanbestedingen. De voor toepassing van deze regeling relevante peilmomenten zijn de datum van de opentoegegangsmelding en de sluitingsdatum voor het indienen van offertes.³⁰

²⁶ Artikel 10 Besluit capaciteitsverdeling.

²⁷ Het bestreden besluit is immers genomen op 18 januari 2024, terwijl de concessie is gegund op 21 december 2023 (zie mnr. **Fout! Verwijzingsbron niet gevonden.** hiervoor).

²⁸ Richtlijn (EU) 2016/2370, considerans 27.

²⁹ Uitvoeringsverordening, considerans 10.

³⁰ Zie ook het besluit van de ACM van 5 september 2023, ACM/UIT/604995, mnr. 41.

46. Uit het voorgaande blijkt dat de datum waarop de opentoeegangsmelding wordt gedaan het ankerpunt is voor de beoordeling of een aanvraag tot het verrichten van een EET kan worden ingediend en ten aanzien *waarvan* die aanvraag kan worden ingediend. Binnen een maand na deze datum moet immers duidelijk zijn of de verlener of uitvoerder van een openbaredienstcontract uitvoering van een EET wenst ten aanzien van dat openbaredienstcontract.
47. Anders dan NS en lenW menen, is het dus niet zo dat de ACM afzag van het uitvoeren van een EET omdat de HRN-concessie 2025-2033 *ten tijde van het bestreden besluit* nog niet gegund was. Zoals in het besluit werd geoordeeld, is doorslaggevend of de concessieverlening *ten tijde van de meldingen* al had plaatsgevonden.³¹ In het bestreden besluit werd het ankerpunt derhalve terecht vastgesteld op het moment dat de meldingen zijn gedaan in november 2023, specifiek op 9 november 2023, 12 november 2023 en 15 november 2023.³² De concessie is daarna gegund, op 21 december 2023. Dat het besluit vervolgens op 18 januari 2024 is genomen, maakt dit, gelet op het voorgaande, niet anders.
48. Uit het voorgaande volgt dat ook de heroverweging in bezwaar niet wordt beïnvloed door de omstandigheid dat er (inmiddels) sprake is van een gegunde HRN-concessie. Het uitgangspunt dat in bezwaar beslist wordt met inachtneming van alle feiten en omstandigheden die zich op dat moment voordoen, lijdt uitzondering als de toepasselijke regeling zich daartegen verzet.³³ Er zijn namelijk situaties waarin het meenemen van nieuwe feiten en omstandigheden van ná het eerdere besluit niet voor de hand ligt, bijvoorbeeld door de aard van het besluit. Dit doet zich onder andere voor bij besluiten waarbij de situatie op een bepaald tijdstip (peilmoment) of in een bepaald tijdvak bepalend is.³⁴
49. Daarvan is in dit geval naar het oordeel van de ACM sprake.
50. Een *ex nunc*-toepassing van deze termijnregeling in bezwaar kan er, anders dan NS en lenW bepleiten, niet toe leiden dat er alsnog een EET wordt uitgevoerd ten aanzien van de ten tijde van de melding niet gegunde HRN-concessie 2025-2033. Dit zou immers in feite tot gevolg hebben dat de datum van het indienen van het bezwaarschrift (of de datum van het bestreden besluit) het bepalende moment zou worden voor het in behandeling kunnen nemen van een EET. Daarmee zou afbreuk worden gedaan aan de norm van artikel 11 van de Herschikkingsrichtlijn, die vanuit het oogpunt van rechtszekerheid vergt dat de tot het doen van een aanvraag bevoegde partijen een dergelijke aanvraag binnen een maand na de opentoeegangsmelding indienen.
51. Gelet op het voorgaande kan de omstandigheid dat de HRN-concessie inmiddels gegund is, geen wijziging aanbrengen in de peilmomenten waarop de ACM haar beoordeling moet baseren.³⁵ Het ingediende bezwaar is geen nieuwe aanvraag tot het nemen van een besluit en het ankerpunt, zijnde de datum van de opentoeegangsmelding, blijft *ex nunc* toetsend hetzelfde. De bezwaren van NS en lenW op dit punt kunnen daarom niet tot een ander oordeel leiden.

4.3 Beoordeling bezwaren analoge toepassing artikel 5, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening

52. In het bestreden besluit oordeelde de ACM dat de Uitvoeringsverordening geen ruimte biedt om artikel 5, tweede lid, daarvan naar analogie toe te passen in een situatie van onderhandse gunning.³⁶

³¹ Bestreden besluit, rnr. 17.

³² ACM/IN/819860, ACM/IN/819887 en ACM/IN/822374 aangevuld met ACM/IN/822384.

³³ ABRvS 21 april 2021, ECLI:NL:RVS:2021:849, r.o. 15.

³⁴ ABRvS 28 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2571, r.o. 6.4.2 en Conclusie A-G Wattel, 11 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:738.

³⁵ Besluit van de ACM van 5 september 2023, ACM/UIT/604995, rnr. 41.

³⁶ Bestreden besluit, rnr. 14.

Ook na heroverweging in bezwaar komt de ACM tot het oordeel dat de door NS en IenW gewenste analoge toepassing niet mogelijk is. Dit licht zij hierna toe.

53. De Uitvoeringsverordening betreft, zoals benoemd in het bestreden besluit,³⁷ een uitputtende regeling die ook ten aanzien van onderhands gegunde concessies uitputtend bepaalt welke procedure en criteria de ACM dient toe te passen. In dit kader heeft de EC er bewust voor gekozen om artikel 5, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening alleen van toepassing te laten zijn in geval van een *concurrerend* aanbestedingsproces. Dit blijkt ook expliciet uit andere taalversies van die bepaling.³⁸ Nu bij de verlening van de HRN-concessie 2025-2033 geen sprake is van een concurrerend aanbestedingsproces, gaat artikel 5, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening in dit geval niet op.
54. Dat de ACM hiermee in strijd zou handelen met het gelijkheidsbeginsel, zoals NS meent, volgt de ACM niet. Het gelijkheidsbeginsel vergt dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld en dat ongelijke gevallen behandeld worden op een wijze die de mate van hun ongelijkheid weerspiegelt. In dit geval zijn er objectieve verschillen aan te wijzen tussen een aanbesteding enerzijds en een onderhandse gunning anderzijds, die in de context van de EET een verschillende procedurele behandeling rechtvaardigen. Dit zit met name in het moment waarop voor de (potentiële) gegadigde(n) van de concessie een verplichting ontstaat om bepaalde vervoersdiensten tegen een bepaalde prijs en voorwaarden uit te voeren.
55. In het geval van onderhandse gunning onder de Wp2000 is de (beoogd) vervoerder aan de verplichtingen uit de concessie gebonden zodra vier dagen zijn verstreken na de dag waarop het voorgenomen gunningsbesluit aan hem is bekendgemaakt.³⁹
56. In het geval van een aanbesteding ligt dit anders. Wordt een concessie aanbesteed, dan stelt de aanbestedende dienst als onderdeel van het bestek een termijn vast gedurende welke inschrijvers aan de door hen ingediende offertes gebonden zijn: de zogenoemde gestanddoeningstermijn. Die termijn gaat in op het moment van inschrijving.⁴⁰
57. Bij ontbreken van een overbruggingsregeling zoals artikel 5, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening zou een inschrijver op een aanbesteding als gevolg van de gestanddoeningstermijn op een zeer onrechtvaardige wijze benadeeld kunnen worden, indien na inschrijving – maar vóór gunning – melding wordt gemaakt van nieuw opentoegeangsvervoer. Deze inschrijver zou namelijk zijn bod gestand moeten doen, terwijl de aanwezigheid van de nieuwe vervoersdienst een mogelijk onaanvaardbaar negatieve impact zou hebben op de rentabiliteit van dat bod. Voor een gegadigde bij een onderhandse gunning geldt dit niet: zij kan zelfs na de bekendmaking van de voorgenomen gunning nog aanpassingen bedingen, mocht zij hiertoe aanleiding zien in het licht van een eventueel nieuw gemelde opentoegeangsdienst. Anders dan NS betoogt, vertaalt dit zich overigens niet in een verplichting voor de concessieverlener om de scope van de concessie aan te passen. Wel is dit een mogelijkheid.⁴¹
58. In de Uitvoeringsverordening is dan ook een gerechtvaardigd onderscheid gemaakt tussen onderhands gegunde concessies en aanbestede concessies, waarbij alleen voor die laatste categorie een beperkte overbruggingsregeling is gecreëerd die het mogelijk maakt uitvoering van de EET uit te stellen tot het moment waarop het openbaredienstcontract gegund is.

³⁷ Bestreden besluit, nr. 14.

³⁸ EN: “a public service contract... being competitively tendered”; FR: “un contrat de service public ... fait l'objet d'une mise en concurrence”.

³⁹ Artikel 29a van de Wp2000; TK 1999-2000, 27216, nr. 3, blz. 29-30.

⁴⁰ Zie ook: <https://www.piano.nl/nl/inkoopproces/fase-1-voorbereiden/voorbereiding-afsluiten>. Zie als voorbeeld van toepassing in een OV-context het bestek van 6 april 2017 voor de concessie voor openbaar vervoer in de regio Drechtsteden, Alblasserwaard, Vijfheerenlanden (DAV; deze concessie omvat onder andere de Merwede-Lingelijn), kenmerk 2015-0007638. Hierbij gold een gestanddoeningstermijn van 180 dagen (zie paragraaf 3.1.7).

⁴¹ Zie nr. 36 hiervoor.

-
59. Gelet op het voorgaande oordeelde de ACM in het bestreden besluit terecht dat er geen aanknopingspunten bestaan om artikel 5, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening naar analogie toe te passen in een situatie van onderhandse gunning. De ACM handelt daarmee niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel.
 60. Ook het betoog van lenW dat het bestreden besluit in strijd zou zijn met de uitgangspunten en systematiek van de PSO-verordening en Herschikkingsrichtlijn, gaat niet op. De ACM wijst allereerst op hetgeen zij hierover heeft overwogen in onderdeel 4.1 hiervoor, naar aanleiding van vergelijkbare bezwaren die de NS aanvoerde ten aanzien van de EU-rechtelijke systematiek. Daarenboven geldt, zoals hiervoor overwogen in randnummer 53, dat de Uitvoeringsverordening een uitputtende regeling vormt. In het licht hiervan ziet de ACM geen aanknopingspunten om artikel 5, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening analoog toe te passen.
 61. De bezwaren van NS en lenW over de analoge toepassing van artikel 5, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening slagen niet.

5 Besluit

De Autoriteit Consument en Markt:

- verklaart de bezwaren van N.V. Nederlandse Spoorwegen, statutair gevestigd te Utrecht, tegen het besluit van 18 januari 2024, met kenmerk ACM/UIT/611118, ongegrond;
- verklaart de bezwaren van de staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat gericht tegen het besluit van 18 januari 2024, met kenmerk ACM/UIT/611118, ongegrond;
- wijst het verzoek van N.V. Nederlandse Spoorwegen om vergoeding van de in de bezwaarfase gemaakte kosten af.

Den Haag, **8 november 2024**

Hoogachtend,

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

w.g.

mr. T.M. Snoep
Bestuursvoorzitter

Als u belanghebbende bent, kunt u beroep instellen tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde beroepschrift naar het College van Beroep voor het bedrijfsleven, Postbus 20021, 2500 EA 's-Gravenhage . Dit moet u doen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit bekend is gemaakt. Meer informatie over de beroepsprocedure vindt u op www.rechtspraak.nl.