



## **Besluit**

### **Besluit op aanvraag uitvoeren van een economisch evenwichtstoets naar aanleiding van twee opentoevangsdienstmeldingen**

Ons kenmerk : ACM/UIT/589792  
Zaaknummer : ACM/23/181559  
Datum : 24 februari 2023

---

## Samenvatting

Treinvervoerders mogen passagiersdiensten aanbieden op basis van open toegang tot het spoor (hierna: (opentoeegangsdiensten) zolang deze diensten het economisch evenwicht van een concessie niet in gevaar brengen. Treinvervoerders die opentoeegangsdiensten willen gaan aanbieden moeten dit melden. De ACM publiceert deze melding, waarna belanghebbenden (concessiehouders en concessieverleners), indien zij voldoende aanwijzingen hebben dat het economische evenwicht van een concessie in gevaar komt, binnen een maand bij de ACM een aanvraag kunnen indienen voor het uitvoeren van een economische evenwichtstoets.

Arriva heeft op 13 december 2022 gemeld dat zij vanaf 1 januari 2025 twee opentoeegangsdiensten wil gaan aanbieden: tussen Groningen en Zwolle en tussen Leeuwarden en Zwolle.

Het ministerie van Infrastructuur en Waterstaat (hierna: IenW) heeft, als concessieverlener, op 13 januari 2023 een aanvraag ingediend bij de ACM voor een analyse van het economisch evenwicht van de toekomstige hoofdrailnetconcessie (2025 -2033).

Voor het beoordelen van deze aanvraag voor het uitvoeren van een economisch evenwichtstoets is relevant dat de inhoud van de toekomstige hoofdrailnetconcessie nog niet vast staat. IenW verwacht uiterlijk 31 maart 2023 een ontwerpconcessie inclusief een financieel kader beschikbaar te hebben. Het huidige voornemen is om de trajecten Groningen-Zwolle en Leeuwarden-Zwolle in de concessie op te nemen. In de periode tot 31 maart kan de omvang van de concessie en de vergoeding nog worden aangepast. Het is aan IenW om daar in gesprek met onder andere de concessiehouder en de opentoeegangsdienstverlener definitieve keuzes in te maken. De ACM kan daarom de gevraagde toets niet uitvoeren en wijst de aanvraag af.

## 1. Processtappen

1. Op 13 december 2022 heeft de Autoriteit Consument en Markt (hierna: de ACM) twee meldingen ontvangen van Arriva Personenvervoer Nederland B.V (hierna: Arriva) van haar voornemen om vanaf 1 januari 2025 twee nieuwe passagiersdiensten per spoor aan te bieden: tussen Groningen en Zwolle en tussen Leeuwarden en Zwolle.
2. Belanghebbenden (concessieverlener en concessiehouder) konden tot en met 13 januari 2023 een aanvraag bij de ACM indienen tot het onderzoeken of de voorgenomen nieuwe opentoevangsdiensten het economisch evenwicht van bestaande concessie op deze twee treintrajecten in gevaar zou brengen.<sup>1</sup> Belanghebbenden kunnen deze aanvraag indienen als zij voldoende aanwijzingen hebben dat het economisch evenwicht van een concessie in gevaar komt.
3. Het ministerie van Infrastructuur en Waterstaat (hierna: IenW) heeft op 13 januari 2023 een aanvraag ingediend bij de ACM voor een analyse van het economisch evenwicht conform artikel 5 van Uitvoeringsverordening (EU) 2018/1795 (hierna: Uitvoeringsverordening) voor de twee gemelde nieuwe passagiersdiensten (hierna: de aanvraag).<sup>2</sup> De aanvraag bestaat uit twee onderdelen:
  - a. IenW refereert aan artikel 5, tweede lid van de Uitvoeringsverordening en verzoekt de ACM een economisch evenwichtstoets uit te voeren voor de toekomstige hoofdrailnetconcessie 2025-2033. IenW geeft in haar aanvraag eerste schattingen van de impact van de nieuwe passagiersdiensten op een toekomstige hoofdrailnetconcessie waarin de trajecten Zwolle-Leeuwarden en Zwolle-Groningen zijn opgenomen. Deze schattingen resulteren in een negatieve impact van 0,8 procentpunt op de winst op geïnvesteerd vermogen van de concessiehouder (over de hele concessie en over de volledige looptijd van de concessie).<sup>3</sup> Volgens IenW lijkt daarmee de norm die de ACM conform haar methodiek hanteert om te beoordelen of het economisch evenwicht in gevaar komt, overschreden.
  - b. daarnaast refereert IenW aan artikel 9, zevende lid, van de Uitvoeringsverordening waarin de mogelijkheid wordt gegeven om een behandeling van de aanvraag te schorsen tijdens een nog lopende (overigens openbare) aanbestedingsprocedure.
4. IenW geeft aan dat er op het moment van de aanvraag van de analyse voor de periode vanaf 2025 nog geen concessie is. Op 13 december 2022 is het Programma van Eisen voor de nieuwe hoofdrailnetconcessie aan de Tweede Kamer gestuurd. Treindiensten op de trajecten Zwolle-Leeuwarden en Zwolle-Groningen zijn onderdeel van het Programma van Eisen. Daarnaast is het voornemen tot gunning van de nieuwe hoofdrailnetconcessie op 23 december 2022 in het Europees Publicatieblad (728472-2022) bekend gemaakt. De definitieve verplicht te rijden treinpaden en de financiële vergoeding staan nog niet vast en kunnen nog worden aangepast. IenW verwacht uiterlijk 31 maart 2023 een ontwerpconcessie inclusief een financieel kader beschikbaar te hebben.
5. Omdat uit de aanvraag bleek dat de toekomstige hoofdrailnetconcessie (2025-2023) tot 31 maart kan worden aangepast, zowel in omvang van verplicht te rijden treinpaden als in financiële vergoeding voor de verplicht te rijden treinpaden, heeft de ACM IenW als beoogd concessieverlener en de NS als beoogd concessiehouder respectievelijk op 19 januari<sup>4</sup> en op 30 januari 2023<sup>5</sup> gevraagd in hoeverre het onmogelijk is om de toekomstige hoofdrailnetconcessie aan te passen aan de aanwezigheid van de

<sup>1</sup> ACM/UIT/588752 en ACM/UIT/588727.

<sup>2</sup> ACM/IN/740988.

<sup>3</sup> Mogelijkheden om kosten te verlagen zijn in deze schattingen niet meegenomen.

<sup>4</sup> ACM/UIT/590461.

<sup>5</sup> ACM/UIT/591369.

gemelde nieuwe opentoevangsdiensten. IenW en NS hebben daar op respectievelijk 2 februari<sup>6</sup> en 13 februari<sup>7</sup> op geantwoord.

## 2. Beoordeling aanvraag

### Belanghebbendheid en tijdigheid

6. De ACM stelt vast dat IenW één van de entiteiten is die op grond van artikel 19b, tweede lid, van de Wp2000 een aanvraag kan indienen bij de ACM tot het doen van een analyse of het economisch evenwicht van een concessie in gevaar komt. IenW heeft de aanvraag ingediend op 13 januari 2023. Dit is binnen de termijn die de ACM heeft gesteld in haar brief aan IenW. De aanvraag is daarmee tijdig ingediend.

### Beoordeling aanvraag uitvoeren toets op de toekomstige hoofdrailnetconcessie

7. IenW vraagt om een analyse die is gericht op de toekomstige hoofdrailnetconcessie. IenW geeft in haar aanvraag aan dat er nog geen concessie tot stand is gekomen en dat er uiterlijk 31 maart 2023 een ontwerpconcessie inclusief een financieel kader beschikbaar zal zijn (zie randnummer 4).
8. De ACM heeft IenW en NS gevraagd in hoeverre het onmogelijk is om de toekomstige hoofdrailnetconcessie aan te passen aan de aanwezigheid van de gemelde nieuwe diensten (zie randnummer 5). IenW heeft in haar antwoord herhaald dat de ontwerpconcessie en bijbehorend financieel kader eind maart 2023 worden vastgesteld. Uit haar antwoord volgt dat het mogelijk is de concessie nog aan te passen aan bijvoorbeeld de aanwezigheid van de nieuwe diensten.
9. De ACM stelt vast dat er nog zaken, zoals verplicht te rijden treinpaden en financiële vergoeding, aan de toekomstige concessie kunnen veranderen. Het is op dit moment dus ook niet mogelijk om vast te stellen of het economisch evenwicht van de concessie in gevaar komt.
10. IenW geeft in dit kader aan dat 31 maart 2023 vergeleken kan worden met het moment dat de biedingen sluiten in een openbare aanbestedingsprocedure en een inschrijver akkoord is gegaan met een ontwerp concessiebeschikking. Dit is relevant voor het toetsen aan een toekomstige concessie, zoals bedoeld in artikel 5, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening. Dat artikel bepaalt dat de analyse alleen kan worden gericht op de toekomstige concessie indien de melding ná het moment van het indienen van offertes is gedaan. Arriva heeft haar diensten op 13 december 2022 gemeld, dat is ruim drie maanden vóór het moment dat vergelijkbaar is met het moment van het indienen van de offertes. De aanvraag van IenW voldoet daarom niet aan artikel 5, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening. De ACM wijst de aanvraag om het economisch evenwicht van de toekomstige concessie te toetsen, daarom af.

### Beoordeling aanvraag tot schorsing van de aanvraag

11. IenW wijst in haar aanvraag op artikel 9, zevende lid, van de Uitvoeringsverordening waarin de mogelijkheid wordt gegeven om een behandeling van de aanvraag tot het uitvoeren van een economisch evenwichtstoets te schorsen vanwege een lopende openbare aanbestedingsprocedure.<sup>8</sup> IenW verzoekt de ACM in eerste instantie om een economisch evenwichtstoets uit te voeren op de toekomstige concessie en ten tweede, in zoverre dit niet kan, om de behandeling van de aanvraag tot het uitvoeren van een economisch evenwichtstoets te schorsen tot 31 maart 2023: het moment waarop

<sup>6</sup> ACM/IN/748315.

<sup>7</sup> ACM/IN/750832.

<sup>8</sup> Strikt gesproken bepaalt de Uitvoeringsverordening (art. 9, lid 7) letterlijk dat de ACM de *capaciteitsaanvraag* (dat is de capaciteitsaanvraag die Arriva moet doen bij ProRail) voor maximaal 12 maanden kan schorsen. Omdat de capaciteitsaanvraag bij ProRail fungeert als de uiterste datum voor het nemen van ACM's besluit (art. 9, lid 6, Uitvoeringsverordening) geeft dit meer tijd voor de analyse. In die zin is indirect sprake van schorsen van *de analyse*.

de concessie komt vast te staan en het economisch evenwicht wordt gevormd, omdat dan ook de verplicht te rijden treinpaden en de financiële vergoeding vast komen te staan.

12. De ACM merkt op dat het schorsen van de analyse niets af doet aan het feit dat het moment van het *melden* van de nieuwe diensten bepaalt of de analyse kan worden gericht op de toekomstige concessie. Zoals behandeld in randnummer 9 ligt het moment van melden ruim drie maanden vóór 31 maart 2023, dat vergelijkbaar is met het moment van het indienen van offertes. Schorsen zal daarom niet kunnen leiden tot het uitvoeren van een analyse op de toekomstige concessie.

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. Bijvoorbeeld doordat de concessiehouder nog niet door de concessieverlener is geselecteerd, terwijl een raming van die concessiehouder noodzakelijk is van de impact op zijn winst. Van een melding ná het moment van het indienen van offertes is in dit geval echter geen sprake.

13. Gelet op het voorgaande wijst de ACM het verzoek om de analyse te schorsen af.

### 3. Besluit

14. 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.

Autoriteit Consument en Markt,  
namens deze:

w.g.

drs. M.R. Leijten  
Bestuurslid

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