



Besluit

Beslissing op bezwaar NS – economisch evenwichtstoets opentoevangsdiensten Arriva

Ons kenmerk : ACM/UIT/604995
Zaaknummer : ACM/23/183002
Datum : **05 september 2023**

1. Inleiding

1. Treinvervoerders hebben het recht om zonder concessie passagiersdiensten op het spoor aan te bieden ('open toegang'), zo lang deze diensten niet leiden tot verstoring van het economisch evenwicht van een verleende concessie voor openbaar spoorvervoer.¹ Treinvervoerders die een opentoevangsdienst willen gaan aanbieden, moeten dit melden bij de ACM. Vervolgens kunnen betrokken concessieverleners en concessiehouders een aanvraag indienen bij de ACM om te onderzoeken of door deze nieuwe diensten het economisch evenwicht van een of meer concessies in gevaar komt. Blijkt uit deze economisch evenwichtstoets (hierna: EET) dat het economisch evenwicht in gevaar komt, dan mag de opentoevangsdienst niet – of alleen in aangepaste vorm² – worden uitgevoerd.
2. Arriva Personenvervoer Nederland B.V. (hierna: Arriva) heeft op 13 december 2022 gemeld dat zij vanaf 1 januari 2025 twee opentoevangsdiensten wil gaan aanbieden: tussen Groningen en Zwolle en tussen Leeuwarden en Zwolle. Deze trajecten zijn tot 1 januari 2025 onderdeel van de Concessie voor het hoofdrailnet 2015-2025 (hierna: HRN-concessie 2015-2025). Deze concessie is door het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat (hierna: Ministerie van I&W) verleend aan de N.V. Nederlandse Spoorwegen (hierna: NS). Ten tijde van de melding door Arriva was het Ministerie van I&W bezig met het voorbereiden van besluitvorming om een nieuwe concessie voor het HRN aan NS te gunnen voor de jaren 2025-2033 (hierna: HRN-concessie 2025-2033).
3. Op 13 januari 2023 diende het Ministerie van I&W een aanvraag in bij de ACM om met betrekking tot de door Arriva gemelde opentoevangsdiensten een analyse uit te voeren van het economisch evenwicht van de HRN-concessie 2025-2033. Hoewel deze concessie op het moment van de aanvraag nog niet tot stand was gekomen, verwachtte het Ministerie dat op 31 maart 2023 een ontwerpconcessie inclusief een financieel kader beschikbaar zou zijn. Naar de mening van het Ministerie van I&W blijkt uit Uitvoeringsverordening (EU) 2018/1795³ (hierna: de Uitvoeringsverordening) dat de analyse op de toekomstige concessie dient te worden verricht, waarbij het Ministerie erop wijst dat de ACM de behandeling van de aanvraag desnoods kan opschorten.⁴

¹ Artikel 19a van de Wet personenvervoer 2000.

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

³ Uitvoeringsverordening (EU) 2018/1795 van de Commissie van 20 november 2018 tot vaststelling van de procedure en criteria voor de analyse van de impact op het economisch evenwicht overeenkomstig artikel 11 van Richtlijn 2012/34/EU van het Europees Parlement en de Raad.

⁴ Kenmerk ACM/IN/740988.

4. Bij besluit van 24 februari 2023 heeft de ACM de aanvraag van het Ministerie van I&W afgewezen. Volgens de ACM biedt de Uitvoeringsverordening geen ruimte om een EET uit te voeren ten aanzien van de toekomstige HRN-concessie. Dit omdat artikel 5, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening bepaalt dat de analyse alleen kan worden gericht op een toekomstige concessie indien die concessie op dat moment wordt aanbesteed en de melding ná het moment van het indienen van offertes is gedaan. Arriva heeft haar diensten op 13 december 2022 gemeld, en dat is ruim drie maanden vóór het moment dat bij de gunning van de HRN-concessie vergelijkbaar is met het moment van het indienen van offertes. Gelet hierop bestaat er evenmin aanleiding om de behandeling van de aanvraag te schorsen op grond van artikel 9, zevende lid, van de Uitvoeringsverordening. Schorsen kan zinvol zijn bij een melding die wordt gedaan ná het moment van het indienen van offertes. In dat geval, waarbij de ACM de analyse moet richten op de toekomstige concessie, kan het voorkomen dat nog niet alle relevante gegevens voor die analyse beschikbaar zijn. Van een melding ná het moment van het indienen van offertes is in dit geval echter geen sprake.⁵
5. NS maakt bezwaar tegen dit besluit. Volgens NS had de ACM wel een analyse kunnen uitvoeren van het economisch evenwicht van de HRN-concessie 2025-2033, en had de ACM de behandeling van de aanvraag indien gewenst kunnen schorsen.
6. Arriva en het Ministerie van I&W hebben als derde-belanghebbenden aan de bezwaarprocedure deelgenomen. Ook heeft de ACM tijdens de procedure een informele zienswijze ontvangen van de Europese Commissie (EC) over de uitleg van de Uitvoeringsverordening.
7. In dit besluit beoordeelt de ACM de bezwaren van NS. Eerst geeft de ACM een overzicht van het verloop van de procedure (onderdeel 2). Daarna volgt een samengevatte weergave van de zienswijze van de EC en de standpunten van partijen (onderdeel 3). Vervolgens beoordeelt de ACM de bezwaren van NS (onderdeel 4). Het besluit sluit af met het dictum (onderdeel 5).

2. Verloop van de procedure

8. Bij besluit van 24 februari 2023 heeft de ACM de aanvraag van het Ministerie van I&W, om een analyse van het economisch evenwicht uit te voeren ten aanzien van twee nieuwe passagiersdiensten per spoor van Arriva, afgewezen (het bestreden besluit).⁶
9. Bij brief van 5 april 2023 heeft NS op nader aan te voeren gronden bezwaar gemaakt tegen dit besluit.⁷ Deze gronden heeft zij bij brief van 15 mei 2023 aangevuld.⁸
10. Bij brieven van 24 mei 2023 heeft de ACM het bezwaarschrift van NS doorgezonden aan het Ministerie van I&W en Arriva.⁹
11. Op 26 juni 2023 heeft ten kantore van de ACM een hoorzitting plaatsgevonden, waarbij NS haar bezwaren heeft toegelicht en Arriva en het Ministerie van I&W hun zienswijzen hierop hebben gegeven. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt.¹⁰
12. Op 6 juli 2023 heeft de ACM een informele zienswijze ontvangen van de EC over opentoevangsverzoeken tot het Nederlandse spoornetwerk vanaf januari 2025.¹¹

⁵ Kenmerk ACM/UIT/589792.

⁶ Kenmerk ACM/UIT/589792.

⁷ Kenmerk ACM/IN/765091.

⁸ Kenmerk ACM/IN/773639.

⁹ Kenmerken ACM/UIT/597818 en ACM/UIT/597819.

¹⁰ Kenmerk ACM/UIT/601747.

¹¹ Kenmerk ACM/IN/793475.

13. Bij brieven van 4 augustus 2023 heeft de ACM het hoorzittingsverslag en de informele zienswijze van de EC aan partijen toegestuurd.¹²
14. Bij brieven van respectievelijk 14 augustus 2023¹³ en 23 augustus 2023¹⁴ hebben NS en Arriva op deze stukken gereageerd.

3. Zienswijze EC en standpunten partijen

15. Partijen hebben schriftelijk en mondeling hun standpunten toegelicht, en zijn in de gelegenheid gesteld een reactie te geven op de informele zienswijze die de ACM van de EC ontving. Hierna geeft de ACM eerst een samenvatting van de zienswijze van de EC (onderdeel 3.1). Vervolgens geeft de ACM de standpunten weer van NS (onderdeel 3.2), Arriva (onderdeel 3.3) en het Ministerie van I&W (onderdeel 3.4).

3.1. Zienswijze EC

16. De informele zienswijze van de EC gaat over de uitleg van enkele onderdelen van Richtlijn 2012/34/EU (hierna: de Herschikkingsrichtlijn),¹⁵ zoals deze gewijzigd is bij Richtlijn 2016/2370/EU,¹⁶ en de Uitvoeringsverordening, en de toepassing daarvan op verschillende bij de ACM gemelde opentoevangsdiensten die van start zouden moeten gaan op 1 januari 2025.
17. De EC merkt op dat de Nederlandse autoriteiten voornemens zijn om eind 2023 onderhands een nieuwe concessie te gunnen aan NS. Volgens de EC geldt dat zo lang de gunning van deze concessie niet definitief is, en de concessieovereenkomst niet is ondertekend, er geen sprake is van 'een openbaredienstcontract dat gesloten is voor dezelfde route of een alternatieve route' zoals is bedoeld in artikel 11, eerste lid, van de Herschikkingsrichtlijn. Voor deze conclusie is niet van belang of de omvang van de concessie of het financiële kader daarvan reeds is vastgesteld. Volgens de EC is daarom ieder verzoek voor een EET dat is ingediend voordat de HRN-concessie 2025-2033 is ondertekend niet-ontvankelijk.
18. De EC wijst erop dat bescherming kan worden gegeven aan openbaredienstcontracten die in een proces van gunning verkeren. Die bescherming geldt echter alleen voor contracten waarvoor een competitieve aanbesteding gaande is. Dat blijkt volgens de EC uit de tekst van artikel 5, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening. De onderliggende aanneme is, aldus de EC, dat het economisch evenwicht van een onderhands gegunde concessie waarover nog wordt onderhandeld altijd kan worden beschermd door de omvang daarvan aan te passen in het licht van de nieuw gemelde opentoevangsdienst.

3.2. Bezwaar NS

19. Op verzoek van de ACM heeft NS een toelichting gegeven op haar procesbelang bij het onderhavige bezwaar. De ACM verzocht deze toelichting te geven vanwege de omstandigheid dat het Ministerie van I&W geen bezwaar heeft gemaakt tegen de afwijzing van haar EET-aanvraag, terwijl NS geen eigen EET-aanvraag heeft ingediend. NS betoogt dat zij niet zelf een EET-aanvraag hoefde in te dienen om in bezwaar procesbelang te hebben. Nog een aanvraag indienen, naast degene die het Ministerie al had ingediend, zou volgens NS niets hebben toegevoegd. De mogelijkheid dat een ander dan de

¹² Kenmerken ACM/UIT/601788, ACM/UIT/602501 en ACM/UIT/602503.

¹³ Kenmerk ACM/IN/796236.

¹⁴ Kenmerk ACM/IN/798349.

¹⁵ Richtlijn 2012/34/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 november 2012 tot instelling van één Europese spoorwegruimte (herschikking).

¹⁶ Richtlijn (EU) 2016/2370 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2016 tot wijziging van Richtlijn 2012/34/EU, met betrekking tot de openstelling van de markt voor het binnenlands passagiersvervoer per spoor en het beheer van de spoorweginfrastructuur.

aanvrager in bezwaar gaat tegen een afwijzing, wordt volgens NS in de jurisprudentie erkend. NS heeft als concessiehouder van het HRN een zelfstandig belang bij het bezwaar dat (potentieel) tegengesteld is – of in elk geval niet soortgelijk is – aan dat van het Ministerie als aanvrager.¹⁷

20. Wat de inhoud van het bestreden besluit betreft betoogt NS dat de ACM een beslissing heeft genomen waarin de Uitvoeringsverordening niet voorziet. De ACM had ofwel de uitvoering van de EET moeten schorsen op grond van artikel 9, zevende lid, van de Uitvoeringsverordening, ofwel die toets moeten uitvoeren en een besluit moeten nemen conform artikel 11 van de Uitvoeringsverordening. Zij heeft echter geen van beide gedaan.¹⁸ Het uitblijven van een analyse van het economisch evenwicht betekent volgens NS dat tot een besluit hierover is genomen, een juridische basis ontbreekt voor de door Arriva gemelde opentoevangsdiensten.¹⁹
21. Het opschorten van de procedure was mogelijk, aldus NS, omdat in artikel 9, zevende lid, van de Uitvoeringsverordening staat dat de uitvoering van een EET kan worden geschorst gedurende de procedure van gunning van een openbaredienstcontract. Dat het moment van melden van de opentoevangsdienst hiervoor bepalend zou zijn, zoals in het bestreden besluit is overwogen, staat volgens NS niet in die bepaling. Ook vanuit praktisch oogpunt was er reden voor schorsing, omdat het ten tijde van het bestreden besluit nog slechts vijf weken zou duren totdat de nieuwe (concept)ontwerpconcessie voor het HRN beschikbaar zou zijn.²⁰
22. Zelfs als er ten tijde van het bestreden besluit geen ruimte was voor schorsing, dan geldt volgens NS dat de ACM de door het Ministerie van I&W verzochte analyse alsnog nu in bewaar zou moeten uitvoeren. Dit op grond van de *ex nunc* heroverweging die op grond van artikel 7:11 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) vereist is en het gegeven dat er inmiddels wel een (concept)ontwerpconcessie beschikbaar is.²¹
23. Volgens NS doen de stellingen van de EC aan het voorgaande niet af. Naar de mening van NS is wel degelijk van belang of de omvang van de concessie en het financiële kader zijn vastgesteld, aangezien dit bij uitstek relevante – zo niet bepalende – aspecten zijn voor het kunnen uitvoeren van een EET. NS verwijst hiervoor naar artikel 2 van de Uitvoeringsverordening, waaruit blijkt dat die verordening van toepassing is zodra een lidstaat heeft besloten het recht op spoortoevang te beperken. Dat de staatssecretaris van I&W dat in dit geval heeft besloten, blijkt volgens NS uit de publicatie van het gunningsvoornemen voor de HRN-concessie in het Publicatieblad van de EU. Voorts meent NS dat de EC onjuiste consequenties verbindt aan opentoevangsmeldingen die worden gedaan ten aanzien van toekomstige openbaredienstcontracten. Opentoevangsdiensten mogen niet voorbij het bestaande openbaredienstcontract worden toegewezen. Dit volgt naar NS meent uit considerans 13 van de Uitvoeringsverordening.²²
24. Tot slot verzoekt NS de ACM om ook indien het bestreden besluit niet wordt herroepen (oftewel: de ACM besluit de EET niet alsnog *ex nunc* uit te voeren), de impact van de door Arriva gemelde opentoevangsdiensten mee te wegen in de uitvoering van toekomstige toetsen. Dit als onderdeel van de zogeheten cumulatieve toets.²³

3.3. Standpunt Arriva

¹⁷ Spreekaantekeningen NS, rnr. 3.1-3.5.

¹⁸ Spreekaantekeningen NS, rnr. 2.1-2.3.

¹⁹ Bezwaargronden NS, rn. 9.

²⁰ Bezwaargronden NS, rn. 5-8.

²¹ Bezwaargronden NS, rnr. 10-11.

²² Kenmerk ACM/IN/796236.

²³ Bezwaargronden NS, rn. 14. Zie over de cumulatieve toets ACM, "Methodiek voor de analyse van het economisch evenwicht van een concessie voor openbaar personenvervoer per spoor", 22 oktober 2021, kenmerk ACM/UIT/562337, rnr. 36-39.

25. Arriva betoogt dat NS geen procesbelang heeft bij dit bezwaar, omdat zij – als zij gewild had dat er een EET zou worden uitgevoerd – daartoe zelf een aanvraag had moeten indienen.²⁴ Verder meent Arriva dat ook de oorspronkelijke aanvraag van het Ministerie van I&W niet-ontvankelijk was. Zoals de EC opmerkt, was (en is) er immers geen concessie vastgesteld die overlapt met de door Arriva gemelde opentoevangsdiensten. Daardoor kan NS niet worden aangemerkt als ‘concessiehouder’ zoals bedoeld is in de Uitvoeringsverordening.²⁵ Alternatief was er volgens Arriva sprake van een situatie waarin de aanvraag had moeten worden afgewezen wegens het ontbreken van afdoende informatie (artikel 9, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening).²⁶
26. Uitvoeren van een EET op de (concept)ontwerpconcessie voor het HRN was volgens Arriva hoe dan ook niet mogelijk, omdat artikel 5, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening enkel van toepassing is op (competitieve) aanbestedingen en niet op onderhandse gunningen. Daarbij staat de HRN-concessie ook ten tijde van deze bezwaarprocedure nog steeds niet voldoende vast om een EET te kunnen uitvoeren.²⁷

3.4. Standpunt Ministerie van I&W

27. Het Ministerie van I&W is net als NS van mening dat de ACM een EET had moeten uitvoeren naar aanleiding van haar aanvraag. Zij heeft zelf echter geen bezwaar gemaakt tegen het bestreden besluit, omdat zij vond dat de redenering van de ACM navolgbaar was. Verder heeft zij toegelicht dat er op het moment van de hoorzitting een (concept)ontwerpconcessie voor het HRN was voorgelegd aan de verschillende belanghebbenden. Dat is echter nog niet een concessie die tot in detail is uitgekristalliseerd. Daarvan is pas sprake op het moment dat er een ontwerpconcessie naar de Tweede Kamer wordt gestuurd. Ook daarin kunnen nog wijzigingen worden aangebracht. Desalniettemin meent het Ministerie van I&W echter dat met de openbaarmaking van de ontwerpconcessie voldoende duidelijk is wat de omvang daarvan is, om opentoevangsmeldingen aan te kunnen toetsen.²⁸

4. Beoordeling bezwaar door ACM

28. In dit onderdeel van de beslissing zet de ACM haar beoordeling van de bezwaren van NS uiteen. Eerst gaat de ACM in op het procesbelang van NS in bezwaar (onderdeel 4.1). Daarna gaat de ACM in op de inhoud en strekking van het bestreden besluit (onderdeel 4.2).

4.1. Procesbelang NS in bezwaar

29. De ACM is van oordeel dat NS procesbelang heeft bij haar bezwaar tegen het bestreden besluit. Uit de jurisprudentie van de hoogste bestuursrechtshof blijkt dat het er bij procesbelang om gaat of het doel dat de belanghebbende voor ogen staat, met het rechtsmiddel kan worden bereikt en voor de belanghebbende van feitelijke betekenis is. Dat doel moet daadwerkelijk kunnen worden bereikt en niet alleen een hypothetische betekenis hebben.²⁹ In beginsel heeft een belanghebbende die opkomt tegen een besluit belang bij een beoordeling van zijn bezwaar of beroep, tenzij vast komt te staan dat ieder belang bij de procedure ontbreekt of is komen te vervallen.³⁰
30. NS heeft een doel dat in potentie met haar bezwaar kan worden bereikt en dat voor haar van feitelijke betekenis is, namelijk het laten uitvoeren van een EET om te bepalen of het economisch evenwicht van haar concessie verstoord wordt door de gemelde opentoevangsdiensten. Daarbij merkt de ACM op dat

²⁴ Kenmerk ACM/UIT/601747, p. 3.

²⁵ Hoorzittingsverslag, p. 3; ACM/IN/798349, pp. 1-2.

²⁶ Hoorzittingsverslag, p. 3.

²⁷ Hoorzittingsverslag, pp. 3-4.

²⁸ Hoorzittingsverslag, pp. 6, 9 en 14.

²⁹ CBb 6 juli 2021, ECLI:NL:CBB:2021:699, r.o. 3.

³⁰ ABRvS 9 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3415, r.o. 2.1.

de oorspronkelijke aanvrager van de EET (het Ministerie van I&W) weliswaar zelf geen bezwaar heeft ingesteld, maar het bezwaar van NS wel ondersteunt. Dat de aanvraag van het Ministerie als gevolg van een eventueel gegrond bezwaar van NS daadwerkelijk inhoudelijk zou kunnen worden beoordeeld, is daardoor niet slechts een hypothetische mogelijkheid. De omstandigheid dat NS zelf geen EET-aanvraag heeft ingediend, staat gelet op het voorgaande niet in de weg aan haar procesbelang. Daarbij wijst de ACM erop dat het niet indienen van een zienswijze of het niet maken van bezwaar onder omstandigheden in de weg kan staan aan het indienen van beroep (artikel 6:13 van de Awb), maar dat deze bepaling geen pendant kent voor het maken van bezwaar. Daarom zal de ACM de bezwaren van NS hierna inhoudelijk beoordelen.

4.2. De inhoud en strekking van het bestreden besluit

31. In het dictum van het bestreden besluit is de beslissing van de ACM als volgt geformuleerd:

“De ACM wijst de aanvraag van het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat om een analyse uit te voeren van het economisch evenwicht af op beide onderdelen van de aanvraag: het uitvoeren van de analyse op de toekomstige concessie en de schorsing van de analyse.”³¹

32. NS en Arriva menen beide dat de ACM hiermee een onjuist besluit heeft genomen. Volgens NS heeft de ACM een beslissing genomen die niet aansluit bij de bevoegdheden die de ACM heeft op grond van de relevante wet- en regelgeving. NS vindt dat de ACM de aanvraag van I&W inhoudelijk had moeten behandelen, of de behandeling had moeten schorsen. Volgens Arriva – en volgens de zienswijze van de EC – had de ACM de EET-aanvraag van het Ministerie van I&W niet-ontvankelijk moeten verklaren. Dit omdat er (nog) geen sprake was van een concessie die geldt voor dezelfde route of een alternatieve route als de gemelde opentoevangsdiensten.

33. De ACM komt tot het oordeel dat zij de aanvraag van het Ministerie van I&W niet-ontvankelijk had moeten verklaren. Hoewel het bezwaar van NS tegen het dictum van het bestreden besluit in zoverre gegrond is, leidt dit materieel niet tot een andere uitkomst. De conclusie blijft dat de ACM terecht geen EET uitvoerde naar aanleiding van de aanvraag van het Ministerie. Daartoe overweegt de ACM het volgende.

34. De Uitvoeringsverordening is gebaseerd op artikel 11, vierde lid, tweede alinea, van de Herschikkingsrichtlijn. De Uitvoeringsverordening geeft een uitputtende regeling voor de procedure en criteria die moeten worden toegepast om te bepalen of een nieuwe passagiersvervoerdienst per spoor het economisch evenwicht van een openbaredienstcontract voor spoorvervoer in gevaar zou brengen,³² als bedoeld is in artikel 11, eerste lid van de Herschikkingsrichtlijn.

35. De Herschikkingsrichtlijn gaat er in principe vanuit dat er pas aanleiding kan zijn om een EET uit te voeren als er al een concessie op het betreffende traject rust, waarvan het economisch evenwicht door de gemelde opentoevangsdienst kan worden verstoord. Zo maakt artikel 11, eerste lid, van de Herschikkingsrichtlijn het voor EU-lidstaten mogelijk om naar aanleiding van een EET het recht op open toegang te beperken ten aanzien van reeds gesloten openbaredienstcontracten.³³ En ook de considerans bij Richtlijn 2016/2370/EU wijst er op dat beoordeeld dient te worden of een opentoevangsdienst het economisch evenwicht van bestaande openbaredienstcontracten in gevaar

³¹ Bestreden besluit, rn. 13.

³² Artikel 1 van de Uitvoeringsverordening.

³³ “De lidstaten kunnen het in artikel 10, lid 2, bedoelde recht op toegang beperken tot passagiersvervoer tussen een bepaald vertrekpunt en een bepaalde bestemming wanneer voor dezelfde route of een alternatieve route één of meer openbaredienstcontracten zijn gesloten en de uitoefening van het toegangsrecht het economisch evenwicht van de betrokken openbaredienstcontract(en) in gevaar zou brengen.”

zou brengen.³⁴ In aansluiting hierop gaat ook artikel 19a, tweede lid, van de Wet personenvervoer 2000 er vanuit dat de EET zich dient te richten op een concessie die is verleend.³⁵

36. Hierop bestaat slechts één uitzondering, en dat betreft de situatie die omschreven is in artikel 5, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening. Op deze bepaling kan, blijkens de tekst ervan,³⁶ een beroep worden gedaan in geval sprake is van een aanbesteding waarbij offertes kunnen worden ingediend. Uit de context en bewoording van artikel 5, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening blijkt dat het doel hiervan is om een EET mogelijk te maken in het geval een in aanbesteding verkerende concessie nog niet gegund is ten tijde van de opentoeegangsmelding, maar ten aanzien waarvan het op dat moment voorzienbaar is dat gunning op korte termijn zal plaatsvinden. Dat blijkt allereerst uit de tekst van die bepaling zelf, aangezien de reikwijdte ervan beperkt is tot aanbestedingen die zich in een vergevorderd stadium verkeren.³⁷ Het blijkt ook uit de aan artikel 5, tweede lid, gekoppelde schorsingsbevoegdheid van artikel 9, zevende lid, waarvan de duur mede afhankelijk is van het al dan niet gegund zijn van de concessie.³⁸ Tevens blijkt dit uit overweging 13 van de Uitvoeringsverordening, waarin staat dat *“...de toezichthoudende instantie de behandeling van de aanvraag voor de nieuwe passagiersvervoerdienst per spoor gedurende een beperkte periode [kan] schorsen tot het nieuwe openbaredienstcontract gegund is.”*
37. Tussen partijen is niet in geschil dat de nieuwe HRN-concessie wordt verleend via onderhandse gunning, waarbij NS als enige kandidaat in beeld is. Zeker nu in andere taalversies van artikel 5, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening uitdrukkelijk wordt verwezen naar een concurrerend aanbestedingsproces,³⁹ is de ACM, evenals de EC, van oordeel dat deze bepaling niet kan worden toegepast in de context van deze onderhandse gunning. Evenmin ziet de ACM in de Uitvoeringsverordening aanknopingspunten om artikel 5, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening naar analogie toe te passen in een situatie van onderhandse gunning. De Uitvoeringsverordening vormt zoals hiervoor vermeld een uitputtende regeling.
38. Niet in geschil is dat de verlening van de HRN-concessie 2025-2033 ten tijde van de melding van Arriva nog niet had plaatsgevonden (en ook thans nog niet heeft plaatsgevonden). Bijgevolg had de ACM de aanvraag van het Ministerie van I&W niet-ontvankelijk moeten verklaren, in plaats van deze af te wijzen.
39. De overige bezwaren van NS leiden niet tot een ander oordeel.
40. De ACM had niet kunnen overgaan tot schorsing van de behandeling van de aanvraag op grond van artikel 9, zevende lid, van de Uitvoeringsverordening. Uit de aanhef van deze bepaling blijkt namelijk dat schorsing alleen mogelijk is als aan de voorwaarden van artikel 5, tweede lid, van de

³⁴ *“(26) De toezichthoudende instanties moeten, op verzoek van de belanghebbende partijen, op basis van een objectieve economische analyse oordelen of het economisch evenwicht van bestaande openbaredienstcontracten in gevaar zou komen.”*

³⁵ *“Het recht op toegang tot de spoorinfrastructuur, bedoeld in het eerste lid, wordt beperkt voor het passagiersvervoer tussen een bepaald vertrekpunt en een bepaalde bestemming wanneer:*

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

³⁶ *“Indien op de ontvangstdatum van de in artikel 4 bedoelde kennisgeving van de aanvrager een aanbesteding loopt voor een openbaredienstcontract dat dezelfde route of een alternatieve route bestrijkt en de termijn voor de indiening van offertes bij de bevoegde instantie is verstreken, kunnen de in artikel 11, lid 2, van Richtlijn 2012/34/EU bedoelde entiteiten binnen de in lid 1 bedoelde termijn verzoeken een analyse van het economisch evenwicht met betrekking tot het toekomstige openbaredienstcontract te verrichten.”*

³⁷ ‘Aanbestedingen waarvan de termijn voor de indiening van offertes is verstreken’.

³⁸ *“Wanneer overeenkomstig artikel 5, lid 2, een analyse van het economisch evenwicht wordt gevraagd voor een openbaredienstcontract waarvan de aanbestedingsprocedure nog loopt, kan de toezichthoudende instantie de behandeling van de capaciteitsaanvraag voor een nieuwe passagiersvervoerdienst per spoor schorsen gedurende maximaal twaalf maanden vanaf de ontvangstdatum van de kennisgeving voor de nieuwe passagiersvervoerdienst per spoor of tot dat openbaredienstcontract is gegund, als dat eerder is.”*

³⁹ EN: “a public service contract... being competitively tendered”; FR: “un contrat de service public ... fait l'objet d'une mise en concurrence”.

Uitvoeringsverordening is voldaan. Nu die bepaling in dit geval niet van toepassing is, kan schorsing op grond van artikel 9, zevende lid, dus hoe dan ook niet aan de orde zijn.

41. De verplichting voor de ACM om in bezwaar *ex nunc* te toetsen, waarop NS wijst, verandert de beoordeling evenmin. Ten eerste omdat NS in haar betoog ten onrechte uitgaat van analoge toepassing van artikel 5, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening. En ten tweede omdat NS er ten onrechte vanuit gaat dat bij analoge toepassing de datum van het ACM-besluit bepalend zou zijn voor de vraag of de ACM ertoe over kan gaan haar analyse op de nieuwe concessie te richten. De voor toepassing van deze bepaling relevante peilmomenten zijn echter de datum van de opentoeegangsmelding en de sluitingsdatum voor het indienen van offertes. Deze blijven ook *ex nunc*-toetsend hetzelfde.
42. Het verzoek van NS om de door Arriva gemelde opentoeegangsdiensten mee te wegen bij eventueel in de toekomst uit te voeren EET's ten aanzien van de HRN-concessie 2025-2033, valt naar het oordeel van de ACM buiten de reikwijdte van dit geschil. Dat verzoek heeft immers geen betrekking op de onderhavige EET-aanvraag, maar op (potentieel nog te ontvangen) toekomstige aanvragen. In zoverre is het bezwaar van NS niet-ontvankelijk.

4.3. Conclusie

43. De conclusie is dat het bezwaar van NS gegrond is waar het gaat om het dictum van het bestreden besluit. Daarom dient het dictum van het bestreden besluit te worden herroepen.
44. Doende hetgeen zij in het bestreden besluit had behoren te doen, stelt de ACM vast dat er ten tijde van de melding geen concessie was verleend voor dezelfde route of voor een alternatieve route als de door Arriva gemelde opentoeegangsdiensten.
45. Gelet op het voorgaande verklaart de ACM de aanvraag van het Ministerie van I&W niet-ontvankelijk.
46. De ACM merkt voor de volledigheid op dat zij met dit besluit geen oordeel geeft over de mogelijkheid voor de staatssecretaris van I&W om de betreffende trajecten in de HRN-concessie 2025-2033 op te nemen. Evenmin geeft zij een oordeel over de verdeling van (infrastructuur)capaciteit als bedoeld in de Spoorwegwet.

5. Besluit

De Autoriteit Consument en Markt:

- Verklaart het bezwaar van NS tegen het besluit van de ACM van 24 februari 2023, met kenmerk ACM/UIT/589792, gegrond voor zover dit betrekking heeft op het dictum van dat besluit;
- Herroept dat besluit in zoverre;
- Verklaart de aanvraag van het Ministerie van I&W om een EET inzake de melding van Arriva van 13 december 2022 niet-ontvankelijk;
- Verklaart de overige bezwaren van NS ongegrond.

Den Haag, **05 september 2023**

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze:

drs. M.R. Leijten
bestuurslid

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