



## Besluit

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

Ons kenmerk : ACM/UIT/611118  
Zaaknummer : ACM/23/187293  
Datum : 18 januari 2024

## 1. Inleiding

1. Spoorwegondernemingen hebben het recht om zonder concessie passagiersdiensten op het spoor aan te bieden ('opentoeegangsdienst'), zo lang deze diensten niet het economisch evenwicht van een verleende concessie voor openbaar spoorvervoer in gevaar brengen.<sup>1</sup>  
Spoorwegondernemingen die een opentoeegangsdienst willen gaan aanbieden, moeten dit melden bij de ACM.<sup>2</sup> Vervolgens kunnen betrokken concessieverleners en concessiehouders een aanvraag indienen bij de ACM om te onderzoeken of door deze nieuwe diensten, het economisch evenwicht van een of meer concessies in gevaar komt. Blijkt uit deze economisch evenwichtstoets (hierna: EET) dat het economisch evenwicht in gevaar komt, dan mag de opentoeegangsdienst niet – of alleen in aangepaste vorm<sup>3</sup> – worden uitgevoerd.
2. In november 2023 heeft de ACM meldingen ontvangen van spoorwegondernemingen die verschillende opentoeegangsdiensten willen aanbieden. De gemelde opentoeegangsdiensten waarvoor een EET is aangevraagd rijden op trajecten die tot 1 januari 2025 onderdeel zijn van de huidige concessie voor het hoofdrailnet 2015-2025 (hierna: HRN-concessie 2015-2025). Deze concessie is door het Ministerie van IenW (hierna: IenW) verleend aan de N.V. Nederlandse Spoorwegen (hierna: NS). De HRN-concessie voor de periode 2025-2033 is op 21 december 2023 door IenW aan NS gegund.

## 2. Verloop van de procedure

### 2.1. Meldingen opentoeegangsdiensten

3. Op 9 november 2023 heeft de ACM een melding ontvangen van Qbuzz B.V. (hierna: Qbuzz) voor een nieuwe internationale passagiersdienst per spoor tussen Amsterdam Centraal en Frankfurt Hauptbahnhof.<sup>4</sup>
4. Op 12 november 2023 heeft de ACM een melding ontvangen van Heurotrain B.V. (hierna: Heurotrain) voor twee nieuwe internationale passagiersdiensten per spoor, namelijk tussen

<sup>1</sup> Artikel 19a van de Wet personenvervoer 2000.

<sup>2</sup> Artikel 4 lid 1 van Uitvoeringsverordening 2018/1795.

<sup>3</sup> Artikel 19b, vierde lid, van de Wet personenvervoer 2000.

<sup>4</sup> ACM/IN/819860.

Groningen en Paris Gare du Nord en tussen Amsterdam Centraal en London St. Pancras International.<sup>5</sup>

- Op 15 november 2023 heeft de ACM een melding ontvangen van Flywise Travel B.V. (hierna: Flywise) voor drie nieuwe internationale passagiersdiensten per spoor, waarvan één passagiersdienst eenmaal per dag is gepland tussen Amsterdam Centraal en Paris Gare du Nord. Op dat laatste traject is er samenloop met de IC tussen Amsterdam en Brussel die onderdeel is van de voorgenomen HRN-concessie voor de periode 2025-2033. Op 20 november 2023 heeft de ACM een aanvullende melding ontvangen op deze eerste melding waarmee Flywise de rijfrequentie van deze dienst verhoogt naar tweemaal per dag.<sup>6</sup>

## 2.2. Aanvragen EET

- Op 8 december 2023 heeft de ACM ten aanzien van de door Qbuzz, Heurotrain en Flywise gemelde treindiensten een aanvraag ontvangen van NS tot een EET van de HRN-concessie 2025-2033. De EET-aanvraag van NS richt zich, voor wat betreft de melding van Flywise, enkel op de eerder genoemde passagiersdienst tussen Amsterdam Centraal en Paris Gare du Nord.<sup>7</sup>
- Op 12 december 2023 heeft de ACM ten aanzien van de door Heurotrain gemelde treindienst tussen Groningen en Paris Gare du Nord een aanvraag ontvangen van IenW tot een EET van de HRN-concessie 2025-2033.<sup>8</sup>
- De ACM behandelt in dit besluit de aanvragen van IenW en van NS gezamenlijk.<sup>9</sup>

## 3. EET HRN-concessie 2025-2033

- De aanvragen van IenW en NS richten zich op de impact van de gemelde treindiensten op het economisch evenwicht van de HRN-concessie 2025-2033.

### 3.1. Beoordeling ACM

- De ACM komt tot de conclusie dat zij de aanvragen niet-ontvankelijk moet verklaren. Hierbij verwijst de ACM naar haar eerdere besluiten van 21 september 2023 en 7 november 2023 en verklaart de daarin opgenomen motivering als herhaald en ingelast. In deze besluiten overwoog de ACM het volgende.<sup>10</sup>
- De ACM heeft in deze besluiten geoordeeld dat de uitvoering van een EET slechts mogelijk is wanneer een opentoeegangsmelding een spoortraject bestrijkt dat op het moment van het melden van de betreffende opentoegangsdiensten in een reeds gesloten openbaredienstcontract is opgenomen. Dat betekent dat alleen de impact op het economisch evenwicht van de - op het moment van het melden van de opentoegangsdienst - bestaande concessies kan worden getoetst. Hierbij wijst de ACM op artikel 11, eerste lid, van de Herschikkingsrichtlijn, dat stelt dat het recht op opentoeegang beperkt kan worden ten aanzien van reeds gesloten openbaredienstcontracten. Ook stelt considerans 26 van Richtlijn 2016/2370/EU dat beoordeeld dient te worden of een

<sup>5</sup> ACM/IN/819887.

<sup>6</sup> ACM/IN/822374; ACM/IN/822384.

<sup>7</sup> ACM/IN/828254.

<sup>8</sup> ACM/IN/829177.

<sup>9</sup> ACM/23/187293.

<sup>10</sup> ACM/23/184741 ([Besluit op aanvragen uitvoeren economische evenwichtstoets op toekomstige hoofdrailnetconcessie na opentoeegangsmeldingen | ACM.nl](#)); ACM/23/186342 ([Besluit op aanvragen uitvoeren economische evenwichtstoets op toekomstige hoofdrailnetconcessie na opentoeegangsmeldingen | ACM.nl](#)).

opentoevangdienst het economisch evenwicht van bestaande openbaredienstcontracten in gevaar zou brengen. Verder bepaalt artikel 19a, tweede lid, van de Wet personenvervoer 2000 (hierna: Wp2000) dat een EET bedoeld is voor een al verleende concessie.<sup>11</sup>

12. Hierop bestaat slechts één uitzondering, en dat betreft de situatie die omschreven is in artikel 5, tweede lid, van Uitvoeringsverordening 2018/1795 (hierna: Uitvoeringsverordening). Op deze bepaling kan een beroep worden gedaan in geval sprake is van een aanbesteding waarbij offertes kunnen worden ingediend. De ACM heeft in de voornoemde besluiten geoordeeld dat deze bepaling niet kan worden toegepast in de context van de HRN-concessie 2025-2033, die wordt verleend via onderhandse gunning.<sup>12</sup>
13. lenW brengt in dit verband specifiek naar voren dat de ACM interpretatieruimte heeft bij de uitleg van de Uitvoeringsverordening omdat daarin een zelfstandige andersluidende bepaling over onderhands gegunde concessies ontbreekt. Anders geformuleerd: de Uitvoeringsverordening stelt niet expliciet dat bij een onderhandse gunning geen EET kan worden aangevraagd voor de concessie. lenW verzoekt de ACM om gebruik te maken van deze ruimte en bij haar beslissing te letten op het belang van een ordentelijk gunningsproces en de plaats die het parlement daar in heeft. lenW stelt dat het ernstig zou afdoen aan het in de Wp2000 vastgelegde proces wanneer de concessie nog ingrijpend wordt gewijzigd als gevolg van opentoevangmeldingen die worden gedaan terwijl het parlement de ontwerpconcessie behandelt en door middel van moties sturing geeft.
14. In tegenstelling tot lenW ziet de ACM in de Uitvoeringsverordening juist geen ruimte voor interpretatie. De Uitvoeringsverordening vormt een uitputtende regeling en biedt in artikel 5, tweede lid, slechts ruimte voor een uitzondering indien sprake is van een aanbesteding. De ACM ziet in de Uitvoeringsverordening daarom geen ruimte om artikel 5, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening naar analogie toe te passen in een situatie van onderhandse gunning.<sup>13</sup>
15. lenW wijst er op dat de ACM de procedure op grond van artikel 9, zevende lid, van de Uitvoeringsverordening kan schorsen tot de gunning van de concessie.
16. De ACM stelt vast dat schorsing mogelijk is op grond van artikel 9, zevende lid, van de Uitvoeringsverordening indien sprake is van een lopende aanbestedingsprocedure. Nu geen sprake is van een aanbesteding maar van een onderhandse gunning, is voornoemd artikel niet van toepassing en kan de ACM niet overgaan tot de door lenW verzochte schorsing.
17. De ACM stelt vast dat de verlening van de HRN-concessie 2025-2033 ten tijde van de meldingen van Qbuzz, Heurotrain en Flywise nog niet had plaatsgevonden. Ook is er geen sprake van een concurrerend aanbiedingsproces, waardoor de uitzondering van artikel 5, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening niet van toepassing is. Bijgevolg kan het recht op toegang niet worden beperkt, omdat de HRN-concessie 2025-2033 geen concessie is die op het moment van het melden van de betreffende opentoevangdiensten was verleend in de zin van artikel 19a, tweede lid, onder a, van de Wp2000. Er kan dan ook door NS en lenW geen EET-aanvraag voor de HRN-concessie 2025-2033 worden ingediend ten aanzien van de gemelde treindiensten. De EET-aanvragen van NS en lenW zijn daarom niet-ontvankelijk.

<sup>11</sup> ACM/UIT/603444, randnummer 43-44.

<sup>12</sup> ACM/UIT/603444, randnummer 45-46.

<sup>13</sup> ACM/UIT/603444, randnummer 45-46; ACM/UIT/599650, randnummer 36-37.

### 3.2. Conclusie

18. De conclusie is dat de aanvragen van de N.V. Nederlandse Spoorwegen en het Ministerie van IenW niet-ontvankelijk zijn.
19. De ACM merkt voor de volledigheid op dat zij met dit besluit geen oordeel geeft over de mogelijkheid voor de staatssecretaris van IenW 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.

### 4. Besluit

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

Den Haag,

Autoriteit Consument en Markt,  
namens deze:

drs. M.R. Leijten  
bestuurslid

w.g.

*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.*