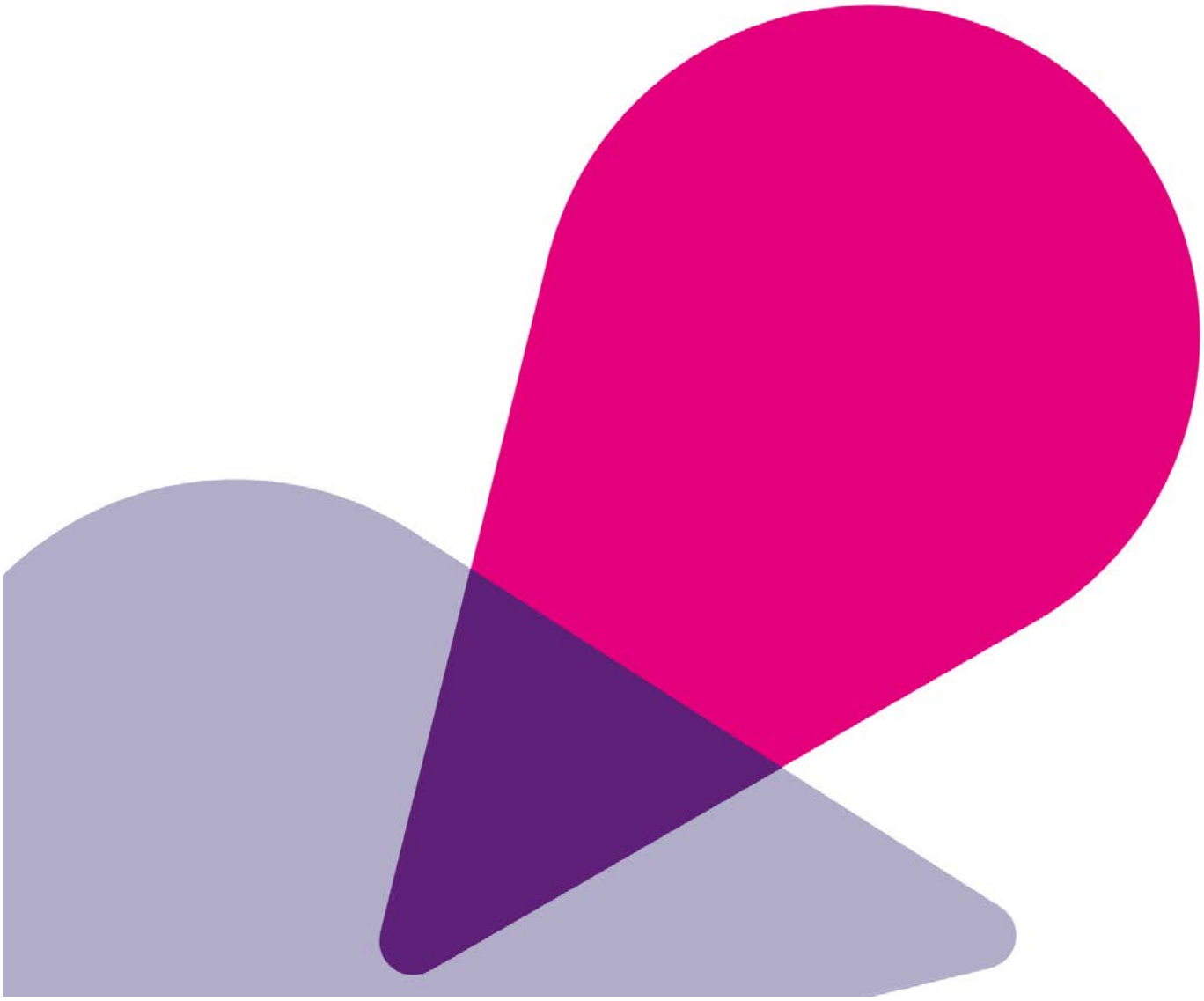
Autoriteit
Consument & Markt

Eerlijke kansen bij aanbestedingen van regionaal spoorvervoer

Update van de Quickscan personenvervoer 2013

Datum: 17 april 2019



Inhoud

1. Inleiding 4
- 1.1 Aanleiding en onderzoeksopdracht 4
- 1.2 Scope en werkwijze 5
- 1.3 Beoordelingskader 6

2. Kruissubsidiëring 10
- 2.1 Inleiding 10
- 2.2 Risico's op verstoring gelijk speelveld bij regionale aanbestedingen 10
- 2.3 Beheersmaatregelen 14

3. Toegang tot de spoorinfrastructuur en mogelijkheid tot ontwerpen van een betere dienstregeling 21
- 3.1 Inleiding 21
- 3.2 Toegang tot de spoorinfrastructuur 21
- 3.3 Ontwerpen van een betere dienstregeling 24

4. Toegang tot diensten en dienstvoorzieningen 26
- 4.1 Inleiding 26
- 4.2 Risico's op verstoring gelijk speelveld bij regionale aanbestedingen 26
- 4.3 Beheersmaatregelen 28

5. Ongelijke toegang tot data 30
- 5.1 Inleiding 30
- 5.2 Risico's op verstoring gelijk speelveld bij regionale aanbestedingen 30
- 5.3 Beheersmaatregelen 32

6. Beschikbaarheid van treinmaterieel 34
- 6.1 Inleiding 34
- 6.2 Risico's op verstoring gelijk speelveld bij regionale aanbestedingen 34
- 6.3 Beheersmaatregelen 37

7. Financiering van treinmaterieel 39
- 7.1 Inleiding 39
- 7.2 Risico's op verstoring gelijk speelveld bij regionale aanbestedingen 39
- 7.3 Beheersmaatregelen 41

8. Doorrijden op het hoofdrailnet 42
- 8.1 Inleiding 42
- 8.2 Risico's op verstoring gelijk speelveld bij regionale aanbestedingen 43
- 8.3 Beheersmaatregelen 45

9. ERTMS 46
- 9.1 Inleiding 46
- 9.2 Risico's op verstoring gelijk speelveld bij regionale aanbestedingen 46
- 9.3 Beheersmaatregelen 47

10. Mogelijkheid aanbieden enkelvoudig in- en uitchecken 48
- 10.1 Inleiding 48
- 10.2 Risico's op verstoring gelijk speelveld bij regionale aanbestedingen 48
- 10.3 Beheersmaatregelen 48

11. Strategische grond- en vastgoedposities 50
11.1 Inleiding 50
11.2 Risico's op verstoring gelijk speelveld bij regionale aanbestedingen 50
11.3 Beheersmaatregelen 51

Bijlage 1: overzicht geraadpleegde partijen

Bijlage 2: overzichtstabel risico's en beheersmaatregelen

Bijlage 3: overzicht decentrale concessies en vervoerders

1. Inleiding

1.1 Aanleiding en onderzoeksopdracht

De huidige marktordening in de spoorsector is gebaseerd op een concessiestelsel, waarbij een vervoerder in het concessiegebied het alleenrecht krijgt om openbaar vervoersdiensten aan te bieden. Het hoofdrailnet (hierna: HRN) is tot 2025 onderhands gegund aan N.V. Nederlandse Spoorwegen (hierna: NS) en de decentrale spoorlijnen worden openbaar aanbesteed. Dit betekent dat NS kan meebieden op regionale lijnen, maar regionale vervoerders (zoals Arriva, Keolis en Connexxion) omgekeerd niet op het hoofdrailnet.

Met de inwerkingtreding van het Vierde Spoorwegpakket[1] wordt het '*recht op open toegang*' voor binnenlands personenvervoer geïntroduceerd. Dankzij dit recht krijgen vervoerders de mogelijkheid om met ingang van het dienstregelingsjaar 2021 binnenlands personenvervoer per trein uit te voeren zonder dat zij beschikken over een concessie. Voor het hoofdrailnet is gebruik gemaakt van een overgangsmaatregel, waardoor de regionale vervoerders en eventuele nieuwe toetreders tot 2025 nog geen recht op open toegang hebben tot het HRN.

Onregelmatigheden aanbesteding Limburg
In 2015 besloot NS vanwege geconstateerde onregelmatigheden bij de aanbesteding van de Limburg-concessie om in de periode 2016-2019 niet meer mee te dingen bij aanbestedingen van regionaal spoorvervoer. Recentelijk heeft NS laten weten weer mee te willen bieden op de regionale lijnen. Door regionale vervoerders is de zorg geuit dat in geval van deelname van NS aan dergelijke aanbestedingen, er vanwege haar beschermde positie op het HRN geen sprake is van een gelijk speelveld.

Verzoek IenW aan ACM naar aanleiding van Motie-Ziengs
Op 6 maart 2018 heeft de Tweede Kamer een motie van het Kamerlid Ziengs aangenomen[2] waarbij de regering wordt verzocht een update uit te voeren van de *Quickscan personenvervoer 2013* (hierna: Quickscan). [3]

Naar aanleiding van deze motie heeft de Autoriteit Consument en Markt (hierna; ACM) op 4 juni 2018 van de staatssecretaris van IenW het verzoek ontvangen om een update van de Quickscan uit te voeren.[4] In de brief vraagt de Staatssecretaris de ACM om de update van de Quickscan uit te breiden met *"alle facetten die van belang zijn voor een gelijk speelveld bij regionale aanbestedingen, zoals de reizigersopbrengsten of voordelen uit exploitatie van het hoofdrailnet en materieel die doorwerken in de regio."*

De ACM is specifiek gevraagd aandacht te besteden aan de risico's die zijn opgetreden in het kader van een gelijk speelveld en die kunnen optreden maar zich (nog) niet hebben voorgedaan. Ook is de ACM verzocht aan te geven in hoeverre ingezette beheersmaatregelen, zoals het ex ante toezicht bij diensten en voorzieningen, de risico's in voldoende mate ondervangen.

[1] Met de invoering van het Vierde Spoorwegpakket worden de spoormarkten verder opengesteld voor concurrentie. Ten behoeve hiervan zijn de Spoorwegwet en de Wet personenvoer 2000 gewijzigd.
[2] Motie Ziengs, 6 maart 2018, 29 984, nr. 759.
[3] www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12277/Quickscan-personenvervoer-per-spoor-2013
[4] Brief staatssecretaris Van Veldhoven van 4 juni 2018, kenmerk IenW/BSK-2018/106138.

1.2 Scope en werkwijze

Scope
In de Quickscan heeft de ACM een analyse uitgevoerd naar de knelpunten die regionale vervoerders ervaren bij het krijgen van toegang tot diensten en voorzieningen van NS. De analyse heeft ertoe geleid dat de ACM in 2015 de bevoegdheid heeft gekregen om ex ante toezicht te houden op de tarieven en voorwaarden van exploitanten van dienstvoorzieningen bij regionale aanbestedingen.[5] Dit moet bijdragen aan een gelijk speelveld bij regionale aanbestedingen.

In deze update van de Quickscan heeft de ACM bekeken of spoorvervoerders nog (steeds) knelpunten ervaren bij het verkrijgen van toegang tot diensten en voorzieningen. Daarnaast heeft de ACM – zoals verzocht – met deze update van de Quickscan tevens naar andere facetten gekeken die van belang zijn voor een gelijk speelveld bij regionale aanbestedingen.

De ACM benadrukt dat zij met het uitvoeren van de (update) van de Quickscan geen uitvoering geeft aan een wettelijke taak, maar op verzoek van de staatssecretaris van IenW een inventarisatie maakt van risico's op een verstoring van een gelijk speelveld en inzicht biedt – op grond van haar mededingingsexpertise en toezichtservaring uit de praktijk – in de mate waarin de huidige beheersmaatregelen toereikend zijn om deze risico's te ondervangen. Voor een aantal risico's benoemt de ACM mogelijkheden om de huidige beheersmaatregelen aan te vullen en/of te versterken. Voor deze update van de Quickscan heeft de ACM zich gebaseerd op de huidige marktordening en eerdere besluiten van de ACM waarin (relevante) markten zijn afgebakend.

Deze update van de Quickscan betreft een kwalititatieve inschatting van mogelijke problemen en heeft daarom niet het karakter van een marktanalysebesluit waaruit rechten en/of verplichtingen voor bepaalde partijen volgen.

Conform de onderzoeksopdracht heeft de update van de Quickscan van de ACM betrekking op aanbestedingen van regionale *spoor*concessies en is geen onderzoek gedaan naar risico's op een verstoring van een gelijk speelveld bij aanbesteding van andere vervoermodaliteiten zoals bus, tram en metro. Daarbij merkt de ACM op dat in de praktijk er sprake is van multimodale concessies en dat de gesignaleerde risico's op een verstoring van het gelijke speelveld zich mogelijk ook kunnen voordoen bij aanbestedingen van andere vervoerconcessies, bijvoorbeeld busconcessies.

Werkwijze
In de zomer van 2018 heeft de ACM in het kader van de Spoormonitor aan een groot aantal partijen in de spoorsector vragenlijsten toegestuurd en interviews afgenomen. Daarbij is deze partijen specifiek gevraagd naar bestaande en mogelijke toekomstige risico's op verstoring van het gelijke speelveld bij aanbestedingen van regionaal spoorvervoer.

Dit heeft geresulteerd in een *longlist* met issues die in de gesprekken zijn genoemd. Voor elk van deze issues heeft de ACM een inschatting gemaakt van de mogelijke impact van deze risico's op het gelijke speelveld. Op basis hiervan zijn tien risico's geïdentificeerd die in deze update van de Quickscan nader zijn geanalyseerd.[6] Voor elk van deze tien risico's is nader onderzoek gedaan om te bepalen of de huidige beheersmaatregelen voldoende zijn. Hiervoor is gericht informatie opgevraagd bij diverse partijen en zijn aanvullende gesprekken gevoerd.

[5] De ex ante bevoegdheid heeft betrekking op de categorie 2a, f en i dienstvoorzieningen uit Bijlage II van richtlijn 2012/34/EU. Dit betreffen voornamelijk dienstvoorzieningen van NS en ProRail.
[6] Vrijwel alle issues uit de longlist houden verband met de 10 geïndentificeerde risico's die in deze update van de quickscan zijn geanalyseerd.

Op basis van deze informatie is een conceptrapport opgesteld. Dit conceptrapport is voor een toets op feitelijke onjuistheden voorgelegd aan de NS, de regionale vervoerders, de decentrale concessieverleners (Provincies), ProRail en de Federatie Mobiliteitsbedrijven Nederland (FMN). In bijlage 1 is een totaaloverzicht opgenomen van de bij deze update van de Quickscan betrokken partijen.

1.3 Beoordelingskader

Begripsbepaling gelijk speelveld
Bij een 'gelijk speelveld' krijgt elke vervoerder een eerlijke kans om een spoorconcessie te winnen. Dat betekent niet dat de uitgangspositie voor elke aanbieder gelijk moet zijn. De uitgangsposities kunnen verschillen, bijvoorbeeld als één vervoerder beschikt over bepaalde schaal- en/of netwerkvoordelen. Hiermee kan deze partij kostenvoordelen behalen waarvan de reiziger profiteert. Dat beschouwt de ACM als gezonde concurrentie. Door efficiënter te werken, een hogere kwaliteit te leveren of te innoveren heeft iedere aanbieder een kans om een spoorconcessie te winnen, op basis van eigen verdienste.

In de eerste plaats dient de concessieverlener in overeenstemming met het aanbestedingsrecht te voorzien in een gelijk speelveld. Een aanbestedende dienst moet de inschrijvers in gelijke mate op een eerlijke manier in staat stellen om een concurrerende inschrijving te doen. Het aanbestedingsrecht ziet erop dat de procedure voldoet aan het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het proportionaliteitsbeginsel.

Met deze spelregels zouden aanbestedingen eerlijk moeten verlopen. Maar ook al is dat het geval, dan nog kan er sprake zijn van een verstoring van het gelijke speelveld. Er kunnen namelijk specifieke redenen zijn waarom niet alle vervoerders in staat zijn een concurrerende inschrijving te doen.

Verstoring van het gelijke speelveld door het uitoefenen van marktmacht
De eerste oorzaak van een verstoring van het gelijke speelveld is dat een marktpartij in staat is marktmacht uit te oefenen, dat kan resulteren in uitbuitings- of uitsluitingsgedrag. Dit stond ook centraal in de analyse van de Quickscan personenvervoer 2013 (zie onderstaand kader).

Quickscan personenvervoer 2013
In de Quickscan 2013[7] is uiteengezet dat partijen met een economische machtspositie zich onafhankelijk van concurrenten en afnemers kunnen gedragen. In markten die een monopoliestructuur hebben als gevolg van exclusieve of bijzondere rechten is het belangrijk om deze historische context in ogenschouw te nemen bij de analyse van marktmacht. In een concurrerende markt kan een onderneming door beter, efficiënter of slimmer te zijn dan haar concurrentie uiteindelijk een economische machtspositie opbouwen. In markten die voorheen werden gekenmerkt door overheidsmonopolies, en waarin marktwerking wordt geïntroduceerd, heeft de voormalig monopolist vaak nog een economische machtspositie. Die positie is niet het gevolg van beter slimmer of efficiënter opereren door de onderneming zelf, maar het gevolg van verkregen exclusieve of bijzondere rechten.

Netwerksectoren worden gekenmerkt door infrastructuren met hoge verzonken kosten, schaal- en synergievoordelen en netwerkexternaliteiten. Deze kenmerken kunnen ervoor zorgen dat bepaalde faciliteiten zoals het spoornetwerk moeilijk rendabel te repliceren zijn. Een onderneming die als enige beschikt of de controle heeft over een faciliteit die essentieel is voor het aanbieden van diensten beschikt al snel over een economische machtspositie indien deze faciliteit moeilijk te repliceren is.[8]

[7] Quickscan personenvervoer per spoor 2013, p. 19.
[8] Idem, p. 20.

Het eigendom van niet of moeilijk te repliceren faciliteiten kan op verschillende manieren mededingingsbeperkend worden ingezet door de onderneming die over deze faciliteit beschikt. Er kan onderscheid worden gemaakt tussen uitsluitings- en uitbuitingsgedrag of een combinatie hiervan. Bij uitsluiting versterkt de onderneming haar eigen positie door die van haar concurrenten op een oneigenlijke manier te verzwakken of toetreding te bemoeilijken. Een voorbeeld is leveringsweigering en het hanteren van roofprijzen. Bij uitbuiting gebruikt de onderneming zijn economische machtspositie om voordelen te behalen die hij in normale marktomstandigheden niet blijvend zou kunnen behalen. Een voorbeeld is het opleggen van onbillijke prijzen of andere onbillijke voorwaarden.

Daar waar NS beschikt over faciliteiten die voor de alternatieve spoorvervoerders essentieel zijn bij het doen van een concurrerende bieding conform de aanbestedingseisen heeft NS de mogelijkheid om de kosten en het kwaliteitsniveau van haar concurrenten te beïnvloeden.[9].

Als een voormalige monopolist (incumbent) beschikt over een economische machtspositie, dan kunnen er aanvullende regels nodig zijn om te zorgen dat er effectieve concurrentie kan ontstaan. Symmetrische regels (die voor iedereen gelijk zijn) hebben daarbij de voorkeur, maar bij marktfalen kan er een noodzaak zijn voor (tijdelijke) asymmetrische regels om het speelveld te effenen.[10]

Verstoring van het gelijke speelveld door specifieke oorzaken
Er kunnen ook andere specifieke oorzaken zijn voor een verstoring van een gelijk speelveld die niet uitsluitend gerelateerd zijn aan het uitoefenen van marktmacht door een marktpartij.

De ACM is in 2018 op verzoek van de Tweede Kamer in een technische briefing[11] onder andere ingegaan op hoe zij aankijkt tegen het begrip gelijk speelveld bij aanbestedingen. In deze briefing zijn door de ACM drie relevante randvoorwaarden benoemd, namelijk:

- het beperken van de risico's van discriminatoire bevoordeling;
- het toepassen van symmetrische regels, zodat dezelfde niet-discriminerende regels van toepassing zijn voor alle bedrijven; en
- het borgen van gelijke toegang tot relevante informatie.

Dit standpunt van de ACM sluit aan bij eerdere opvattingen van het Centraal Planbureau (CPB) hierover. Voor een goed begrip hiervan zijn deze in het onderstaande kader samengevat.

CPB: belang symmetrische regels voor gelijk speelveld
Het CPB[12] publiceerde in 2003 een rapport waar zij ingaat op de verschillende definities van een gelijk speelveld. Het CPB maakt een onderscheid tussen een gelijk speelveld met betrekking tot regels en een gelijk speelveld met betrekking tot uitkomst.

Een speelveld is gelijk in termen van regels wanneer de regels symmetrisch zijn: dezelfde niet-discriminerende regels zijn van toepassing voor alle (verschillende) bedrijven in een markt. Ofwel alle regels zijn hetzelfde voor alle bedrijven. Bedrijven hebben een gelijk speelveld in termen van uitkomst wanneer ze dezelfde kenmerken bezitten (bijvoorbeeld dezelfde productiekosten en strategische mogelijkheden) en de regels symmetrisch zijn. Alle bedrijven hebben dan een gelijke verwachte winst. Wanneer bedrijven niet dezelfde kenmerken bezitten, kan de overheid een gelijk speelveld in termen van uitkomst creëren door het bedrijf met een concurrentienadeel te compenseren (bijvoorbeeld via subsidies).[13]

[9] Idem, p. 21.

[10] www.cpb.nl/publicatie/gelijke-regels-gelijke-kansen-het-begrip-gelijk-speelveld-verduidelijkt
[11] Technische briefing van 22 februari 2018 https://www.acm.nl/nl/publicaties/spreektekst-henk-don-technische-briefing-spoorordening-tweede-kamer
[12] CPB Document, Equal rules or Equal Opportunities? Demystifying Level Playing Field, no. 34, October 2003.
[13] Idem, p. 7-8.

Het CPB concludeerde dat een gelijk speelveld met betrekking tot regels over het algemeen wenselijk is en leidt tot welvaartsoptimalisatie. Het houdt in dat voor alle marktpartijen symmetrische regels gelden en deze regels voor alle partijen op een eenduidige manier worden gehanteerd. Hierbij wordt met regels alle vormen van overheidsbeleid bedoeld, dus niet alleen wetten, maar bijvoorbeeld ook subsidies.[14] Op deze manier kunnen ondernemingen binnen de markt onder dezelfde voorwaarden concurreren. Wanneer een bedrijf een concurrentievoordeel behaalt onder dezelfde voorwaarden, betekent dit dat het efficiënter of innovatiever is dan zijn concurrenten.

Een gelijk speelveld met betrekking tot uitkomst zal in de meeste gevallen niet ten goede komen van de welvaart. Over het algemeen zijn verschillen tussen bedrijven juist gunstig voor welvaart: de aanwezige productiemiddelen worden zo efficiënt mogelijk gebruikt indien bedrijven hun comparatieve voordelen kunnen benutten om consumenten aan te trekken (statische efficiëntie).[15] Statische efficiëntie kan toenemen indien ongelijke kenmerken van bedrijven die tot marktfalen leiden, worden gecorrigeerd. De overheid kan concurrentie bevorderen door via beleidsmaatregelen zulke verstorende ongelijkheden tussen bedrijven te effenen.[16]

Beoordeling risico's op verstoring van het gelijke speelveld

Om de risico's op verstoring van het gelijke speelveld te kunnen beoordelen, heeft de ACM in eerste instantie bekeken of de ervaren knelpunten kunnen resulteren in een significant concurrentievoordeel voor een vervoerder (of nadeel voor een andere vervoerder) bij de aanbesteding van een regionale concessie. Dit concurrentievoordeel zou tot uitdrukking moeten komen in de mogelijkheid om een beter bod uit te brengen ten opzichte van andere vervoerders. Daarbij is tevens de *mate van waarschijnlijkheid* beoordeeld dat dit concurrentievoordeel in de praktijk behaald kan worden. Ter illustratie: een vervoerder kan mogelijk een concurrentievoordeel behalen omdat hij beschikt over tweedehands materieel, maar als concessieverleners bij een aanbesteding de eis opnemen dat er gereden moet worden met nieuwe treinen, dan is het minder waarschijnlijk dat een vervoerder met tweedehands materieel daadwerkelijk een beter bod kan uitbrengen.

Dat een partij beschikt over een concurrentievoordeel wil echter nog niet zeggen dat er sprake is van een verstoring van het gelijke speelveld. Een vervoerder kan immers efficiënter of innovatiever zijn dan haar concurrenten. Daarom is voor elk van de onderzochte risico's bekeken wat de *oorzaak* is van het concurrentievoordeel en of dit samenhangt met de hiervoor genoemde oorzaken van een verstoring van het gelijke speelveld. In lijn met het voorgaande heeft de ACM de risico's op verstoring van het gelijke speelveld beoordeeld aan de hand van de volgende vragen:

1. Leidt een risico tot een significant concurrentievoordeel bij aanbesteding van regionale concessies? Zo ja, dan vraag 2.
2. Voldoet het risico aan één van de vereisten voor verstoring van het gelijke speelveld:
    a. Is er een risico dat een vervoerder door het uitoefenen van marktmacht de concurrentie bij een regionale aanbesteding kan beperken?
    b. Is er sprake van, of een risico op, discriminatoire bevoordeling?
    c. Is er sprake van asymmetrische regels?
    d. Is er sprake van, of een risico op, ongelijke toegang tot relevante data voor vervoerders?

[14] Idem, p. 7-8.
[15] Idem, p. 9.
[16] Idem, p. 9.

Leeswijzer

De hoofdstukken 2 t/m 12 bevatten de inhoudelijke analyse van de ACM van de tien onderzochte risico's op een verstoring van het gelijke speelveld. Waar mogelijk en relevant is daarbij onderscheid gemaakt tussen risico's die reeds zijn opgetreden en toekomstige risico's. Elk hoofdstuk bevat een overzicht van de bestaande beheersmaatregelen om de geschetste risico's te ondervangen en mogelijke aanvullende beheersmaatregelen. Bijlage 2 bevat een totaaloverzicht van de geïdentificeerde risico's, de bestaande beheersmaatregelen en mogelijke aanvullende beheersmaatregelen. In bijlage 3 is een overzicht opgenomen van de concessiegebieden.

2. Kruissubsidiëring

2.1 Inleiding

FMN ziet kruissubsidiëring als de grootste bedreiging voor een gelijk speelveld bij aanbestedingen van regionaal spoorvervoer.[17] FMN stelt daarbij dat NS de mogelijkheid en prikkel heeft om de prijzen van de diensten die in concurrentie (bij aanbesteding) verworven worden, te subsidiëren met inkomsten uit andere activiteiten, zoals de exploitatie van het HRN, vastgoed en de exploitatie van stations. Volgens FMN is er geen enkele regulatoire of boekhoudkundige beperking, zodat er geschoven kan worden met geld:

(i) tussen investeringen en kosten enerzijds, en baten anderzijds;
(ii) tussen IC-opbrengsten en sprinterdiensten;
(iii) tussen HRN en regionale (aanbestede) lijnen, of tussen HSL en HRN, of tussen HSL en regionale (aanbestede lijnen);
(iv) tussen activiteiten in het binnen- en buitenland;
(v) tussen vastgoed en personenvervoer;
(vi) tussen retail en personenvervoer;
(vii) tussen subsidies die NS voor specifieke lijnen en diensten ontvangt, en de exploitatie van andere personenvervoersdiensten; en
(viii) tussen dienstverlening aan andere vervoerders (bv. reizigersinformatiediensten of beschikbaarstelling van stationsvoorzieningen) en het personenvervoer.[18]

Ter onderbouwing van deze stellingname verwijst FMN naar de jaarcijfers van NS en de rendementen die gemaakt worden, het boetebesluit van de ACM over de aanbesteding in Limburg of de uitspraken van NS over de overwinsten van de IC-diensten die compenseren voor de volgens NS verlieslatende sprinterdiensten.

In dit hoofdstuk analyseren we de mogelijkheid en prikkels voor NS en andere vervoerders om te kruissubsidiëren en in welke situatie kruissubsidiëring het gelijke speelveld kan verstoren.

2.2 Risico's op verstoring gelijk speelveld bij regionale aanbestedingen

Voordat we ingaan op de risico's van kruissubsidiëring bij aanbestedingen, geven we eerst een nadere invulling van het begrip kruissubsidiëring.

Definitie kruissubsidie in relatie tot aanbestedingen spoorvervoer
Een gebruikelijke definitie van kruissubsidie is gedrag van een onderneming waarbij een product of dienst onder de *incrementele*[19] kosten wordt aangeboden (doelkant van kruissubsidie) en het verlies wordt gedekt uit de positieve kasstromen in een andere markt (bronkant van kruissubsidie).[20] [21] [22]

[17] FMN, aandachtspunten Spoormonitor 2018, d.d. 5 september 2018.
[18] Idem.
[19] De incrementele kosten (van een product of dienst) zijn de extra kosten die door dat product of die dienst worden veroorzaakt. De incrementele kosten van een concessie: totale kosten van de onderneming bij het winnen van de concessie minus de totale kosten van de onderneming bij het niet winnen van de concessie.
[20] Cross-Subsidy: Pricing below incremental costs in one market and covering those losses out of the positive cash flows from another market. Journalists sometimes label differential mark-ups above incremental costs as involving cross-subsidies, but such price differentiation may reflect demand elasticities, such that both customer types are contributing to covering joint costs. Bron: Body of Knowledge on Infrastructure Regulation (http://regulationbodyofknowledge.org/glossary/c/cross-subsidy/).
[21] Besluit van de Europese Commissie in case COMP/35.141 — Deutsche Post AG van 20 maart 2001: "*From an economic point of view, cross-subsidisation occurs where the earnings from a given service do not suffice to cover the incremental costs of providing that service*."

In de context van de aanbesteding van regionale concessies is sprake van kruissubsidiëring (aan de doelkant) indien voor alle activiteiten en over de gehele duur van de concessie de verwachte (incrementele) kosten (inclusief de kosten voor het aantrekken van kapitaal) hoger zijn dan de verwachte opbrengsten, bestaande uit de som van reizigersopbrengsten en subsidie. In die situatie is het verwachte interne rendement (ofwel '*internal rate of return*', 'IRR') lager dan de vermogenskostenvoet[23] (ofwel '*weighted average cost of capital*', 'WACC'). Dit wordt hierna aangeduid als een verlieslatend bod.

Het is van belang dat het interne rendement wordt berekend met een realistische schatting en toerekening van kosten en opbrengsten. Er kan ook sprake zijn van kruissubsidie indien het rendement aan de doelkant voldoende hoog lijkt maar de kosten te laag zijn geschat of de opbrengsten te hoog. Evenzo is van belang dat er sprake is van realistische interne prijzen (transferprijzen) voor diensten die intern worden geleverd aan het bedrijfsonderdeel aan de doelkant van kruissubsidie. Te lage transferprijzen (lager dan marktconforme prijzen) zijn de facto te laag vastgestelde kosten en kunnen ook resulteren in kruissubsidie. In dit hoofdstuk wordt uitgegaan van een rendement dat is berekend bij een reële schatting en toerekening van kosten en opbrengsten en een reële transferprijs. Bij een eventuele toets op kruissubsidie moet dat echter wel worden geverifieerd.

Het voorgaande betekent dat gekruissubsidieerde activiteiten (doelkant) verlieslatend worden aangeboden ofwel dat het verwachte rendement van die activiteiten onder het normrendement ligt. Het is dus niet zo dat er bij kruissubsidiëring sprake is van een in de boekhouding expliciet zichtbare overheveling van winsten van de ene naar de andere activiteit. Die overheveling van winst is impliciet in de zin dat op bepaalde activiteiten winst wordt gemaakt (bronkant kruissubsidie) en op andere activiteiten verlies (doelkant kruissubsidie).

Om een inschatting te maken van de risico's op verstoring van het gelijke speelveld door kruissubsidiëring gaan we achtereenvolgens in op de volgende vragen:

- Wanneer is kruissubsidie een verstoring van het gelijke speelveld?
- Is er een risico op kruissubsidie die het gelijke speelveld verstoort en zo ja in welke situatie?
- Zijn er aanwijzingen voor reeds opgetreden kruissubsidie of verlieslatende biedingen?

Wanneer is kruissubsidie een verstoring van het gelijke speelveld?
Kruissubsidie is geen probleem indien er sprake is van een goede marktwerking (effectieve concurrentie). Er is geen probleem als een bakker verliesgevend krentenbollen verkoopt en dat verlies goed maakt met de winst op brood. Ook is er geen probleem indien een krant nieuwe abonnees werft met lage prijzen voor de eerste maanden van een abonnement en die goedmaakt met de hogere definitieve abonnementsprijs. Marktpartijen kunnen prikkels hebben om bepaalde producten (of gebruikersgroepen) onder de kostprijs aan te bieden en het verlies goed te maken uit andere producten (of gebruikersgroepen) of uit een latere hogere prijs van hetzelfde product. Bij een goede marktwerking kunnen alle aanbieders dergelijke prijzen hanteren en is er geen verstoring van het gelijke speelveld.

Kruissubsidie resulteert pas in een verstoring van het gelijke speelveld indien de kruissubsidie wordt toegepast door een partij met een economische machtspositie. De effectieve concurrentie op een bepaalde

[22] Soms wordt aan de doelkant een ruimere definitie van kruissubsidie gehanteerd waarbij al bij prijzen onder de integrale kosten sprake kan zijn van kruissubsidie. Bij integrale kosten wordt een proportioneel deel van de gemeenschappelijke kosten van verschillende activiteiten toegerekend. Bij incrementele kosten is dat niet het geval. Aan de bronkant wordt soms een engere definitie gehanteerd door daar uit te gaan van de zogenoemde *stand-alone* kosten, die boven de integrale kosten liggen. Zie bijvoorbeeld Besluit van de Europese Commissie in case COMP/35.141 — Deutsche Post AG van 20 maart 2001: "*There is another service or bundle of services the earnings from which exceed the stand-alone costs. The service for which revenue exceeds stand-alone cost is the source of the cross-subsidy and the service in which revenue does not cover the incremental costs is its destination*." Voor dit advies is het verder niet relevant of van de enge dan wel ruime definitie wordt uitgegaan.
[23] Vereiste rendement om kapitaal aan te trekken.

markt wordt daarmee beperkt, bijvoorbeeld met verlieslatende biedingen. Het doel van een verlieslatend bod aan de doelkant kan bijvoorbeeld zijn om toetreding aan de bronkant van de kruissubsidie te voorkomen.[24] In dergelijke situaties kan een partij met een economische machtspositie het verlies elders en/of in de toekomst compenseren, bijvoorbeeld door prijzen in de afwezigheid van voldoende concurrentiedruk elders te verhogen, terwijl zijn concurrenten zonder die economische machtspositie daartoe niet in staat zijn. Dat laatste geeft een verstoring van het gelijke speelveld.

In termen van het voorbeeld van de bakker zou het gelijke speelveld worden verstoord indien een bakker met een economische machtspositie op brood verliesgevend krentenbollen aanbiedt en daarmee (potentiële) voordelen behaalt op de markt voor brood, bijvoorbeeld doordat toetreding op de markt voor brood wordt voorkomen of de kans daarop wordt verlaagd.

Risico op kruissubsidie die het gelijke speelveld verstoort
Gelet op het voorgaande gaat de ACM daarom eerst in op de vraag op welke markten mogelijk sprake kan zijn van een economische machtspositie. Hierbij baseert de ACM – zoals toegelicht in paragraaf 1.2 – op bestaande onderzoeken en besluiten, de ACM heeft in het kader van dit advies niet in formele zin een marktanalyse verricht.

FMN geeft aan dat er sprake is van één markt voor personenspoorvervoer in Nederland en dat NS daarop evident een economische machtspositie heeft. FMN stelt dat ook indien sprake is van aparte regionale markten, NS op die regionale markten beschikt over een economische machtspositie omdat NS in staat is de macht uit het hoofdrailnet (hierna: HRN) over te hevelen naar de regionale markten.

Uit de marktafbakening in het besluit NS-Limburg[25] blijkt dat er sprake is van een relevante markt voor de exploitatie van de HRN-concessie. Op die markt heeft NS een machtspositie.[26]

Het is vooralsnog aannemelijk dat in de komende jaren op de aan te besteden regionale concessies geen sprake is van economische machtsposities – noch van NS noch van andere partijen – in een situatie dat NS kan meebieden. Arriva heeft op het totaal van de regionale concessies een marktaandeel van ca. 85% gemeten in treinkilometers.[27] Dat is weliswaar een hoog marktaandeel, maar het gaat hier om aanbestedingsmarkten (biedmarkten) waar marktaandeel minder belangrijk is. Belangrijker is het aantal biedende partijen in een aanbesteding en de concurrentiekracht daarvan. In de situatie dat NS kan meebieden, zal Arriva in ieder geval moeten concurreren met een potentieel bod van NS. Daarnaast zijn er nog (potentiële) biedingen van bijvoorbeeld Connexxion, QBuzz en Keolis. Dat maakt een economische machtspositie van Arriva vooralsnog niet aannemelijk. Het grote marktaandeel van Arriva op regionale concessies, betekent naar het oordeel van de ACM wel dat de (potentiële) concurrentiedruk van NS belangrijk is. De ACM komt hier op terug bij de bespreking van de mogelijke extra beheersmaatregel die een verbod inhoudt op meebieden van NS (zie paragraaf 2.3.2).

Samenvattend lijkt op de markt(en) van de regionale concessies op voorhand geen sprake van een economische machtspositie van vervoerders.[28] De ACM onderschrijft dan ook niet de stelling van FMN dat

[24] Een ander doel kan zijn om een economische machtspositie te verkrijgen aan de doelkant van kruissubsidie.
[25] Boetebesluit ACM Limburg, d.d. 22 mei 2017, www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/17379_besluit-boete-ns-voor-misbruik-machtspositie-bij-limburgse-aanbesteding-29-06-2017.pdf. Dit besluit staat nog niet in rechte vast, omdat NS tegen dit besluit in beroep is gegaan.
[26] De bron van die machtspositie is dat het HRN (tot nog toe) steeds onderhands aan de NS wordt gegund en dus niet in concurrentie met andere partijen is verworven, Dat maakt de HRN concessie fundamenteel anders dan regionale concessies die wel via een aanbesteding worden verworven.
[27] ACM, spoormonitor 2018. www.acm.nl/nl/publicaties/acm-spoormonitor-2018.
[28] Ook is niet duidelijk via welk mechanisme een economische machtspositie op de markt(en) van regionale concessies kan worden verkregen door de aanwending van een economische machtspositie op een aanpalende markt.

sprake is van dominantie van NS op regionale markten. De ACM acht het wel een reële mogelijkheid dat NS haar economische machtspositie op het HRN behoudt.[29]

Naar het oordeel van de ACM is er in de context van aanbestedingen van spoorconcessies een risico op speelveld verstorende kruissubsidie door NS in de situatie waarin sprake is van een economische machtspositie van NS en er prikkels bestaan voor NS in een aanbesteding een concurrent uit te sluiten. Een dergelijke prikkel bestaat bijvoorbeeld indien de uitkomst van een regionale aanbesteding potentiële positieve effecten heeft op de positie van NS op het HRN. Het winnen van een regionale aanbesteding kan bijvoorbeeld als gevolg hebben dat concurrentie op het HRN wordt voorkomen of beperkt. De prikkel tot het doen van een verlieslatend bod bestaat er dan uit dat een verlies op de regionale concessie wordt gecompenseerd met het voorkomen of verminderen van (of beperken van de kans op) concurrentie op (delen van) het HRN. In een dergelijk geval wordt het gelijke speelveld verstoord.

De ACM is van oordeel dat bij aanbesteding van regionale concessies voor spoorvervoer sprake kan zijn van mededingingsbeperkende prikkels voor NS. Het is echter ook mogelijk dat deze prikkels (bij bepaalde aanbestedingen) niet aanwezig zijn. Op voorhand kan de ACM niet aangeven bij welke aanbestedingen dergelijke prikkels aanwezig zijn: dit moet van geval tot geval (per aanbesteding) worden beoordeeld. Hieruit volgt dat de ACM rekening moet houden met beide situaties.

De ACM acht het niet aannemelijk dat er bij andere partijen dan NS dergelijke prikkels bestaan op basis van een eventuele machtspositie buiten Nederland. Zo is niet duidelijk hoe partijen met een verlieslatend bod in een regionale concessie een eventuele machtspositie in het buitenland zouden kunnen verstevigen of daar een potentieel positief effect kunnen doen ontstaan.[30] In een dergelijke situatie wordt het verlies niet elders gecompenseerd en ontbreekt een prikkel voor kruissubsidie. Omdat voor andere partijen dan NS een machtspositie in Nederland of prikkels in relatie met een machtspositie buiten Nederland, niet aannemelijk zijn, concludeert de ACM dat een risico op ongeoorloofde kruissubsidie in relatie tot een machtspositie door andere partijen dan NS niet aannemelijk is.

Indien er in de situatie zonder een economische machtspositie (of prikkels die voortvloeien uit een dergelijke positie) toch sprake is van een verlieslatend bod (en mogelijk kruissubsidie[31]) van NS of andere vervoerders op een regionale concessie, dan resulteren die naar het oordeel van de ACM niet in een verstoring van het gelijke speelveld. Partijen die zonder een economische machtspositie om welke reden dan ook kiezen voor een verlieslatend bod, hebben in dat geval immers geen mededingingsbeperkend concurrentievoordeel ten opzichte van andere bieders. Indien bijvoorbeeld een buitenlandse partij er voor kiest een verlieslatend bod op een regionale concessie te doen en daarmee de Nederlandse reiziger en/of belastingbetaler te subsidiëren, dan heeft dat naar verwachting een positief effect op de welvaart in Nederland.

Aanwijzingen voor reeds opgetreden kruissubsidie
In het kader van deze update van de Quickscan heeft de ACM geen boekhoudkundige controles uitgevoerd bij NS om te controleren of er in de praktijk sprake is van kruissubsidiëring.

[29] Mogelijk neemt de omvang van het HRN af, indien delen daarvan worden aanbesteed, maar een machtspositie op het resterende deel van het HRN blijft mogelijk.
[30] Zoals opgemerkt in voetnoot 28 is andersom niet duidelijk via welk mechanisme een eventuele economische machtspositie buiten Nederland zou kunnen worden aangewend om een economische machtspositie te verkrijgen op de markt(en) van regionale concessies in Nederland. De hiervoor noodzakelijke relatie tussen de markten in Nederland en het buitenland is op voorhand niet duidelijk.
[31] Een verlieslatend bod betekent niet per se dat sprake is van kruissubsidie. Bij kruissubsidie wordt het verlies aan de doelkant gecompenseerd vanuit winsten aan de bronkant. Voor een verlieslatend bod c.q. roofgedrag, is dat laatste niet noodzakelijk. Dat een verlieslatend bod zonder compensatie vanuit winsten aan de bronkant ook misbruik van machtspositie kan opleveren in de vorm van roofgedrag, volgt uit de NS zaak [Boetebesluit ACM Limburg, d.d. 22 mei 2017, www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/17379_besluit-boete-ns-voor-misbruik-machtspositie-bij-limburgse-aanbesteding-29-06-2017.pdf].

Relevant in dit kader is een rapport van Deloitte dat in 2014 kruissubsidie onderzocht binnen de NS groep.[32] Dit rapport concludeert, kortweg, dat er geen indicaties zijn voor het optreden van kruissubsidiëring tussen NS en haar dochterondernemingen Abellio en QBuzz. In dit rapport worden echter geen binnenlandse spoorconcessies getoetst, omdat die toen nog niet door NS werden geëxploiteerd (onderzocht werden busconcessies en spoorconcessies in het buitenland). Bovendien heeft Deloitte alleen onderzoek gedaan naar de interne verrekenprijzen, andere mogelijke bronnen van kruissubsidiëring (zoals het doen van een verlieslatend bod bij een regionale aanbesteding, waardoor bij een normrendement op concernniveau het rendement bij andere activiteiten binnen het concern hoger moet zijn), zijn niet onderzocht. De ACM ziet daarom in de bevindingen in dit rapport geen aanleiding om de eerdere conclusie omtrent het in bepaalde gevallen bestaande risico op kruissubsidie door NS te herzien.

Aanwijzingen voor reeds opgetreden verlieslatende biedingen
Uit de zaak NS-Limburg blijkt dat sprake was van een verlieslatend bod door NS in het kader van de regionale aanbesteding in Limburg. Uit een analyse van het bewijs bleek dat NS de Limburgse concessie wilde winnen om te voorkomen dat een concurrent in Limburg kon laten zien dat samenloop tussen intercity's van NS en stoptreinen van de regionale concessiehouder op hetzelfde traject succesvol kan zijn. In Limburg ontstond deze samenloop doordat de Limburgse concessie twee stoptreindiensten omvat, die voordien onderdeel waren van de HRN-concessie. Het Ministerie van Infrastructuur en Milieu ('IenM', tegenwoordig Infrastructuur en Waterstaat) wilde tijdens de zogenoemde '*mid-term review*' van de HRN-concessie in 2019 onderzoeken, mede op basis van ervaringen met deze samenloop, of ook andere HRN-treinverbindingen voor decentralisatie in aanmerking komen. De Limburgse concessie was daarmee een *pilot* voor decentralisatie. NS wilde, door zelf de Limburgse concessie uit te voeren, de kans verkleinen dat haar positie op het HRN onder druk zou komen te staan en concurrenten konden gaan meedingen naar (delen van) het HRN. Doel hiervan was niet de overheveling van een economische machtspositie van de ene markt (HRN) naar de andere markt (de regionale aanbesteding), maar het behoud van een economische machtspositie op de markt voor (het uitoefenen van) het exploitatierecht van de HRN-concessie. De ACM heeft geconcludeerd dat dit gedrag kwalificeert als misbruik van een economische machtspositie (meer specifiek: als het hanteren van roofprijzen) en heeft de NS daarvoor een boete opgelegd. Dit besluit staat nog niet in rechte vast omdat NS tegen dit besluit in beroep is gegaan.

Mogelijke toekomstige risico's
De ACM acht het risico aanwezig dat NS bij toekomstige aanbestedingen van regionaal spoorvervoer ook een prikkel heeft om concurrenten uit te sluiten met verlieslatende biedingen om haar machtspositie te beschermen. Daarmee zou het gelijke speelveld worden verstoord. Op voorhand is niet aan te geven bij welke aanbestedingen dit het geval zal zijn. Bij een decentralisatie van regionale lijnen uit het hoofdrailnet (zoals is overeengekomen in het regeerakkoord Rutte-III) ziet de ACM een risico dat NS wil voorkomen dat haar positie op het hoofdrailnet verder onder druk komt te staan.

2.3 Beheersmaatregelen

Deze paragraaf behandelt de beheersmaatregelen die kruissubsidie adresseren. De ACM concludeerde eerder dat er een risico is op ongeoorloofde kruissubsidie door NS en op voorhand geen risico is op ongeoorloofde kruissubsidie door andere partijen. De ACM concentreert zich in deze paragraaf daarom op beheersmaatregelen gericht op NS.

2.3.1 Bestaande beheersmaatregelen

De Mededingingswet
In de aanwezigheid van een economische machtspositie kan kruissubsidie (aan de doelkant) worden geadresseerd met de Mededingingswet, die misbruik van een onderneming met een economische machtspositie verbiedt. Voor het voorkomen van ongeoorloofde kruissubsidie is daarbij het roofprijzenkader

[32] Deloitte, Adviesopdracht onderzoek kruissubsidie NS Groep NV, 27 juli 2014.

van de Mededingingswet relevant. Dat kader adresseert ongeoorloofde verlieslatende biedingen en daarmee ook ongeoorloofde kruissubsidie aan de doelkant.

In de afwezigheid van een economische machtspositie is het roofprijzenkader van de Mededingingswet niet van toepassing. De ACM concludeerde echter eerder dat in die situatie er geen prikkel is voor kruissubsidie. Indien er in die situatie toch sprake is van kruissubsidie, dan resulteert dat niet in een verstoring van het gelijke speelveld.

Relevant is dat deze beheersmaatregel ex post werkt. Er wordt ingegrepen naar aanleiding van gedrag dat reeds heeft plaatsgevonden, zijnde in dit geval een bieding waarin sprake is van roofprijzen. Dit heeft in beginsel geen effect op de gunning van een regionale concessie. Die gunning zal immers vrij snel na de bieding plaatsvinden, terwijl een onderzoek naar roofprijzen gewoonlijk een langere tijd vergt. Bij het nemen van een besluit van de ACM, zal naar verwachting de concessie al gegund zijn en niet meer kunnen worden teruggedraaid. Overigens gaat ondanks dat de Mededingingswet een ex post instrument is, van de mogelijke inzet wel een ex ante (afschrikwekkende) werking uit.

Gescheiden boekhouding - algemeen
Een gescheiden boekhouding betekent dat de financiële gegevens (bijvoorbeeld kosten, opbrengsten en balansgegevens) van een bedrijfsonderdeel of activiteit apart kunnen worden geïdentificeerd. Een gescheiden boekhouding kan een rol spelen bij het adresseren van kruissubsidie. De functie van de gescheiden boekhouding in relatie tot kruissubsidie is dat het gerealiseerde rendement op de betreffende activiteit betrouwbaar – dat wil zeggen met een juiste toerekening van kosten en opbrengsten en de juiste transferprijzen – kan worden bepaald.

Een gescheiden boekhouding kan een rol spelen aan zowel de kant van de mogelijke bron als het mogelijke doel van kruissubsidie. Voor de activiteiten die een mogelijke bron zijn van kruissubsidie, kan een gescheiden boekhouding worden gebruikt om te voorkomen dat het behaalde rendement te hoog wordt.Daarmee kan de bron voor kruissubsidie worden weggenomen. Een activiteit die de mogelijke bron is van kruissubsidie is de exploitatie van het (onderhands gegunde) HRN. Een te hoog rendement op die activiteiten kan daar worden voorkomen door de vergoeding die de concessiehouder betaalt aan de concessieverlener, voldoende hoog te maken.[33] Een gescheiden boekhouding voor het HRN kan dan worden gebruikt om die vergoeding vast te stellen en eventueel bij te stellen.[34] Daarmee kan de bron van kruissubsidie worden weggenomen.

Voor de activiteiten die een mogelijk doel zijn van kruissubsidie, kan een gescheiden boekhouding worden gebruikt om te voorkomen dat het behaalde rendement te laag wordt. Een gescheiden boekhouding kan hier echter slechts een beperkte rol spelen. De belangrijkste beperking van een gescheiden boekhouding bij het voorkomen van kruissubsidie aan de doelkant, is dat het slechts *achteraf* de *daadwerkelijk gerealiseerde* kosten, opbrengsten en rendementen zichtbaar maakt. Bij kruissubsidie in aanbestedingen voor spoorvervoer gaat het echter om het *vooraf verwachte* rendement bij een reële *verwachting* van kosten en opbrengsten. Het uiteindelijk *gerealiseerde* rendement kan altijd hoger of lager uitvallen dan die verwachting: er kan sprake zijn van meevallers of tegenvallers. In het geval in een individuele concessie een te laag rendement is behaald betekent dan ook niet automatisch dat sprake is geweest van kruissubsidie.

Indirect kan een aandeelhouder, bij NS de Nederlandse Staat (ministerie van Financiën) kruissubsidie adresseren door met de gescheiden boekhouding de gerealiseerde rendementen op aanbestede concessies te bewaken. Indien blijkt dat het *gerealiseerde* rendement voor *verschillende* concessies

[33] De PSO-verordening, die hierna wordt behandeld, heeft mede dit oogmerk.
[34] De concessievergoeding voor het HRN (2015-2015) is vastgesteld op 80 miljoen per jaar (artikel 66 HRN-concessie) en kan op basis van een evaluatie in 2019 worden bijgesteld (artikel 27.4 HRN-concessie).

gemiddeld lager is dan het normrendement, dan is dat naar het oordeel van de ACM een signaal voor de aandeelhouder om meer behoudende biedingen van NS te eisen.

Op NS rusten verschillende verplichtingen om gescheiden boekhoudingen bij te houden. Die worden hierna besproken.

Gescheiden boekhouding - Wp2000 en concessievoorwaarden HRN
Artikel 32 van de Wet personenvervoer 2000 (Wp2000) verplicht de concessieverlener om aan een concessie voor spoorvervoer voorschriften te verbinden ten aanzien van het opstellen van een financiële verantwoording van het uitvoeren van de concessie. Deze verantwoording moet worden gescheiden van die voor andere activiteiten, dit betekent dat er een gescheiden boekhouding moet worden gevoerd. Die plicht is door de concessieverlener van het HRN (het ministerie van I&W) vertaald in artikel 21 van de HRN-concessie.[35] NS zelf geeft aan dat zij een gescheiden boekhouding voor de HRN-concessie voert.

Artikel 32 van de Wp2000 betekent dat ook voor alle regionale concessies gescheiden boekhoudingen moeten worden bijgehouden. Dit geldt dus niet alleen voor NS, maar ook voor andere partijen die een concessie in aanbestedingen hebben verworven. Niet in alle gevallen vertalen de concessieverleners (Provincies) deze bepaling echter naar een daadwerkelijke verplichting in de concessie. Voor de regionale concessie Alphen-Gouda die is aanbesteed en wordt geëxploiteerd door NS, is de verplichting bijvoorbeeld niet in de concessievoorwaarden opgenomen. NS geeft wel aan op vrijwillige basis een gescheiden boekhouding te voeren voor deze concessie.

Gescheiden boekhouding - PSO-verordening
EU-verordening nr. 1370/2007 (hierna: PSO-verordening) vermeldt, in de bijlage daarbij, dat zij onder meer als doel heeft om kruissubsidies te vermijden.[36] De bijlage van deze verordening bevat ook een aantal regels betreffende de toerekening van kosten binnen een gescheiden boekhouding.

Artikel 6 van de PSO-verordening bepaalt dat ongeacht de gunningswijze van een concessie ('openbaredienstcontract') elke compensatie[37] voor een concessie moet voldoen aan de eis dat er geen sprake mag zijn van overcompensatie. Lid twee van de bijlage bepaalt dat de compensatie (subsidie) voor een concessie niet hoger mag zijn dan wat noodzakelijk is voor het dekken van het saldo van kosten (inclusief een redelijke winst gelijk aan de gebruikelijke kosten voor kapitaal) en opbrengsten.[38] Omgekeerd geformuleerd impliceert dit dat een vergoeding die een concessiehouder betaalt aan een concessieverlener, voldoende hoog zou moeten zijn zodat een winst hoger dan een redelijke winst wordt voorkomen. Deze bepaling adresseert daarmee kruissubsidie aan de bronkant.

Op basis van de PSO-verordening lijkt ook NS verplicht om een gescheiden boekhouding te voeren voor de HRN-concessie. Dit is echter niet volledig duidelijk. Zo geeft de minister van Financiën aan dat voor deze gescheiden boekhoudingsverplichting is vereist dat de concessiehouder een financiële compensatie ontvangt en dat voor het HRN dit niet het geval is.[39] De tekst van de verordening vereist echter niet dat sprake moet zijn van een *financiële* compensatie. Artikel 2.g. van de verordening definieert „compensatie voor openbaredienstverlening" als: "elk, met name financieel [onderstreping ACM], voordeel dat direct of indirect door een bevoegde instantie uit overheidsmiddelen wordt verleend tijdens of in verband met de periode waarin een openbaredienstverplichting worden vervuld". "Met name" impliceert dat de compensatie ook een andere aard kan hebben. In het handboek Spoorwegwegrecht wordt ook aangegeven dat hier "*niet van belang [is] of sprake is van subsidieverlening of, zoals in Nederland met de aan NS verleende concessie voor het HRN het geval is, de concessiehouder een bedrag moet betalen aan de*

[35] De ACM houdt geen toezicht op de naleving van artikel 21 van de HRN-concessie en artikel 32 van de Wp2000.
[36] Zie randnummer 5 van deze bijlage.
[37] Compensatie van een concessieverlener aan een concessiehouder.
[38] Ofwel compensatie ≤ kosten (inclusief een redelijke winst gelijk aan de gebruikelijke kosten voor kapitaal) *minus* opbrengsten.
[39] Tweede Kamer, vergaderjaar 2012-2013, 28 165, nr. 160, Deelnemingenbeleid Rijksoverheid,16 april 2013.

concessieverlener voor het recht om het openbaar vervoer te mogen verrichten. Voor de toepassing van de PSO-verordening is uitsluitend het exclusieve karakter van de concessie bepalend."[40]

Naar het oordeel van de ACM is het gewenst de onduidelijkheid of deze verplichting van toepassing is op de HRN-concessie weg te nemen.

Gescheiden boekhouding - andere wettelijke bepalingen
Naast de voorgaande wettelijke bepalingen, rust op basis van artikel 2:10 van het Burgerlijk Wetboek op NS de verplichting om voor elke juridische vennootschap binnen de NS-groep een gescheiden boekhouding te voeren (zoals NS Reizigers, Nedtrain, NS Stations, NS Vastgoed, etc.[41]).[42] Daarnaast geldt voor bepaalde concessies een gescheiden boekhoudingsverplichting op basis van artikel 25b van de Mededingingswet.

Toets door de aandeelhouder
De aandeelhouder van NS, het Ministerie van Financiën, heeft voor investeringen boven een drempelwaarde een goedkeuringsrecht. Dit is vastgelegd in de Nota Deelnemingenbeleid.[43] De drempelwaarde voor NS is vastgelegd in haar statuten. Voor NS is de drempelwaarde bij investeringen voor concessies in Nederland € 100 miljoen.[44] De criteria voor de beoordeling van de investeringsvoorstellen zijn uitgewerkt in de Nota Deelnemingenbeleid. Een belangrijk criterium in relatie tot kruissubsidie is dat de investering een verwachte positieve netto contante waarde heeft, ofwel dat de investering voldoende verwacht rendement moet opleveren.[45] Deze toets van de aandeelhouder adresseert mede het risico van kruissubsidie aan de doelkant. Deze toets, die plaatsvindt voordat NS een investering doet, sluit het risico op kruissubsidie echter niet geheel uit, vooral gelet op de informatieasymmetrie (bijvoorbeeld ten aanzien van de prognoses waarop een business case is gebaseerd) tussen aandeelhouder en onderneming.

2.3.2 Aanvullende beheersmaatregelen

Zoals uit de vorige paragraaf is af te leiden, is er in de wet- en regelgeving al een aantal zaken geregeld om daarmee risico's op kruissubsidiëring te beperken. In deze paragraaf behandelt de ACM de mogelijke aanvullende beheersmaatregelen om kruissubsidie te adresseren en hun voordelen en nadelen.

Verbod op meebieden van NS
Een structurele oplossing die kruissubsidie met volledige zekerheid voorkomt, is een verbod voor NS, en onderdelen van NS, om mee te bieden op spoorvervoerconcessies die worden aanbesteed. Dit is de beheersmaatregel die geldt voor de gemeentelijke vervoerbedrijven in de grote steden waarbij het stadsvervoer (bus, tram, metro) onderhands is gegund: deze gemeentelijke vervoersbedrijven mogen niet meebieden op concessies die worden aanbesteed.[46] FMN noemt dit als haar geprefereerde maatregel. Een voordeel van deze beheersmaatregel is zijn effectiviteit: verstorende kruissubsidie wordt met zekerheid voorkomen. Een groot nadeel is dat dit de concurrentie van NS in regionale aanbestedingen wegneemt. Zoals eerder vermeld (zie paragraaf 2.2), acht de ACM de (potentiële) concurrentiedruk van NS belangrijk. Momenteel zijn er naast NS vier andere exploitanten van openbaar spoorvervoer (Arriva, Connexxion, Keolis en Qbuzz), maar deze vervoerders schrijven niet in op elke regionale aanbesteding.[47] Een minimum

[40] Handboek Spoorwegrecht, Adriaan Hagdorn, Viola Sütö, Andres Wedzinga, 2017, p. 390.
[41] De volledige juridische structuur van NS is weergeven op p. 230 van het jaarverslag van NS 2017.
[42] Deze bepaling kent echter – anders dan de concessievoorwaarden voor het HRN en de PSO-verordening – geen mechanisme om hoge rendementen aan de bronkant van kruissubsidie te voorkomen en adresseert daarmee niet het risico op ongeoorloofde kruissubsidie.
[43] Ministerie van Financiën, Nota deelnemingenbeleid, 18 oktober 2013, p. 54-57.
[44] Ministerie van Financiën, Jaarverslag staatsdeelnemingen 2017, p. 85.
[45] Ministerie van Financiën, Nota deelnemingenbeleid, 18 oktober 2013, p. 55-56: *De investering heeft een positieve netto contante waarde. De investering moet voldoende rendement opleveren. Om te bepalen of dit het geval is zal van de investering de netto contante waarde berekend worden met een marktconforme discontovoet*." En "*Acceptabele onderbouwing van de discontovoet gegeven het risicoprofiel van de investering. De discontovoet moet het risicoprofiel van specifieke investering (en financieringsmix daarvan) weerspiegelen, niet bijv. het risicoprofiel van het gehele bedrijf of dat van de staat*."
[46] Artikel 63a jo. artikel 62 van de Wp2000.
[47] Zo was Arriva de enige bieder op de concessie voor de Noordelijke nevenlijnen van 2020-2035.

van drie bieders is wenselijk.[48] Als NS niet mee kan bieden, dan is er naar het oordeel van de ACM een groter risico dat dit minimum bij toekomstige aanbestedingen niet wordt gehaald. Anderzijds zou kunnen worden gesteld dat deelname van NS andere partijen kan weerhouden van een bod omdat deze partijen anticiperen op een verlieslatend bod van NS en daarmee te kleine winkans van hun eigen bod. Naar het oordeel van de ACM zou dat een risico zijn indien er geen beheersmaatregelen tegen verlieslatende biedingen van NS zouden zijn. Er zijn echter wel beheersmaatregelen zoals de Mededingingswet (die ook ex ante een afschrikwekkende werking heeft), een gescheiden boekhouding en de ex ante toets van biedingen van NS door haar aandeelhouder, de Nederlandse Staat. Die beheersmaatregelen verlagen de kans op een verlieslatend bod zodanig dat de ACM het niet waarschijnlijk acht dat andere aanbieders niet zouden bieden door het risico op verlieslatende biedingen van de NS. Gelet op het belang van de concurrentiedruk van NS, acht de ACM een verbod op meebieden van NS niet passend. Dat geldt te meer daar het risico op verstorende kruissubsidie afhankelijk is van de omstandigheden van de aanbesteding en op voorhand niet is aan te geven voor welke aanbestedingen van regionale concessies er een risico op kruissubsidie is.

Separate bedrijfsonderdelen van NS die meedoen aan aanbestedingen
Deze beheersmaatregel behelst de verplichting dat NS alleen aan aanbestedingen mee mag doen via een separaat bedrijfsonderdeel. Naar het oordeel van de ACM voegt deze maatregel slechts weinig toe aan de verplichting om een gescheiden boekhouding te voeren. Nadeel is dat het beperkingen stelt aan de interne bedrijfsvoering. Gelet op de geringe toegevoegde waarde acht de ACM een dergelijke aanvullende verplichting niet passend. Uit de zaak NS-Limburg – waar NS meebood via het separate bedrijfsonderdeel Abellio – blijkt ook dat dit geen garantie is om een ongeoorloofd verlieslatend bod te voorkomen.

Ex ante toets van bod NS door toezichthouder
Deze beheersmaatregel behelst dat een toezichthouder beoordeelt of een eventueel bod van NS op een regionale concessie verlieslatend is. Dit betekent dat NS haar bod en *business case* naar de toezichthouder stuurt. Die *business case* bevat de verwachte opbrengsten, de verwachte kosten en het verwachte interne rendement over de hele lengte van de concessieperiode. Een toezichthouder moet vervolgens toetsen of de *business case* reëel is wat betreft de schatting van opbrengsten en kosten en moet beoordelen of het interne rendement voldoende hoog is. Deze toets is vergelijkbaar met de toets die plaatsvindt indien op basis van de Mededingingswet de *business case* ex post op roofprijzen wordt getoetst. Een dergelijke beoordeling die resulteert in een besluit, vergt een aanzienlijke doorlooptijd. Gunning aan NS kan bij deze maatregel pas plaatsvinden na een dergelijk besluit en een eventuele voorlopige voorziening tegen dit besluit. FMN noemt een dergelijke ex ante toets als beheersmaatregel. Voordeel van deze maatregel is dat de toets plaatsvindt vóór de gunning en daarmee (na het eerder genoemde verbod op meebieden) de beste garantie geeft dat geen concessies worden verleend waarin sprake is van een verlieslatend bod. Nadelen zijn ten eerste de hoge administratieve lasten[49] voor NS en de toezichthouder van de toets en van de beroepsprocedures die in veel gevallen na een toets en besluit zullen volgen. Een tweede nadeel is de vereiste langere tijd tussen biedingen en de uiteindelijke verlening van de concessie. Immers, indien de concessieverlener concludeert dat NS de aanbesteding wint, dient met de gunning te worden gewacht tot het besluit van de toezichthouder en een uitspraak van de rechter bij een daarop volgende voorlopige voorziening. Gelet op de nadelen, acht de ACM deze beheersmaatregel niet passend. Dat geldt te meer daar het risico op ongeoorloofde kruissubsidie afhankelijk is van de omstandigheden van de aanbesteding en op voorhand niet is aan te geven voor welke aanbestedingen van regionale concessies er een risico op ongeoorloofde kruissubsidie is.

[48] House of Commons Transport Committee, Rail franchising, Ninth Report of Session 2016–17, randnummer 20: "*Franchising* [het verlenen van concessies] *is also contingent upon an adequate level of market interest for franchise competitions. The general consensus is that a minimum of three bidders is preferable.*"
[49] De beoordeling is vergelijkbaar met de toets van de business case en het verwachte rendement op basis van de Mededingingswet op roofprijzen. Het verschil is dat deze laatste toets alleen ex post plaatsvindt indien daar een aanleiding voor is. In het geval van ex ante toezicht zou ieder bod van NS op deze wijze moeten worden getoetst.

Amendement Ziengs
Kamerlid Ziengs heeft tijdens de kamerbehandeling van het implementatiewetsvoorstel Vierde Spoorwegpakket een amendement voorgesteld om NS te verplichten een gescheiden boekhouding te voeren.[50] Dat amendement is verworpen door de Tweede Kamer. Een dergelijke verplichting rust echter al op NS via de concessievoorwaarden. Een aanvullende wettelijke normstelling is naar het oordeel van de ACM niet nodig.

Gescheiden boekhouding met controle op rendementsnorm aan doelkant
Een mogelijke extra beheersmaatregel is dat een toezichthouder ex post op basis van de gescheiden boekhouding toetst of NS op de door haar gewonnen aanbestede concessie een voldoende hoog rendement heeft behaald. De ACM is echter van oordeel dat dit geen zinvolle toets is. Om te toetsen of sprake is van een verlieslatend bod is immers relevant of ten tijde van de bieding op basis van de *verwachte* opbrengsten en *verwachte* kosten sprake is van een voldoende hoog *verwacht* rendement. Het uiteindelijk *gerealiseerde* rendement kan hoger en lager uitvallen dan die verwachting: er kan sprake zijn van meevallers of tegenvallers. Een in een individuele concessie behaald te laag rendement betekent dan ook niet automatisch dat sprake is geweest van een verlieslatend bod. Naar het oordeel van de ACM is dit daarom geen geschikte beheersmaatregel.

Toets aandeelhouder op alle biedingen van NS (ook bij investeringen van minder dan € 100 miljoen)
De toets van de aandeelhouder van NS bij investeringen in Nederland van meer dan € 100 miljoen, heeft als beperking dat niet alle biedingen van NS op concessies worden getoetst. Een mogelijke extra beheersmaatregel zou kunnen zijn om wel alle Nederlandse biedingen te toetsen. Indien de staat het van belang acht kruissubsidie te voorkomen, dan ligt het voor de hand dat zij daar ook in haar rol als aandeelhouder zoveel mogelijk aan bij draagt.

Conclusie
De meest effectieve bestaande beheersmaatregel tegen ongeoorloofde verlieslatende biedingen (waaronder ongeoorloofde kruissubsidie) is de Mededingingswet en specifiek het kader in die wet wat betreft roofprijzen.

Daarnaast kunnen gescheiden boekhoudingen een beperkte rol spelen bij het voorkomen van ongeoorloofde kruissubsidie. Aan de bronkant van kruissubsidie door de juiste vast- en bijstelling van de concessievergoeding voor het HRN. Die beheersmaatregel adresseert niet de mogelijke kruissubsidie vanuit niet-vervoersactiviteiten zoals de exploitatie van stations. Mede om die reden is het met gescheiden boekhouding adresseren van kruissubsidie aan de bronkant moeilijk en is het adresseren van kruissubsidie aan de doelkant belangrijker. Wel acht de ACM het gewenst dat de onduidelijkheid over de toepasselijkheid van de verplichting voor het voeren van een gescheiden boekhouding voor het HRN op basis van de PSO-verordening wordt weggenomen.

Aan de doelkant kan een gescheiden boekhouding een beperkte rol spelen in combinatie met sturing door het Ministerie van Financiën als aandeelhouder. Indien blijkt dat het *gerealiseerde* rendement voor *verschillende* concessies *gemiddeld* lager is dan het normrendement, dan kan dat een signaal zijn om meer behoudende biedingen van NS te verlangen. De ACM vindt het daarom belangrijk dat de Nederlandse Staat in haar rol van aandeelhouder van NS op de hiervoor beschreven zaken stuurt om te zorgen dat NS een voldoende hoog rendement haalt op regionale concessies zodat eventuele ongeoorloofde kruissubsidie wordt voorkomen. Echter, ook met die sturing is de ACM van oordeel dat gescheiden boekhoudingen per saldo slechts een beperkte rol kunnen spelen in het adresseren van mogelijke ongeoorloofde kruissubsidie door NS.

De toets van de aandeelhouder van NS bij investeringen van meer dan € 100 miljoen, waarbij mede wordt gekeken of het verwachte rendement van een concessie in Nederland voldoende hoog is, adresseert mede

[50] Tweede Kamer, Vergaderjaar 2018–2019, 34 914, nr. 9, 3 oktober 2018.

het risico op ongeoorloofde kruissubsidie aan de doelkant. De ACM geeft in overweging dat de aandeelhouder van NS deze toets uitvoert bij alle biedingen van NS op regionale concessies in Nederland, ook indien de investeringen minder dan € 100 miljoen bedragen.

3. Toegang tot de spoorinfrastructuur en mogelijkheid tot ontwerpen van een betere dienstregeling

3.1 Inleiding

Voor het verzorgen van passagiersvervoerdiensten dienen vervoerbedrijven adequate toegang tot het spoor zelf te hebben. ProRail verdeelt de schaarse capaciteit op het Nederlandse spoor in een jaarlijks terugkerend verdeelproces. De verdeling van de capaciteit gebeurt aan de hand van verdeelregels die, met name, zijn opgenomen in het *Besluit capaciteitsverdeling hoofdspoorweginfrastructuur.* Daarin is aan een aanzienlijk deel van het vervoer dat NS verricht, nationaal en stadsgewestelijk openbaar vervoer, hogere prioriteit toegekend bij de toekenning van spoorcapaciteit dan aan het type vervoer dat de regionale vervoerders in de regel verzorgen, streekgewestelijk openbaar vervoer.

Volgens een aantal regionale vervoerders beschikt met name NS (het NS-concern) daardoor over strategische voordelen ten opzichte van hen, waar het gaat om capaciteitsverdeling. NS zou daar ook gebruik van maken. Het gaat met name om de mogelijkheid om strategische capaciteitsclaims in te dienen op samenloopbaanvakken, waar het hoofdrailnet grenst aan regionale concessiegebieden. Daardoor zou de exploitant van een regionale concessie in de regio een minder goede aansluiting kunnen bieden, of minder goed aanvullend of aansluitend vervoer kunnen bieden, dan NS dat zou kunnen.

Tevens zou NS in staat zijn een betere dienstregeling te ontwerpen dan overige regionale vervoerders. Ook dit hangt samen met de hogere prioriteit van een groot deel van het type vervoer dat NS verzorgt op het hoofdrailnet. De feitelijk intensievere betrokkenheid van NS en de betere kennis over de dienstregeling in de eerste fase van de capaciteitsverdeling (de Basis Uur Patroon of BUP-fase) zou maken dat NS een betere uitgangspositie heeft bij het uitbrengen van een bod op een aanbesteding van een regionale vervoerconcessie. Door FMN is in dit verband het volgende gesteld in haar bijdrage in 2018 aan de door de ACM uitgevoerde Spoormonitor:

> *"Los van het BUP-proces vraagt ook het voordeel dat NS heeft doordat zij de dienstregeling voor het HRN kan inkleuren, aandacht. De praktijk is immers dat NS zichzelf betere aansluitingen kan gunnen dan zij de regiovervoerders aanbiedt. Regiovervoerders zijn afhankelijk van de aansluitingen en tijden van NS, terwijl NS regio- en HRN-vervoer in eigen huis kan regelen en afstemmen. Ingeval van concurrentie heeft NS dus zowel de mogelijkheid als de prikkel om niet de voor de reiziger of concurrentie in de markt beste dienstregeling neer te zetten, wanneer dat haar strategisch belang (lees: zorgen voor goede aansluitingen met het regionaal vervoer) benadeelt. Terwijl zij die prikkel juist wel heeft als zij de aanbesteding zelf wil winnen. Juist nu bij aanbestedingen punten toekomen aan (bv.) aansluitingen op het HRN, is de garantie op non-discriminatie op dit punt van belang, evenals het toezicht daarop."*

Aan de hand van het bovenstaande citaat heeft de ACM gekeken naar mogelijke specifieke voordelen die NS zou genieten vanwege het ontwerp van de dienstregeling (zie paragraaf 3.3).

3.2 Toegang tot de spoorinfrastructuur

3.2.1 Risico's op verstoring gelijk speelveld bij regionale aanbestedingen

De risico's op verstoring van het gelijke speelveld bij aanbesteding van regionale vervoerconcessies zijn in de regel klein als het gaat om risico's die voortvloeien uit de capaciteitsverdeling, omdat concessiegebieden elkaar voor het overgrote deel niet overlappen, waardoor iedere vervoerder voor het grootste deel van de spoorcapaciteit niet afhankelijk is van capaciteitsbeslag dat wordt gelegd door een (potentieel) concurrerende spoorvervoerder.

Er zijn enkele mogelijkheden tot strategisch gedrag rond de capaciteitsverdeling denkbaar, die het gelijke speelveld bij aanbestedingen van regionale concessies voor openbaar passagiersvervoer per spoor kunnen verstoren. Ten eerste gaat het om strategisch gedrag op samenloopbaanvakken, stukken spoor waarvan meerdere passagiersvervoerders gebruikmaken. Het kan gaan om technische samenloop, waarbij treinen rijden over hetzelfde spoor maar de vervoerdiensten die zij verrichten niet concurreren. Het kan ook gaan om daadwerkelijke samenloop, waarbij treinen van verschillende aanbieders rijden over hetzelfde spoor en vervoerdiensten daadwerkelijke of potentiële alternatieven vormen voor de reiziger. Door de tijdligging van treinpaden te verleggen of de frequentie van het aantal ritten te verhogen, kan een vervoerder op een samenloopbaanvak een capaciteitsconflict in het leven roepen.

Ten tweede gaat het bij problematiek rond capaciteitsverdeling om capaciteit op sporen die leiden naar dienstvoorzieningen of die een bijzonder doel hebben. Vervoerders die toegang moeten hebben tot dienstvoorzieningen, moeten ook over de aansluitende capaciteit kunnen beschikken op de sporen die leiden naar die dienstvoorzieningen, met een tijdligging die efficiënte benutting van de dienst of voorziening mogelijk maakt. Strategisch gedrag[51] kan er op deze stukken spoor toe leiden dat vervoerders geen of suboptimale toegang hebben tot de dienstvoorziening of dienst.

Opgetreden risico's
De ACM is bekend met een incident op het traject Wierden-Enschede, waar sprake is van samenloop tussen treinen van NS en Keolis. Op 16 juni 2015 is de concessie ZwenZwoka (Zwolle-Enschede / Zwolle-Kampen) gegund aan Syntus (tegenwoordig: Keolis). Vanaf 10 december 2017 (dienstregelingsjaar 2018) mocht Keolis de gegunde concessie uitvoeren.

Keolis is na de gunning begonnen met voorbereidingen voor de exploitatie van de nieuwe concessie. Nadat Keolis bleek te hebben gewonnen, wees NS erop dat hier sprake is van een uitbreiding van samenloop op het HRN. Op grond van de HRN-concessie is deze uitbreiding enkel onder bepaalde voorwaarden toegestaan, te weten:[52]

(i) De uitbreiding houdt per saldo een substantiële verbetering in voor de totale groep reizigers;
(ii) De verzochte uitbreiding staat het continueren van de bestaande dienstverlening door NS niet in de weg;
(iii) De NS wordt niet belemmerd in het nakomen van de verplichtingen van de HRN-Concessie;
(iv) de verzochte uitbreiding levert geen substantieel financieel nadeel op voor NS.

NS maakte bezwaar bij de provincie tegen de concessieverlening aan Keolis[53]. Wel werkte NS in de eerste fase van de capaciteitsverdeling (de BUP-fase) mee aan het zoeken naar een conflictvrije oplossing voor de samenloop van de treinen. Deze oplossing werd gevonden met Keolis en ProRail. Echter, NS gaf aan vast te houden aan haar oude dienstregeling (die zou conflicteren met de treinen van Keolis), omdat NS nog geen duidelijkheid had of met de uitbreiding van de samenloop voldaan zou worden aan de eisen van de HRN-concessie. Zo had NS nog geen duidelijkheid of en op welke wijze ze voor de samenloop financieel zou worden gecompenseerd.[54] Uiteindelijk is er tussen Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat en de provincie Overijssel een akkoord bereikt over de financiële compensatie, waarna NS alsnog een capaciteitsaanvraag heeft ingediend die niet conflicteerde met de aanvraag van Keolis. Vanwege deze gang van zaken, verkeerde Keolis lange tijd in onzekerheid of ze tijdig met de intercity's zou kunnen rijden tussen Zwolle en Enschede en NS of vanwege de uitbreiding van de samenloop de oude dienstregeling aangepast moest worden.

[51] Strategisch gedrag kan bijvoorbeeld bestaan uit het claimen van opstelsporen voor het parkeren van dagelijks te gebruiken materieel op sporen die leiden naar onderhoudswerkplaatsen. Opstelcapaciteit voor dagelijks te gebruiken materieel heeft voorrgang bij toekenning van capaciteit, op grond van paragraaf 4.9 van de Netverklaing.
[52] Zie artikel 2, derde en vijfde lid, van de Concessie Hoofdrailnet 2015-2025 over toentertijd voorziene samenloop en voorwaarden voor uitbreiding hiervan.

[53] www.tubantia.nl/overig/provincie-overijssel-bezorgd-om-bezwaar-ns-over-aanbesteding-syntus~af916987

[54] www.ovpro.nl/trein/2017/02/06/ns-eist-compensatie-voor-extra-trein-van-syntus

Daarnaast zijn bij de ACM enkele voorbeelden aangedragen door vervoerders waarbij zij in onzekerheid verkeerden of ze konden beschikken over de benodigde capaciteit op bijzondere typen sporen zoals opstelsporen, sporen in de buurt van onderhoudswerkplaatsen en onderhoudssporen. Ten eerste wijst FMN in algemene zin op de positie van NS en NS-dochter NedTrain in verband met lokale verkeersleiding op emplacementen en rangeer- en opstelsporen en 'aanlandcapaciteit' op stations. De capaciteit is op zulke plekken vaak schaars. NS of NedTrain is daar volgens FMN in staat om strategische reserveringen te plegen of om sporen bezet te houden. Sinds 2018 voert ProRail de lokale verkeersleiding op emplacementen weer zelf uit.

Een ander voorbeeld heeft wederom betrekking op de ZwenZwoka-concessie. Keolis heeft voor deze concessie het onderhoud van de treinen uitbesteed aan Stadler. Omdat NS en Stadler geen overeenstemming konden bereiken over het (gedeeld) gebruik van de bestaande onderhoudswerkplaats in Hengelo heeft Stadler besloten een nieuwe onderhoudswerkplaats te bouwen. Voor deze nieuwe werkplaats had Stadler sporen nodig op het emplacement Hengelo. De sporen op dit emplacement waren echter al verdeeld in het formele capaciteitsverdelingsproces, waardoor Stadler afhankelijk was van de vrijwillige medewerking van de spoorwegondernemingen aan wie de capaciteit was toebedeeld. ProRail stelde voor dat de werkplaats op de sporen 337 en 336 kon worden gebouwd. Spoor 337 was echter al in gebruik als ATB-herstelspoor[55] door NedTrain. Volgens Stadler maakte NedTrain slechts incidenteel gebruik maakt van het ATB-herstelspoor en kon NedTrain uitwijken naar een andere locatie. Vanwege de bezwaren van NedTrain voor gebruik van spoor 337 heeft ProRail een alternatieve oplossing voorgesteld om de werkplaats op de sporen 336 en 335 te bouwen. Stadler is hiermee akkoord gegaan, maar achteraf bleek dat de bouw van de werkplaats op deze sporen aanzienlijk duurder was. Uiteindelijk heeft NedTrain Stadler compensatie betaald.

3.2.2 Bestaande beheersmaatregelen toegang tot spoorinfrastructuur

De capaciteit op het spoor wordt verdeeld door een onafhankelijke beheerder. ProRail heeft als neutrale spelverdeler er geen belang bij om de ene vervoerder boven de andere vervoerder te bevoordelen in het verdeelproces. Ook zijn de spelregels voor capaciteitsverdeling vastgelegd in Nederlandse en Europese wet- en regelgeving en de Netverklaring, waardoor de verdeelregels transparant zijn. Tot slot zijn er procedures op grond waarvan vervoerders hun recht kunnen halen, in geval de verdeelregels niet correct worden toegepast. Er bestaat een geschilprocedure bij ProRail, een gang naar de ACM is mogelijk, maar ook die naar de burgerlijke rechter.

Voor wat betreft de hiervóór gesignaleerde problematiek over strategische capaciteitsclaims op samenloopbaanvakken, zijn er geen specifieke maatregelen voorhanden tegen zulke claims. In principe is het rechtmatig om op een samenloopbaanvak een capaciteitsaanvraag in te dienen die concurreert met de capaciteitsaanvraag van een andere spoorvervoerder.

Ten aanzien van toegang tot bijzondere sporen, zoals sporen op opstelterreinen, geldt dat de problematiek lijkt voort te komen uit onduidelijkheid over toepasselijke wet- en regelgeving. Op basis van de oude regelgeving rond verdeling van capaciteit op sporen rond opstelsporen en dienstvoorzieningen was niet altijd helder hoe capaciteit verdeeld werd en op basis van welke criteria. Ook was niet altijd duidelijk welk feitelijk gebruik van sporen nu conform verdeling plaatsvindt of niet, ook omdat soms lokale partijen daar zeggenschap over hadden. Inmiddels heeft ProRail voor verdeling van capaciteit op sporen die niet behoren tot de hoofdspoorweginfrastructuur aparte verdeelregels opgenomen in de netverklaring.

[55] Automatische TreinBeïnvloeding: systeem grijpt in wanneer een trein te hard of door een rood sein rijdt. Wanneer er zich een storing aan het ATB voordoet, moet een trein meteen naar het dichtstbijzijnde ATB-herstelspoor rijden.

3.2.3 Aanvullende beheersmaatregelen toegang tot spoorinfrastructuur

In het algemeen volstaat het huidige wettelijke kader met betrekking tot capaciteitsverdeling voor het verkrijgen van spoorcapaciteit die benodigd is voor het uitvoeren van een regionale concessie.

Uit de eerder genoemde voorbeelden blijkt dat zich problemen kunnen voordoen op samenloopbaanvakken en/of sporen die nodig zijn voor de realisatie van en toegang tot dienstvoorzieningen. Hierdoor kunnen vervoerders bij aanbestedingen in grotere onzekerheid verkeren over de vraag of ze kunnen beschikken over de benodigde capaciteit. ProRail beschikt momenteel niet over de doorzettingsmacht om ingediende aanvragen te wijzigen om de bestaande capaciteit optimaal te benutten. De ACM wijst op de aanbevelingen die door onderzoeksbureau Andersson Elfers Felix (AEF) zijn gedaan bij de evaluatie van het *Besluit capaciteitsverdeling hoofdspoorweginfrastructuur* in 2018.[56] AEF concludeert dat de huidige coördinerende rol van ProRail bij de verdeling van capaciteit haar te weinig bevoegdheid geeft om de capaciteitsverdeling te optimaliseren. De aanbeveling is om ProRail de bevoegdheid te geven een grotere (regie-)rol te nemen bij de verdeling van de capaciteit, zodat de bestaande capaciteit optimaal kan worden benut.

Daarnaast is te overwegen om capaciteit op grond van een zogenoemde kaderovereenkomst een status te geven in het *Besluit capaciteitsverdeling hoofdspoorweginfrastructuur* en partijen op grond daarvan langjarig capaciteitsbeslag te kunnen laten leggen op het spoor. Bijkomend voordeel is dat investeren in capaciteitsvergroting daarmee effectiever wordt. Tot slot wordt op dit moment in Europees verband gewerkt aan de zogenoemde 'Time Table Redesign,' waarbij capaciteit op langjarige basis kan worden ingepland. Bij goede verankering van een dergelijk verdeelproces voor de lange termijn in Nederlandse wet- en regelgeving, zou dit een oplossing kunnen bieden voor het beslechten van capaciteitsclaims met een langdurig karakter, zoals conflicten tussen claims voor capaciteit voor naburige concessies.

3.3 Ontwerpen van een betere dienstregeling

3.3.1 Risico's op verstoring gelijk speelveld bij regionale aanbestedingen

Indien NS inderdaad de mogelijkheid heeft zodanige invloed uit te oefenen op de dienstregeling dat zij zich hierdoor een betere aansluiting kan gunnen dan dat zij regiovervoerders aanbiedt, zou dit leiden tot een uniek voordeel voor NS. De theorie dat NS over deze mogelijkheid beschikt vindt zijn oorsprong in het feit dat NS invloed kan uitoefenen op de tijdliggingen van de dienstregeling op het gehele HRN, en zodoende betere aansluitingen op knooppunten kan realiseren. NS plant namelijk zelf de dienstregeling van de treinen op het HRN. Daarom heeft zij als enige inzicht in de door haar gewenste wijzigingen voor de treinen op het HRN voor de komende jaren, welke mogelijk van belang kunnen zijn voor de aansluiting op de exploitatie van regionale lijnen.

Risico's die zijn opgetreden

In de praktijk heeft geen enkele concessieverlener aangegeven dat een dergelijk risico zich materialiseert. Wel is duidelijk dat NS mogelijk over een informatievoorsprong beschikt voor toekomstige dienstregelingen vanuit haar positie op het HRN. Met deze extra informatie kan zij mogelijk scherper/realistischer inschrijven.

3.3.2 Bestaande beheersmaatregelen

Voor 2013 deed NS de uitvoering van de knooppuntplanning (op stations) voor de overige vervoerders. Door het overhevelen van de lokale planningstaken van NS naar ProRail is het verdeelproces in de afgelopen jaren voor de vervoerders transparanter en eerlijker geworden.

Bij een aanbesteding dienen alle partijen over gelijke informatie te beschikken. Vooral sinds de perikelen rond de aanbesteding van het openbaar vervoer in Limburg zijn ook de provincies hier attent op. In het gesprek met de provincie Gelderland werd bijvoorbeeld aangegeven dat de provincie voornemens is zélf

[56] www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2018/09/27/evaluatie-besluit-capaciteitsverdeling-hoofdspoorweginfrastructuur

alle informatie te verzamelen, om deze vervolgens bij de aanbesteding aan alle partijen beschikbaar te maken. Gezien de exclusieve positie van NS op het HRN, zal de situatie dat zij invloed kan uitoefenen op de dienstregeling op het HRN, en daarmee invloed kan uitoefenen op aangrenzend vervoer in regionale concessiegebieden, voorlopig niet wijzigen. Van belang hierbij is wel dat een nieuwe dienstregeling voor advies voorgelegd moet worden aan consumentenorganisaties, waardoor deze gaandeweg nog kan veranderen . Het advies van de consumentenorganisaties biedt – hoewel dit niet bindend is - ook een check op de kwaliteit van de dienstregeling.

3.3.3 Aanvullende beheersmaatregelen

NS beschikt, voortkomende uit haar positie op het HRN, over een voorsprong met betrekking tot geplande veranderingen in de dienstregeling op het HRN omdat zij aan de basis staat van de planning van de dienstregeling van het HRN met alle aansluitingen op knooppunten. Het is echter – zoals eerder door ACM vastgesteld – de vraag of deze voorsprong ook daadwerkelijk tot een nadeel heeft geleid voor regionale vervoerders. Het mogelijke risico dat door FMN is aangedragen lijkt in theorie wel aanwezig, maar wordt niet herkend door concessieverleners. De concessieverleners kunnen het gelijke speelveld waarborgen door aan te geven van welke dienstregeling inschrijvers dienen uit te gaan bij een aanbesteding.

4. Toegang tot diensten en dienstvoorzieningen

4.1 Inleiding

Naast toegang tot het spoor zelf, hebben passagiersvervoerders ook toegang nodig tot spoorgebonden diensten en 'dienstvoorzieningen'. Het gaat om allerlei bijkomende infrastructurele voorzieningen en diensten om passagiers vervoer per spoor te kunnen aanbieden. Daarbij gaat het in de eerste plaats om adequate toegang tot stations en voorzieningen daarvan. Maar bijvoorbeeld ook om opstelcapaciteit voor treinmaterieel (parkeerruimte), treinwasinstallaties, onderhoudswerkplaatsen, installaties voor treinvoorverwarming, pauzelocaties voor personeel op stations, reisinformatie en voorzieningen voor weergave daarvan, watertoevoer en fecaliënafvoer.

De twee grootste exploitanten van dienstvoorzieningen (c.q. aanbieders van diensten) zijn ProRail en NS. ProRail is bijvoorbeeld exploitant van dienstvoorzieningen zoals opstelsporen en deels van stations. Daarnaast zijn de NS-onderdelen NSReizigers, NedTrain en NS Stations belangrijke exploitant van onder meer reisinformatie, treinonderhoudswerkplaatsen en voorzieningen op stations. Maar ook andere passagiersvervoerders beschikken soms zelf over bepaalde dienstvoorzieningen, zoals een werkplaats voor het onderhoud aan treinen.

Ten aanzien van de dienstvoorzieningen is in de Quickscan uit 2013[57] uitgebreid stil gestaan bij de knelpunten die vervoerders ervaren bij het verkrijgen van toegang en het afnemen van bepaalde diensten. Uit de gesprekken die ACM voor dit advies heeft gevoerd, blijkt dat vervoerders op dit onderdeel nog knelpunten ervaren. Daarbij wordt met name gewezen op de structurele voordelen die NS ontleent aan haar strategische positie op stations, opstelterreinen, treinonderhoudsvoorzieningen en met betrekking tot reis- en reizigersinformatie.

4.2 Risico's op verstoring gelijk speelveld bij regionale aanbestedingen

In de Quickscan 2013 is het belang benadrukt van tijdige, transparante en non-discriminatoire toegang tot diensten en dienstvoorzieningen, om de markt voor personenvervoer goed te laten functioneren.[58] Duidelijkheid over het verkrijgen van toegang tot diensten en voorzieningen is noodzakelijk voor een vervoerder om toe te treden tot de markt (een concessiegebied). Zonder duidelijk en tijdig aanbod kunnen toetredende vervoerders immers niet een goede (kosten-) schatting maken voor het opstellen van een offerte om mee te dingen naar regionale concessies. Zulke onzekerheid werkt concurrentieverstorend op het moment dat een aanbesteding gaande is, indien concurrerende partijen wél zekerheid kunnen bieden aan de concessiegever. Met betrekking tot de prijs moet worden opgemerkt dat het bij veel diensten en dienstvoorzieningen gaat om relatief geringe bedragen, maar dat er vaak veel verschillende zaken nodig zijn voor het succesvol exploiteren van een treinconcessie. Het totaalbedrag dat daarmee gemoeid is, is vooral van belang op het moment van aanbesteding.

Daar waar met name NS beschikt over diensten en dienstvoorzieningen die voor concurrerende spoorvervoerders essentieel zijn bij het doen van een concurrerende bieding conform de aanbestedingseisen, heeft zij ook met name de mogelijkheid en de prikkel om de kosten en het kwaliteitsniveau van (diensten afgenomen door) haar concurrenten te beïnvloeden. Het feit dat concessies over een langere tijd worden gegund, maakt het belang van zekerheid vooraf over de prijzen en toegangsvoorwaarden voor het gebruik van deze faciliteiten alleen maar groter. Ook na gunning van een concessie kan manipulatie met kwaliteit, prijzen en voorwaarden immers leiden tot een ongelijk speelveld,

[57] www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12277/Quickscan-personenvervoer-per-spoor-2013.
[58] Idem, paragraaf 2.1.

dat mogelijk impact heeft op een zittende concessiehouder, zoals verlies van een concessie of afname van de prikkel om aan andere of volgende aanbestedingen mee te doen.

Opgetreden risico's
In het onderzoek naar de gedragingen van NS bij de aanbesteding van de Limburg-concessie constateerde de ACM dat NS zich had gedragen in strijd met artikel 71 van de Spoorwegwet. Het ging daarbij over onder andere de toegang tot pauzelocaties voor personeel op stations, ruimte voor servicepunten op stations, reisinformatie en OV-chipkaartvoorzieningen (bijvoorbeeld toegangspoortjes).

Naast deze problematiek deden zich, in de context van aanbesteding van concessies, ook problemen voor met toegang tot dienstvoorzieningen na de aanbesteding van de ZwenZwoka concessie. In paragraaf 3.2.1 is reeds aangegeven dat NS en Stadler geen overeenstemming konden bereiken over het gebruik van de bestaande onderhoudswerkplaats in Hengelo. Ook geven enkele vervoerders aan dat zij op het moment van aanbesteding geen duidelijkheid kunnen geven over de permanente beschikbaarheid van voorzieningen voor het dagelijks onderhoud (schoonmaak, watervoorziening, fecaliënafvoer) gedurende de hele looptijd van de concessie. Zij wijzen er op dat NS die zekerheid wél kan bieden tijdens aanbestedingsprocedures.

Voorts geven bijna alle regionale vervoerders aan dat zij knelpunten ervaren rond toegang tot voorzieningen op en rond stations en dat dit tot onzekerheid leidt tijdens het aanbestedingsproces[59] of tijdens de looptijd van de concessie. De problematiek varieert van perikelen rond toegang tot wachtruimtes voor personeel, de mogelijkheid voor het plaatsen van informatiebalies, parkeerplekken voor personeel en de mogelijkheid om aan branding (plaatsen van logo's) en commerciële exploitatie van stations te doen. Daarnaast wijzen regionale vervoerders op onduidelijkheid over de verdeling van verantwoordelijkheden tussen NS en ProRail op stations en onduidelijkheid over het totaaloverzicht wat de mogelijkheden op stations zijn en wie daarvoor benaderd kan worden.

Tenslotte geven bijna alle regionale vervoerders aan dat zij problemen ervaren met toegang tot reisinformatie[60] van andere vervoerders en correcte verspreiding van hun eigen reisinformatie. Specifiek wordt gewezen op correcte informatie over aansluitende treinen en (correcte weergave van) informatie over omreismogelijkheden bij verstoringen. Daarnaast wijzen zij op een voortdurende prikkel bij NS om op dit punt strategisch gedrag te vertonen en de mogelijkheid daartoe. Correctheid van reisinformatie en toegang tot reisinformatie van andere vervoerders is essentieel om een vervoerconcessie naar behoren uit te kunnen voeren. In het bijzonder geven enkele vervoerders aan dat het kunnen plaatsen van tijdelijke informatiebalies of bewegwijzering op stations in geval van geplande of ongeplande buitendienststellingen van het spoor problematisch is.

Mogelijke toekomstige risico's
Regionale personenvervoerders hebben in antwoord op vragen van de ACM aangegeven dat te verwachten is dat knelpunten zich zullen blijven voordoen. Met betrekking tot toegang tot diensten en dienstvoorzieningen merken regionale vervoerders op, dat de regulering daarvan inmiddels beter is. De

[59] De onzekerheid tijdens het aanbestedingsproces vormde aanleiding voor Veolia om bij de ACM (op grond van artikel 71 van de Spoorwegwet) een klacht in te dienen over toegang tot diensten en dienstvoorzieningen tijdens de aanbesteding van de concessie voor het openbaar vervoer in Limburg voor de periode 2016-2031. Besluit van de ACM van 6 maart 2015, zaaknummer 14.0983.53, kenmerk ACM/DTVP/2015/201308.

[60] Het is hier, gezien de aard van de problematiek, beter om te spreken van "informatie voor reizigers" in brede zin. Het gaat om:
- statische reisinformatie, de reguliere dienstregeling van de betreffende vervoerder en informatie over de reguliere dienstregeling van vervoerders die aansluitend vervoer verzorgen;
- dynamische reisinformatie, actuele reisinformatie, waaronder reisinformatie bij verstoringen van de dienstregeling en actuele reisinformatie over aansluitend vervoer door andere vervoerders;
- informatie op stations, zoals het aanbrengen van logo's van vervoerders, bewegwijzering naar treinsporen en OV-chipppaaltjes en ruimte voor reisinformatiebalies voor permanent en tijdelijk (bij verstoringen) gebruik;
- toegang tot elektronische systemen voor verspreiding van reisinformatie (LCD- schermen, websites, apps), en de apparatuur om de informatie inzichtelijk te maken voor reizigers en anderen.

toepassing van de ex ante goedkeuringsbevoegdheid[61] door de ACM bij aanbestedingen heeft naar de mening van concessieverleners en vervoerders de transparantie vergroot. Er is vooraf meer helderheid over de tarieven en voorwaarden van het gebruik van deze dienstvoorzieningen.

Dit neemt volgens vervoerders echter niet weg, mede gezien de ervaringen uit het verleden, dat NS in de praktijk nog strategisch gedrag kan vertonen (ook na de aanbesteding), zodat de problematiek rond toegang tot het spoor en tot diensten en dienstvoorzieningen zich zal blijven voordoen. Bovendien is de ex ante goedkeuring beperkt tot een aantal dienstvoorzieningen, bedoeld in bijlage II, punt 2, onderdelen a, f en i, van Richtlijn 2012/34/EU, en vallen bijvoorbeeld bepaalde technische voorzieningen hier niet onder.

4.3 Beheersmaatregelen

4.3.1 Bestaande beheersmaatregelen toegang tot dienstvoorzieningen

De meest specifieke beheersmaatregel die eerlijke toegang tot diensten en dienstvoorzieningen regelt in het kader van aanbestedingen van concessie voor openbaar passagiersvervoer per spoor, wordt gevormd door de artikelen 68a-68c van de Spoorwegwet. Die schrijven voor dat exploitanten van bepaalde soorten diensten en dienstvoorzieningen voorafgaand aan een aanbesteding van een regionale vervoerconcessie, een referentieaanbod voor diensten en dienstvoorzieningen moeten doen. Dat aanbod moet vooraf worden goedgekeurd door de ACM.

Daarnaast bestaan er nog diverse regelingen met betrekking tot het verkrijgen van toegang tot spoorse diensten en dienstvoorzieningen en over transparantie met betrekking tot het aanbod daarvan. Allereerst geven de artikelen 12 tot en met 19 van het *"Besluit implementatie richtlijn 2012/34/EU tot instelling van één Europese spoorwegruimte"*[62], regels omtrent de transparantie van het aanbod van diensten en dienstvoorzieningen. Ook regelen zij een recht op toegang en de voorwaarden daarvoor, de procedure voor een verzoek om toegang, en worden hier eisen gesteld aan de hoogte en totstandkoming van tarieven.

Specifiek met betrekking tot diensten op en rond stations bevat artikel 18 van het genoemde Besluit de plicht voor de exploitant daarvan (in de regel NS en ProRail), om een stationsportfolio op te stellen, met daarin informatie over diensten op en rond stations. Indien de genoemde regels niet worden nagekomen door een aanbieder van een dienst of exploitant van een dienstvoorziening, dan kan een aanvrager bij de ACM een klachtprocedure starten op grond van artikel 71 van de Spoorwegwet. Een gang naar de burgerlijke rechter om rechten op toegang (en transparantie over het aanbod) af te dwingen, is ook mogelijk.

Uitvoeringsverordening (EU) 2017/2177 betreffende de toegang tot dienstvoorzieningen en spoorgebonden diensten[63] (hierna: de Uitvoeringsverordening dienstvoorzieningen), regelt ook de transparantie van het aanbod van diensten en dienstvoorzieningen, een procedure voor toegang en de afhandeling van conflicten daarbij en een procedure voor het verkrijgen van toegang tot in onbruik geraakte dienstvoorzieningen. De procedure is niet gekoppeld aan toegang in verband met het uitvoeren van een vervoerconcessie; een verzoek om toegang op basis van de *Uitvoeringsverordening* kan op ieder moment worden gedaan.

[61] De ACM heeft op basis van art. 68 Spoorwegwet de bevoegdheid om voorafgaand aan een aanbesteding goedkeuring te verlenen aan de tarieven en voorwaarden van een aantal dienstvoorzieningen, waaronder passagiersstations, was- en tankinstallaties.
[62] Besluit van 21 november 2015, houdende regels met betrekking tot de vergoeding minimumtoegangspakket en de toegang tot dienstvoorzieningen en de levering van diensten op het gebied van spoor en houdende wijziging van enkele algemene maatregelen van bestuur ter implementatie van richtlijn 2012/34/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 november 2012 tot instelling van één Europese spoorwegruimte (PbEU 2012, L 343/32) (Besluit implementatie richtlijn 2012/34/EU tot instelling van één Europese spoorwegruimte), Stb. 2015, nr. 461. Grondslag voor het besluit vormen de artikelen 67 en 68 van de Spoorwegwet.
[63] Uitvoeringsverordening (EU) 2017/2177 van de Commissie van 22 november 2017 betreffende de toegang tot dienstvoorzieningen en spoorgebonden diensten, *PbEU* 2017, L 307/1.

Daarnaast kunnen ook decentrale (aanbestedende) overheden diensten en dienstvoorzieningen afnemen ('voorinkopen') bij aanbieders en deze onderdeel laten uitmaken van de aanbesteding. Dit voorkomt dat, in gevallen waar dienstaanbieders en exploitanten ook meedingen naar concessies, zij een voorsprong hebben op andere vervoerders. Toegang tot de diensten of dienstvoorzieningen wordt op die manier onderdeel van de aanbesteding, en garandeert een gelijk speelveld.

4.3.2 Aanvullende beheersmaatregelen toegang tot dienstvoorzieningen

Het bestaande wettelijke kader draagt bij aan een transparante en non-discriminatoire toegang tot diensten en dienstvoorzieningen en daarmee aan het gelijke speelveld bij aanbestedingen van regionaal spoorvervoer. De ervaren knelpunten van vervoerders laten echter zien dat NS in mindere mate in onzekerheid verkeert over de toegangsmogelijkheden en de geboden kwaliteit van de dienstverlening dan regionale vervoerders. De grootste knelpunten worden daarbij ervaren met de dienstvoorzieningen en diensten op en rond stations. Met de ex ante goedkeuring van de tarieven en voorwaarden van stationsvoorzieningen kan de ACM het gelijke speelveld bij regionale aanbestedingen bewaken.[64]

Wel ziet de ACM mogelijkheden voor vereenvoudigingen in het bestaande wettelijke kader. Zo bevat het huidige kader enkele doublures wat betreft verplichtingen omtrent de transparantie van het aanbod van diensten en dienstvoorzieningen. Het *"Besluit implementatie richtlijn 2012/34/EU tot instelling van één Europese spoorwegruimte"* bevat zowel algemene transparantieverplichtingen als een bijzondere, de stationsportfolio. In aanvulling daarop dienen exploitanten en dienstaanbieders op grond van de *Uitvoeringsverordening dienstvoorzieningen* ook inzichtelijk te maken wat hun voorwaarden en tarieven zijn. Verder dient de spoorbeheerder (ProRail) te verwijzen naar de tarieven en voorwaarden van diensten en dienstvoorzieningen in de jaarlijks te verschijnen netverklaring. Wellicht is het hier mogelijk om de bestaande regelgeving over toegang tot diensten en dienstvoorzieningen te 'ontdubbelen', bijvoorbeeld door de eis tot het opstellen van het stationsportfolio te laten vervallen.

[64] Gedragstoezicht zal echter niet op voorhand alle vormen van benadeling kunnen voorkomen. In de reactie die de ACM gaf op het rapport "Kiezen voor een goed spoor", gaf de ACM aan dat het afsplitsen van decentrale en/of samenloopstations een structurele oplossing is om prikkels tot benadeling van concurrenten weg te nemen. Tweede Kamer, vergaderjaar 2016–2017, 29 984, nr 713, bijlage. Reactie ACM op p. 95-97.

5. Ongelijke toegang tot data

5.1 Inleiding

Voor de inschrijving op een regionale aanbesteding dienen marktpartijen een goede inschatting te kunnen maken van de verwachte kosten en opbrengsten voor de exploitatie van treindiensten. Daarvoor dienen zij bijvoorbeeld te kunnen beschikken over historische reizigersdata om de benodigde capaciteit voor het vervoeren van reizigers en de verwachte opbrengsten te berekenen.

De ACM heeft aan concessieverleners (Provincies) en concessiehouders (spoorvervoerders) gevraagd welke informatie essentieel is voor het kunnen uitbrengen van een goed bod. In antwoord op de vragen van de ACM geven zij aan dat de volgende informatie noodzakelijk is:

- reizigersaantallen, OV-chipkaart herkomst-bestemmingsgegevens over de laatste drie jaar;
- opbrengsten van de treindiensten in de laatste drie jaar;
- informatie over personeel dat overgaat naar nieuwe concessiehouder.

Vooral het belang van gedetailleerde informatie over reizigersaantallen in de vorm van geanonimiseerde of gepseudonimiseerde OV-chipkaart herkomst-bestemmingsgegevens over de laatste drie jaar wordt benadrukt. Het gaat dan om een database waarin alle treinreizen[65] op de relevante trajecten zijn opgenomen met begin- en eindstation, tijdstip en het type tarief (1^{e} of 2^{e} klas, studenten-OV of niet, etc.) (hierna: OV-chipkaartdata). Op basis van dit meest gedetailleerde informatieniveau over reizigersaantallen hebben bieders een precies beeld van de recente reizigersstromen en de variatie daarin over tijdstippen van de dag en dagen van het jaar. Bij een aantal recente aanbestedingen[66] is deze OV-chipkaartdata (voor de laatste drie jaar) beschikbaar gesteld aan de bieders.

5.2 Risico's op verstoring gelijk speelveld bij regionale aanbestedingen

Een ongelijke informatiepositie van inschrijvende partijen bij een aanbesteding van regionaal spoorvervoer kan resulteren in een verstoring van een gelijk speelveld. Zo beschikken zittende concessiehouders doorgaans over meer en accuratere informatie dan andere partijen. Doordat andere partijen minder (accurate) informatie hebben, kunnen zij een minder goede inschatting maken van de verwachte kosten en opbrengsten (omdat zij bijvoorbeeld niet kunnen inschatten wat de reizigersaantallen zullen zijn en hoeveel materieel er nodig is). Voldoende, tijdige en betrouwbare informatie is belangrijk voor het opstellen van een goede business case. Indien inschrijvers niet over bepaalde informatie kunnen beschikken worden zij geconfronteerd met meer onzekerheden; de prognose die ze maken kent dan een grotere bandbreedte aan mogelijke uitkomsten. De werkelijke uitkomst kan aanzienlijk hoger of lager zijn. Hoe kleiner de onzekerheid, des te scherper het bod kan zijn. Indien niet alle vervoerders beschikken over dezelfde informatie die essentieel is voor het inschatten van kosten en opbrengsten, dan verstoort dit het gelijke speelveld.

De essentiële informatie over reizigersaantallen en opbrengsten is in beginsel in bezit van de zittende concessiehouder.[67] Deze heeft een prikkel om de informatie niet te verstrekken omdat hij daarmee een concurrentievoordeel behaalt. De grotere onzekerheid bij andere bieders resulteert immers in minder scherpe biedingen van andere bieders. Daarom is de ACM van oordeel dat gebrek aan toegang tot essentiële data het gelijke speelveld bij regionale aanbestedingen kan verstoren.

[65] Bij multimodale concessies zijn mogelijk ook gegevens over bus-, metro en tramreizen nodig.
[66] Dit gedlt in ieder geval voor de concessies Alphen-Gouda en Zwolle-Enschede, Zwolle-Kampen.
[67] OV-chipkaartdata is aanwezig bij TransLink, de beheerder van OV-chipdata.

Opgetreden problemen met toegang tot data
Bij de aanbesteding van de concessie voor openbaar trein- en busvervoer in 2014 door de Provincie Limburg is gebleken dat NS haar dochter Abellio een oneigenlijke kennisvoorsprong verschafte, door:

- op oneigenlijke wijze bedrijfsvertrouwelijke informatie van Veolia, die de lopende concessie in Limburg exploiteerde, te verkrijgen (onder meer via de toenmalige concessiedirecteur van Veolia) en deze informatie te gebruiken om haar eigen bod te verbeteren;
- relevante informatie betreffende het HRN, die op dat moment nog niet beschikbaar was voor de andere inschrijvers, te verstrekken aan haar dochter Abellio; en
- vertrouwelijke informatie betreffende de verzoeken van andere inschrijvers om toegang tot materieel en voorzieningen die zij nodig hadden van andere NS-dochters, door te spelen aan Abellio. Abellio kon deze informatie gebruiken bij het bepalen van haar eigen bod, en heeft dit ook gedaan.[68]

Gebleken is dat NS op discriminatoire wijze informatie met betrekking tot de reizigersopbrengsten verstrekte aan het biedingsteam van Abellio Nederland.[69] Daardoor had Abellio Nederland een kennisvoorsprong. De overige inschrijvers hadden slechts beschikking over onduidelijke en ongevalideerde bronnen over de reizigersopbrengsten. Deze onduidelijkheid is pas in een laat stadium en bovendien slechts deels weggenomen.[70]

Ten aanzien van de relevante informatie betreffende het hoofdrailnet was van belang dat in Limburg twee nieuwe lijnen uit het HRN werden gedecentraliseerd.[71] Daardoor waren alle inschrijvers afhankelijk van NS voor de informatie over reizigersopbrengsten op die lijnen. Tevens zouden grote wijzigingen in de dienstregeling op het HRN worden doorgevoerd. Uit het onderzoek naar de aanbesteding in Limburg is gebleken dat NS informatie over de toekomstige HRN-dienstregeling heeft gedeeld met Abellio, terwijl deze informatie niet met andere vervoerders is gedeeld.[72] Deze kennisvoorsprong heeft overigens niet geresulteerd in een concurrentievoordeel voor NS.[73]

Uit de Limburg-zaak blijkt dat een vervoerder om strategische redenen informatie kan achterhouden voor de concessieverlener, ook als deze daarom vraagt.

Mogelijke toekomstige risico's
Ook voor toekomstige aanbestedingen signaleert de ACM dat er een risico is dat concessiehouders om strategische redenen informatie zullen achterhouden of het verstrekken van deze informatie zullen vertragen. Ook zal specifieke aandacht moeten worden besteed aan de beschikbaarheid van informatie bij de verdere decentralisatie van lijnen uit het HRN, die is overeengekomen in het regeerakkoord.[74]

[68] Boetebesluit ACM Limburg, 29 juni 2017, samenvatting, p. 7.
[69] Idem, rnr 839.
[70] Idem, rnr 839.
[71] Dit betreft de lijnen Roermond-Maastricht en Sittard-Heerlen.
[72] Boetebesluit ACM Limburg, 29 juni 2017, rnr 797 t/m 814.
[73] Idem, rnr 813.
[74] Regeerakkoord 2017-2021, Vertrouwen in de toekomst, 10 oktober 2017: "Om tot een regionaal geïntegreerd aanbod van trein, tram/metro en bus te komen worden meer sprinterdiensten op het hoofdrailnet toegevoegd aan regionale OV-concessies. We richten ons daarbij op één of meer van de lijnen Apeldoorn-Enschede, Zwolle-Groningen/Leeuwarden en Dordrecht-Breda (in combinatie met de Merwede-Lingelijn). NS mag net als alle andere marktpartijen aan deze regionale concessies meedoen."

5.3 Beheersmaatregelen

5.3.1 Bestaande beheersmaatregelen

Mededingingswet

De Mededingingswet adresseert risico's op discriminatoire informatieverstrekking door ondernemingen die beschikken over een economische machtspositie. ACM kan achteraf ingrijpen indien bijvoorbeeld is gebleken dat informatie alleen is gedeeld met het eigen dochterbedrijf en niet met andere marktpartijen. Met de Mededingingswet kan niet worden voorkomen dat er sprake is van een ongelijke informatiepositie bij de start van een aanbesteding.

Wel bestaan er andere maatregelen die bij zouden moeten dragen aan een gelijke informatiepositie van vervoerders bij regionale aanbestedingen van treinconcessies.

Informatieprofiel

Zo zijn er in 2003 afspraken gemaakt tussen decentrale overheden, NS en het Ministerie van Infrastructuur en Milieu (IenM, tegenwoordig Infrastructuur en Waterstaat) over de gegevens die NS beschikbaar moet stellen bij decentralisatie van spoorlijnen.[75] Dit overeengekomen informatieprofiel is gebruikt voor de twee te decentraliseren stoptreindiensten in Limburg.[76] Dit informatieprofiel heeft echter niet kunnen verhinderen dat NS bij de aanbesteding in Limburg op discriminatoire wijze informatie heeft verstrekt aan het biedingsteam van Abellio Nederland.[77]

PSO-verordening

Voorts bevat de PSO-verordening een wettelijke basis voor het verstrekken van informatie bij aanbestedingen. De PSO-verordening maakt duidelijk dat het de taak is van de concessieverlener om te zorgen dat alle bieders beschikken over de informatie die essentieel is voor het uitbrengen van een bod. Zo dienen op basis van artikel 4, achtste lid, van de PSO-verordening de concessievoorwaarden te vereisen dat concessiehouders informatie moeten verstrekken aan concessieverleners die essentieel is voor de gunning van concessies voor openbaar vervoer. Voor de verbetering en standaardisering van de informatieuitwisseling tussen concessieverleners en vervoerders is door het Kennisplatform Verkeer en Vervoer (KpVV) het Model Informatieprofiel Openbaar Vervoer (MIPOV) opgesteld.[78] Het MIPOV wordt bij aanbestedingen gebruikt als basis voor de eisen die de concessieverlener stelt aan de informatielevering door de concessiehouder.

Nationale Data Openbaar Vervoer

Tenslotte is er de databank van Nationale Data Openbaar Vervoer (NDOV). De databank van NDOV is één centrale databank voor actuele en statische reisinformatie over het openbaar vervoer in Nederland. Dit omvat onder meer geplande dienstregelingen, actuele reisinformatie (vertragingen, uitgevallen ritten, etc.) en tariefinformatie over bussen, trams, metro's, treinen en overig openbaar vervoer. Vervoerbedrijven stellen hun ruwe data beschikbaar in het NDOV waar iedereen deze gegevens kan gebruiken. Het doel van NDOV is het beschikbaar stellen van ruwe reisinformatie ten behoeve van reisinformatiediensten, zoals reisplanners en apps met actuele reisinformatie.

5.3.2 Aanvullende beheersmaatregelen

Evenals concessieverleners en vervoerders, acht de ACM het van groot belang dat bij regionale aanbestedingen OV-chipkaartdata van het betreffende concessiegebied van de drie meest recente jaren beschikbaar is voor alle bieders. Die informatie wordt door concessieverleners bij een aantal recente aanbestedingen ook al verstrekt. De ACM acht het belangrijk dat concessieverleners die informatie

[75] Brief staatssecretaris van IenM, 10-02-2014, TK 29984, nr. 463.
[76] Verslag van een schriftelijk overleg, TK 29984, nr. 473.
[77] Boetebesluit ACM Limburg, 29-06-2017, rnr 839.
[78] KpVV (2008). Model Informatieprofiel Openbaar Vervoer (MIPOV) . Rotterdam: Kennisplatform Verkeer en Vervoer en KpVV. (2011). Model Informatieprofiel Openbaar Vervoer (MIPOV): Technische uitwerking MIPOV 2008 m.b.t. OV-chipkaart.

makkelijk en zonder juridische procedures van de beheerder van die OV-chipkaartdata kan verkrijgen. Dit betekent dat concessieverleners minder afhankelijk zouden moeten zijn van vervoerders voor het verkrijgen van OV-chipkaartdata.

Een mogelijke wettelijke basis hiervoor is het nog niet in werking getreden artikel 30c van de Wp2000. Dit artikel luidt: "*Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld over het beschikbaar stellen, door concessiehouders, aanbieders van elektronische vervoerbewijzen en de in artikel 30a, eerste lid, onderdeel a, bedoelde instellingen, van geanonimiseerde en niet tot personen herleidbare gegevens over de, uit het gebruik van vervoerbewijzen af te leiden, reizigersstromen*."
Op basis van dit artikel zou in een algemene maatregel van bestuur kunnen worden geregeld dat de gepseudonimiseerde of geanonimiseerde OV-chipkaartdata van een bepaald concessiegebied van de laatste drie jaar op verzoek aan concessieverleners moet worden verstrekt.[79]

De ACM beveelt aan om bij deze evaluatie tevens te onderzoeken of de zelfregulering op basis van de informatiehuishouding voldoende waarborgen biedt voor tijdige beschikbaarheid van de OV-chipkaartdata bij overheden. Mocht dat niet het geval zijn, dan beveelt de ACM aan om artikel 30c van de Wp2000 in werking te laten treden en in een aan dat artikel gekoppelde algemene maatregel van bestuur te bepalen dat de beheerder van de OV-chipkaartdata verplicht is deze data (van het betreffende concessiegebied van de drie meest recente jaren) op verzoek aan concessieverleners te verstrekken.

[79] In augustus 2018 heeft de ACM voor de ontwikkeling van de markt voor de mobiliteitsdiensten het belang van gelijke beschikbaarheid van OV-chipkaartdata benadrukt. Daarbij heeft de ACM aanbevolen om de huidige zelfregulering op basis van de *informatiehuishouding* in 2019 te evalueren – en mocht uit de evaluatie blijken dat dit nodig is – reeds nadere voorbereidingen te treffen om artikel 30c van de Wp2000 in werking te laten treden om daarmee toegang tot gebruiksdata te kunnen afdwingen. Zie verder: www.acm.nl/nl/publicaties/advies-regulering-ov-betaalmarkt.

6. Beschikbaarheid van treinmaterieel

6.1 Inleiding

Het Nederlandse spoornet heeft enkele technische eigenschappen die het vrijwel uniek maken in Europa. Dit heeft onder anderen te maken met de tractie-energievoorziening. Het Nederlandse spoor werkt op 1,5 kV gelijkspanning, met enkele lijnen zoals de HSL en de Betuwelijn op 25 kV wisselspanning.[80] 1,5 kV is tamelijk zeldzaam in Europa.[81] Daarnaast wordt er op het Nederlandse spoor gebruikgemaakt van de veiligheidssystemen ATB-EG en ATB-NG. Dit is een Nederlands treinbeveiligingssysteem, waar het materieel mee moet kunnen werken.

Hierdoor is de markt voor spoormaterieel sterk gelimiteerd, aangezien aankoop van (tweedehands) materieel vanuit het buitenland door de hoge ombouwkosten economisch niet haalbaar is. De vraag naar materieel voor op het Nederlandse spoor is derhalve gelimiteerd tot nieuwe treinen, of tweedehands treinen welke reeds voldoen aan de Nederlandse eisen.

Vanuit de markt heeft de ACM signalen ontvangen dat regionale vervoerders als knelpunt ervaren dat NS in staat zou zijn rijtuigen die zijn aangeschaft voor inzet op het HRN eventueel (later) ook in te zetten op regionale lijnen. Ook is het vanwege het gebrek aan tweedehands materieel makkelijker voor een zittende vervoerder om in te schrijven op een opvolgende aanbesteding; zij heeft immers het materieel al beschikbaar.[82] Daarnaast heeft noch NS, noch een eventuele andere zittende vervoerder in algemene zin een verplichting om rijtuigen die uit haar actieve dienstregeling stromen te koop aan te bieden. Een dergelijke verplichting kan wel voortkomen uit de concessie, dan wel uit andere afspraken tussen de concessiehouder en de concessieverlener.

6.2 Risico's op verstoring gelijk speelveld bij regionale aanbestedingen

Met betrekking tot materieel heeft NS – zoals door Europe Economics geformuleerd – een *incumbency advantage*.[83] Zij heeft door haar grote positie op het Nederlandse spoornet een schaalvoordeel wat betreft materieel, en kan dit schaalvoordeel mogelijk deels overhevelen naar nieuwe concessies.

Het schaalvoordeel van NS is substantieel op het gebied van rollend materieel in Nederland . Uit publieke bronnen blijkt dat – ondanks het feit dat er op dit moment 19 gedecentraliseerde passagiersconcessies onder verantwoordelijkheid van een regionale overheid zijn aanbesteed – de NS over aanzienlijk meer materieel beschikt dan alle decentrale vervoerders tezamen. [84] [85]

Daarnaast bestaat er geen formele scheiding tussen rollend materieel bestemd voor het HRN en materieel bestemd voor regionale concessies binnen NS. Het staat NS – wanneer de concessievoorwaarden hier niet aan in de weg staan – vrij materieel dat op het HRN heeft gereden – eventueel na aanpassingen – in te zetten op regionale concessies. Als NS vanuit haar beschermde positie op het onderhands gegunde HRN de beschikking heeft over treinen, die ingezet (kunnen) worden bij regionale concessies, terwijl andere vervoerders niet of moeilijk kunnen beschikken over tweedehands materieel, dan ontstaat er een groot

[80] Zie Netverklaring 2019 bijlage 17.
[81] Zie bijv. https://nl.wikipedia.org/wiki/Stroomvoorziening_van_spoorwegen#/media/File:Europe_rail_electrification.png.
[82] Dit is uiteraard niet het geval wanneer de opvolgende aanbesteding nieuw materieel eist.
[83] www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/15195/Extern-onderzoek-naar-dominante-posities-op-de-spoormarkt, par. 3.2.3 e.v.
[84] Zie PDF Reizigersvervoerders & Concessies van ProRail, 9 december 2018.
[85] De Regionale vervoerders hebben samen zo'n 200 treinen, zie hierover o.a. www.arriva.nl, het jaarverslag kwaliteit Keolis, jaarverslag kwaliteit Connexxion; De NS beschikt volgens haar webpagina over bijna 3000 rijtuigen. Tijdschrift "Op de Rails" heeft in haar uitgave 2019-2 een overzicht gepubliceerd van alle materieel per vervoerder.

concurrentievoordeel voor NS die haar oorsprong vindt in de beschermde positie op het HRN. In deze situatie kan er naar de mening van de ACM sprake zijn van een verstoring van het gelijke speelveld.

Ook kan er sprake zijn van een verstoring van het gelijke speelveld indien – bij gebrek aan mogelijkheden tot aanschaf nieuw/tweedehands materieel – inzet van de treinen van de zittende vervoerder nodig is om een concurrerend bod te kunnen uitbrengen en er geen goede regeling is getroffen voor de overname en/of lease van dit materieel.

Om deze risico's beter te kunnen inschatten heeft de ACM de volgende zaken onderzocht:

- De aanwezige drempels voor vervoerders om materieel te kopen of te leasen voor de exploitatie van de concessie;
- De eisen die concessieverleners stellen aan materieel. Hierbij is bijvoorbeeld de vraag of concessieverleners eisen dat gebruik wordt gemaakt van nieuw materieel, of dat inzet van tweedehands materieel mogelijk is. In dat laatste geval is relevant of er een overnameregeling is getroffen voor het materieel van de zittende vervoerder.
- De mate van waarschijnlijkheid dat NS daadwerkelijk HRN treinen gaat inzetten voor de exploitatie van regionale concessies.

Drempels verwerving materieel
In haar gesprekken heeft de ACM voorbeelden gezien van aanbestedingen waarbij vervoerders afzagen van het indienen van een bod met als hoofdreden het ontbreken van realistische mogelijkheden om materieel aan te schaffen. Dit werpt een grote drempel op voor nieuwe vervoerders om toe te treden op regionale lijnen. Hiervoor merkten we al op dat de markt voor tweedehands spoormaterieel sterk gelimiteerd is. Vervoerders geven in gesprekken aan dat de aankoop van tweedehands materieel vanuit het buitenland door de hoge ombouwkosten economisch niet haalbaar is.

Een praktijkvoorbeeld van een dergelijke drempel is het baanvak Nijmegen-Roermond. Hier is elektrificatie van het traject gaande. Tot afronding van dit project is het echter noodzakelijk, dat de concessiehouder voor (tijdelijke) dieseltreinen zorgt. In het programma van eisen is bovendien vastgesteld dat deze treinen niet van een eerder bouwjaar mogen zijn dan 2000. Vanwege deze eisen – in combinatie met het ontbreken van een overnameregeling voor de voorheen rijdende dieseltreinen – wordt het bijzonder moeilijk voor nieuwe toetreders om in te schrijven, omdat zij waarschijnlijk niet aan de gestelde materieeleisen kunnen voldoen.

Eisen van concessieverleners aan materieel

Aanbesteding	Eisen materieel	Overnameverplichting	Overdrachtsplicht	Vindplaats
Limburg	Enkel treinen gebouwd in of na 2014.	Verplichting tot het leasen van alle Elektrische Treinstellen die zijn verworven ten behoeve van de vorige concessie Zuid-Limburg	Verplichting tot overdracht treinen na einde concessie.	Programma van eisen D4
Noordelijke Nevenlijnen	Keuze nieuwe of bestaande treinen, zolang ze voldoen aan het bestek, en niet ouder zijn dan 30 jaar.	Mogelijke overname huidige treinen. Opdrachtgevers 'onderzoeken' of de eigenaar van de bestaande treinen 'bereid is' deze over te dragen.	Mogelijk verplicht overnameaanbod. De concessieverlener behoudt zich het recht voor om de Concessiehouder te verplichten (een deel van) de treinstellen ter overname aan te bieden.	Programma van eisen F
Merwedelinge-lijn	Keuze nieuwe of bestaande treinen, zolang ze voldoen aan het bestek, en niet ouder zijn dan 30 jaar.	Verplichting om 10 bestaande treinen over te nemen, met vastgestelde procedure.	In beginsel overdrachtsplicht, indien ten minste 23 maanden voor het eindmoment van de concessie aan de concessiehouder medegedeeld.	Programma van eisen 4.5 & 5.1
ZwenZwoKa	Enkel treinen gebouwd in of na 2016.	Geen.	Geen.	Programma van eisen C.4

Bij enkele regionale concessies die recent zijn aanbesteed, is de verplichting opgenomen om (relatief) nieuw materieel aan te schaffen. Bij de aanbesteding van de Noordelijke Nevenlijnen was ook gebruik van bestaand materieel – op dat moment in de handen van Arriva – toegestaan. Naar de mening van enkele vervoerders was er vanwege het ontbreken van leasetarieven en/of overnamecondities onvoldoende informatie beschikbaar om een offerte in te dienen op basis van het gebruik van bestaand materieel.

Inzet van HRN-treinen op regionale lijnen

In de praktijk is het volgens NS niet eenduidig dat (reserve)treinen die op het HRN worden ingezet, zomaar op regionale lijnen zouden kunnen worden ingezet. Bestekken kennen vaak specifieke eisen aan materieel, en concessies kunnen daarom mogelijk enkel gereden worden met specifiek op de betreffende concessie toegespitst materieel.

NS heeft aangekondigd haar materieel op het HRN te vernieuwen, door vernieuwing van 30% van het materieelpark.[86] Dit zou impliceren dat wanneer er een tweedehands markt zou bestaan, er een grote instroom van tweedehands treinstellen zou kunnen ontstaan. De mogelijkheid tweedehands treinen aan te schaffen, zou het voor vervoerders makkelijker moeten maken toe te treden op de spoorwegmarkt. Daarnaast geeft NS aan dat zij enkel een strategische reserve aanhoudt, welke nodig is om schommelingen en verstoringen op te vangen. Deze strategische reserve is – naar mening van NS – niet voldoende om een concessie erbij te rijden, nog daargelaten de technische aanpassingen.

[86] Strategie NS 2016-2019; www.ns.nl/binaries/_ht_1533650898622/content/assets/ns-nl/over-ons/samenvatting-strategie-ns-2016-2019.pdf

Mogelijke toekomstige risico's
De ACM verwacht dat bij toekomstige aanbestedingen, evenals bij eerdere aanbestedingen, door concessieverleners de mogelijkheid wordt geboden om in te schrijven met tweedehands materieel. Daarbij hebben de zittende vervoerders mogelijk een groot concurrentievoordeel als er geen overgangsregeling wordt getroffen. Daarnaast kan bij decentralisatie van nieuwe lijnen een ongelijk speelveld ontstaan, waarbij vervoerders aanzienlijk moeilijker geschikt materieel kunnen verkrijgen dan NS die reeds beschikt over geschikte treinen voor het rijden op het hoofdrailnet.

6.3 Beheersmaatregelen

6.3.1 Bestaande beheersmaatregelen

Wp2000
De Wp2000 kent een regime met betrekking tot overdracht van rechten en verplichtingen ten aanzien van productiemiddelen, waaronder ook het rollend materieel. Aan de hand van artikelen 43a t/m 43c moet een (voormalige) concessiehouder alle rechten en verplichtingen – inclusief de bijhorende bedrijfsinformatie – overdragen aan de nieuwe concessiehouder.[87] Indien gebruik wordt gemaakt van dit overdrachtsregime stelt de concessieverlener de betaling van de waarde van deze voornoemde rechten en plichten aan de (voormalige) concessiehouder zeker.[88] Daartegenover staat dat de concessieverlener op haar beurt van de nieuwe concessiehouder een zekerheid kan verlangen alvorens de concessie te gunnen.[89] De werking van artikel 43a van de Wp2000, en derhalve de overdrachtsplicht tussen concessiehouders, kan in zijn geheel worden uitgesloten door de concessieverlener.[90]

PSO-verordening
Met de implementatie van het Vierde Spoorwegpakket zijn er nieuwe bepalingen in de PSO-verordening opgenomen die de beschikbaarheid van geschikt treinmaterieel moeten waarborgen. Hierbij wordt nadrukkelijk de verantwoordelijkheid gelegd bij de concessieverleners om te beoordelen of er maatregelen moeten worden genomen om te zorgen voor daadwerkelijke en niet-discriminerende toegang tot geschikt rollend materieel.[91] In tegenstelling tot het bovengenoemde regime van de Wp2000 moet deze beoordeling verplicht worden uitgevoerd, en kan de werking van de PSO-verordening niet worden uitgesloten in de concessie. Het beoordelingsverslag moet publiekelijk beschikbaar zijn. Daarnaast kan de bevoegde instantie maatregelen treffen om te zorgen dat partijen non-discriminatoire toegang tot het materieel hebben.[92] Als de noodzaak hiertoe blijkt, dan kan de concessieverlener besluiten om dergelijke maatregelen te treffen. De verordening geeft hiervan voorbeelden. Zo kan de bevoegde instantie:

- rollend materieel aanschaffen en dit tegen marktprijs aan concessiehouders ter beschikking stellen;
- garanties verstrekken voor de financiering van rollend materieel;
- in de concessie toezeggen dat rollend materieel aan het einde van de concessie tegen marktprijs door de concessieverlener wordt overgenomen; en
- samenwerken met andere concessieverleners om over een groter bestand aan rollend materieel te beschikken.

[87] Artikel 43b lid 7 Wp2000 vormt een uitzondering hierop voor de eerste aanbesteding op een gedecentraliseerde lijn na de inwerkingtreding van dit artikel.
[88] Artikel 43a lid 4, Wp2000.
[89] Artike 43a lid 6, Wp2000.
[90] Artikel 43c lid 2, Wp2000.
[91] Artikel 5bis van 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.
[92] Aan de hand van artikel 5bis van de PSO-verordening is in de Wp2000 de passage opgenomen, dat het regime van artikel 43a t/m 43c van de Wp2000 pas kan worden gebruikt wanneer uit de beoordeling aan de hand van de PSO-verordening is gebleken dat aanvullende maatregelen passend zijn om non-discriminatoire toegang te waarborgen. Dit is vastgelegd in artikel 43d van de Wp2000.

De concessieverlener dient in de aanbestedingsdocumenten alle beschikbare informatie op te nemen over de onderhoudskosten en de fysieke toestand van het materieel als dit ter beschikking wordt gesteld. Er is geen specifieke toezichthouder aangewezen voor de naleving van deze bepalingen uit de Wp2000 of de PSO-verordening met betrekking tot regionale concessies.[93] Dit betekent dat vervoerders naar de rechter moeten stappen als ze van mening zijn dat de verplichtingen door de concessieverleners en/of concessiehouder niet op een juiste wijze worden nageleefd.

Verschillende concessieverleners hebben aangegeven dat in de huidige concessie is opgenomen dat bij overgang van de concessie naar een andere vervoerder, er een verplichting is het materieel over te dragen tegen een door een onafhankelijke derde partij vastgestelde (marktconforme) prijs. Er kunnen mogelijk nog bijkomende eisen gesteld worden, waaronder bijvoorbeeld zou kunnen vallen het moderniseren (*refurbishen*) van de treinstellen, of het inbouwen van voorzieningen zoals USB-laadvoorzieningen of toiletten. Op deze wijze wordt er een gelijk speelveld gecreëerd voor alle inschrijvende vervoerders.

Hierbij is echter van belang dat er een goede controle plaatsvindt op het materieel, en er een realistische en marktconforme overdrachtsprijs wordt vastgesteld. Bij afwezigheid van deze garanties, kan een overnameplicht juist een afschrikwekkend effect hebben. Tijdens de marktgesprekken is ook een voorbeeld genoemd waarbij juist de overnameplicht een partij had belemmerd: vanwege de slechte staat van het materieel en de hoge (vaststaande) overnameprijs welke hier tegenover stond. In dit geval was het materieel – naar mening van de afhakende vervoerder – in dusdanig slechte staat, dat het onmogelijk was een sluitende *business case* te bouwen met daarin de onkosten voor het opknappen van de (dure) treinen.

6.3.2 Aanvullende beheersmaatregelen

De bepalingen uit de Wp2000 en de gewijzigde PSO-verordening bevatten in essentie voldoende basis om te voorkomen dat NS of een zittende vervoerder een groot concurrentievoordeel heeft omdat zij toegang hebben tot geschikt materieel waarover andere vervoerders niet kunnen beschikken.

De maatregel van een overnameplicht kan bij uitstek geschikt zijn om het speelveld gelijk te trekken. Te overwegen is daarom de uitzondering in de Wp2000 te schrappen (art. 43b, zevende lid), zodat de overnameplicht ook van toepassing kan zijn bij een eerste aanbesteding van een gedecentraliseerde lijn. Op basis van de PSO-verordening kan een concessieverlener beoordelen of het wenselijk is om een overnameverplichting op te nemen. Daarbij is van belang dat bij een overnameplicht bij de start van de aanbesteding betrouwbare informatie beschikbaar is over de staat van het materieel.[94]

Daarnaast geeft de PSO-verordening een breed scala aan andere maatregelen die de concessieverlener kan treffen, zoals een garantie dat de treinen aan het einde van de concessie – desnoods door haarzelf – worden overgenomen. Op deze wijze wordt ook de investering in nieuw materieel minder ingrijpend voor nieuwe toetreders, omdat zij zekerheid hebben dat wanneer zij de concessie zouden kwijtraken, zij in ieder geval een marktconforme prijs ontvangen voor hun materieel.

Omdat de PSO-verordening rechtstreekse werking heeft, zijn de nieuwe bepalingen over rollend materieel niet geïmplementeerd. Dit brengt het risico met zich mee dat concessieverleners op een zeer verschillende wijze invulling geven aan hun verplichting om bij aanbestedingen te beoordelen of er maatregelen nodig zijn om een non-discriminatoire toegang tot materieel te waarborgen. Naar de mening van de ACM is het wenselijk dat deze verplichting nader wordt uitgewerkt zodat duidelijk wordt op welke wijze deze beoordeling uitgevoerd dient te worden. Denk daarbij aan de onderzoeksmethodiek, de beoordelingscriteria en de consultatie van belanghebbenden. Ook is het te overwegen om het beoordelingsverslag te laten goedkeuren door een externe toezichthouder, die inzicht heeft in de onderzoeken en rapportages die ten grondslag liggen aan de beoordeling.

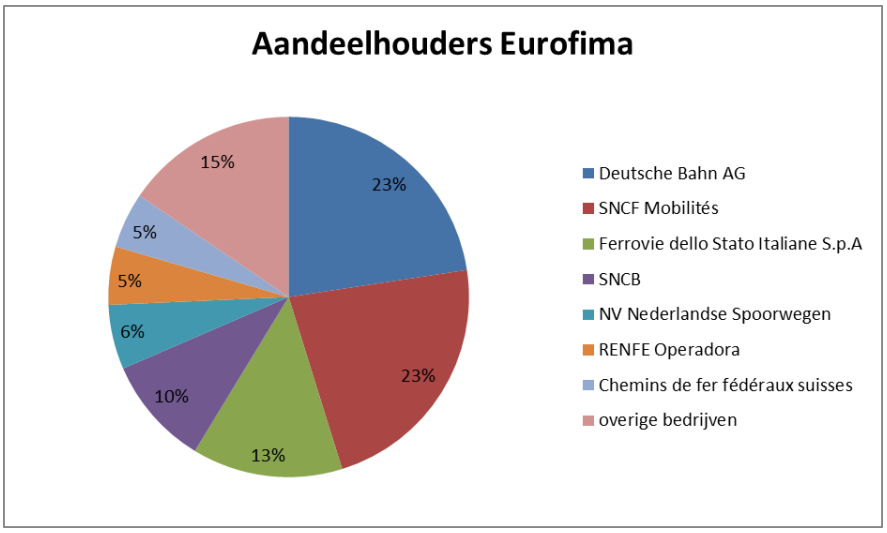
[93] Voor concessies welke door onze minister zijn verleend is er wel een toezichthouder vastgesteld, zie hierover art. 2 Besluit aanwijzing toezichthouders spoorwegen.
[94] Dit betekent natuurlijk niet dat een overnameplicht *altijd* opgenomen moet worden. Het belang van modernisering van het materieel dient meegewogen te worden.

7. Financiering van treinmaterieel

7.1 Inleiding

Vervoerders maken gebruik van verschillende financieringsconstructies voor het kopen of leasen van treinen. In het kader van dit advies heeft de ACM twee constructies nader bekeken om te beoordelen of deze contructies van invloed kunnen zijn op het gelijke speelveld bij aanbestedingen van regionaal spoorvervoer. Het gaat hier om financiering via Eurofima AG, een supranationale organisatie gevestigd in Zwitserland, en de buitenlandse belastingconstructies voor de koop en lease van treinmaterieel.

Eurofima
Eurofima AG is een financieringsbedrijf voor rollend materieel. Nationale spoorwegondernemingen van de Europese lidstaten hebben aandelen in Eurofima. Het kapitaal dat is gestort in Eurofima wordt vervolgens gebruikt voor de financiering van rollend materieel. Hierbij staat de Staat garant voor de schuldverplichtingen aan Eurofima van haar nationale spoorwegondernemingen. Doordat de ministeries van de deelnemende landen garant staan voor de aflossing en rentebetaling loopt Eurofima een relatief laag risico op deze lening. Dit kan leiden tot gunstige voorwaarden bij het aangaan van de lening voor rollend materieel voor de aandeelhouders van Eurofima.



7.2 Risico's op verstoring gelijk speelveld bij regionale aanbestedingen

Het is mogelijk dat partijen een beter bod kunnen doen op een concessie, omdat zij lagere financieringskosten hebben door een voordeel dat andere partijen niet hebben kunnen verkrijgen. Bijvoorbeeld omdat de Nederlandse Staat alleen garanties heeft verstrekt aan een specifieke spoorwegonderneming. Dit kan leiden tot een verstoring van het gelijke speelveld.

Eurofima
Onderstaande figuur geeft een overzicht van welke partijen in welke mate gebruik maken van financiering via Eurofima.

(amounts in CHF '000) Principal at December 31, 2016

Member State	Railway	CHF	%
Germany[1]	DB AG	214 500	1.6%
France[1]	SNCF	712 299	5.4%
Italy	FS	2 160 199	16.3%
Belgium	SNCB	2 409 298	18.2%
Netherlands	NS	63 492	0.5%
Spain	RENFE	1 866 259	14.1%
Switzerland	SBB	2 700 850	20.4%
Serbia	ŽS	52 000	0.4%
Luxembourg	CFL	85 800	0.6%
Austria	ÖBB	2 051 809	15.5%
Portugal	CP	268 125	2.0%
Greece	OSE	337 838[2]	2.5%
Czech Republic	?D	32 175	0.2%
Hungary	MÁV	37 538	0.3%
Slovakia	ŽSSK	50 093	0.4%
Croatia	HŽ	16 088	0.1%
Slovenia	SŽ	111 657	0.8%
Bulgaria	BDZ	21 450	0.2%
Montenegro	ŽPCG	14 500[3]	0.1%
Denmark	DSB	56 105	0.4%
Total principal		**13 262 074**	100.0%
Difference to book value		1 115 416	
Total book value		**14 377 491**	

Van de spoorwegondernemingen die in Nederland actief zijn is alleen Connexxion – en diens moederbedrijf Transdev – geen aandeelhouder van Eurofima. Uit het overzicht blijkt dat de overige spoorwegondernemingen die in Nederland actief zijn zoals NS, Deutsche Bahn (met dochter Arriva) en SNCF (met dochter Keolis) beperkt gebruik maken van de diensten van Eurofima.

Op dit moment schat de ACM het risico laag in dat de garantstellingen van overheden voor de leningen die spoorwegondernemingen bij Eurofima aangaan, zullen resulteren in een verstoring van het gelijke speelveld bij regionale aanbestedingen. In de eerste plaats kunnen vrijwel alle spoorwegondernemingen – direct of via hun moederbedrijven – gebruikmaken van de diensten van Eurofima. In de tweede plaats wordt momenteel weinig gebruikgemaakt van Eurofima, wat een indicatie is dat op de vrije kapitaalmarkt ook gunstige financieringscondities te verkrijgen zijn. Dit zou in de toekomst wel kunnen veranderen, bijvoorbeeld bij een stijging van de rente, of omdat niet gebruik kan worden gemaakt van de 'Ierse route' (zie hieronder).

Belastingsconstructies
Bij de inschrijving van NS op de aanbesteding in Limburg heeft NS gebruikt gemaakt van de zogenaamde 'Ierse route'. Daarbij werden de treinen gekocht door de Ierse dochter NS Financial Services (NSFSC) en vervolgens geleased aan de dochtermaatschappij Abellio. Hiermee werden fiscale voordelen behaald. Ook andere vervoerders zouden gebruikmaken van dergelijke constructies om belastingvoordelen te halen, zodat er lager kan worden ingeschreven voor een concessie.[95] De aandeelhouder van NS, de Minister van Financiën, acht het gebruik van buitenlandse leaseconstructies onwenselijk en heeft daarom met NS de volgende afspraken gemaakt over de afbouw van de activiteiten van NSFSC:

[95] Brief Minister van Financiën aan Tweede Kamer van 23 april 2015, deelnemingenbeleid, TK 28165, nr. 185.

I. Alle nieuw te bestellen treinen voor de nieuwe Hoofd Rail Net concessie (HRN) worden met ingang van het nieuwe HRN (2015) vanuit Nederland aangeschaft. Ook zullen nieuwe treinen voor aanbestedingen voor decentrale lijnen in Nederland die NS vanaf 2015 indient, vanuit Nederland worden aangeschaft.

II. NS bouwt de leases via NSFSC van het bestaande materieel op het HRN in Nederland af tijdens het verloop van de concessieperiode tot 2024. Aan het einde van de concessieperiode bevindt circa 90% van het materieelbestand zich dan in Nederland.

III. Voor buitenlandse activiteiten is het uitgangspunt dat belasting daar betaald wordt waar de concessie zich bevindt. Ik heb met NS afgesproken dat NS zich actief zal inzetten voor de toepassing van dit uitgangspunt door concessieverleners in het buitenland. NS zal dit uitgangspunt in acht nemen waar het door concessieverleners wordt meegenomen als onderdeel van de aanbesteding. In die situaties wordt niet langer materieel vanuit Ierland aangeschaft voor buitenlandse concessies.[96]

NS maakt per begin 2018 geen gebruik meer van deze constructie voor haar treinen op het hoofdrailnet. NS FSC heeft alle treinen en bijbehorende lease-contracten verkocht aan het in Nederland gevestigde NS Lease BV.[97] In de beantwoording op vragen van de ACM geeft NS aan dat ook de huidige treinstellen die worden ingezet op lopende regionale concessies zijn overgedragen aan NS Lease B.V.

De ACM heeft geen volledig beeld van de mogelijkheden en beperkingen van andere vervoerders om in de toekomst gebruik te maken van buitenlandse leaseconstructies. Uit de brief van de Minister van Financiën van 23 april 2015 kan opgemaakt worden dat die mogelijkheden er zijn.

7.3 Beheersmaatregelen

De Europese staatssteunregels leggen beperkingen op aan lidstaten om hun staatsbedrijven te ondersteunen met het bieden van garanties of belastingvoordelen die kunnen resulteren in oneerlijke concurrentie. De Europese Commissie toetst de afgelopen jaren strenger op belastingconstructies van ondernemingen die hun activiteiten uitvoeren in het thuisland, maar in een ander land zijn gevestigd om belastingvoordelen te behalen. Mogelijk vallen de garanties voor Eurofima of het gebruik van de Ierse route voor het leasen van treinen onder de uitzonderingsbepalingen. Dat heeft de ACM in het kader van deze update van de Quickscan niet onderzocht. De ACM signaleert dat vervoerders gebruik kunnen maken van buitenlandse leaseconstructies – zoals de ‘Ierse route’ – om belastingvoordelen te behalen, maar dat NS daar geen gebruik meer van maakt. Dit zou kunnen resulteren in een concurrentienadeel voor NS. Omdat dit een eigen keuze is van (de aandeelhouder van) NS, is hierbij geen sprake van een verstoring van het gelijke speelveld.

[96] Idem.
[97] Zie https://www.nrc.nl/nieuws/2018/02/25/lease-ns-treinen-via-fiscaal-gunstige-ierse-route-beeindigd-a1593601

8. Doorrijden op het hoofdrailnet

8.1 Inleiding

Op basis van artikel 19 van de huidige Wp2000 mag een vervoerder in Nederland openbaar personenvervoer (per trein) alleen op basis van een concessie uitvoeren. Een vervoerconcessie geeft een vervoerder het exclusieve recht om op een bepaald traject gedurende een bepaalde periode van maximum 15 jaar volgens een dienstregeling openbaar vervoer per trein te verrichten. De concessie voor het HRN is onderhands gegund aan NS en loopt tot 2025.

Voor regionale concessiehouders kan het interessant zijn om door te kunnen rijden op het HRN. Als regionale vervoerders zouden willen doorrijden op het HRN is er sprake van samenloop. Dit is de situatie waarbij twee of meer spoorvervoerders, waaronder NS, het recht hebben om de markt tussen dezelfde aan het HRN gelegen stations te bedienen. Uitbreiding van samenloop op het HRN door frequentieverhoging op bestaande samenlooptrajecten is uitsluitend mogelijk wanneer er overeenstemming bestaat tussen NS en de betrokken vervoerder én de wederzijdse concessieverleners én als wordt voldaan aan een aantal voorwaarden[98] die zijn opgenomen onder artikel 2, vijfde lid, van de HRN-vervoerconcessie. De minister van I&W beslist in het geval er tussen NS en de betrokken vervoerder geen overeenstemming wordt bereikt. NS heeft soms ook recht op een compensatie van gederfde inkomsten.

Door regionale vervoerders is de zorg geuit dat vanwege deze situatie de NS een concurrentievoordeel heeft bij regionale aanbestedingen omdat NS een regionale trein wel kan laten doorrijden op het HRN (of omgekeerd), terwijl de mogelijkheden voor andere regionale vervoerders beperkt zijn. Regionale vervoerders wijzen er op dat het recht op *open toegang* (zie onderstaand kader) geen uitkomst biedt, omdat er voor het HRN een uitzondering is gemaakt tot 2025.

Recht op open toegang

Met de implementatie van het Europese Vierde Spoorwegpakket[99] is er sinds 1 januari 2019 een recht op *open toegang* ontstaan vanaf dienstregeling 2021. Hiermee krijgen vervoerders de mogelijkheid om binnenlands personenvervoer per trein uit te voeren zonder dat zij beschikken over een concessie.[100] Dit betekent dat een vervoerder met een concessie moet dulden dat op zijn exclusieve recht om vervoerdiensten te exploiteren op een bepaald traject, een inbreuk kan worden gepleegd in het geval een andere vervoerder toegang wordt verleend tot de infrastructuur om binnenlands personenvervoer uit te voeren. Het recht op toegang tot de spoorweginfrastructuur doet geen afbreuk aan de mogelijkheid om concessies voor openbaar personenvervoer per trein te blijven gunnen.

Het recht op open toegang kan beperkt worden in het geval dat het economisch evenwicht van de bestaande concessie in gevaar komt. Om dit te bepalen, dient een objectieve economische evenwichtstoets te worden uitgevoerd. ACM zal deze economische evenwichtstoets uitvoeren.[101] Momenteel doet het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat nader onderzoek naar de kansen en bedreigingen van open toegang.

[98] Afspraak gemaakt tussen ministerie van I&W en de NS. Voorwaarden voor samenloop: “als de verzochte uitbreiding (i) per saldo een substantiële verbetering inhoudt voor de totale groep reizigers, (ii) het continueren van de bestaande dienstverlening door NS niet in de weg staat, (iii) NS niet belemmert in het nakomen van de verplichtingen van deze concessie en (iv) geen substantieel financieel nadeel voor NS oplevert. Indien de betrokken vervoerders en decentrale overheden in onderling overleg geen overeenstemming bereiken over het al dan niet uitbreiden van de samenloop als bedoeld in de eerste zin, beslist de concessieverlener, na afstemming met de betrokken decentrale concessieverlener(s).”

[99] Het Vierde Spoorwegpakket bestaat uit diverse Europese richtlijnen en verordeningen met als doel het wegnemen van barrières die de eenwording van de Europese spoorwegruimte in de weg staan.

[100] Momenteel is dit recht beperkt tot internationale personenvervoerdiensten per trein.

[101] Memorie van Toelichting, wetsvoorstel ter implementatie van het Vierde Spoorwegpakket, TK 2017-2018, 34914, nr. 3.

Voor het HRN is gebruik gemaakt van een overgangsregeling, waardoor er tot het einde van de hoofdrailnetconcessie in 2025 geen open toegang op de lijnen van het HRN wordt toegestaan. Voor de regionale spoorlijnen is er geen overgangsregeling van toepassing. Dit heeft tot gevolg dat regionale vervoerders, NS en eventuele nieuwe toetreders vanaf dienstregelingsjaar 2021 wel een recht op open toegang hebben op de regionale lijnen, maar dat omgekeerd regionale vervoerders (en eventuele nieuwe toetreders) geen recht op open toegang hebben voor het HRN tot 2025.

8.2 Risico's op verstoring gelijk speelveld bij regionale aanbestedingen

Hieronder beschrijven we drie situaties en analyseren we in hoeverre de bestaande regels met betrekking tot samenloop en open toegang invloed hebben op het gelijke speelveld bij aanbestedingen van regionaal spoorvervoer.

1. NS biedt bij een regionale aanbesteding aan om de regionale treinen door te laten rijden over het HRN naar een nabij gelegen station.
2. NS laat een trein van het HRN (bijvoorbeeld een sprinter) doorrijden naar een regionaal station (op basis van open toegang).
3. Als een vervoerder een regionale concessie wint, dan moet hij ermee rekening houden dat een andere vervoerder gebruik kan maken van het recht op open toegang om een trein te laten rijden binnen het regionale concessiegebied, of van het ene regionale concessiegebied naar een ander regionaal concessiegebied. Dit geldt voor alle vervoerders en resulteert als zodanig niet in een verstoring van het gelijke speelveld. Op deze situatie gaan we hieronder niet nader in.

Ad 1) regionale trein door laten rijden op het HRN
Als alleen NS bij een regionale aanbesteding zou kunnen aanbieden om de regionale treinen door te laten rijden over het HRN naar een nabij gelegen station, dat levert dit mogelijk een concurrentievoordeel op voor NS indien regionale vervoerders niet dezelfde mogelijkheid hebben om door te rijden op het HRN. Hieronder gaan we nader in op de vraag in hoeverre het aannemelijk is dat deze situatie zich zal voordoen. Dit lijkt vooral relevant in de periode tot 2025 omdat daarna regionale vervoerders de mogelijkheid krijgen om op basis van open toegang op het hoofdrailnet door te rijden.

Diverse regionale vervoerders hebben eerder belangstelling getoond om door te rijden op het HRN en hebben concrete voorbeelden genoemd. In de periode tot 2025 (wanneer de uitzondering voor het recht op open toegang vervalt) wordt echter slechts een beperkt aantal regionale concessies aanbesteed (zie overzicht concessies in bijlage 2). Hierna bespreken we de concessie voor de Valleilijn omdat voor deze lijn eerder uitgebreid onderzoek is gedaan naar de mogelijkheden om door te rijden op het HRN en de huidige concessie eind 2021 afloopt.

Connexxion heeft als exploitant van de Valleilijn[102] tijdens de loop van de concessie het verzoek gedaan over het HRN door te mogen rijden naar Utrecht en Arnhem.[103] Op 20 november 2018 heeft staatssecretaris van Veldhoven de Tweede Kamer geïnformeerd over de uitkomsten van een onderzoek naar de mogelijkheden voor het doortrekken van de Valleilijn.[104] Voor het doortrekken van de lijn naar Utrecht is relevant dat NS ook plannen heeft om vanaf 2020 met twee extra intercity treinen te rijden tussen Deventer/Amersfoort en Utrecht. Volgens de staatssecretaris is het niet mogelijk om beide wensen – van Connexxion en NS – te verenigen. Indien er bij ProRail door Connexxion en NS een conflicterende

[102] De Valleilijn-trein rijdt tussen Amersfoort en Ede-Wageningen en Barneveld. De trein rijdt 2x per uur tussen Amersfoort en Ede-Wageningen en 4x per uur tussen Barneveld Centrum en Amersfoort (op ma. t/m zat. overdag).
[103] www.ad.nl/amersfoort/connexxion-niet-blij-met-enlsquo-oneerlijke-concurrentieenrsquo-om-valleilijn~a7d6c558/
[104] Brief staatssecretaris Van Veldhoven aan de Tweede Kamer, d.d. 20-11-2018, kenmerk IenW/BSK-2018/23805.

capaciteitsaanvraag wordt ingediend, dan behoren beide treinen tot de categorie stadsgewestelijk. Na een overbelastverklaring door ProRail, komt volgens de AMvB capaciteitsverdeling prioriteit toe aan de aanvraag die de reistijd van de betrokken reizigers in Nederland zoveel mogelijk minimaliseert, gewogen naar reizigersaantallen. Mocht ProRail de capaciteitsaanvraag van Connexxion honoreren, dan is er alsnog toestemming nodig van de staatssecretaris omdat NS mogelijk gecompenseerd moet worden voor de negatieve financiële gevolgen van samenloop.

Voor het doortrekken van de Valleilijn naar Arnhem heeft de staatssecretaris aangegeven geen toestemming te zullen verlenen omdat dit voor de reizigers slechts een beperkt voordeel zou opleveren en hoge kosten voor aanpassing van de infrastructuur nodig zouden zijn.

Uit het onderzoek van de staatssecretaris[105] blijkt dat met de verhoging van de frequentie van de intercity's van 4 naar 6 treinen per uur, de mogelijkheden beperkt zijn om de Valleilijn door te laten rijden naar Utrecht en Arnhem.

De ACM acht het daarom niet heel waarschijnlijk dat NS, gezien haar plannen voor frequentieverhogingen van de intercity's op het HRN, bij de aanbesteding van de Valleilijn zal aanbieden om de Valleilijn door te trekken naar Utrecht of Arnhem. Het valt echter niet uit te sluiten.

Gelet op het voorgaande concludeert de ACM dat er beperkte risico's zijn dat NS als enige partij bij regionale aanbestedingen zal aanbieden om door te rijden over het HRN en dat daarmee een concurrentievoordeel behaald zou kunnen worden.

Ad 2) HRN-trein door laten rijden op regionale lijn
In de tweede beschreven situatie laat NS een HRN-trein (bijvoorbeeld een sprinter) op basis van open toegang doorrijden op een regionale lijn. Indien dit een reële optie is, dan dienen vervoerders bij hun inschrijving rekening te houden met een beroep op open toegang door NS.

Door een regionale vervoerder is de zorg geuit dat NS zal proberen op basis van open toegang treinen vanuit het HRN door te laten rijden op de regionale lijnen wanneer dit kan. Of dit een reële zorg is, is op dit moment niet goed in te schatten. NS geeft aan dat dit in de praktijk erg lastig is.

De meeste partijen verwachten niet dat spoorwegondernemingen veel belangstelling hebben om gebruik te maken van het recht op open toegang in regionale concessiegebieden. Een belangrijke reden hiervoor is dat het spoorvervoer op de regionale spoortrajecten over het algemeen niet zonder compensatie van een decentrale overheid tot stand komt, omdat de exploitatie van de regionale concessies voor openbaar vervoer (per saldo) verlieslatend is.[106]

Anderzijds signaleert een provincie dat vervoerders aan *cherry picking* kunnen doen door alleen toegang aan te vragen op de lijnen en tijdstippen die rendabel zijn. De ACM kan niet alle scenario's vooraf overzien en kan niet uitsluiten dat NS mogelijk een belang heeft om een trein van het HRN door te laten rijden naar een regionaal station. Het ligt echter niet voor de hand dat hiermee grote reizigersstromen kunnen worden bediend. Mogelijk zijn er ook infrastructurele beperkingen om met HRN-treinen te kunnen rijden op regionale trajecten (b.v. vanwege verschillen in spanningsniveaus en/of gebrek aan capaciteit).

Desalniettemin acht de ACM het niet uitgesloten dat NS van deze mogelijkheid gebruik kan maken. Dit betekent dat andere vervoerders een onzekerheidsmarge in hun bieding moeten opnemen voor de situatie dat NS gebruik wil maken van haar recht op open toegang. Deze onzekerheidsmarge kan echter niet heel groot zijn, omdat het recht op open toegang niet onverkort geldt. Een aanvraag voor open toegang wordt

[105] Zie brief van de staatssecretaris d.d. 20 november 2018 kenmerk: IENW/BSK-2018/238051 Onderzoek mogelijkheden doortrekken Valleilijn
[106] Tweede Kamer, 34914, nr. 6

geweigerd indien hiermee het economisch evenwicht van de concessie teveel wordt aangetast. De ACM zal dit moeten beoordelen. Er geldt dus een bescherming voor de concessiehouder.

8.3 Beheersmaatregelen

De ACM constateert dat er een beperkt risico is dat NS als enige partij bij aanbestedingen van concessies voor regionaal spoorvervoer kan aanbieden om regionale treinen door te laten rijden over het HRN. Tegelijkertijd kan de ACM dit ook niet uitsluiten. Concessieverleners kunnen in het bestek opnemen dat ze geen extra punten toekennen voor het doorrijden van treinen op het HRN, maar dit neemt het risico niet geheel weg indien met het doorrijden van treinen een betere bieding gedaan kan worden en er bijvoorbeeld wordt gegund op basis van de “meest voordelige inschrijving”. De ACM beveelt daarom aan om nader met de regionale concessieverleners te verkennen in hoeverre dit risico zich bij de komende regionale aanbestedingen tot 2025 – zoals bij de Valleilijn – kan manifesteren om na te gaan of er aanvullende maatregelen nodig zijn om het gelijke speelveld te waarborgen. De ACM heeft van de Provincie Gelderland begrepen dat zij overweegt als beheersmaatregel in het bestek op te nemen bij de overnameverplichting van het bestaande treinmaterieel dat dit treinmaterieel uitsluitend ingezet mag worden op de Valleilijn. Dit zou een geschikte beheersmaatregel kunnen zijn om het gelijke speelveld te waarborgen.

Tevens blijkt uit het voorgaande dat er een beperkt risico is dat er een ongelijk speelveld ontstaat omdat vervoerders die een bieding doen op een regionale spoorlijn een onzekerheidsmarge in hun bieding moeten opnemen voor de situatie dat NS gebruik wil maken van haar recht op open toegang door treinen van het HRN door te laten rijden naar een regionaal station. Naar de mening van de ACM wordt dit beperkte risico voldoende afgedekt door de economische evenwichtstoets.

De ACM heeft in kader van deze Quickscan niet onderzocht of het vanuit vervoerskundige overwegingen wenselijk is om treinen door te laten rijden van of naar het HRN. Een dergelijke analyse van de vervoerskundige effecten op basis van reisgegevens stelt het reizigersbelang voorop en niet de concessiegrenzen. Indien doorrijden over het HRN wenselijk is, dan zou het gelijk speelveld gewaarborgd kunnen worden door deze samenloopopties toe te voegen aan de regionale concessies. Daarbij dienen concessieverleners vooraf afspraken te maken met NS over de mogelijke compensatie van de (eventuele) financiële gevolgen van de samenloop. Bovendien kan hiermee de situatie worden voorkomen die zich heeft voorgedaan bij de ZwenZwoka-concessie (zie hoofdstuk 3), waarbij na gunning van de concessie aan Keolis er nog geen duidelijkheid was over de vraag in hoeverre NS gecompenseerd zou moeten worden voor de extra samenloop die was ontstaan. Ook is het van belang dat ProRail bij samenloop een helder kader heeft voor de capaciteitsverdeling en vanuit een regierol de optimale benutting van de beschikbare capaciteit kan borgen (zie ook paragraaf 3.3.3.).

9. ERTMS

9.1 Inleiding

In de komende decennia zal het huidige treinbeveiligingssysteem Automatische Treinbeïnvloeding (ATB) geleidelijk worden vervangen door het European Rail Traffic Management System (ERTMS). De invoering van ERTMS vereist zowel een aanpassing van de spoorweginfrastructuur als van de treinstellen die met ERTMS uitgerust moeten worden. Ten behoeve van de invoering van ERTMS moet materieel worden omgebouwd of reeds aanwezige ERTMS-apparatuur met een oudere versie worden opgewaardeerd.

Daarnaast moeten ook de machinisten worden opgeleid om met ERTMS om te kunnen gaan. Dit betekent dat vervoerders kosten moeten gaan maken voor het ombouwen van treinen en het opleiden van personeel. De ACM heeft van vervoerders in het verleden signalen ontvangen dat zij in verschillende mate van onzekerheid zouden verkeren over de mate waarin zij gecompenseerd zullen worden voor de kosten die zij moeten maken voor de invoering van ERTMS. NS zou als enige partij volledige zekerheid hebben dat deze kosten volledig zullen worden vergoed.

9.2 Risico's op verstoring gelijk speelveld bij regionale aanbestedingen

Met de invoering van ERTMS zijn hoge kosten gemoeid. Voor het Programma ERTMS is een budget van 2,39 miljard euro beschikbaar, waarbij de ombouw van materieel een substantiële kostenpost is.[107] Als vervoerders niet dezelfde zekerheid hebben over de compensatie van de kosten voor ombouw van de treinen die ingezet (kunnen) worden bij regionale aanbestedingen dan kan dit resulteren in een verstoring van het gelijke speelveld.

NS ontvangt op basis van artikel 70 van de HRN-concessie een volledige vergoeding voor de kosten die zij maakt als gevolg van de invoering van ERTMS. De compensatie voor NS op basis van de HRN-concessie geldt alleen voor treinen die worden ingezet op het hoofdrailnet. Een verschil in compensatie zou daarom alleen een verstoring van het gelijke speelveld *kunnen* zijn wanneer NS deze treinen van het HRN zou inzetten op regionale concessies én andere vervoerders geen volledige vergoeding zouden krijgen voor hun treinen.

Ten behoeve van dit advies heeft de ACM daarom nadere informatie ingewonnen bij het Ministerie van IenW, provincies en vervoerders over de afspraken die gemaakt worden met vervoerders over compensatie. Al deze partijen hebben aan de ACM bevestigd dat er non-discriminatoire afspraken in de maak zijn voor de bekostiging van de ombouw van het materieel. Deze bekostigingsafspraken worden opgenomen in de documentatie die ten grondslag ligt aan de programmabeslissing ERTMS waarover het kabinet in 2019 een besluit zal nemen.

Indien deze bekostigingsafspraken worden uitgevoerd, dan is er geen verschil in zekerheid tussen vervoerders over de mate waarin ombouwkosten worden vergoed. Voor toekomstige aanbestedingen kan er wel een risico op een verstoring van een gelijk speelveld ontstaan indien NS zou beschikken over veel (reserve-)treinstellen die met subsidie zijn omgebouwd naar ERTMS en ingezet kunnen worden bij regionale aanbestedingen. Dit specifieke risico behandelden we eerder in hoofdstuk 6.

[107] Programmabeslissing treinbeveiligingssysteem ERTMS, Railmap 4 Consultatieversie, d.d. 19 september 2018.

9.3 Beheersmaatregelen

Ten aanzien van de mogelijke verschillen in zekerheid over te ontvangen compensatie ziet de ACM geen noodzaak voor aanvullende beheersmaatregelen, indien de gemaakte bekostigingsafspraken worden geïmplementeerd. De ACM geeft in overweging om voorwaarden te verbinden aan de inzet van treinen van NS, die gecompenseerd zijn uit hoofde van de HRN-concessie, op regionale concessies, of dat anders (een gedeelte van) de ontvangen compensatie terugbetaald moet worden.

10. Mogelijkheid aanbieden enkelvoudig in- en uitchecken

10.1 Inleiding

In Nederland is er sprake van één OV-chipkaartsysteem. Tegelijk dient een reiziger wel steeds apart in en uit te checken bij iedere vervoerder waarmee de geplande reis uitgevoerd wordt. Er is met andere woorden geen enkelvoudig check-in / check-uit systeem. Wanneer NS een regionale concessie wint heeft zij het voordeel dat ze in principe gebruik kan maken van de check-in / check-uit faciliteiten van het HRN. Dit betekent dat de reiziger niet hoeft uit te checken en weer in te checken bij een overstap van het HRN naar een regionale lijn of omgekeerd.

Andere vervoerders kunnen geen gebruik maken van de bestaande faciliteiten op het HRN en moeten eigen check-in check-uit paaltjes plaatsen op stations waar reizigers kunnen overstappen van het HRN naar een regionale lijn. Overstappende reizigers van NS naar de regionale vervoerders en andersom moeten dan eerst uitchecken en weer inchecken wanneer ze overstappen.

Al langere tijd wordt door het Nationaal Openbaar Vervoer Beraad (NOVB) onderzoek gedaan naar de mogelijkheden voor een landelijke invoering van enkelvoudig in- en uitchecken, maar dit blijkt in de praktijk nog lastig te realiseren. Op 4 februari 2019 heeft de Staatssecretaris van IenW de Tweede Kamer geïnformeerd dat op basis van het advies van het samenwerkingsverband van decentrale openbaar vervoer autoriteiten (DOVA) is besloten om enkelvoudig in- en uitchecken niet landelijk in te voeren op basis van het nu bestaande systeem[108]. Aangegeven is dat de staatssecretaris in gesprek blijft met de vervoerders om alternatieven te ontwikkelen.

10.2 Risico's op verstoring gelijk speelveld bij regionale aanbestedingen

NS geniet een (beperkt) kostenvoordeel ten opzichte van andere vervoerders als zij geen extra in- en uitcheckpaaltjes hoeft te plaatsen op stations waar reizigers kunnen overstappen van het HRN naar een regionale vervoerder. Bovendien ervaren de reizigers extra ongemak als NS de concessie niet wint, vanwege de extra in- en uitcheck die moet plaatsvinden.

In het verleden werd nog een dubbel opstaptarief gerekend voor reizigers die overstappen van de ene naar de andere vervoerder. In 2013 zijn afspraken[109] gemaakt om dit te voorkomen.

Wanneer NS een concessie wint, kan ze de bestaande paaltjes van het HRN gebruiken – zoals bijvoorbeeld het geval is bij de lijn Gouda-Alphen – en ondervinden reizigers geen ongemak.

10.3 Beheersmaatregelen

Uit onderzoek van de ACM is gebleken dat concessieverleners momenteel geen extra punten toekennen voor het kunnen aanbieden van enkelvoudig in- en uitchecken. NS heeft dan mogelijk wel nog steeds een (in absolute omvang beperkt) kostenvoordeel omdat zij geen extra paaltjes hoeft te plaatsen.

De staan allen positief tegenover enkelvoudig in- en uitchecken. Enkele provincies hebben binnen de bestaande concessies en lopende concessies al maatregelen getroffen om enkelvoudig in- en uitchecken te

[108] Zie brief Vervolgaanpak overstapproblematiek OV-chipkaart van de staatssecretaris S. van Veldhoven van 4 februari 2019.
[109] Het ministerie van I&W compenseert de vervoerders voor de inkomsten die zij mislopen door het verdwijnen van het dubbel opstaptarief. Zie: www.ovpro.nl/trein/2013/03/20/dubbel-opstaptarief-nu-voor-alle-reizigers-verdwenen/

faciliteren. Overijssel heeft binnen de treindiensten van Blauwnet geregeld dat er enkelvoudig kan worden in- en uitgecheckt. Dit is tevens een eis in het bestek van de aanbesteding. De provincie Gelderland ziet wel het voordeel maar wijst op de mogelijke financiële gevolgen. Zij heeft op de lijn Arnhem-Doetinchem, waar twee vervoerders in samenloop rijden, al effectief één check-in/-uit paal. De provincie Groningen heeft in de aanbesteding de eis opgenomen dat bij de invoering van enkelvoudig in- en uitchecken de concessiehouder verplicht is hieraan actief mee te werken.

Voorts wordt er al langere tijd onderzoek gedaan naar een landelijke uitrol van een enkelvoudig check-in check-uit systeem. Daarbij wordt veelal gewezen op de mededingingsrechtelijke risico's vanwege de samenwerking tussen vervoerders die hiervoor noodzakelijk zou zijn. In 2016 heeft de ACM op verzoek van Connexxion en NS een oordeel gegeven ten aanzien van de voorgenomen pilot op de Valleilijn.[110] Bij deze beoordeling zag de ACM risico's omdat partijen voor de invoering tariefafspraken wilden maken. Bovendien wilden partijen de uitwisseling van concurrentiegevoelige transactiegegevens van de OV-chipkaart niet bij een *trusted third party* onderbrengen. Desondanks heeft de ACM de proef voor een beperkte periode van één jaar toegestaan.[111]

In tegenstelling tot vervoerders hebben concessieverleners meer ruimte om met elkaar afspraken te maken over de landelijke invoering van enkelvoudig in- en uitchecken, zonder dat dit directe gevolgen heeft voor de mededinging. Concessieverleners kunnen bijvoorbeeld uniforme afspraken maken over de tarieven en producten die vervoerders moeten hanteren. Tegelijkertijd blijkt uit de gesprekken dat provincies ook waarde hechten aan voldoende vrijheid om zelf het tarief- en productassortiment te bepalen.

Advies wenselijkheid aanvullende beheersmaatregelen
Zolang concessieverleners geen extra punten toekennen bij een aanbesteding aan de vervoerder die enkelvoudig in- en uitchecken kan aanbieden, is er geen groot risico op een verstoring van het gelijke speelveld. De concessieverlener zou daarbij kunnen aanbieden om zelf te voorzien in het plaatsen van de benodigde check-in / check-uit paaltjes om het speelveld geheel te effenen.

Een meer structurele oplossing is de landelijke invoering van enkelvoudig in- en uitchecken. Maar mogelijk kan het probleem ook worden geadresseerd met innovatieve oplossingen, waardoor het in- en uitchecken bij verschillende vervoerders niet meer nodig is.

[110] www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/16028/Brief-aan-NS-en-Connexxion-over-proef-eenmaal-in--en-uitchecken-op-Valleilijn
[111] Uiteindelijk is er gekozen voor een alternatieve invulling van de pilot met een drietal proeven, waaronder het in- en uitchecken met de mobiele telefoon.

11. Strategische grond- en vastgoedposities

11.1 Inleiding

De Nederlandse Staat en NS hebben in 1995 contractuele afspraken gemaakt met betrekking tot de verzelfstandiging van NS.[112] Het betreft afspraken over de verdeling van eigendom, exploitatie en het beheer van stations tussen NS en ProRail. NS heeft op grond van de Definitie Zeggenschap Infrastructuur (DZI), infrastructuur met gemengde functies zoals de stationshallen en vastgoed toebedeeld gekregen.[113] Hieronder vallen gebouwen rondom de stations, bedoeld voor commercieel gebruik, die in bezit zijn van NS. NS Stations verhuurt deze vervolgens aan NS Reizigers en aan derden.

Door diverse gesprekspartners is aangegeven dat de toebedeelde infrastructuur, met name het exclusieve exploitatierecht van NS op stations, resulteert in een oneigenlijk concurrentievoordeel voor NS bij de exploitatie van regionale spoorconcessies.

11.2 Risico's op verstoring gelijk speelveld bij regionale aanbestedingen

Uit de gemaakte ontvlechtingsafspraken volgt dat NS mogelijk beschikt over strategische grond en vastgoedposities. NS heeft bij de verdeling 4.493 ha. vastgoed toebedeeld gekregen. Dit is nu verminderd naar 1.014 ha. Tussen NS en ProRail zijn tevens aanvullende afspraken gemaakt over de positie van NS bij het aankopen van grond en vastgoed. Bij de splitsing heeft NS een exclusief commercieel exploitatierecht, een eerste recht van koop op het vastgoed van ProRail en een onder- en overbouwingsrecht verkregen. NS vastgoed kan vanwege haar preferente positie als enige/als eerste projecten boven of onder de railinfrastructuur ontwikkelen en is hierbij ook geen vergoeding aan de Rijksoverheid verschuldigd.[114] Dit geldt echter tot een maximale afstand, variërend van 0 tot 500 meter, gerekend vanaf het einde van een perron.

Daarnaast heeft NS een voorkeursrecht tot koop wanneer een onroerend goed of een gedeelte daarvan niet langer deel uitmaakt van de Hoofdspoorweginfrastructuur en het ook niet meer nodig is voor de Staat voor andere verkeers- en vervoersinfrastructuur.[115] Provincies en andere vervoerders hebben hierdoor pas na NS de mogelijkheid om grond of vastgoed te kopen voor de ontwikkeling van door hen gewenste dienstvoorzieningen. De regionale vervoerders zijn daarom in de meeste gevallen afhankelijk van NS of ProRail om bepaalde nieuwe faciliteiten te realiseren, zoals een nieuwe werkplaats of de bouw van een nieuw opstelterrein. Uit de gesprekken met de verschillende vervoerders is gebleken dat zij van mening zijn dat het lastig is om geschikte locaties te vinden waar de door hen gewenste voorzieningen gerealiseerd kunnen worden, waarbij NS mogelijk andere vervoerders niet toestaat om de gewenste faciliteiten op hun grondgebied te realiseren**.** In gevallen waarbij NS dit niet mogelijk maakt, zal de vervoerder langere afstanden moeten afleggen om van zulke faciliteiten gebruik te kunnen maken. Dit is maatschappelijk niet efficiënt. Dit kan ook het gelijke speelveld bij regionale aanbestedingen verstoren wanneer de bestaande dienstvoorzieningen ontoereikend zijn en vervoerders nieuwe dienstvoorzieningen moeten realiseren.

Vervoerders hebben aangegeven dat zij onvoldoende inzicht hebben in het grond- en vastgoedbezit van NS. ProRail heeft in de afgelopen jaren van andere vervoerders enkele verzoeken gekregen voor de realisatie van bepaalde dienstvoorzieningen op verschillende locaties. Deze verzoeken heeft ProRail echter

[112] Zie de Kamerbrief van staatsecretaris van IenM d.d. 29 mei 2013 aan de Tweede Kamer: Tweede Kamer 2012-2013, 29 984, nr. 416; *Over de wissel tussen markt en* overheid; alsook *De verzelfstandiging van NS en de nieuwe relatie tot de Staat,* 29 juni 1995.
[113] *Over de wissel tussen markt en overheid; de verzelfstandiging van NS en de nieuwe relatie tot de staat, 29 juni 1995.*
[114] Tweede Kamer 2015-2016, 29 984, nr. 665; zie ook NS Vastgoed – Vastgoed na JOI. de epiloog november 2004
[115] Beantwoording ProRail vragenlijst Quickscan gelijk speelveld; zie ook Intentienotitie Definitie en Zeggenschap Infrastructuur

niet kunnen honoreren, omdat de benodigde grond van NS bleek te zijn. Vervoerders hadden echter voor het indienen van het verzoek het kadaster en Railmaps kunnen raadplegen.

In de afgelopen jaren is het vastgoedbezit van NS verminderd. In het strategiedocument van 2016 vermeldt NS dat zij een keuze heeft gemaakt met betrekking tot het grond en vastgoed: NS verkoopt grond en vastgoed “dat niet bijdraagt aan de strategische focus op stations en het stationsgebied”.[116] Uit de gesprekken met diverse gesprekspartners is gebleken dat deze strategische focus op stations en het stationsgebied andere vervoerders geen of nauwelijks de mogelijkheid biedt om in het stationsgebied nieuwe dienstvoorzieningen te realiseren. Daarnaast maakt NS gebruik van haar exclusieve commercieel exploitatierecht, ook op stations waar NS niet rijdt zoals op station Kampen waar zich een kiosk van NS bevindt. Het exclusieve commercieel exploitatierecht resulteert daarmee in de ongelijke situatie dat NS wel winkels kan exploiteren op stations en andere vervoerders niet, of alleen met toestemming van NS. Dit resulteert niet alleen in extra inkomsten voor NS, maar de aanwezigheid van winkels kan ook belangrijk zijn voor de klanttevredenheid en het vergroten van de sociale veiligheid.

Als een concessieverlener bij een aanbesteding waarde toekent aan de aanwezigheid van winkels (bijvoorbeeld voor het vergroten van de sociale veiligheid) en NS aan andere vervoerders niet de mogelijkheid biedt om een winkel te openen, dan leidt dit mogelijk tot een verstoring van het gelijke speelveld. Volgens NS biedt zij sinds 2010 aan andere vervoerders de mogelijkheid om op stations waar NSR niet rijdt commercieel te exploiteren. Volgens NS is hier echter geen enkele keer gebruik van gemaakt. NS kan bovendien de reizigersbeleving van andere vervoerders beïnvloeden door op strategische locaties winkels te openen of te sluiten zoals in Amersfoort. In de praktijk is het voorgekomen dat NS een kiosk heeft gesloten op het perron in Amersfoort waar Connexxion halteert. Dit was volgens de NS echter een commerciële afweging: er waren gewoonweg te weinig klanten op dat perron.

11.3 Beheersmaatregelen

11.3.1 Bestaande beheersmaatregelen

Een weigering van NS aan andere vervoerders om nieuwe dienstvoorzieningen te realiseren op strategisch gelegen gebouwen of terreinen van NS zou kunnen kwalificeren als misbruik van een economische machtspositie. In het kader van een aanbesteding brengt een beroep op de Mededingingswet voor vervoerders wel de onzekerheid met zich mee of zij tijdig de nieuwe dienstvoorzieningen kunnen realiseren. Na winst van de aanbesteding zal immers snel gestart moeten (kunnen) worden met de bouw van dienstvoorzieningen, zodat deze gereed zijn voor de start van de nieuwe concessieperiode.

Wel is het zo dat vervoerders op basis van de Spoorwegwet recht op toegang hebben tot de bestaande dienstvoorzieningen, zie hiervoor hoofdstuk 3. Dit betekent dat bij gebrek aan mogelijkheden voor realisatie van nieuwe dienstvoorzieningen, vervoerders bij beschikbare capaciteit gebruik kunnen maken van de bestaande dienstvoorzieningen.

Ten aanzien van de ongelijke situatie van de exploitatiemogelijkheden op stations bestaan er nu geen beheersmaatregelen. Mogelijk zijn er in specifieke gevallen uitwijkmogelijkheden voor andere vervoerders om in de directe nabijheid van stations een kiosk te exploiteren, maar dit verandert niets aan de ongelijke positie.

11.3.2 Aanvullende beheersmaatregelen

Ten aanzien van dienstvoorzieningen is het van belang dat de concessieverlener ruim voor de start van de aanbesteding in samenspraak met vervoerders inventariseert of er een noodzaak is voor de realisatie van nieuwe dienstvoorzieningen. Bij de ACM zijn signalen bekend dat vanwege beperkte capaciteit in

[116] www.ns.nl/over-ns/wie-zijn-wij/strategie.html

onderhoudswerkplaatsen en opstelterreinen (zie ook hoofdstuk 3 over dienstvoorzieningen) er in de toekomst behoefte is aan uitbreiding van bestaande dienstvoorzieningen. Concessieverleners zouden bij een noodzaak voor de realisatie van nieuwe dienstvoorzieningen in een vroegtijdig stadium in overleg moeten treden met ProRail, NS en andere vervoerders om te bepalen op welke plek deze dienstvoorzieningen het beste gerealiseerd kunnen worden. Provincies zouden ook daarbij ook in hun rol als vergunningverlener samen met de betrokken partijen moeten verkennen wat er mogelijk is binnen de bestaande milieuregels.

Zodoende kan in een vroegtijdig stadium bekeken worden of het wenselijk is om de dienstvoorzieningen te realiseren op terreinen die eigendom zijn van NS. In die situatie zouden er (standaard) afspraken gemaakt moeten worden over de overdracht van deze terreinen van NS aan ProRail, die de non-discriminatoire toegang kan waarborgen onder toezicht van de ACM.

Voorkomen moet worden dat een vervoerder na gunning van de concessie in onzekerheid verkeert of de voor de bouw van de dienstvoorziening noodzakelijke vergunningen afgegeven zullen worden door de provincie en/of gemeenten die zelf in het bestek eisen heeft geformuleerd over de aanwezigheid van deze dienstvoorzieningen.

Het effect van het exclusief exploitatierecht van NS op stations voor het gelijke speelveld bij regionale aanbestedingen is niet evident voor zover er vanuit de concessie-eisen geen noodzaak is om winkels te exploiteren op stations. Anderzijds is het vanuit algemene concurrentieoverwegingen, waarbij het uitgangspunt is dat alle vervoerders eerlijke kansen moeten krijgen, wel de vraag of (zoals het momenteel is) bij één vervoerder (NS) een exclusief exploitatierecht op alle stations zou moeten liggen (zie ook hoofdstuk 4). Op stations waar NS niet halteert, ligt het bovendien meer in de rede om dit exploitatierecht bij de concessiehouder te leggen, zodat deze vervoerder zelf meer mogelijkheden heeft om zich te profileren op stations en reizigers aan zich te binden.

Bijlage 1: Overzicht geraadpleegde partijen

De ACM heeft voor deze update van de Quickscan de volgende partijen geraadpleegd:

- Arriva
- Connexxion
- Federatie Mobiliteitsbedrijven Nederland
- Keolis
- Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat
- Ministerie van Financiën
- Nederlandse Spoorwegen
- Rover
- ProRail
- Provincie Gelderland
- Provincie Groningen
- Provincie Limburg
- Provincie Overijssel
- Provincie Zuid-Holland
- Qbuzz

Bijlage 2: Overzichtstabel risico's en beheersmaatregelen

Overzicht risico's en beheersmaatregelen		
Risico's	*Bestaande beheersmaatregelen*	*Mogelijke aanvullende beheersmaatregelen*
Risico dat NS een verlieslatend bod uitbrengt met als doel haar machtspositie op het HRN te beschermen	- Ex post toezicht op roofprijzen (art. 24 Mw) - Eisen gescheiden boekhouding obv HRN-concessie, PSO-verordening en BW - Ex ante beoordeling investeringen NS van >100 mln. door aandeelhouder (MinFin)	- Bepalingen PSO-verordening over gescheiden boekhouding verduidelijken - Ex ante beoordeling door aandeelhouder op alle biedingen bij regionale spoorconcessies (ook <100 mln.)
Strategische capaciteitsclaims op samenloopbaanvakken en opstelterreinen door vervoerders ten nadele van andere vervoerders	- Non-discriminatoire capaciteitsverdeling door ProRail	- Verruiming bevoegdheid ProRail om gebruik spoorweginfrastructuur te optimaliseren
Voorsprong voor NS om dienstregeling te ontwerpen met betere aansluitmogelijkheden op HRN	- Concessieverlener kan informatie over toekomstige wijzigingen dienstregeling HRN beschikbaar stellen bij aanbestedingen	- Geen aanvullende beheersmaatregel
Beperking toegang tot diensten en dienstvoorzieningen Een exploitant van een dienstvoorziening die tevens vervoerder is kan een bod van een andere partij ongunstig beïnvloeden / c.q. zichzelf gunstig behandelen	- Ex ante toetsing van tarieven en voorwaarden voor dienstvoorzieningen door ACM, voorafgaand bij aanbesteding concessie - Transparantiebepalingen (o.a. Netverklaring Uitvoeringsverordening, stationsportfolio) - Eisen aan tarieven en voorwaarden in AMvB en Uitvoeringsverordening - Procedure verzoek om toegang in AMvB en Uitvoeringsverordening	- Geen aanvullende beheersmaatregel
Onzekerheid over volledige compensatie kosten ERTMS bij regionale vervoerders	- Afspraken die tussen vervoerders, ProRail en IenW zijn gemaakt over compensatie	- Geen aanvullende beheersmaatregel
Mogelijkheid voor vervoerders om op gunstiger voorwaarden financiering te verkrijgen	- Staatssteunregime – check op discriminatoire bevoordeling van bepaalde partijen	- Geen aanvullende beheersmaatregel
Mogelijkheid voor NS of de zittende vervoerder om beter bod uit te brengen door voorsprong in informatie	- Gebod voor zittende vervoerder om bepaalde informatie aan te leveren (artikel 4 lid 8 van de PSO-Verordening / artikel 19 Wp2000)	- Artikel 30c van de Wp2000 in werking laten treden en in AMvB uitwerken dat TLS op verzoek geanonimiseerde en geaggregeerde OV chipkaart data moet verstrekken
Er zijn beperkingen voor (toetredende) vervoerders voor de realisatie van dienstvoorzieningen omdat NS beschikt over strategische grond- en vastgoedposities (in omgeving decentrale stations / samenloopstations)	- Artikel 24 Mw – verbod op misbruik machtspositie	- Concessieverleners maken voorafgaand aan aanbesteding na overleg met alle betrokken partijen bekend waar nieuwe dienstvoorzieningen (indien noodzakelijk) gerealiseerd kunnen worden

Risico's	*Bestaande beheersmaatregelen*	*Mogelijke aanvullende beheersmaatregelen*
NS kan als enige partij aanbieden om regionale treinen door te laten rijden op het HRN	- Geen bestaande beheersmaatregel	- Bespreken met regionale concessieverleners of zij waarborgen in het bestek kunnen opnemen
NS of zittende vervoerder kan gunstiger bod uitbrengen vanwege beperkte beschikbaarheid tweedehands treinmaterieel	- Mogelijkheid om nieuwe concessiehouder te verplichten om treinmaterieel over te nemen van vorige concessiehouder, of overname treinmaterieel door decentrale overheid, op grond van Wp2000 en PSO-verordening	- Verplichting uit PSO-verordening voor concessieverleners om beoordelingsverslag op te stellen nader uitwerken, zodat duidelijk is hoe beoordeling uitgevoerd moet worden
Voorsprong voor NS om bij aanbesteding enkelvoudig in- en uitchecken aan te kunnen bieden, voor reizigers die doorgaande reis maken op HRN en in regio	- Concessieverleners kennen geen extra punten toe aan enkelvoudig in- en uitchecken	- Landelijke invoering enkelvoudig in- en uitchecken

Bijlage 3: Overzicht decentrale concessies en vervoerders

Concessie	Concessieverlener	Vervoerder	Startdatum	Einddatum	Opmerkingen
Fryslân	Provincie Fryslân	Arriva	dec-05	dec-20	Opnieuw aan Arriva gegund tot december 2035
Groningen	Provincie Groningen	Arriva	dec-05	dec-20	Opnieuw aan Arriva gegund tot december 2035
Groningen-Leeuwarden	Provincie Groningen / Provincie Fryslân	Arriva	dec-10	dec-20	Opnieuw aan Arriva gegund tot december 2035
Arnhem-Doetinchem	Provincie Gelderland	Connexxion	dec-12	dec-20	Uitgevoerd onder merknaam 'Breng'
Valleilijn	Procincie Gelderland / Provincie Utrecht	Connexxion	dec-06	dec-21	
Venlo-Venlo grens	Verkehrsverbund (DE)	Keolis DE	dec-09	dec-21	
Oldenzaal-Zutphen	Provincie Overijssel	Keolis NL	dec-03	dec-23	
HRN	Ministerie van I&W	NSR	jan-15	jan-25	
Achterhoek/Rivierenland	Provincie Gelderland	Arriva	dec-12	dec-25	
Merwede Lingelijn	Provincie Zuid Holland / Provincie Gelderland	Qbuzz	dec-18	dec-26	
Enschede-Glanerburg grens	Verkehrsverbund (DE) i.s.m. Provincie Overijssel	DB Regio NRW	dec-11	dec-26	
Vechtdallijnen	Provincie Drenthe / Provincie Overijssel	Arriva	dec-12	dec-27	
Vechtdallijnen Almelo-Marienberg	Provincie Overijssel	Arriva	dec-13	dec-27	
Arnhem-Zevenaar grens	Verkehrsverbund (DE) i.s.m. provincie Gelderland	Abellio Rail NRW	apr-17	dec-28	
OV Limburg	Provincie Limburg	Arriva	dec-16	dec-31	
OV Limburg	Provincie Limburg / Provincie Gelderland / Provincie Noord-Brabant	Arriva	dec-16	dec-31	
Treindienst Alphen-Gouda	Provincie Zuid-Holland	NSR	dec-16	dec-31	
Zwolle-Enschede / Zwolle-Kampen	Provincie Overijssel	Keolis NL	dec-17	dec-32	
Hengelo-Oldenzaal grens	Verkehrsverbund (DE) i.s.m. Provincie Overijssel	Keolis DE	feb-18	dec-32	
Bron: Prorail AM Informatie, 9 december 2018					

Reizigersvervoerders & Concessies



Overzicht Concessies per Vervoerder

No	Vervoerder	Concessie	Concessieverlener	Looptijd
1	Arriva	Friesland	Provincie Friesland	dec 2010 - dec 2020
2	Arriva	Groningen	Provincie Groningen	dec 2010 - dec 2020
3	Arriva	Groningen - Leeuwarden	Provincie Groningen / Provincie Friesland	dec 2010 - dec 2020
4	Arriva	Vechtdallijnen	Provincie Drenthe / Provincie Overijssel	dec 2012 - dec 2027
5	Arriva	Vechtdallijnen Almelo - Marienberg	Provincie Overijssel	dec 2013 - dec 2027
6	Arriva	OV Limburg	Provincie Limburg	dec 2016 - dec 2031
7	Arriva	Achterhoek / Rivierenland	Provincie Gelderland	dec 2012 - dec 2025
8	Arriva	OV Limburg	Provincie Limburg en Gelderland	dec 2016 - dec 2031
9	Qbuzz	Merwede Lingelijn	Provincie Zuid Holland / Provincie Gelderland	dec 2018 - dec 2026
10	Connexxion	Arnhem - Doetinchem	Provincie Gelderland	dec 2012 - dec 2020
11	Connexxion	Valleilijn	Provincie Gelderland / Provincie Utrecht	dec 2006 - dec 2021
12	NSR	HRN	Min I&W	jan 2015 - jan 2025
13	NSR	Treindienst Alphen - Gouda	Provincie Zuid-Holland (Abellio NL voert uit)	dec 2016 - dec 2031
14	KeolisNL	Zwen Zwoka	Provincie Overijssel	dec 2017 - dec 2032
15	KeolisNL	Oldenzaal - Zutphen	Provincie Overijssel	dec 2003 - dec 2023
16	DB Regio NRW	Enschede - Glanerbrug grens	Verkehrsverbund (Duitsland) i.s.m. Regio Twente	dec 2011 - dec 2026
17	Abellio Rail NRW	Arnhem - Zevenaar grens	Verkehrsverbund NRW i.s.m. provincie Gelderland	apr. 2017 - dec 2028
18	Keolis D	Venlo - Venlo grens	Verkehrsverbund (Duitsland)	dec 2009 - dec 2021
19	Keolis D	Hengelo - Oldenzaal grens	Verkehrsverbund (Duitsland)	feb 2018 - dec 2032
20	ZLSM	geen	(stoomtreinmaatschappij)	nvt
21	VSM	geen	(stoomtreinmaatschappij)	nvt

Deze kaart geeft alleen reizigersvervoerders aan waar ProRail toegangsovereenkomsten mee heeft afgesloten. Goederenvervoerders en goederenbaanvakken zijn niet op deze kaart weergegeven. Op grensbaanvakken verleent de NL-overheid geen consessies.

Opdrachtgever: Relatiemanagement Reizigersvervoer

Auteur: AM Informatie

Datum: 9 december 2018

Databron(nen): Relatiemanagement AssetManagement - Informatie

ProRail