

17. Monopolie zonder dominantie?

Een ontregeld treinspoor

Commentaar op de CBB-uitspraak over de miljoenenboete voor NS

MR. A.M. CRAITA, MR. T. HEYSTEE EN MR. J.M.M VAN DE HEL¹

Deze bijdrage gaat in op de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven, waarin de miljoenenboete die de Autoriteit Consument & Markt heeft opgelegd aan de Nederlandse Spoorwegen ("NS") is vernietigd. Volgens het College beschikte NS niet over een economische machtspositie en kon zij deze dus ook niet hebben misbruikt. De auteurs menen dat de Autoriteit Consument & Markt wel degelijk terecht heeft vastgesteld dat er bij de concessieverlening aan NS destijds onvoldoende concurrentie was. Het College heeft te zeer de nadruk gelegd op potentiële concurrentie, zonder daarbij de daadwerkelijke concurrentie in ogenschouw te nemen.

Inleiding

100% marktaandeel, maar geen economische machtspositie. Dit is het instinctief tegenstrijdige oordeel waarmee het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBB) een streep heeft gezet door de boete van € 41 mln. van de Autoriteit Consument & Markt (hierna: ACM) voor de Nederlandse Spoorwegen (hierna: NS).² Volgens het CBB was er ten tijde van de concessieverlening van het hoofd-railnet (hierna: HRN) door de Nederlandse Staat aan NS voldoende concurrentie aanwezig. Om deze reden zou NS niet over een economische machtspositie beschikken en hier dus ook geen misbruik van kunnen maken.

Wij zijn van mening dat deze constatering van het CBB niet juist is en dat de ACM terecht heeft vastgesteld dat er bij de concessieverlening aan NS destijds onvoldoende concurrentie was. De beoordeling van het CBB is onzes inziens te beperkt omdat te zeer de nadruk is gelegd op potentiële concurrentie en er weinig oog is geweest voor de daadwerkelijke concurrentie, zowel bij de concessieverlening als daarna. Ook heeft het CBB onvoldoende aandacht besteed aan het feit dat de Staat de concessie alleen aan NS wilde gunnen. Deze uitspraak versterkt dan ook de juridische noodzaak van een openbare gunningsprocedure waaraan alle potentiële concurrenten kunnen deelnemen.

Na een beschrijving van het verloop van de procedure bij de ACM en de rechtbank zullen wij dit commentaar toelichten. Onze conclusie is dat dit een uitzonderlijke zaak betreft die geen wezenlijke gevolgen heeft voor onder-

zoeken van de ACM naar misbruik van machtspositie in andere sectoren.

Achtergrond

In 2014 organiseerde de Provincie Limburg een aanbesteding voor een concessie van regionaal trein- en busvervoer (hierna: de Aanbesteding). Gedurende de aanbestedingsprocedure heeft Veolia, een regionale spoordienstverlener, klachten ingediend bij de ACM over gedragingen van NS.³ De ACM is mede naar aanleiding van deze klachten een onderzoek gestart en concludeerde dat NS misbruik had gemaakt van haar economische machtspositie als houder van de HRN-concessie.⁴

Op het HRN is samenloop mogelijk. Dit houdt in dat regionale vervoerders gebruik maken van dezelfde spoorlijnen als NS. De Aanbesteding vond plaats in het kader van een 'pilot' van de Nederlandse Staat om het HRN te decentraliseren en de spoorsector verder open te stellen voor concurrentie.⁵ NS zou er volgens de ACM alles aan hebben willen doen om de Aanbesteding te winnen. Op deze manier trachtte NS te voorkomen dat een concurrent kon laten zien dat samenloop tussen treinen van NS en treinen van een regio-

1 De auteurs hebben geen betrokkenheid bij de besproken zaken. Maverick Advocaten treedt wel op voor Federatie van Mobiliteitsbedrijven Nederland in een bodemprocedure tegen de Staat der Nederlanden over de onderhandse gunning van het hoofd-railnet aan NS.

2 CBB 1 juni 2021, ECLI:NL:CBB:2021:560 (ACM/NS).

3 Zie bijvoorbeeld: ACM besluit 6 maart 2015 in zaak 14.0983.53

4 ACM besluit 22 mei 2017 in zaak 16.0691.31. Zie over het besluit uitgebreid P. Kreijger, 'Gedomineerde en aanpalende markten – enkele opmerkingen bij NS Limburg', *M&M* 2017, nr. 5-6, p. 182-193. Ter achtergrond: regionale (en vaak onrendabele) lijnen maken geen deel uit van het HRN. Er kan een onderscheid worden gemaakt tussen het zogenaamde kernnet en de diensten op onrendabele lijnen. Het kernnet is het belangrijkste netwerk en moest zonder financiële overheidssteun kunnen worden geëxploiteerd. De onrendabele lijnen die werden afgesplitst van het kernnet werden opgenomen in de contractsector. Voor deze lijnen moesten aparte contracten met (nieuwe) vervoerders worden afgesloten.

5 CBB 1 juni 2021, ECLI:NL:CBB:2021:560 (ACM/NS), r.o. 3.10-3.17.

nale vervoerder op hetzelfde spoor succesvol kon zijn.⁶ Het gevolg daarvan zou namelijk kunnen zijn dat na 2024 (de huidige HRN-concessie geldt tot 2025⁷) ook andere delen van het HRN regionaal worden aanbesteed of dat het HRN wordt opgedeeld.⁸ Om een gegarandeerde overwinning te behalen, zou NS zich voor de Aanbesteding hebben ingeschreven met een verlieslatend bod en zou zij marktafscherpende gedragingen ten opzichte van regionale vervoerders hebben verricht.⁹ Deze bevindingen werden in 2018 in een besluit op bezwaar door de ACM bevestigd.¹⁰

NS is hiertegen in beroep gegaan bij de rechtbank Rotterdam.¹¹ In deze beroepsprocedure verdedigde de ACM haar besluit door te betogen dat NS over een machtspositie beschikte door het uitoefenen van het exploitatierecht van de HRN-concessie. Aangezien NS tot 2025 op basis van de concessie het alleenrecht heeft op exploitatie, beschikt zij dientengevolge over een marktaandeel van 100% voor die dienstverlening *op* het HRN.

Daarnaast had de ACM ook onderzoek gedaan naar de vraag in hoeverre sprake was van potentiële concurrentie *om* het HRN. Als de Staat over reële gunningsalternatieven beschikte, had zij namelijk zogenoemde kopersmacht kunnen uitoefenen, hetgeen een disciplinerend effect kon hebben op de handelingsvrijheid van NS. Volgens de ACM was echter geen sprake van een dreiging dat bij de Staat andere gegadigden dan NS voor de HRN-concessie in beeld waren. Kopersmacht van de Staat jegens NS was dan ook slechts fictief.¹²

De rechtbank is haar beoordeling begonnen met de opmerking dat geen wettelijk monopolie is toegekend aan NS, maar dat NS ook niet in concurrentie met andere partijen een marktaandeel van 100% heeft verkregen. Het feit dat er geen concurrentie om de markt heeft plaatsgevonden, betekent echter niet dat er reeds daarom sprake is van een economische machtspositie. Weliswaar doet de afwezigheid van concurrentie op de markt, bij verlening van de huidige HRN-concessie, vermoeden dat NS zich gedurende de looptijd van deze concessie onafhankelijk van de Staat en eindgebruikers (consumenten) kon gedragen, maar bepalend is of de NS dit in de praktijk ook daadwerkelijk in belangrijke mate kon doen.¹³

De rechtbank heeft dit getoetst aan de hand van de concessievoorwaarden en een rapport van Europe Economics, een rapportage die de ACM mede ten grondslag had gelegd aan haar besluit maar die niet specifiek het bestaan van een machtspositie van NS analyseerde. De rechtbank concludeert

dat er door gebrek aan onderzoek geen inzicht is in de vraag of NS zich in belangrijke mate onafhankelijk kon gedragen, waardoor niet buiten redelijke twijfel vaststond dat NS een machtspositie had.¹⁴

Op basis van het voorgaande vernietigde de rechtbank de boete. De ACM had niet overtuigend bewezen dat NS over een economische machtspositie beschikte op het HRN.¹⁵ De ACM is hiertegen in hoger beroep gegaan.

CBb procedure

Bij het CBb heeft de ACM haar standpunt enigszins genuanceerd en toegespitst op de stelling dat de Staat in feite afhankelijk is van NS omdat er geen realistisch alternatief voor NS bestaat op het HRN. Dit zou in de toekomst wel kunnen veranderen. Wanneer meer delen van het HRN worden aanbesteed en in handen komen van concurrenten van NS, ontstaan daarmee namelijk ook alternatieven. Van dergelijke concurrentieprikkels was in 2014 nog geen sprake. Bovendien is het voor nieuwe vervoerders lastig om toe te treden tot het HRN omdat NS de ruimtes en voorzieningen op stations in eigendom heeft, exploiteert en over het benodigde materiaal beschikt. In hoger beroep betoogde de ACM dan ook dat zij, op basis van de positie van NS *op* het HRN, gerechtvaardigd mocht aannemen dat sprake was van een machtspositie.

Volgens de ACM had de rechtbank de Europese rechtspraak onjuist geïnterpreteerd. De rechtbank had volgens de ACM moeten overwegen dat een onderneming die op een wezenlijk deel van de markt een wettelijk monopolie dan wel een exclusief recht heeft, kan worden geacht een machtspositie in te nemen. Het voorgaande kan uitsluitend worden betwist door de aanwezigheid van sterke contra-indicaties. Hiervan was volgens de ACM geen sprake.¹⁶ De feitelijke concurrentiepositie van NS *om* het HRN in 2014 kon ook niet tot de vaststelling leiden dat er sterke contra-indicaties aanwezig waren die de conclusie rechtvaardigden dat NS geen economische machtspositie bezat, aldus de ACM.¹⁷

Het CBb gaat niet mee in de stellingen van de ACM en stelt vast dat, anders dan de ACM betoogde, de rechtbank niet is uitgegaan van een onjuist toetsingskader. Hoewel het CBb meent dat de bewoordingen van de rechtbank wellicht niet volledig passend waren, is hetgeen de rechtbank heeft overwogen naar de strekking wel een juiste interpretatie van de Europese rechtspraak.¹⁸ Uit het feit dat de rechtbank oordeelt dat moet worden onderzocht of de NS zich in de praktijk “daadwerkelijk” en “in belangrijke mate” onafhankelijk kon gedragen, vloeit namelijk voort dat ook volgens de rechtbank gekeken moet worden naar contra-indicaties. Het CBb onderzoekt vervolgens zelf of de ACM buiten redelijke twijfel heeft aangetoond dat NS beschikt over een economische machtspositie. Hierbij richt het CBb zich niet,

6 CBb 1 juni 2021, ECLI:NL:CBB:2021:560 (ACM/NS), r.o. 3.20.

7 Zie Concessie voor het hoofrailnet 2015-2025.

8 CBb 1 juni 2021, ECLI:NL:CBB:2021:560 (ACM/NS), r.o. 3.20.

9 De ACM concludeerde onder meer dat NS, als eigenaar, haar concurrenten zou hebben benadeeld door traag en onvolledig te reageren op hun verzoeken om toegang tot bepaalde diensten en voorzieningen op stations. Ook zou NS vertrouwelijke informatie over Veolia en Arriva aan haar eigen dochter Abellio hebben doorgespeeld.

10 ACM-Besluit op bezwaar 29 maart 2018, ACM/17/011989.

11 Rechtbank Rotterdam 27 juni 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:5089.

12 CBb 1 juni 2021, ECLI:NL:CBB:2021:560 (ACM/NS), r.o. 4.1.

13 Rechtbank Rotterdam 27 juni 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:5089, r.o. 8.2.

14 Zie over het buiten redelijke twijfel-begrip ook T. van der Vijver en M. Klijsen, ‘De rechtbankuitspraak in de NS-zaak: hoe een theory of harm ontspoorde’, *M&M* 2019, nr. 5, p. 197.

15 Rechtbank Rotterdam 27 juni 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:5089, r.o. 14.2.

16 CBb 1 juni 2021, ECLI:NL:CBB:2021:560 (ACM/NS), r.o. 4.1.

17 CBb 1 juni 2021, ECLI:NL:CBB:2021:560 (ACM/NS), r.o. 4.2.

18 CBb 1 juni 2021, ECLI:NL:CBB:2021:560 (ACM/NS), r.o. 6.3.

zoals de rechtbank heeft gedaan, op de concessievoorwaarden, maar op de aanwezigheid van potentiële concurrentie. Allereerst nuanceert het Cbb het standpunt van de ACM. Het standpunt van de ACM laat zien dat NS op de door de ACM afgebakende relevante markt twee (verschillende) posities inneemt. De eerste positie is die van uitvoerder van de HRN-concessie; de positie van NS *op* het spoor. De tweede is die van houder van en mededinging naar de HRN-concessie, de positie van NS bij de concurrentie *om* het spoor. Het gaat de ACM er (uiteindelijk) om dat NS zich bij de concessieverlening in belangrijke mate onafhankelijk kon en kan gedragen van de Staat als haar afnemer. De ACM richt zich daarmee volgens het Cbb dus niet op de concurrentie *op* het spoor (bij het uitvoeren van de concessie), maar om de concurrentie *om* het spoor (bij het verwerven/behouden van de concessie).¹⁹ De vraag is dan ook of de ACM heeft kunnen aannemen dat NS zich bij de concessieverlening in belangrijke mate onafhankelijk kon en kan gedragen van de Staat als haar afnemer.

Het Cbb meent dat van een dergelijke onafhankelijkheidspositie van NS tegenover de Staat geen sprake was. Daarvoor noemt het Cbb verschillende redenen. Ten eerste stond het voor de HRN-concessie 2015-2025 niet vast dat deze aan NS zou worden gegund. Er was voor deze concessie namelijk concurrentie aanwezig, zoals zou blijken uit een plan van de Federatie Mobiliteitsbedrijven Nederland (FMN).²⁰ Dat de Staat ervoor heeft gekozen dat plan niet te volgen, neemt volgens het Cbb niet weg dat er wel andere vervoerders dan NS in beeld waren. Verder bleek ook uit een impactanalyse dat voldoende en gekwalificeerde (internationale) spoor-dienstaanbieders beschikbaar waren, waarvan aannemelijk was dat zij zich zouden inschrijven op aanbestedingen van Nederlandse concessies.²¹ Volgens het Cbb blijkt hieruit dat er voldoende concurrentie op de markt aanwezig was; het antwoord op de vraag of de Staat bij zijn besluitvorming deze alternatieven voor NS ook daadwerkelijk in overweging heeft genomen, maakt dat niet anders.²²

Ten tweede geldt volgens het Cbb dat ook voor de periode na 2025 nog niet vastligt dat de HRN-concessie wederom (onderhands) aan NS zal worden gegund. Daarbij is enerzijds van belang dat op basis van Europees beleid was voorgesteld om te verbieden dat toekomstige concessies voor het HRN onderhands worden gegund. NS moest er dus al rekening mee houden dat de volgende HRN-concessie zou kunnen worden aanbesteed. Anderzijds is van belang dat de Staat uiteindelijk beslist of het HRN in één concessie wordt vergund of wordt opgedeeld door middel van meerdere concessies. Hoewel politiek lijkt te zijn vastgelegd dat onderhands zal worden gegund aan NS en dat het HRN niet wordt opgeknipt,²³ is dat nu niet van belang, omdat dit pas na de aanbesteding in 2015 bekend is geworden. Daarbij noemt

het Cbb ook dat het aannemelijk is dat rechtsmiddelen zullen worden aangewend tegen een onderhandse gunning. Ten derde meent het Cbb dat uit historische ontwikkelingen blijkt dat de omvang van het HRN niet vastligt. Continuerende decentralisatie, waaronder succesvolle samenloop, zorgen ervoor dat de omvang van toekomstige concessies anders zal zijn dan de huidige omvang.²⁴ Ook van dergelijke toetredingsbarrières zoals de ACM deze heeft geschetst, is geen sprake. Dat komt mede doordat een nieuwe concessiehouder het personeel en materieel van NS tegen boekwaarde zal overnemen.²⁵

Al met al moet volgens het Cbb dan ook worden geconcludeerd dat de ACM niet op goede gronden heeft aangenomen dat NS zich onafhankelijk kon gedragen van de Staat als haar afnemer en dat dus niet kan worden aangetoond dat NS over een economische machtspositie beschikt. Derhalve kan zij deze ook niet hebben misbruikt. Het Cbb verklaart het hoger beroep dan ook ongegrond.

Commentaar

Reële concurrentie NS?

Met de uitspraak sneuvelt opnieuw een door de ACM groots opgetuigde en belangrijke procedure. De ACM heeft zich voornamelijk op reële concurrentie gericht, terwijl het Cbb kijkt naar potentiële (lees: theoretische) concurrentie. Deze twee opties vertonen onzes inziens echter meer samenhang dan nu uit het boetebesluit en de uitspraak van het Cbb naar voren komt. De mogelijkheid om *om* het spoor te concurreren, hangt namelijk af van de mogelijkheid om *op* het spoor te opereren. Een onderneming die feitelijk niet in staat is het HRN daadwerkelijk te exploiteren, zal bij een overweging tot gunning ongeschikt worden bevonden. Het onderscheid komt ons dan ook enigszins kunstmatig voor. Het Cbb heeft verder geconcludeerd dat NS geen machtspositie inneemt, omdat de concessie *om* het spoor aan voldoende (potentiële) concurrentie onderhevig was. Volgens het Cbb lag het dan ook niet zonder meer voor de hand dat de concessie aan NS zou worden gegund. In feite impliceert het Cbb dat de Staat niet afhankelijk is van NS en derhalve voldoende kopersmacht kan uitoefenen, omdat zij een andere vervoerder zou kunnen kiezen voor de exploitatie van het HRN. Wij betwijfelen of dit destijds daadwerkelijk realistisch was.

De mogelijkheid om *om* het spoor te concurreren, hangt namelijk af van de mogelijkheid om *op* het spoor te opereren

Wij vinden dat het Cbb veel waarde toekent aan de bevoegdheid van de Staat om het HRN op te knippen en in delen aan te besteden. Naast het feit dat het Cbb zelf aangeeft dat

19 Cbb 1 juni 2021, ECLI:NL:CBB:2021:560 (ACM/NS), r.o. 6.5.

20 Cbb 1 juni 2021, ECLI:NL:CBB:2021:560 (ACM/NS), r.o. 6.8.

21 RebelGroup, Quick scan impactanalyse van het Vierde Spoorwegpakket, 25 oktober 2013.

22 Cbb 1 juni 2021, ECLI:NL:CBB:2021:560 (ACM/NS), r.o. 6.8.

23 Kamerstukken II 2019/20, 29984, nr. 899.

24 Cbb 1 juni 2021, ECLI:NL:CBB:2021:560 (ACM/NS), r.o. 6.9.

25 Cbb 1 juni 2021, ECLI:NL:CBB:2021:560 (ACM/NS), r.o. 6.9-6.11.

de Staat het plan van FMN (wat gericht is op decentralisatie²⁶) niet heeft gevolgd en slechts enkele regionale lijnen heeft gedecentraliseerd, laat de moeizame gang van zaken (het CBB erkent zelf dat dit proces “langzaam” gaat²⁷) ook zien dat de Staat hier helemaal niet op zat te wachten. Verder suggereerde het CBB ook zelf in een eerdere uitspraak ten aanzien van de concessieverlening aan NS voor het HRN in 2015 dat het HRN een “coherent vervoerssysteem” vormt.²⁸ De instandlating als geheel van het HRN zou daarom van groot belang zijn voor de reiziger.

Dat de Staat ook niet op decentralisatie zit te wachten, blijkt ook uit een brief van de minister van Infrastructuur en Waterstaat van 11 juni 2020 dat in de volgende HRN-concessie (dus 2025-2035) de stoptreindienst Zwolle-Leeuwarden wordt gedecentraliseerd en dat later *mogelijk* ook de stoptreindiensten Zwolle-Groningen en Apeldoorn-Enschede opgaan in regionale concessies.²⁹ De minister merkt daarbij op dat decentralisatie niet mag leiden tot versnippering en dat landelijke samenhang in het netwerk het uitgangspunt is.³⁰ Oftewel: de komende vijftien jaar lijkt het er niet op dat het HRN zal worden opgeknipt. NS hoeft de komende tijd niet beducht te zijn voor concurrenten.

Vermoedelijk zal geen enkele onderneming zomaar kunnen doen wat NS doet. De omvang van het huidige HRN vraagt om een gespecialiseerde onderneming met voldoende kennis en capaciteit. Het feit dat een nieuwe concessiehouder het personeel en materieel van NS zal overnemen,³¹ maakt een onderneming in beginsel niet direct geschikt om een dergelijke exploitatie te gaan verrichten. Bij het draaiende houden van zo’n grote onderneming komt immers meer kijken dan alleen personeel en materieel. Er moet dan ook rekening worden gehouden met een (lange) opstartperiode. Verder is het de vraag of de substantiële exploitatievergoeding die NS aan de Staat betaalt, op te hoesten zal zijn voor een kleinere onderneming. Al deze omstandigheden maken dat het voor andere ondernemingen niet makkelijk zal zijn om het HRN te exploiteren.

De ACM heeft zich voorname-
lijk op reële concurrentie gericht,
terwijl het CBB kijkt naar potentiële
(lees: theoretische) concurrentie

Eventuele kopersmacht die de Staat zou kunnen uitoefenen door alternatieve aanbieders in overweging te nemen, is dan ook niet zo vanzelfsprekend als de uitspraak doet voorkomen. Naast deze praktische bezwaren lijkt de conclusie van het CBB dat het niet voor de hand ligt dat een volgende

concessie opnieuw aan NS gegund zal worden overigens al achterhaald, gelet op de mogelijkheid van decentralisatie en tegen de achtergrond van het Vierde Spoorwegpakket van de Europese Commissie waarin duidelijk werd gemaakt dat toekomstige concessies (vanaf 2023) niet meer onderhands mogen worden gegund. Het beleidsvoornemen om het HRN vanaf 2023 onderhands aan NS te gunnen ligt er namelijk al.³²

In hoeverre kan het CBB dan nog volhouden dat er voldoende alternatieve concurrentie voor NS beschikbaar is? Het toetsingskader van het CBB (het FMN plan en de impactanalyse) is gericht op een gedecentraliseerd HRN, maar de werkelijkheid toont aan dat daarvan helemaal geen sprake is en voorlopig ook niet zal zijn. Hoewel potentiële concurrentie inderdaad een rol speelt bij het vaststellen van marktmacht,³³ was het interessant geweest als het CBB prejudiciële vragen had gesteld aan het Europese Hof van Justitie over de weging van contra-indicaties. Temeer aangezien de aanwezigheid van concurrentie moet worden vastgesteld aan de hand van realistische gronden. Een analyse van de theoretische mogelijkheden is daartoe onvoldoende.³⁴

Eventuele kopersmacht die de Staat zou
kunnen uitoefenen door alternatieve
aanbieders in overweging te nemen,
is dan ook niet zo vanzelfsprekend
als de uitspraak doet voorkomen

Dat brengt ons terug bij de feitelijke onmogelijkheid van andere spoorwegondernemingen om het gehele HRN in haar huidige omvang te exploiteren. Dit maakt dat er voor deze taak slechts één geschikte kandidaat is: NS. Het had voor de hand – en dus eigenlijk op de weg van het CBB – gelegen om ook juist de hierboven beschreven praktische bezwaren mee te nemen. Aan de hand daarvan kon beoordeeld worden of de nu vastgestelde theoretische concurrentiemogelijkheden ook op de lange termijn daadwerkelijk van invloed zijn op de concurrentiële omstandigheden.

Wij plaatsen hierbij wel de kanttekening dat het nog maar de vraag is of, als het CBB wel had geconcludeerd dat sprake was van een machtspositie, NS deze ook daadwerkelijk had misbruikt. Voor de rechtsontwikkeling zou het in ieder geval interessant zijn geweest om een antwoord te krijgen op de vraag in hoeverre de gedragingen van NS daadwerkelijk als misbruik kwalificeren of dat deze eigenlijk binnen haar commerciële handelsvrijheid vielen.³⁵

26 FMN, ‘Het nieuwe spoorplan’, 16 februari 2011.

27 CBB 1 juni 2021, ECLI:NL:CBB:2021:560 (ACM/NS), r.o. 6.10.

28 CBB 9 februari 2017, ECLI:NL:CBB:2017:21 (ACM/NS), r.o. 2.2.6 en 2.2.7.

29 Brief van de staatssecretaris van I&W over de marktordening op het spoor na 2024 d.d. 11 juni 2020, p. 2.

30 Brief van de staatssecretaris van I&W over de marktordening op het spoor na 2024 d.d. 11 juni 2020, p. 8.

31 Op basis van de zogeheten Redelijke Regeling.

32 Beleidsvoornemen gunning vervoerconcessie voor het hoofdrailnet 2025 van het ministerie van Infrastructuur en Waterstaat d.d. 29 juni 2021.

33 Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, randnr. 13 en 24.

34 Commissie Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van art. 101 VWEU op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (2011/C 11/01), randnr. 10.

35 T. van der Vijver en M. Klijsen, ‘De rechtbankuitspraak in de NS-zaak: hoe een theory of harm ontspoorde’, *M&M* 2019, nr. 5.

PSO-Verordening

Verder vragen wij ons af of de Staat wel in lijn handelt met Europese wetgeving en meer specifiek de PSO-Verordening.³⁶ Deze Verordening heeft ten doel de veiligheid en kwaliteit van openbaar personenvervoer te verbeteren.³⁷ De PSO-Verordening bepaalt dat openbaredienstcontracten³⁸ onderhands kunnen worden gegund, mits niet verboden door nationale wetgeving.³⁹

Dat brengt ons terug bij de feitelijke onmogelijkheid van andere spoorwondernemingen om het gehele HRN in haar huidige omvang te exploiteren

De PSO-Verordening is van toepassing op openbaredienstverplichtingen. Een openbaredienstverplichting wordt in de PSO-Verordening gedefinieerd als een prestatie die een exploitant van openbaar personenvervoer zonder compensatie vanuit de overheid niet zou leveren.⁴⁰ Een openbaredienstverplichting kan daarom pas aan de orde zijn wanneer sprake is van marktfalen.⁴¹ NS krijgt echter geen overheidscompensatie, maar betaalt jaarlijks € 80 mln. aan de Staat om haar dienstverlening op het HRN te mogen exploiteren.⁴² Dat doet vermoeden dat het HRN dus niet alleen maar uit onrendabele lijnen bestaat, dat geen sprake is van marktfalen en dat het maar de vraag is of deze concessie een openbaredienstverplichting omvat die onderhands gegund had mogen worden.

Voor zover de Staat er daarom voor kiest om onderhands te blijven gunnen, zou het haar wat ons betreft als aandeelhouder sieren om meer invloed en sturing uit te oefenen op staatsbedrijven (zoals NS) die trachten publicatiebesluiten tegen te werken en boetebesluiten aanvechten. Van staatsbedrijven mag worden verwacht dat zij niet de grens van de geldende wet- en regelgeving opzoeken. De perikelen bij NS lijken te suggereren dat dit soms wel gebeurt.⁴³ Om dit te ondervangen zou de Staat bijvoorbeeld kunnen eisen dat NS niet meer mag inschrijven op spoortrajecten waar samenloop mogelijk is.

Impact

De uitspraak van het CBb bevestigt opnieuw dat het aantonen van (misbruik van) een economische machtspositie voor de ACM in de praktijk een allesbehalve eenvoudige opgave is. In dat kader kan ook worden gedacht aan de verboden kortingsregelingen van CR Delta,⁴⁴ de excessieve tarieven van Interpay⁴⁵ en het weigeren van elektriciteitstransport door de NV Samenwerkende elektriciteitsproductiebedrijven.⁴⁶

De vernietiging van het grootste gedeelte van deze boetes laat zien dat de ACM weinig succesvol is geweest in misbruikzaken. Gelukkig heeft de ACM zich daardoor niet laten ontmoedigen. Zo heeft ACM vorig jaar nog een hoge boete opgelegd aan farmaceut Leadiant wegens het rekenen van excessieve prijzen voor een geneesmiddel tegen een zeldzame stofwisselingsziekte.⁴⁷ Leadiant is tegen de boete in beroep gegaan.⁴⁸ Buiten Nederland blijkt verder ook dat het niet onmogelijk is om misbruik van een machtspositie vast te stellen, zelfs niet in het geval van gedragingen op complexe digitale markten, zoals de recente *Google Shopping*-uitspraak van het EU-Gerecht illustreert.⁴⁹

De bredere impact van de vernietiging van de boete lijkt ons overigens beperkt, nu de bewijslast van de ACM ten aanzien van machtsposities ongewijzigd lijkt te blijven. Deze zaak had namelijk betrekking op een atypische gereguleerde aanbestedingsmarkt. De ACM heeft daar niet vaak mee te maken. Wij verwachten dan ook niet dat deze uitspraak significante gevolgen heeft voor toekomstige onderzoeken van de ACM naar misbruik van machtspositie in andere sectoren. Wel lijkt de mogelijkheid voor de ACM om op te treden tegen de NS voorlopig een gepasseerd station – alleen de Nederlandse Staat lijkt hiertoe nog in gelegenheid te zijn.

Dit artikel is afgesloten op 9 december 2021.

Over de auteurs**Mr. A.M. Craita**

Advocaat bij Maverick Advocaten N.V.

Mr. T. Heystee

Paralegal bij Maverick Advocaten N.V.

Mr. J.J.M. van de Hel

Advocaat en partner bij Maverick Advocaten N.V.

36 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.

37 Art. 1 lid 1 PSO-Verordening.

38 Openbaredienstcontracten worden in artikel 2 sub i kort gezegd gedefinieerd als overeenkomsten tussen een bevoegde instantie en een exploitant van openbare diensten waarbij de exploitant in het kader van openbaredienstverplichtingen wordt belast met het beheer en de exploitatie van openbare personenvervoerdiensten.

39 CBb 1 juni 2021, ECLI:NL:CBB:2021:560 (ACM/NS), r.o. 3.7.

40 Art. 2 sub e PSO-Verordening.

41 HvJ EU 16 september 2013, T-79/10, ECLI:EU:T:2013:463 (*Colt Télécommunications France v Commissie*), r.o. 154.

42 Concessie NS 2015-2025, art. l 66, p. 118.

43 Zie hierover P.J.E. Kampschreuer en M.J.J.M. Essers, 'Staatsbedrijven, nationale kampioenen en de handhaving van de Mededingingswet door de ACM', MP 2017, afl. 7-8, nr. 340.

44 Boetebesluit CR Delta (NMa), zaaknummer 3353-89, 31 december 2003. Deze boete is door het CBb vernietigd: CBb 7 oktober 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN9947.

45 Boetebesluit Interpay (NMa), zaaknummer 2910-700, 28 april 2004.

46 Boetebesluit Sep (NMa), zaaknummer 650, 26 augustus 1999.

47 Samenvatting Boetebesluit Leadiant (ACM), zaaknummer ACM/20/041239, 19 juli 2021 (volledig besluit nog niet beschikbaar).

48 M. van Houdenhoven, 'Maak nieuwe regels voor toelating dure geneesmiddelen', *NRC* 16 november 2021.

49 Gerecht EU 10 november 2021, T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 (*Google Shopping*).