



Quickscan personenvervoer per spoor 2013

*Actualisering van de Marktscan personenvervoer per spoor 2011 met
betrekking tot de toegang tot diensten en voorzieningen*



Inhoudsopgave

Inhoudsopgave	2
Samenvatting	5
1. Inleiding	10
2. Beoordelingskader	12
2.1 Inleiding	12
2.2 Juridisch kader	12
2.2.1 Toegang tot bijkomende diensten en voorzieningen	12
2.2.2 Recht op toegang tot bijkomende diensten en voorzieningen	13
2.2.3 Voorwaarden voor toegang tot bijkomende diensten en voorzieningen	14
2.2.4 Actuele ontwikkelingen rond de Spoorwegwet c.a.	16
2.2.5 Handhavingsbevoegdheden ACM op basis van de Spoorwegwet	17
2.2.6 Andere handhavingsmogelijkheden	17
2.3 Economisch kader	18
2.3.1 Overzicht	18
2.3.2 Marktmacht	19
2.3.3 Marktmacht in netwerksectoren	19
2.3.4 Potentiële gedragingen die een gelijk speelveld belemmeren	20
2.3.5 Mededingingsproblemen en bijhorende remedies	21
2.3.6 <i>Ex ante</i> - of <i>ex post</i> -regulering: <i>ex ante</i> voor het scheppen van een gelijk speelveld	22
2.3.7 Passende en proportionele sectorspecifieke <i>ex ante</i> -regulering	22
2.4 Beoordelingskader	26
3. Algemene bevindingen	27
3.1 Inleiding	27
3.2 Bevindingen ten aanzien van de positie van NS en TLS versus de regionale vervoerders in de markt	27
3.2.1 Concurrentiepositie	27
3.2.2 Afhankelijkheid	27
3.2.3 Mogelijke invloed op concurrentieverhoudingen	28
3.2.4 Conclusie	28
3.3 Knelpunten in dienstverlening aan regionale vervoerders	29
3.3.1 Overzicht diensten en voorzieningen	30



3.3.2	Knelpunten	32
3.4	Gevolgen van de marktsituatie voor de consument	32
3.5	ACM	33
3.5.1	Toezichtvisie ACM	33
3.5.2	Bevoegdheden ACM	33
3.5.3	Eerdere inzet bevoegdheden ACM	34
3.5.4	Conclusie huidige bevoegdheden ACM	36
3.6	Oplossingsrichtingen	36
3.6.1	Oplossingen in regelgeving	36
3.6.2	Andere oplossingsrichtingen	37
3.7	Prioritering	38
3.7.1	Criteria voor prioritering	38
3.7.2	Urgentievolgorde	38
4.	Knelpunten in toegang tot diensten en voorzieningen	41
4.1	Dienstverlening omtrent de OV-chipkaart door TLS	41
4.1.1	Algemene omschrijving	41
4.1.2	Marktstructuur en knelpunten	42
4.1.3	Marktontwikkelingen	44
4.1.4	Beoordeling	45
4.2	Toegang tot en commerciële activiteiten op stations	47
4.2.1	Algemene omschrijving	47
4.2.2	Marktstructuur en knelpunten	49
4.2.3	Marktontwikkeling	52
4.2.4	Beoordeling	53
4.3	Verdeling van kaartopbrengsten door NS (MidT)	56
4.3.1	Algemene omschrijving	56
4.3.2	Marktstructuur en knelpunten	58
4.3.3	Marktontwikkeling	59
4.3.4	Beoordeling	60
4.4	Gedwongen winkelnering NS-diensten	61
4.4.1	Ticket Vending Machines en overige kaartverkoop	61
4.4.2	Agentschappen	63
4.4.3	Gegevensverstrekking	63
4.4.4	Gegevens gezamenlijke klanten	64
4.4.5	Beoordeling gedwongen winkelnering	64
4.5	Vastgestelde reizigerstarieven	66
4.5.1	Algemene omschrijving	66



4.5.2	Marktstructuur en knelpunten.....	66
4.5.3	Marktontwikkeling.....	67
4.5.4	Beoordeling	68
4.6	Verkrijgen van reisinformatie	69
4.6.1	Algemene omschrijving	69
4.6.2	Marktstructuur en knelpunten.....	70
4.6.3	Marktontwikkelingen.....	71
4.6.4	Beoordeling	72
5.	Conclusie	74
Bijlage 1-	Onderzoeksverantwoording	76
1.	Werkwijze	76
2.	Zienswijzen.....	76
2.1	Zienswijze NS.....	76
2.2	Zienswijze TLS.....	77
Bijlage 2-	Toelichting: de Mededingingswet biedt onvoldoende bescherming	78
1.	Inleiding	78
2.	Formele redenen	78
3.	Materiële redenen.....	78
Bijlage 3-	Verplichtingen in de HRN-concessie met betrekking tot diensten en voorzieningen	81
Bijlage 4-	Overzicht van stations ten behoeve van verhuur	83



Samenvatting

Aanleiding

Op 25 april 2013 is in de Tweede Kamer een motie aangenomen waarin de regering wordt verzocht ACM te vragen haar Marktscan personenvervoer per spoor 2011 met een *quickscan* te actualiseren. De Marktscan-2011 geeft inzicht in het functioneren van de markt voor personenvervoer over het spoor.

Het ministerie van Infrastructuur en Milieu (IenM) heeft aan de motie uitvoering gegeven. IenM heeft ACM gevraagd inzicht te geven in de knelpunten die bestaan in de dienstverlening van NS aan de regionale vervoerders. Ook is ACM gevraagd weer te geven hoe deze knelpunten effectief kunnen worden opgelost. Verder is ACM verzocht aanbevelingen te doen welke instrumenten daarvoor geschikt zijn, welke nadere regulering op zijn plaats is en aan welke bevoegdheden het ACM ontbreekt in dit kader. Tot slot zag het verzoek van IenM op een analyse van de knelpunten rond Trans Link Systems (TLS).

Vraagstelling

De motie en opdracht hebben geleid tot de volgende onderzoeksvragen:

- Welke knelpunten werden in het verleden waargenomen met betrekking tot de dienstverlening door NS en TLS, welke daarvan bestaan nog steeds en welke nieuwe knelpunten doen zich thans voor?
- Welke problemen kunnen door bestaande of door (binnenkort) nog aan te nemen wetgeving opgelost worden?
- Aan welke (extra en niet voorziene) bevoegdheden ontbreekt het ACM in dit kader?

ACM heeft de vraagstelling vanuit het markt- en mededingingsperspectief bekeken; andere (publieke) belangen blijven in de *quickscan* buiten beschouwing. Ook gaat ACM in het voorliggende document niet in op een aantal andere onderwerpen die in de Marktscan-2011 wel in bredere zin aan de orde zijn gekomen, zoals de noodzaak om extra aandacht te besteden aan prijs- en kwaliteitsafspraken bij onderhandse gunning van spoorconcessies en het toezicht op de naleving daarvan. De voorliggende *quickscan* overlapt de Marktscan-2011, conform de motie en de opdracht, in zoverre dat de afhankelijkheid van regionale verzorgers van openbaar personenvervoer per spoor van NS en TLS wordt onderzocht.

Beschrijving van de markt

NS Reizigers concurreert alleen met regionale vervoerders per spoor bij aanbestedingen voor regionaal spoorvervoer. De concessie voor het hoofdrailnet wordt niet aanbesteed, daar is geen concurrentie tussen de NS en regionale vervoerders. Hierbij is van belang dat regionale vervoerders bepaalde diensten en voorzieningen nodig hebben om vervoer aan te kunnen bieden (bijvoorbeeld ruimte op stations). Zij zijn hiervoor afhankelijk van de NS en TLS. Deze afhankelijkheid wordt veroorzaakt door keuzes die in het verleden zijn gemaakt toen beheer (ProRail) en vervoer (NS) gesplitst werden.

De markt voor personenvervoer per spoor kan alleen optimaal werken wanneer deze transparant en non-discriminair is. In de huidige wetgeving zijn deze eisen echter niet voldoende tot uitdrukking gekomen. De markt wordt zodoende onvoldoende gefaciliteerd om zichzelf te kunnen ontploien. Door de huidige marktordening en de verdeling van rollen ontstaan problemen die regionale



vervoerders ervaren bij het verkrijgen van toegang tot verschillende diensten en voorzieningen. Deze knelpunten zijn daarom symptomatisch voor een structurele en langdurige afhankelijkheid. Hieronder worden deze diensten en voorzieningen omschreven en wordt aangegeven waar specifieke knelpunten liggen.

Beschrijving van de diensten en voorzieningen en de bijbehorende knelpunten

Het betreft de volgende diensten en voorzieningen:

- diensten van TLS in verband met de OV-chipkaart,
- toegang tot stations en commerciële activiteiten op stations,
- opbrengstverdeling door middel van Meten in de Trein (MidT),
- gedwongen winkelnering van NS-diensten,
- bepaling van reizigerstarieven,
- diensten met betrekking tot reisinformatie.

In dit verband maken de regionale vervoerders melding van de volgende knelpunten:

- *Contractgerelateerde knelpunten:* NS/TLS kunnen eenzijdig een contract wijzigingen en voorwaarden stellen. Ook kunnen zij de hoogte van kosten, tarieven, huurprijzen of distributiekosten en de problemen die ondervonden worden met betrekking tot onderhandelingen veranderen. Verder ervaren regionale vervoerders problemen met onderhandelingen met NS over de verdeling van de reizigersopbrengsten. NS verdeelt de opbrengsten; het niet sluiten van een contract betekent voor de regionale vervoerders dat zij geen inkomsten hebben. Prijzen en voorwaarden zijn hierin niet onderhandelbaar, aldus regionale vervoerders.
- *Productgerelateerde knelpunten:* regionale vervoerders ervaren beperkingen in innovatie en kwaliteit. Ook gebrek aan transparantie blijkt een probleem. Volgens het verbond van private vervoerders is TLS niet transparant over kosten, niet dienstverlenend en rekent het buitensporige tarieven. Daarnaast is de betrouwbaarheid van de financiële afwikkeling een punt van onzekerheid voor regionale vervoerders.
- *Klantgerelateerde knelpunten:* regionale vervoerders geven aan afhankelijk te zijn van NS voor marketingactiviteiten, maar ook voor de kwaliteit van reisinformatie. Hier speelt bijvoorbeeld ook dat alternatieven in reisinformatie beperkt zijn.
- *Directe concurrentiegerelateerde knelpunten:* deze omvatten onder meer
 - het ontbreken van de mogelijkheid tot prijsconcurrentie,
 - de belemmering in commerciële activiteiten en
 - de voordelen die NS heeft bij aanbestedingen (door kennisvoorsprong en inkomsten uit exploitatie).

Regionale vervoerders stellen bijvoorbeeld dat het verkrijgen van toegang tot stationsruimten in zijn algemeenheid een moeilijk proces is. Uitsluitend NS heeft het recht stations te exploiteren, ook op de stations waar NS als vervoerder niet komt. De mogelijkheden die NS heeft geboden aan decentrale overheden om hier commerciële activiteiten te ontplooiën zijn nagenoeg onbekend. Los daarvan worden hier veel voorwaarden aan gesteld. Bij biedingen op concessies voor regionale spoorlijnen heeft NS vervolgens het voordeel dat hieruit inkomsten gegenereerd kunnen worden die de exploitatie financieel kunnen helpen. Andere vervoerders hebben die mogelijkheid niet zodat een *level playing field* ontbreekt.

NS en TLS hebben aangegeven dat, voor zover zij zich herkennen in de knelpunten, gewerkt wordt aan oplossingen. ACM merkt op dat het beeld dat oplossingen nabij zijn, niet wordt gedeeld door alle betrokken vervoerders en ACM zelf.



Voldoen de huidige middelen/bevoegdheden van ACM?

ACM ziet toe op de naleving van zowel de Spoorwegwet als de Mededingingswet en heeft hiertoe verschillende bevoegdheden, zowel ambtshalve als op basis van een klacht (geschilregeling). De inzet van deze bevoegdheden heeft in het verleden niet het (lange termijn-)effect gehad dat nodig is om knelpunten te bestrijden of te voorkomen. Het gaat in beide wettelijke regimes om toezicht achteraf, het zogenoemde *ex post*-toezicht. Dat is voor het doel van het toezicht, namelijk het laten werken van de spoormarkt, zowel ineffectief als inefficiënt.

- Ineffectief omdat duidelijkheid (transparantie) over het verkrijgen van diensten en voorzieningen noodzakelijk is voordat een vervoerder kan toetreden tot de markt. Anders kan hij immers geen goede (kosten-) schatting maken voor het opstellen van een offerte. Deze duidelijkheid kan bereikt worden door het toezicht van tevoren te laten plaatsvinden, de zogenoemde *ex ante*-regulering. Daarnaast is het huidige *ex post*-toezicht ineffectief omdat veel diensten zich snel technologisch ontwikkelen.
- Inefficiënt omdat concrete normen ontbreken over hoe partijen zich moeten gedragen. Deze normen moeten duidelijk zijn voordat handhaving kan plaatsvinden. Daarnaast zijn de diensten en voorzieningen in de Spoorwegwet onvoldoende beschreven voor de Nederlandse situatie. Verschillende daarvan vallen zelfs helemaal niet onder de Spoorwegwet, namelijk de OV-chipkaart (TLS), MidT en het vaststellen van reizigerstarieven.

Daarnaast speelt een rol dat regionale vervoerders in het kader van de knelpunten nog nooit gebruik hebben gemaakt van de geschilregeling, wellicht juist vanwege de langdurige afhankelijkheid van regionale vervoerders ten opzichte van NS/TLS, ook op steeds terugkerende punten zoals de capaciteitsverdeling op het spoor. ACM kan zodoende haar ambitie om binnen de gekozen marktordening de mogelijkheden voor de regionale vervoerders te bevorderen, ook in het belang van de consument, niet waarmaken. Oplossingen zullen dan ook van buiten ACM moeten komen.

Biedt toekomstige regelgeving oplossingen voor knelpunten?

De Herschikkingsrichtlijn (2012/34/EU, in werking getreden op 15 december 2012) zal vanaf de inwerkingtreding van de implementatiewet (voor 16 juni 2015) het toezicht van ACM voor een aantal diensten en voorzieningen (zoals voor de kaartverkoop) verbeteren. De richtlijn bevat bijvoorbeeld scherpere eisen voor toegang tot bepaalde diensten. Hierdoor worden echter geen nieuwe, meer specifiek *ex ante*-, reguleringsbevoegdheden toegekend. De nadelen van *ex post*-toezicht blijven bestaan.

Het zogenoemde Vierde Spoorpakket speelt mogelijk een rol in toekomstige wijzigingen ten aanzien van het beleid met betrekking tot bijkomende diensten en voorzieningen, zoals ten aanzien van non-discriminatoire integrale informatie- en ticketsystemen. Het beleid zal echter eerst omgezet moeten worden in regelgeving wil het leiden tot een oplossingsrichting.

Concluderend zal toekomstige regelgeving voorlopig weinig bijdragen aan het oplossen van de geconstateerde knelpunten.

Welke alternatieve oplossingsrichtingen zijn er?

Oplossingen voor de door de regionale vervoerders genoemde knelpunten zijn effectief wanneer deze de belemmeringen om te komen tot een gelijk speelveld, en daarmee belemmeringen in de marktwerking, opheffen. Hierbij moet opgemerkt worden dat het bestaan van een structurele machtspositie bij één marktpartij aanleiding kan zijn voor regulering zonder dat daadwerkelijk misbruik van die machtspositie is aangetoond. Wachten op misbruik van een machtspositie is niet nodig om specifiek toezicht op te leggen. Dit houdt verband met de risico's die met de machtspositie samen gaan.



Voor de mate waarin gereguleerd wordt, is onder andere de omvang van schade voor de markt van belang: wanneer de verwachte schade voor de markt hoog is, zijn ingrijpendere maatregelen gerechtvaardigd. De interventie zal proportioneel moeten zijn in relatie tot de te dienen belangen.

De aanstaande verlening van de concessie voor het hoofdrailnet in 2014 biedt mogelijkheden om voorwaarden voor het verlenen van diensten en voorzieningen door NS aan regionale vervoerders te heroverwegen of te herformuleren. De verplichtingen die nu zijn opgenomen in deze concessie om diensten of voorzieningen te leveren aan andere vervoerders, bieden een te sterke (onderhandelings-)positie voor NS. Een belangrijk voorbeeld is de kaartintegratie. Ook biedt de concessie voor het hoofdrailnet ruimte voor gedrag dat in de ogen van de regionale vervoerders kan leiden tot knelpunten.

De volledige invoering van de OV-chipkaart, en daarmee het niet langer wettelijk gebonden zijn aan NS-kaartsoorten zoals het papieren kaartje, zal positieve effecten hebben op een aantal in deze *quickscan* genoemde knelpunten: Ticket Vending Machines (TVM's) en agentschappen worden overbodig, de opbrengstverdeling door NS door middel van MidT is niet langer aan de orde, waardoor zij tevens geen inzicht meer heeft in gegevens van de regionale vervoerders. Dit verkleint het strategisch voordeel dat NS heeft. Het is echter nog niet bekend wanneer dit zal worden ingevoerd. Tot op het moment waarop de OV-chipkaart volledig wordt ingevoerd en het papieren kaartje wordt afgeschaft, blijft het een langdurig knelpunt. Ook wanneer het papieren kaartje volledig is afgeschaft, moeten ook nog steeds de knelpunten rond TLS worden opgelost.

Oplossingen van organisatorische aard zijn het meest vérgaand. Meerdere gradaties zijn mogelijk, zoals afstoting van eigendom en administratieve en/of organisatorische scheiding. Het zou bijvoorbeeld effectief kunnen zijn om stations van NS af te splitsen.

Toezicht vooraf, *ex ante*-toezicht, kan paal en perk stellen aan negatieve gevolgen van de huidige situatie voor regionale vervoerders en uiteindelijk de consument. Specifiek kan worden gedacht aan tariefregulering, waarbij ACM de tarieven vaststelt. Het gaat om de diensten en voorzieningen in zijn algemeenheid, maar meer in het bijzonder om reizigerstarieven en het verkrijgen van reisinformatie. Deze vorm van toezicht draagt bij aan transparantie en non-discriminatie. Gelegenheid om dit toezicht bij wet te regelen doet zich voor in het implementatietraject van de Herschikkingsrichtlijn.

Welke keuzes moeten er worden gemaakt (oplossingsrichtingen en prioritering)

Geen van de gesignaleerde problemen zal zichzelf in de nabije toekomst oplossen. Daarvoor is de verdeling van onderhandelingsmacht te ongelijk en lopen de individuele belangen te ver uiteen. Daarom moeten er keuzes gemaakt worden. De volgende opties kunnen daarbij een rol spelen:

- Bij de implementatie van de Herschikkingsrichtlijn (Recast) worden diensten en voorzieningen bij AMvB gedefinieerd.
- Aan de concessietoekenning van het hoofdrailnet worden voorwaarden verbonden voor de levering van diensten.
- Er wordt een moment afgesproken waarop de OV-chipkaart op korte termijn volledig wordt ingevoerd. Dit zal voor meerdere knelpunten positieve gevolgen hebben, zoals voor MidT en gedwongen winkelnering. Knelpunten met betrekking tot de OV-chipkaart en TLS zullen dan wel voortvarend moeten worden aangepakt.
- Tariefregulering door ACM (*ex ante*-toezicht).
- Afsplitsing van diensten en voorzieningen van NS.



Knelpunten waarvoor op korte termijn geen oplossing is voorzien, zijn de toegang tot stations en commerciële activiteiten op stations en diensten van TLS ten aanzien van de OV-chipkaart. Voor de andere knelpunten zijn wel oplossingen voorzien – bijvoorbeeld de afschaffing van het papieren NS-kaartje – maar zolang deze oplossingen niet definitief zijn ingevoerd, blijven de knelpunten de markt verstoren.



1. Inleiding

Marktscan 2011

In de Marktscan Personenvervoer per spoor van september 2011 (hierna: Marktscan 2011) constateerde de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) dat regionale spoorvervoerders voor de afname van een aantal producten en diensten uitsluitend aangewezen waren op de Nederlandse Spoorwegen NV¹ (hierna: NS). Hierbij was sprake van afhankelijkheid van NS; regionale spoorvervoerders hadden geen keuze omdat, om uiteenlopende redenen, een alternatief voor bepaalde diensten en voorzieningen van NS ontbrak. Daarnaast werden zij, bijvoorbeeld via hun concessies, gedwongen diensten bij NS af te nemen. Dit leidde tot een machtspositie van NS bij de onderhandelingen over de specifieke overeenkomsten en voordelen bij het vaststellen van de uitkomsten daarvan, aldus de marktscan.² Een van de aanbevelingen van de NMa was daarom om te onderzoeken of nadere regulering op zijn plaats zou zijn om de positie van de regionale spoorvervoerders te versterken bij de afname van de betreffende diensten en voorzieningen bij NS.

Motie Van Veldhoven/De Rouwe

Tijdens een rondetafelbijeenkomst met regionale spoorvervoerders en NS bij de Vaste Kamercommissie voor Infrastructuur en Milieu (IenM) in de Tweede Kamer op 11 april 2013, is deze afhankelijkheid aan de orde gekomen. Op 25 april 2013 is, mede als gevolg van de gesprekken bij die bijeenkomst, in de Tweede Kamer een motie van de leden Van Veldhoven en De Rouwe (hierna: de motie) aangenomen.³ In de motie wordt de regering verzocht de Autoriteit Consument & Markt⁴ te vragen de Marktscan 2011 met een *quickscan* te actualiseren, waarbij wordt aangegeven welke regulatoire bevoegdheden nodig zijn om eventuele knelpunten die hieruit voortkomen, effectief aan te kunnen pakken. De regering is tevens verzocht de aanbevelingen op het gebied van regulatoire bevoegdheden te betrekken bij de uitwerking van de lange termijn spooragenda (LTSA) en de concessieverlening voor het hoofdrailnet.

Opdracht quickscan

Het Ministerie van IenM heeft uitvoering gegeven aan de motie en ACM bij brief van 19 juni 2013 verzocht de Marktscan 2011 met een *quickscan* te actualiseren. Met deze rapportage wordt voldaan aan dit verzoek. De rapportage geeft, volgens opdracht, inzicht in de knelpunten die op basis van gegevens van regionale vervoerders (nog) bestaan in de dienstverlening van NS aan de regionale vervoerders en de wijze waarop de knelpunten volgens ACM effectief kunnen worden opgelost. Daarnaast bevat deze rapportage aanbevelingen welke instrumenten ACM daarvoor geschikt acht, welke nadere regulering op zijn plaats is en welke bevoegdheden het ACM ontbreekt in dit kader. Tot slot bevat de rapportage een analyse van de knelpunten rond de diensten die Trans Link Systems (hierna: TLS) levert met betrekking tot de OV-chipkaart.

De opdracht om de marktscan *up to date* te brengen door middel van een *quickscan* alsmede de bijbehorende termijn boden geen ruimte voor uitputtend en volledig onderzoek. Het uitgevoerde onderzoek biedt desalniettemin inzicht in de problemen die zich in de markt voordoen gezien vanuit de huidige marktordening en de daaruit voortvloeiende verdeling van rollen. De knelpunten zijn symptomatisch voor de gekozen ordening; de voorbeelden die de vervoerders aandragen zijn indicaties dat de knelpunten in de praktijk daadwerkelijk tot verstoringen leiden. Nader onderzocht

¹ Daaronder zij hier begrepen: NS holding en dochterbedrijven waarop de holding doorslaggevende zeggenschap uitoefent of kan uitoefenen.

² *Marktscan Personenvervoer per spoor*, Nederlandse Mededingingsautoriteit, september 2011, p. 39 e.v.

³ Tweede Kamer, 2012-2013, 29 984, nr. 404.

⁴ Hierna: ACM, sinds 1 april 2013 na de fusie met de OPTA en de Consumentenautoriteit de opvolger van de NMa.



zal moeten worden in hoeverre de conclusies en aanbevelingen in de praktijk kunnen leiden tot proportionele en effectieve oplossingen.

Methode van aanpak

Ter beantwoording van de vraag welke knelpunten regionale vervoerders sinds enige tijd ervaren in het verkrijgen van diensten en voorzieningen van NS, dient onder andere te worden gekeken naar de Marktscan 2011 en de brief van FMN⁵ aan de Minister van IenM d.d. 23 november 2011. Om te bepalen of voor deze diensten en voorzieningen nog steeds knelpunten aanwezig zijn en of zich thans ook knelpunten voordoen bij andere diensten of voorzieningen, is hetgeen tijdens de rondetafelbijeenkomst op 11 april 2013 door de regionale vervoerders naar voren is gebracht van belang. De informatie die ACM heeft verkregen in het kader van deze *quickscan* biedt zicht op de actuele situatie.

Per dienst of voorziening, voor zover deze thans volgens de regionale vervoerders leiden tot knelpunten, wordt eerst een korte beschrijving gegeven. Dit wordt gevolgd door een omschrijving van de marktpositie die NS respectievelijk TLS inneemt en de mate van afhankelijkheid van andere vervoerders bij het verkrijgen van toegang tot de dienst of voorziening. Aan de hand van het beoordelingskader wordt per dienst of voorziening beoordeeld of het feitelijk of potentiële gedrag van NS of TLS als dienstverlener leidt of kan leiden tot marktverstoringen. Indien dit het geval is, wordt vervolgens beoordeeld of dit met de huidige bevoegdheden van ACM kan worden opgelost, en zo nee, welke maatregelen nodig zouden zijn om een oplossing voor het knelpunt te kunnen bereiken. Daarbij wordt aangegeven of lopende wetgevingstrajecten hierin voorzien of zouden kunnen voorzien.

ACM beschouwt de knelpunten vanuit een markt- en mededingingsperspectief. Eventuele andere (publieke) belangen worden buiten beschouwing gelaten. Dit geldt ook voor aspecten die in de marktscan van 2011 aan de orde zijn geweest. ACM hecht er aan dit op te merken vanwege de bredere discussie over de toekomst van het spoor (Lange Termijn Spooragenda) en in verband daarmee de gunning van de concessie voor het hoofdrailnet in 2014. In de marktscan 2011 is aangegeven dat juist bij een onderhandse gunning er reden is extra aandacht te geven aan de prijs-kwaliteitsafspraken in de concessieovereenkomst en het toezicht op naleving van de vastgelegde afspraken.

De onderzoeksverantwoording is opgenomen in bijlage 1.

⁵ Federatie Mobiliteitsbedrijven Nederland (FMN).



2. Beoordelingskader

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt eerst het huidige juridische kader uit de Spoorwegwet (Sw) geschetst. ACM is de instantie die toezicht houdt op de naleving van -onder andere- artikel 67 Sw; deze bepaling regelt het recht op toegang tot zogenaamde bijkomende diensten en voorzieningen (verder: BDV's). Dit zijn diensten en voorzieningen die volgens artikel 67 Sw en Richtlijn 2001/14/EG essentieel zijn voor het verzorgen van spoorvervoer in het algemeen en/of personenvervoer per spoor in het bijzonder. Vervolgens zal in het economische kader in het algemeen het belang worden geschetst van de mogelijkheid om toegang tot "bottleneck"-voorzieningen in netwerksectoren te verkrijgen en welke gevolgen een machtspositie van een marktspeeler heeft voor regelgevende oplossingen.

2.2 Juridisch kader

2.2.1 Toegang tot bijkomende diensten en voorzieningen

Voor het verkrijgen van toegang tot BDV's is thans een regeling opgenomen in de artikelen 67 en 68 Sw. Op grond van artikel 67, eerste lid Sw gaat het om een dienst als bedoeld in artikel 10, zesde lid van Richtlijn 91/440/EEG, dan wel voorzieningen en diensten zoals bedoeld in onderdeel 2 van Annex II van Richtlijn 2001/14/EG (hierna: categorie 2-diensten):

Annex II, onderdeel 2 van Richtlijn 2001/14/EG

(...)

2. De toegang via het spoor tot voorzieningen en de verlening van diensten omvatten:
- a) in voorkomend geval gebruik van elektrische voedingsinstallaties ten behoeve van de tractie;
 - b) installaties voor brandstofbevoorrading;
 - c) passagiersstations, de gebouwen en andere voorzieningen daarvan;
 - d) vrachtterminals;
 - e) rangeerstations;
 - f) vormingsstations;
 - g) remisestations;
 - h) onderhouds- en andere technische infrastructuur.

(...)

Voorts worden in artikel 67, derde en vierde lid Sw nog twee andere categorieën van BDV's genoemd, waarvoor wordt verwezen naar de onderdelen 3 en 4 van Annex II. Daarin zijn de zogenoemde aanvullende diensten respectievelijk de ondersteunende diensten beschreven. Het gaat om de volgende diensten (hierna: categorie 3- respectievelijk 4-diensten):

Annex II, onderdelen 3 en 4 van Richtlijn 2001/14/EG

(...)

3. De aanvullende diensten kunnen omvatten:
- a) tractiestroom;
 - b) voorverwarmen van passagierstreinen;
 - c) levering van brandstof, rangeren en alle andere diensten die bij de bovengenoemde voorzieningen worden verstrekt;
 - d) speciaal opgestelde overeenkomsten voor:
 - de controle op het vervoer van gevaarlijke stoffen;
 - ondersteuning bij het laten rijden van speciale treinen.



4. Ondersteunende diensten kunnen omvatten:
- a) toegang tot het telecommunicatienetwerk;
 - b) levering van aanvullende informatie;
 - c) technische keuring van het rollend materieel

Deze ruime omschrijvingen zijn niet nader gespecificeerd of verbijzonderd voor de Nederlandse situatie. Op grond van artikel 67, eerste lid Sw kunnen diensten of voorzieningen die voor het verrichten van vervoer per spoor noodzakelijk zijn wel als zodanig worden aangewezen bij Algemene Maatregel van Bestuur (AMvB). Van deze mogelijkheid heeft de wetgever vooralsnog geen gebruik gemaakt. Hoewel naar aanleiding van de evaluatie van de Sw in 2009 in het Kabinetsstandpunt naar aanleiding van het rapport “Spoor in beweging” te dien aanzien een belofte aan de Tweede Kamer werd gedaan, werd het ontwikkelen van deze AMvB stilgezet met het oog op Europese ontwikkelingen op dit terrein⁶, met name het voorstel voor Richtlijn 2012/34/EU (hierna ook herschikkingsrichtlijn of Recast genoemd).⁷ Deze is inmiddels in werking getreden maar dient nog geïmplementeerd te worden. BDV's worden zodoende niet specifiek gedefinieerd dan door Annex II van Richtlijn 2001/14/EG.

2.2.2 Recht op toegang tot bijkomende diensten en voorzieningen

Artikel 67 Sw heeft een gelaagde structuur waardoor onderscheid wordt gemaakt in de verschillende categorieën BDV's, de situatie waarin toegang moet worden verleend en de wijze waarop dat moet geschieden. Ten eerste maakt deze bepaling onderscheid tussen de rechthebbenden⁸ op die voorzieningen: naar gelang hun marktpositie sterker is, is ook de intensiteit van de regulering sterker. Een en ander wordt gereflecteerd in de volgende passage uit artikel 67 Sw:“(…) *indien onder marktvoorwaarden op een voor [de toegang vragende spoorwegonderneming] haalbare andere wijze kan [worden] voorzien in de behoefte die ten grondslag ligt aan haar verzoek.*” Met andere woorden, als er een markttechnisch “haalbaar alternatief” is voor een bepaalde voorziening, dan hoeft geen toegang te worden verleend. Wanneer echter slechts één rechthebbende de dienst zoals bedoeld in de onderdelen 3 en 4 van Annex II kan aanbieden, mag toegang niet geweigerd worden. Schematisch zien de verschillende toegangsverplichtingen er als volgt uit:

⁶ In verband met de destijds bij de Europese Commissie al gevorderde plannen om met een herschikking van een drietal Europese spoorrichtlijnen te komen, heeft de wetgever vooralsnog van het opstellen van een AMvB afgezien. Zie: Tweede Kamer, vergaderjaar 2010-2011, 31 987, nr. 9 (bijlage, onder 1.8).

⁷ Het betreft een herschikking van, onder meer, Richtlijnen 1991/440/EEG en 2001/14/EG, die reeds waren geïmplementeerd in de Sw.

⁸ Volgens artikel 1 Sw is een *rechthebbende*: een eigenaar, bezitter, of degene die een recht van erfpacht, opstal, vruchtgebruik, gebruik, huur of pacht ten aanzien van de voorziening heeft.



Bestaat een verplichting tot aanbieding van BDV's op grond van Richtlijn 2001/14/EG en de huidige Spoorwegwet?				
Categorieën uit Annex II van Richtlijn 2001/14/EG	Verplichting op grond van Richtlijn 2001/14/EG?		Verplichting op grond van de Spoorwegwet?	
	Rechthebbende is Infrabeheerder	Rechthebbende is andere leverancier	Rechthebbende is Infrabeheerder	Rechthebbende is andere leverancier
2a. toegang tot voorzieningen	Ja	Ja (o.b.v. analogie)	Ja, tenzij reëel alternatief	Ja, tenzij reëel alternatief
2b. verlening van diensten	Ja	Ja, tenzij reëel alternatief	Ja	Ja
3. verlening van aanvullen de diensten	Ja, indien hij deze aanbiedt	Geen verplichting	Ja	Alleen i.g.v. één rechthebbende: ja
4. verlening van ondersteunende diensten	Geen verplichting	Geen verplichting (o.b.v. analogie)	Alleen i.g.v. één rechthebbende: ja	Alleen i.g.v. één rechthebbende: ja

2.2.3 Voorwaarden voor toegang tot bijkomende diensten en voorzieningen

Voor de in artikel 67, eerste lid Sw genoemde diensten of voorzieningen, categorie 2-diensten, gelden de zwaarste verplichtingen voor de rechthebbende daarvan.⁹ Desgevraagd dient hij een *redelijk aanbod* te doen aan iedere spoorwegonderneming die toegang tot de betreffende dienst of voorziening verzoekt. Het aanbod dient te geschieden *tegen kostengeoriënteerde tarieven* en *onder voorwaarden die de mededinging niet beperken*. Artikel 68 Sw voorziet in de mogelijkheid bij AMvB regels te stellen over de kostenoriëntatie van deze tarieven. Van deze bevoegdheid heeft de wetgever vooralsnog geen gebruik gemaakt.

De aanbieder dient zich voorts op grond van artikel 67, tweede lid Sw te onthouden van iedere vorm van discriminatie. Tot slot kan het ter beschikking stellen van een dienst ingevolge artikel 67, derde lid Sw slechts worden geweigerd indien onder marktvoorwaarden op een voor die spoorwegonderneming haalbare andere wijze in de desbetreffende behoefte kan worden voorzien.

⁹ Aan de aanvullende en ondersteunende diensten zijn in de Annex II zelf minder strikte toegangseisen verbonden dan aan de categorie 2-diensten. Door de wijze van implementatie in artikel 67 Spoorwegwet is het belang van dit onderscheid voor de Nederlandse spoorpraktijk soms slechts beperkt.



Wanneer er meerdere aanbieders van een BDV zijn die bovendien geen beheerder zijn, is van belang of een BDV tot onderdeel 2 of tot onderdeel 3 of 4 van Annex II behoort. Als de leverancier van een BDV namelijk de beheerder is van het spoorweginfrastructuur (zoals ProRail BV) of als hij de enige leverancier van een BDV is, dan worden categorie 3- en 4-diensten onder Nederlands recht op (nagenoeg) dezelfde wijze geregeld als categorie 2-diensten en gelden dus de zwaardere toegangsverplichtingen. Schematisch gezien gelden de volgende voorwaarden:

Onder welke voorwaarden moeten BDV's op grond van Richtlijn 2001/14/EG en de huidige Spoorwegwet worden aangeboden?				
Categorieën uit bijlage 2 van Richtlijn 2001/14/EG	Voorwaarden op grond van Richtlijn 2001/14/EG		Voorwaarden op grond van de Spoorwegwet	
	<i>Rechthebbende is Infrabeheerder</i>	<i>Rechthebbende is andere leverancier</i>	<i>Rechthebbende is Infrabeheerder</i>	<i>Rechthebbende is andere leverancier</i>
<i>2a. toegang tot voorzieningen</i>	- Tarieven houden rekening met concurrentiepositie spoorwegen - Non-discriminatoire - Recht op toegang tenzij...	-- Tarieven houden rekening met concurrentiepositie spoorwegen - Non-discriminatoire - Recht op toegang tenzij...	- Redelijk aanbod - Tarieven zijn kostengeoriënteerd - Voorwaarden mogen mededinging niet beperken - Non-discriminatoire	- Redelijk aanbod - Tarieven zijn kostengeoriënteerd - Voorwaarden mogen mededinging niet beperken - Non-discriminatoire
<i>2b. verlening van diensten</i>	- Tarieven houden rekening met concurrentiepositie spoorwegen - Non-discriminatoire - Recht op toegang tenzij...	- Tarieven houden rekening met concurrentiepositie spoorwegen - Non-discriminatoire - Recht op toegang tenzij...	- Redelijk aanbod - Tarieven zijn kostengeoriënteerd - Voorwaarden mogen mededinging niet beperken - Non-discriminatoire	- Redelijk aanbod - Tarieven zijn kostengeoriënteerd - Voorwaarden mogen mededinging niet beperken - Non-discriminatoire
<i>3. verlening van aanvullende diensten</i>	- Leveringsplicht - Tarieven zijn gerelateerd aan kosten op basis van het werkelijke gebruiksniveau	Indien één leverancier: - Leveringsplicht - Tarieven zijn gerelateerd aan kosten op basis van het werkelijke gebruiksniveau Indien meerdere leveranciers: geen voorwaarden	- Redelijk aanbod - Tarieven zijn kostengeoriënteerd - Voorwaarden mogen mededinging niet beperken - Non-discriminatoire	Indien meerdere aanbieders: geen voorwaarden voorgeschreven Indien één aanbieder, zie onder 2a en 2b



4. verlening van ondersteunende diensten	- Leveringsplicht - Tarieven zijn gerelateerd aan kosten op basis van het werkelijke gebruiksniveau	Indien één leverancier: - Leveringsplicht - Tarieven zijn gerelateerd aan kosten op basis van het werkelijke gebruiksniveau Indien meerdere leveranciers: geen voorwaarden	- Redelijk aanbod - Kostengeoriënteerde tarieven - Voorwaarden mogen mededinging niet beperken - Non-discriminatoir	Indien meerdere aanbieders: geen voorwaarden voorgeschreven Indien één aanbieder, zie onder 2a en 2b
--	--	---	--	---

2.2.4 Actuele ontwikkelingen rond de Spoorwegwet c.a.

Op 15 december 2012 is de herschikkingsrichtlijn in werking getreden. Daarin is bepaald dat de lidstaten uiterlijk 16 juni 2015 aan de bepalingen van deze richtlijn dienen te voldoen. De huidige Sw zal als gevolg van de nog aan te nemen Nederlandse implementatiewetgeving in elk geval ook op het punt van de toegang tot BDV's¹⁰ moeten worden gewijzigd.

De herschikkingsrichtlijn bevat scherpere eisen over de bij toegang te hanteren voorwaarden. Het betreft in de eerste plaats de verplichting tot verhuur van voorzieningen die door de rechthebbende meer dan twee jaar niet worden gebruikt.¹¹ In de tweede plaats dient de exploitant bij weigering tot het ter beschikking stellen van een dienst of voorziening aan te geven welke levensvatbare alternatieven er zijn.¹² In de derde plaats is organisatorische en boekhoudkundige scheiding voorzien wanneer de aanbieder een machtspositie heeft op de markt waarvoor de voorziening wordt gebruikt. Dit ter waarborging van transparantie en niet-discriminerende toegang.¹³ Daarnaast wijzigt de herschikkingsrichtlijn ook Annex II.¹⁴ In welke mate de reeds bestaande voorwaarden in Nederlandse wet- en/of regelgeving zullen worden verscherpt, zal afhangen van het resultaat van de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel, dat mogelijk rond medio 2014 leidt tot een wijziging van de Sw.

Daarnaast speelt het zogenoemde Vierde Spoorpakket, dat de Europese Commissie begin 2013 heeft bekendgemaakt,¹⁵ mogelijk een rol in toekomstige wijzigingen ten aanzien van het beleid met betrekking tot BDV's. Het Vierde Spoorpakket bevat onder meer voorstellen van de Commissie tot het regelen van non-discriminatoire integrale informatie- en ticketsystemen. Hierbij moet wel worden bedacht dat dit pakket de beleidsmatige basis vormt voor nadere voorstellen tot wijziging van bestaande spoorregelgeving, zodat daarvan op nationaal niveau van de lidstaten niet al op korte termijn effect valt te verwachten.

¹⁰ BDV's zullen in de nieuwe terminologie: "toegang tot dienstvoorzieningen en de verlening van diensten" "TDVLD's" worden. Voor de leesbaarheid zal in deze marktscan de afkorting BDV's gehandhaafd blijven.

¹¹ Artikel 13, zesde lid Recast; het betreft diensten en voorzieningen zoals bedoeld in onderdeel 2 van Annex II.

¹² Artikel 13, vierde lid Recast; het betreft diensten en voorzieningen zoals bedoeld in onderdeel 2 van Annex II.

¹³ Artikel 13, derde lid Recast; het betreft enkele diensten en voorzieningen zoals bedoeld in onderdeel 2 van Annex II.

¹⁴ Annex 2 van de Recast vervangt Annex 2 bij Richtlijn 2001/14/EG en kent een (iets) uitgebreidere lijst van BDV's (TDVLD's). Bijlage 2 bij de Recast is opgenomen als bijlage (nummer) bij dit document.

¹⁵ [http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/kallas/headlines/news/2013/01/doc/com\(2013\)-28_en.pdf](http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/kallas/headlines/news/2013/01/doc/com(2013)-28_en.pdf) en [http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/kallas/headlines/news/2013/01/doc/com\(2013\)-29_en.pdf](http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/kallas/headlines/news/2013/01/doc/com(2013)-29_en.pdf).



Op een enkel onderdeel, namelijk de regulering van TLS, wordt ook wetgeving voorbereid op dit moment.

2.2.5 Handhavingsbevoegdheden ACM op basis van de Spoorwegwet

ACM heeft op grond van de artikelen 70 en 71 Sw de bevoegdheid om ambtshalve respectievelijk op basis van een verzoek¹⁶ van onder meer spoorwegondernemingen de naleving van in de Sw geregelde verplichtingen te handhaven. Het betreft onder meer de regels met betrekking tot de toegang en toegangvoorwaarden met betrekking tot de BDV's.

ACM kan op basis van artikel 76 Sw naleving afdwingen van de in artikel 70 Sw genoemde normen, waaronder de artikelen 67 en 68 Sw, door middel van het opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom. De procedure van artikel 71 Sw betreft een zogenoemde geschilregeling. Op basis van een aanvraag van een marktpartij of een andere belanghebbende, waaronder spoorwegondernemingen, kan ACM beoordelen of een rechthebbende ten aanzien van een BDV in de zin van artikel 67 Sw zich schuldig heeft gemaakt aan discriminatie, onredelijke behandeling of de aanvrager (de klagende partij) anderszins benadeeld heeft. ACM gaat er steeds van uit dat, indien één of meer van de normen genoemd in artikel 70 Sw door beklagde partij is geschonden, er sprake is van onredelijke behandeling. Anders dan ingeval van een ambtshalve onderzoek op grond van artikel 70 Sw kan ACM in dit geval alleen een last onder dwangsom opleggen.

Na inwerkingtreding van het wetsvoorstel tot onder meer stroomlijning van het door ACM te houden markttoezicht, kan ACM in geval van overtreding van de artikelen 70 en 71 Sw ook een bindende aanwijzing geven.¹⁷

2.2.6 Andere handhavingsmogelijkheden

Het uitblijven van een AMvB ingevolge artikel 67 Sw zorgt er enerzijds voor dat diensten en voorzieningen die wel noodzakelijk zijn voor het verrichten van vervoer, thans niet vallen onder de reikwijdte van dat artikel. Anderzijds is niet altijd evident of een dienst of voorziening binnen Annex II (de enige specificatie van een BDV) kan worden begrepen. Dit leidt ertoe dat naast een uiteenzetting van de bevoegdheden die ACM heeft op grond van de Sw, ook artikel 24 Mededingingswet (Mw) in deze *quickscan* aan de orde dient te komen.

Artikel 24 Mededingingswet

Artikel 24 Mw bevat het verbod op misbruik van economische machtspositie. Indien concurrenten toegang tot voorzieningen willen verkrijgen die in het bezit zijn van een concurrerende onderneming met een dominante positie, dan spelen enkele bekende vormen van misbruik mogelijk een rol. De eerste hier relevante vorm van misbruik is het weigeren van toegang tot een essential facility aan concurrenten. Essential facilities zijn, kortweg, voorzieningen van dominante marktspelers die absoluut noodzakelijk zijn voor concurrenten om hun producten op de markt te kunnen brengen van een product. Twee verdere relevante misbruikvormen zijn het verbinden van onbillijke tarieven en handelsvoorwaarden aan levering; vaak gaan deze drie misbruikvormen met elkaar gepaard. Zo kan een onderneming met een machtspositie zich weliswaar niet schuldig maken aan weigering van toegang, maar daaraan dusdanig hoge eisen of tarieven verbinden dat dit voor concurrenten neerkomt op een weigering.

¹⁶ Het betreft een aanvraag in de zin van artikel 1:3, derde lid van de Algemene wet bestuursrecht.

¹⁷ Tweede Kamer, 2012-2013, 33 622, nr. 2, p. 7.



Vervolgprobleem is dan dat een onderneming met een machtspositie tarieven en voorwaarden stelt die weliswaar niet zodanig prohibitief zijn dat deze neerkomen op een toegangswijgering, maar wel zodanig zijn vastgesteld dat de dominante speler steeds een concurrentievoordeel geniet op de concurrerende toegangsvragers. Duidelijkste voorbeeld is het hanteren van discriminerende tarieven, ook wel aangeduid als een 'discriminatory margin squeeze': het vragen van zeer hoge prijzen aan zowel een eigen dochteronderneming als aan concurrerende toegangsvragers.

Op zich biedt een beroep op artikel 24 Mw afdoende remedie in geval het gaat om het eenmalig verkrijgen van toegang tot levering van een dienst of voorziening, of toegang tot een dienst of voorziening waarvan de kenmerken niet al te zeer zullen wijzigen gedurende een periode waarin toegang moet worden verschaft. Ook in het geval dat de toegangsvoorwaarden geruime tijd stabiel kunnen blijven.¹⁸ Bij dit soort verplichtingen is in het algemeen minder sprake van vervolgproblemen met tarifiering en voorwaarden: de dienst of voorziening evolueert niet.

In de spoorsector waar het gaat om de dienstverlening van NS en TLS aan regionale vervoerders biedt artikel 24 Mw echter onvoldoende bescherming. Dit is mede gelegen in de omstandigheid dat concurrenten de toegang tot levering van een dienst of voorziening nodig hebben om hun product op te markt te kunnen brengen, dat dit niet eenmalig is en dat daarnaast om een groot aantal diensten en voorzieningen gaat. Voor nadere toelichting wordt verwezen naar bijlage 2.

Onverminderd het bovenstaande heeft ACM de bevoegdheid om ambtshalve dan wel op basis van een klacht op de naleving van het in artikel 24 Mw geregelde misbruikverbod toe te zien. Naleving kan afgedwongen worden door het opleggen van een last onder dwangsom, het opleggen van een boete of het geven van een bindende aanwijzing. Het gaat hier om ex post-maatregelen.

De concessie-hoofdrailnet

Naast de Sw en de Mw is ook te wijzen op handhaving van toegang tot diensten en voorzieningen die met name zijn genoemd in de concessie-hoofdrailnet (HRN-concessie). Het betreft verplichtingen voor NS om aan concurrenten voorzieningen en diensten aan te bieden. Handhaving van de nakoming van verplichtingen die in deze concessie zijn opgenomen is een taak van de gunnende instantie; in het geval van NS is dat de Minister van IenM. Het is ACM thans niet bekend of de minister deze verplichtingen in het verleden heeft afgedwongen.

In bijlage 3 worden de betreffende artikelen nader beschouwd.

2.3 Economisch kader

2.3.1 Overzicht

Hieronder wordt het economisch kader toegelicht waaraan de geconstateerde problemen worden getoetst. Problemen ten aanzien van beperking van de mededinging en de daaruit voortvloeiende effecten zijn vaak gerelateerd aan het bestaan van marktmacht. Allereerst zal daarom kort worden toegelicht wat wordt verstaan onder marktmacht. Daarna volgt een korte uiteenzetting van potentiële mededingingsproblemen die zich kunnen voordoen in netwerksectoren. Tevens wordt kort stil gestaan bij de relevante kenmerken van een voormalig monopolioïde markt. Tot slot zal een beoordelingskader worden gegeven voor het oplossen van de vraag welk type regulering passend is voor het oplossen van de economische problemen in netwerksectoren zoals de spoormarkt.

¹⁸ Bekende toepassingsgevallen zijn de zaken Magill, Microsoft, waar (een deel van) de remedie tegen toegangswijgering was gelegen in het ter beschikking stellen van omroepgegevens onder voorwaarden die ook aan anderen worden gesteld, respectievelijk het vrijgeven van een broncode van software.



2.3.2 Marktmacht

In de literatuur¹⁹ wordt marktmacht aangeduid als de mogelijkheid van een onderneming om boven de competitieve marktprijs (marginale kosten) te prijzen. Over het algemeen leidt marktmacht pas tot (mededingings-)problemen wanneer sprake is van een 'voldoende grote' hoeveelheid marktmacht, zodat een onderneming zich onafhankelijk van afnemers en concurrenten kan gedragen. Indien daarvan sprake is heeft de onderneming een economische machtspositie ofwel een positie van aanmerkelijke marktmacht.²⁰ De bepaling van de mate van marktmacht geschiedt doorgaans op basis van verschillende elementen van de marktstructuur, zoals marktaandelen, controle over moeilijk te repliceren faciliteiten, verticale integratie en schaal- en breedtevoordelen. Daarnaast wordt ook de huidige concurrentie en potentiële concurrentie in ogenschouw genomen, waarbij het bestaan van economische en juridische toetredingsbarrières een belangrijke rol speelt. Zijn er bijvoorbeeld overstapdrempels waardoor afnemers niet kunnen switchen naar een alternatieve aanbieder, of zijn er bijvoorbeeld drempels die toetreding van alternatieve aanbieders in de markt belemmeren of ernstig bemoeilijken?

In markten die een monopoliestructuur hadden als gevolg van exclusieve of bijzondere rechten van (overheids-)bedrijven en waarin door liberalisering marktwerking is of wordt geïntroduceerd, is het belangrijk om deze historische context in ogenschouw te nemen bij de analyse van marktmacht. In een normale, concurrerende markt kan een onderneming door beter, efficiënter of slimmer te zijn dan haar concurrenten uiteindelijk een economische machtspositie opbouwen. Deze positie is dan het resultaat van het concurrentieproces waarin die onderneming betere prestaties levert. In markten die voorheen gekenmerkt werden door overheidsmonopolies en waarin marktwerking wordt geïntroduceerd heeft de voormalige monopolist²¹ veelal nog een economische machtspositie. Die positie is echter niet het gevolg van het beter, slimmer of efficiënter opereren door de onderneming zelf, maar het gevolg van vroegere exclusieve of bijzondere rechten. Overheidsbeleid in deze markten is er doorgaans juist op gericht om daar waar mogelijk de dienstverlening beter en efficiënter te maken door omstandigheden te creëren waarin gezonde marktwerking kan ontstaan. In de markt voor personenvervoer per spoor is dit het oogmerk van de Europese en Nederlandse wetgever geweest.²²

2.3.3 Marktmacht in netwerksectoren

Netwerksectoren worden gekenmerkt door infrastructures 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. Dit maakt dat de mogelijkheden voor concurrentie op deze faciliteiten beperkt zijn. In andere delen van de sector daarentegen (zoals bijvoorbeeld productie of levering van diensten) kunnen de mogelijkheden voor concurrentie groter zijn.

In markten die deels zijn geliberaliseerd heeft de voormalig monopolist vaak nog een zeer groot marktaandeel en meer dan eens de controle over faciliteiten die moeilijk te repliceren zijn, maar desondanks wel benodigd zijn om diensten te kunnen aanbieden. Voorbeeld hiervan in de postmarkt

¹⁹ *Competition Policy*, Massimo Motta, p. 115.

²⁰ In mededingingsbeleid wordt gesproken over economische machtspositie terwijl in sector specifieke regulering in bijvoorbeeld zorg of telecommunicatie de term aanmerkelijke marktmacht wordt gebruikt. In economische zin wordt hiermee hetzelfde bedoeld.

²¹ Met de term 'voormalig monopolist' verwijst ACM in deze marktscan naar een voormalige monopoliesituatie in een downstream markt; dit sluit niet uit dat de voormalig monopolist (nog steeds) het monopolie heeft in een upstream markt over inputfactoren of faciliteiten.

²² Richtlijnen 1991/440/EEG en 2001/14/EG.



zijn brievenbussen met een postbusnummer, in de telecommunicatiemarkt is te denken aan antenne-opstelpunten voor radiotransmissie en collocatie-ruimten en in de spoormarkt is te denken aan stations en reisinformatie.

Een onderneming die als enige beschikt of de controle heeft over een faciliteit (bijvoorbeeld een netwerk, een product of een dienst) die essentieel is voor het aanbieden van diensten beschikt al snel over een economische machtspositie indien deze faciliteit moeilijk te repliceren is. Dit kan zo zijn vanwege wettelijke, technische of economische belemmeringen. Een economische belemmering kan bijvoorbeeld ontstaan indien de kosten voor replicatie dusdanig hoog zijn dat replicatie niet rendabel is, bijvoorbeeld vanwege de eerder genoemde economische kenmerken van netwerksectoren (hoge verzonken kosten, schaal- en synergievoordelen en netwerkexternaliteiten) of door ongelijke juridische condities voor verschillende spelers (zoals bijvoorbeeld de afwijkende concessie-termijnen voor hoofdrailnet en regionale spoornetten). Een wettelijke belemmering kan bijvoorbeeld ontstaan indien wettelijk slechts één voorziening verplicht is gesteld.

Deze situaties komen vaak voor in netwerksectoren, met name als in deze sectoren in het verleden staatsmonopolies aanwezig waren zoals bij telecommunicatie, post, spoor, luchtvaart en energie. In veel gevallen is daarbij de aanleg van de infrastructuur in het verleden gefinancierd uit publieke middelen en heeft deze voormalige monopolist relatief goedkoop (de onderneming heeft bijvoorbeeld activa kunnen afschrijven in een periode waarin zij wettelijke bescherming genoot) de beschikking over een belangrijke faciliteit, of heeft deze als eerste toegang gekregen tot schaarse locaties (bijvoorbeeld havens). Een ander kenmerk van netwerksectoren is een hoge mate van samenwerking en noodzaak van coördinatie tussen verschillende partijen die onderdeel uitmaken van het technische systeem. Denk daarbij bijvoorbeeld aan technische standaarden, systemen voor capaciteitsverdeling, interoperabiliteit, uitwisselbaarheid van apparatuur, interconnectie van verbindingen. Dit kenmerk maakt dat toetreding tot een netwerksector complex is en gepaard gaat met hoge transactiekosten. Indien zittende partijen in belangrijke mate zeggenschap hebben over de delen van het technische systeem plaatst dat de zittende partij(en) ook in de positie om toetreding van nieuwe partijen te bemoeilijken door oncoöperatief gedrag.

2.3.4 Potentiële gedragingen die een gelijk speelveld belemmeren

Het eigendom van niet of moeilijk te repliceren faciliteiten kan op verschillende manieren mededingingsbeperkend worden ingezet door de onderneming die over deze faciliteit beschikt. In algemene zin kunnen mededingingsbeperkende gedragingen grofweg worden onderscheiden in uitsluitings- en uitbuitingsgedrag; combinaties zijn ook mogelijk.

In het geval van uitsluiting versterkt de onderneming haar eigen positie verder door die van haar concurrenten op een oneigenlijke manier te verzwakken of toetreding te bemoeilijken. Hierbij kan gedacht worden aan exclusieve afname en voorwaardelijke kortingen, bundeling en koppelverkoop, rooiprijzen, leveringsweigering en marge-uitholling. Met name in het geval waarin een onderneming de beschikking heeft over een moeilijk repliceerbare faciliteit die essentieel is om diensten op de markt aan te bieden en deze onderneming zelf ook diensten aanbiedt op die markt kunnen prikkels tot het uitsluiten van concurrenten ontstaan.

In het geval van uitbuiting gebruikt de onderneming zijn economische machtspositie om voordelen te behalen die hij in normale marktomstandigheden niet blijvend zou kunnen behalen. Voorbeelden hiervan zijn het opleggen van onbillijke prijzen of andere onbillijke voorwaarden. Het gevolg van deze gedragingen voor consumenten is dat door een gebrek aan effectieve concurrentie prijzen te hoog worden en/of kwaliteit te laag. Lage kwaliteit wordt niet alleen weerspiegeld in de kwaliteit van het geleverde product zelf, maar bijvoorbeeld ook in de breedte van het aanbod van producten of



diensten dat beperkter is in vergelijking met de competitieve situatie. De prikkel voor uitbuitingsgedrag ligt in het verhogen van de winstgevendheid ten koste van de afnemers en consumenten.

Het is moeilijk om in algemene zin de effecten van de genoemde gedragingen te beschrijven. Die zijn in grote mate afhankelijk van de beoordeling van de concrete marktsituatie. Op de markt voor personenvervoer over het spoor is sprake van concurrentie om de markt. Door middel van periodieke concessies die, in ieder geval voor de regionale concessies, in concurrentie worden aanbesteed door overheden wordt aan vervoerders een tijdelijk alleenrecht gegund. Concurrentie tussen NS en de andere vervoerders over het spoor vindt plaats op het moment van aanbesteding. Daar waar de NS beschikt over faciliteiten die voor de alternatieve spoorvervoerders essentieel zijn bij het doen van een concurrerende bieding conform de aanbestedingseisen heeft de NS de mogelijkheid om de kosten en de kwaliteitsniveau van haar concurrenten te beïnvloeden. Het feit dat concessies voor een langere periode worden gegund maakt het belang van zekerheid vooraf over de prijzen voor gebruik van deze faciliteiten alleen maar groter. Verkeerde inschattingen of onverwachte verhogingen bepalen immers de winstgevendheid over langere termijn. Het bestaan van onzekerheid zou dan ook toetreding tot de markt kunnen belemmeren.

2.3.5 Mededingingsproblemen en bijhorende remedies

De hierboven genoemde mededingingsproblemen zijn op diverse manieren op te lossen, waarbij de zwaarte van de ingreep bijvoorbeeld afhangt van de kans dat de gedraging zich voordoet en het potentiële gevolg van de gedraging. Hieronder volgt een (niet uitputtende) opsomming van gedragingen die zich zouden kunnen voordoen in een netwerksector en mogelijke verplichtingen om deze gedragingen op te lossen. De potentiële mededingingsproblemen zijn te onderscheiden in problemen gerelateerd aan toegang en problemen gerelateerd aan prijs.

Onder toeganggerelateerde problemen wordt onder andere verstaan:

- leveringsweigering/toegangswegering;
- discriminatoir gebruik of achterhouding van informatie;
- oneigenlijk gebruik van informatie ten aanzien van concurrenten;
- vertragingstactieken;
- onbillijke voorwaarden;
- kwaliteitsdiscriminatie;
- strategisch productontwerp;
- koppelverkoop.

Onder prijsgerelateerde problemen wordt onder andere verstaan:

- prijsdiscriminatie;
- roofprijzen;
- buitensporig hoge prijzen;
- marge-uitholling, met of zonder discriminatie.

Om te beoordelen of het noodzakelijk is om *ex ante*-verplichtingen op te leggen ter voorkoming van het optreden van genoemde mededingingsproblemen moet een analyse worden gemaakt van de *prikkel* die een onderneming kan hebben om over te gaan tot de gestelde gedraging, de *mogelijkheid* of gelegenheid die een onderneming daartoe heeft en wat het *potentiële effect* is van deze gedraging. Aan de hand van deze drie elementen kan vervolgens worden bepaald of een potentieel mededingingsprobleem dient te worden geredimeerd en welke verplichting daarbij passend en



proportioneel is. Hierbij is het uitgangspunt dat in principe voor de lichtste maatregel die het probleem oplost, moet worden gekozen.

2.3.6 *Ex ante- of ex post-regulering: ex ante voor het scheppen van een gelijk speelveld*

De hierboven beschreven mededingingsproblemen kunnen in principe worden geadresseerd met *ex post-* en *ex ante-*instrumenten. Zoals hierboven kort toegelicht, is in markten die voorheen monopolistisch van structuur waren al vaak sectorspecifiek *ex ante-*toezicht tot stand gebracht. In die gevallen hanteert ACM het uitgangspunt dat daar waar sectorspecifiek markttoezicht (door ACM) bestaat en kan worden aangewend om het potentiële mededingingsprobleem aan te pakken, dit bij 'gelijke doeltreffendheid' in het algemeen voorrang heeft boven toepassing van de Mw. Sectorspecifiek markttoezicht is vaak met dat doel vormgegeven en is daarnaast op een eenvoudigere manier in te zetten. De toepassing wordt voorgeschreven door de bepalingen in de wet en in de verdere analyse zal dan ook in eerste instantie de aandacht worden gericht op de vraag welke *ex ante-*maatregelen de potentiële mededingingsproblemen kunnen remediëren.

Het introduceren van regelgeving gericht op *ex ante-*bevoegdheden in geliberaliseerde (netwerk)sectoren heeft nog een andere reden: voor het creëren van een gelijk speelveld is veelal langdurig toezicht nodig. Gedragingen kunnen zich immers steeds weer voordoen, bijvoorbeeld doordat de marktmacht van de voormalig monopolist (als gevolg van controle die hij heeft over (een deel van) alle voorzieningen) blijft voortbestaan, net als de prikkel tot mededingingsbeperkend gedrag. De Mw ziet niet op dit benodigde, langdurig toezicht.

Op basis van de Mw is hiernaast in beginsel alleen *ex post-*toezicht mogelijk: pas als zich een overtreding heeft voorgedaan kan worden ingegrepen. In netwerksectoren zoals de spoormarkt is ingrijpen achteraf vaak onwenselijk omdat toetredende partijen op deze manier mogelijk voortdurend "voor verrassingen komen te staan" nadat zij zijn toegetreden. Dit maakt een investeringsbeslissing om wel of niet toe te treden tot de markt zeer moeilijk. Juist in markten waarin sprake is van subsidiëring, zoals bij openbaar vervoer het geval is, kunnen zowel toetreders als subsidiegevers hierdoor voor voortdurende, niet-ingecalculeerde verrassingen komen te staan, die hun verdien- en bekostigingsmodel aantasten. Het is, met andere woorden, lastig om "in de markt te blijven".

Bij overtreding van de Mw kan onwenselijk gedrag worden beboet, kan een bindende aanwijzing worden gegeven of een last onder dwangsom worden opgelegd. Deze middelen zijn weliswaar min of meer sturend van karakter, maar ook aan tijdslimieten gebonden. Het onwenselijke gedrag en de prikkel daartoe kunnen daarentegen voortduren. In gevallen waar toezicht voortdurend nodig zou zijn, is het in de praktijk efficiënter om een bepaalde voorziening volledig van de voormalig monopolist af te splitsen en onder te brengen in een losse entiteit of bij een partij die geen prikkels heeft tot mededingingsbeperkend gedrag.

Een derde probleem waarvan de aanpak via de Mw tekort schiet, is de toegang van toetredende partijen tot informatie van de monopolist die noodzakelijk is voor hun bedrijfsvoering. Dit kan wel het geval zijn (denk aan broncode Microsoft), maar vaak is het zo dat een overtreding pas kan worden geconstateerd nadat deze informatie is verschaft. Dit kip-ei-dilemma kan in sectorspecifieke regelgeving juist worden doorbroken door informatie- en transparantieverplichtingen te scheppen.

2.3.7 *Passende en proportionele sectorspecifieke ex ante-regulering*

De gedachte achter sectorspecifieke *ex ante-*regelgeving is het creëren van een gelijk speelveld voor alle deelnemers. Het doel is niet om de monopolist op concurrentieachterstand te plaatsen, alhoewel



sectorspecifieke *ex ante*-regelgeving doorgaans wel beperkingen oplegt aan het gedrag van partijen met aanmerkelijke marktmacht.

Dit houdt bijvoorbeeld in dat indien toetreders in staat zijn bepaalde faciliteiten zelf te repliceren er geen noodzaak bestaat om voorwaarden waaronder die faciliteiten door de partij met aanmerkelijke marktmacht worden aangeboden, *ex ante* te reguleren.

Pas als blijkt dat replicatie van faciliteiten van de monopolist feitelijk of economisch niet mogelijk is (of niet zinvol is), moet worden overgegaan tot regulering van toegang tot die faciliteiten. Omdat het vormgeven van *ex ante*-regelgeving ook een prospectieve blik van de regelgever vergt, moet de passendheid en proportionaliteit van maatregelen ook van tijd tot tijd worden herzien. Het kan immers zo zijn dat vormgegeven regelgeving gesignaleerde problemen niet oplost, of andersom, dat toetreders in grotere mate tot zelfvoorziening in staat zijn dan door de regelgever was voorzien.

Om eerdergenoemde potentiële mededingingsproblemen te remediëren en duurzame concurrentie onder gelijke voorwaarden voor alle marktpartijen te bewerkstelligen, zijn de volgende verplichtingen mogelijk: toegangsverplichting, non-discriminatie verplichting, tariefmaatregelen, transparantieplichtingen en verplichtingen tot organisatorische scheiding (gescheiden boekhouding, onderbrengen in separate rechtspersoon, afsplitsing, afstoting). Bij het ontwerp van verplichtingen zoals toegang en tariefmaatregelen is ruimte om invulling te geven aan beleidsdoelstellingen.

- Een toegangsverplichting voorkomt dat alternatieve aanbieders worden uitgesloten van toegang tot een faciliteit die essentieel is voor het aanbieden van concurrerende diensten.
- Om te zorgen dat een verticaal geïntegreerde partij zichzelf niet bevoordeelt ten opzichte van zijn concurrenten die afhankelijk zijn van toegang tot diezelfde faciliteit, is een non-discriminatieverplichting nodig. Tevens voorkomt deze verplichting een ongelijke behandeling van concurrenten onderling.

Een toegangsverplichting is alleen effectief indien de prijs van die toegang het mogelijk maakt voor (efficiënte) aanbieders om te concurreren op de onderliggende markt. Een verticaal geïntegreerde aanbieder van diensten zou immers het tarief voor toegang dusdanig hoog kunnen zetten dat hij daarmee inkomsten verschuift van *retail*-verkopen (aan consument of eindafnemer) naar *wholesale*-verkopen (aan andere ondernemingen/concurrenten). Ook is het mogelijk om het tarief voor toegang nagenoeg gelijk te stellen aan de prijzen op de retailmarkt, waardoor ook efficiënte aanbieders niet langer kunnen concurreren op de retailmarkt. Om inzichtelijk te maken wat exact wordt verstaan onder een dienst zoals toegang, onder welke voorwaarden toegang kan worden verleend, hoe om toegang kan worden verzocht en andere kennis die nodig is om de dienst af te kunnen nemen, is het doorgaans nodig om een transparantieplichting op te leggen.



Hieronder volgt een overzicht van veel voorkomende mededingingsproblemen en de typen verplichtingen die ingezet zouden kunnen worden om die problemen te remediëren.

	Toegang	Non-discriminatie	Transparantie	Tariefregulering
Toegangs/leveringsweigering	x			
Discriminatoir gebruik of achterhouding van informatie	x	x	x	
Vertragingstactieken	x	x	x	
Onbillijke voorwaarden	x		x	
Kwaliteitsdiscriminatie	x	x	x	
Strategisch productontwerp	x		x	
Oneigenlijk gebruik van informatie	x	x		
Koppelverkoop	x		x	
Prijdiscriminatie		x		x
Buitensporig hoge tarieven		x		x
Marge-uitholling		x		x

Bij de keuze voor de meest wenselijke wijze van interventie dient rekening te worden gehouden met de proportionaliteit van de maatregelen ten opzichte van de schade: wanneer de verwachte schade aan de markt hoog is, zijn ingrijpendere maatregelen gerechtvaardigd. Wanneer de verwachte schade beperkt is zou het reguliere mededingingsrecht²³ voldoende interventiemogelijkheden moeten bieden. ACM betreft hierbij ook aanvullende overwegingen zoals de kosten/baten van het toezicht in haar beschouwing.

Een zuiver institutionele oplossing is de meest vergaande oplossing, maar ook de meest grondige om problemen te voorkomen. Deze verdient alleen de voorkeur in geval dat bepaald gedrag, naast de verwachte negatieve economische gevolgen ook aan twee andere kenmerken voldoet. De eerste is waar het potentiële gedrag een voortdurend risico vormt dat (vrijwel letterlijk) voortdurend toezicht zou vergen en dus grote administratieve lasten bij de toezichthouder en/of onder toezicht gestelde zou veroorzaken. Een tweede kenmerk dat afgewogen dient te worden is de situatie waarin de monopolist geen enkel eigen belang meer heeft bij een voorziening, behalve een mededingingsbeperkend belang. Ook in dat geval ligt een zuiver institutionele oplossing meer voor de hand. Beide factoren kunnen zich ook tegelijkertijd voordoen.


²³ Deze rapportage verwijst naar het mededingingsrecht in de zin van artikel 24 Mw, het verbod op misbruik van economische machtspositie, tenzij anders vermeld.



Ook bij institutionele oplossingen zijn meerdere gradaties mogelijk. Van zware naar lichte vorm van interventie zijn zulke oplossingen in de navolgende volgorde te plaatsen:

afstoting eigendom (naar partij buiten concern) > verpachting > verhuur > langdurig gebruiksrecht > organisatorische afsplitsing (binnen concern) individueel > organisatorische afsplitsing (binnen concern) collectief > boekhoudkundige afsplitsing

De hierna volgende beoordelingsmatrix biedt een overzicht van bovenstaande:

Verwachte negatieve economische gevolgen van gedrag*	Geprefereerde oplossing	Uitleg
Hoog  Laag	Zuiver organisatorische oplossing (afstoting eigendom)	Bijvoorbeeld afstoting of afsplitsing van monopolist en belegging bij neutrale partij (marktpartij of overheid)
	Sectorspecifieke regulering met toezicht en handhaving... ... waaronder zwakkere vormen van organisatorische oplossing (bijv. verhuur).	Van zware regulering... <i>(bijv. ex-ante regulering van tarieven en toegangsvoorwaarden, verpachting)</i> ... naar lichte regulering <i>(bijv. ex-post toezicht op normen als transparantie en non-discriminatie, organisatorische splitsing boekhoudkundige splitsing)</i>
	Toezicht op basis van generiek mededingingsrecht	'Defaultmethode': de Mededingingswet is altijd van toepassing
Indien gevolgen onbekend of gedrag op voorhand niet verwacht	Monitoring, plus verplichting tot transparantie en/of verstrekking gegevens aan monitorende autoriteit	Monitoring door onafhankelijke autoriteit kan probleem blootleggen en/of transparant maken: wetgever kan vervolgens norm stellen

* Waarbij geldt: (schade = kans × impact), (kans = prikkel + gelegenheid), (gelegenheid = onaantastbaarheid + feitelijke gelegenheid + verwachte opbrengst)



2.4 Beoordelingskader

Het voorgaande levert het volgende beoordelingskader op waaraan de toegang tot de verschillende diensten en voorzieningen wordt getoetst.

1. Valt de dienst en/of voorziening onder de reikwijdte van artikel 67 Sw?
2. Is het aannemelijk dat er marktmacht bestaat aan de zijde van NS/TLS ten aanzien van de dienst of voorziening?
3. Doet zich volgens regionale vervoerders een probleem voor bij het verkrijgen van toegang tot de dienst of nadat toegang is verkregen (bijvoorbeeld toegangsvoorwaarden of tarieven)?
4. Zo ja: stelt een norm uit de Sw (of andere regelgeving) voorwaarden aan het aanbieden van de desbetreffende dienst of voorziening?

Indien het antwoord op vraag 4 positief is:

5. Zou toepassing van die norm met de huidige handhavingsmogelijkheden van ACM, het probleem blijvend kunnen oplossen?

Indien het antwoord op vraag 4 negatief is:

6. Biedt een sectorspecifieke norm die in de nabije toekomst wordt of moet worden gesteld mogelijk een toereikende oplossing voor het probleem en, zo ja, welke norm?
7. Wat is volgens ACM de vorm van interventie die zou moeten plaatsvinden om het probleem blijvend op te lossen (welke oplossingsrichting is hierbij aangewezen)?



3. Algemene bevindingen

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt uiteengezet welke positie NS en TLS in de markt innemen, wat dit betekent voor de regionale vervoerders als toetreders tot die markt en welke gevolgen dit heeft voor de consument. Meer specifiek zal aan de orde komen welke knelpunten door de regionale vervoerders naar voren zijn gebracht in het kader van dit onderzoek, hoe ACM haar bevoegdheden kan uitoefenen om hiervoor een oplossing te bieden, beperkingen aan die inzet van bevoegdheden en mogelijke verbeteringen. In hoofdstuk 4 worden de individuele knelpunten per dienst of voorziening in meer detail behandeld.

3.2 Bevindingen ten aanzien van de positie van NS en TLS versus de regionale vervoerders in de markt

3.2.1 Concurrentiepositie

NS Reizigers staat als personenvervoerder per spoor in concurrentie met andere spoorvervoerders: alle kunnen meedingen in aanbestedingsprocedures van concessies voor regionaal spoorvervoer. Ook treedt NS in concurrentie met andere spoorvervoerders in die gevallen dat de concessie voor het hoofdrailnet gedeeltelijk de concessie voor regionaal spoorvervoer overlapt. Andersom kunnen regionale vervoerders niet meedingen naar de HRN-concessie.

De Minister van IenM heeft op 18 november 2011 het voornemen geuit om op delen van het hoofdrailnet een aantal stoptreindiensten aan te besteden.²⁴ ACM verwacht daarom dat de omvang van de markt waarop vervoerders met elkaar in directe concurrentie staan, zal toenemen.

3.2.2 Afhankelijkheid

Uit het in het kader van deze *quickscore* uitgevoerde onderzoek blijkt dat in een groot aantal situaties regionale vervoerders volledig afhankelijk zijn van NS voor afname van diensten en voorzieningen ten behoeve van het kunnen aanbieden van vervoer. Dit vloeit voort uit de historische situatie en keuzes die zijn gemaakt ten tijde van de afsplitsing. NS bezit bijvoorbeeld op basis van de afspraken in het kader van Definitie Zeggenschap Infrastructuur exclusieve rechten, zoals een exclusief recht op over- en onderbouw van hoofdspoorweginfrastructuur.²⁵ Dit heeft gevolgen voor de wijze waarop regionale vervoerders van deze infrastructuur gebruik kunnen maken. Daarnaast is in wet- en regelgeving, maar ook in de HRN- en regionale concessies, neergelegd in hoeverre NS diensten moet aanbieden en in hoeverre regionale vervoerders zich tot NS moeten richten voor bepaalde diensten. In veel gevallen kan NS hiervoor de voorwaarden bepalen.

Dat regionale vervoerders een specifieke aanbieder van een dienst moeten aanzoeken is niet in alle gevallen vastgelegd. In die situaties ontbreekt het echter aan alternatieven dan wel aan het benodigde netwerk om in de praktijk feitelijk een keuze te hebben. Dit laatste is het geval voor de OV-chipkaart en de afhankelijkheid daarin van TLS.

Eenzijdige afhankelijkheid

De afhankelijkheid van andere vervoerders van NS is, door de bank genomen, eenzijdig: regionale vervoerders zijn afhankelijk van NS om hun vervoersdiensten te kunnen aanbieden. Deze diensten staan in onderling verband met elkaar: een (wettelijke) verplichting tot afname van NS-kaarten maakt bijvoorbeeld andere diensten ook essentieel om af te nemen, zoals Ticket Vending Machines

²⁴ Brief aan de voorzitter van de Tweede Kamer met kenmerk: IENM/BSK-2011/156468.

²⁵ Zie hiervoor paragraaf 4.2.1.



(TVM's) en agentschappen. Verstoringen in de markten voor diensten kunnen daarom uiteindelijk leiden tot marktverstoringen op de markt voor personenvervoer per spoor.

NS heeft opgemerkt dat zij ook afhankelijk is van de regionale vervoerders. Het is in het belang van de consument dat NS en de regionale vervoerders bij samenloopstations het vervoer afstemmen. Deze afhankelijkheid betreft echter een andere dan die waar de regionale vervoerders zich voor zien gesteld, namelijk de toegang tot een dienst of voorziening die nodig is om vervoer te kunnen leveren.

3.2.3 Mogelijke invloed op concurrentieverhoudingen

ACM heeft in het kader van de overname door NS Reizigers van Reisinformatie ProRail gekeken naar de mogelijkheden die NS zou kunnen hebben om de mededinging te belemmeren. De verwachting was dat NS Reizigers zich anders dan ProRail zou opstellen ten opzichte van haar afnemers, de andere spoorvervoerders. Dit vloeit voort uit de omstandigheid dat NS Reizigers enerzijds beschikt over de concessie voor het hoofdrailnet maar dat zij anderzijds kan meedingen met de aanbesteding van andere concessies voor regionaal spoorvervoer, waar sprake is van concurrentie om het spoor, terwijl bij samenloopbaanvakken bovendien sprake is van concurrentie op het spoor. In een dergelijk geval zal NS Reizigers rechtstreeks concurreren om de reizigers met de houder van de concessie voor het regionale spoorvervoer. Hierdoor zou de mededinging kunnen worden belemmerd.²⁶

Een partij als NS heeft door haar positie in de markt mogelijkheden om de toegang tot diensten en de prijs en kwaliteit van die diensten die zij aan vervoerders levert, in te zetten om de concurrentieverhoudingen tussen haar en de andere spoorvervoerders op een voor haar gunstige wijze te beïnvloeden:

- NS kan toegang tot een dienst weigeren.
- NS kan de prijs van de dienst verhogen: de kosten van vervoerders worden dan verhoogd waardoor zij tijdens aanbestedingen van concessies een minder aantrekkelijk bod dan NS kunnen doen.
- NS kan de kwaliteit van de dienst verlagen: de vervoerders kunnen dan in een aanbestedingsprocedure een kwalitatief minder aantrekkelijk bod doen dan NS.
- Gebruik van bedrijfsvertrouwelijke informatie: als alleen NS bepaalde informatie tot haar beschikking heeft, kan zij deze informatievoorsprong inzetten bij aanbestedingen ten gunste van haar bod.

3.2.4 Conclusie

In algemene zin kan gezegd worden dat NS marktmacht heeft waar het gaat om het verlenen van diensten en voorzieningen die regionale vervoerders nodig hebben om hun diensten in aanbestedingsprocedures aan te bieden en om deze diensten vervolgens te kunnen verlenen aan de consument. De regionale vervoerders zijn hiervoor van NS afhankelijk, net als dat zij dat van TLS zijn met betrekking tot de OV-chipkaart. Het betreft veelal door wet- en regelgeving of op basis van de tekst van (decentrale) concessies verplichte afname van diensten en voorzieningen, ook wanneer alternatieven in theorie wel voorhanden zijn. De afhankelijkheid die de regionale vervoerders ervaren heeft gevolgen voor de wijze waarop zij kunnen toetreden tot de markt voor personenvervoer per spoor. Een marktpartij als NS heeft door haar positie de prikkel om concurrentieverhoudingen op een voor haar gunstige manier te beïnvloeden.

²⁶ Zie: *Besluit NMa inzake voorgenomen concentratie NS Reizigers en Reisinformatie ProRail* d.d. 3 oktober 2012, nr. 7346/49, randnummers 34-35.



3.3 Knelpunten in dienstverlening aan regionale vervoerders

Zoals hierboven aangegeven dienen personenvervoerders per spoor, zowel NS Reizigers als de regionale vervoerders, te beschikken over diensten en voorzieningen om vervoer te kunnen aanbieden. Waar de regionale vervoerders deze moeten afnemen van NS of TLS ervaren zij diverse knelpunten.

Het bestaan van knelpunten wordt, in zijn algemeenheid, niet onderschreven door NS en TLS, onder meer omdat zij aangeven dat al aan oplossingen gewerkt wordt. ACM merkt hierover op dat de knelpunten inherent zijn aan de marktordening en de verschillende rollen daarin. De omstandigheid dat getwist wordt of zich al dan niet knelpunten voordoen, geeft op zichzelf al dat er problemen zijn waar de vervoerders samen niet uitkomen. Deze situatie blijft bestaan zolang oplossingen niet verwezenlijkt zijn. Het onderzoek van ACM in het kader van de *quickscan* ziet dan ook op het signaleren van de knelpunten en bijbehorende mogelijke oplossingsrichtingen. Dit zal moeten leiden tot keuzes en druk op de sector om ook tot uitvoering van oplossingen te komen.

Hieronder wordt weergegeven welke diensten en voorzieningen volgens de regionale vervoerders gepaard gaan met knelpunten en vervolgens welke knelpunten het in algemene zin betreft. In hoofdstuk 4 worden de geïdentificeerde diensten en voorzieningen nader beschouwd.



3.3.1 Overzicht diensten en voorzieningen

	Marktscan 2011	Brief FMN november 2011 en rondetafelbijeenkomst april 2013	Antwoorden vervoerders in het kader van deze marktscan (juli 2013)
a	Medegebruik hoofdrailnet		
b	Toegang tot stations	Toegang tot stations	Toegang tot stations
c	Reisinformatie	Reisinformatie	Reisinformatie
d	Opbrengstenverdeling/Meten in de Trein-methodiek	Opbrengstverdeling/Meten in de Trein-methodiek	Opbrengstverdeling / Meten in de Trein-methodiek
e	NS-vervoersbewijzen regionale treindiensten	Onder de noemer 'gedwongen winkelnering': - Ticket Vending Machines en overige ticketverkoop; - Distributie.	Onder de noemer 'gedwongen winkelnering NS-diensten': • Ticket Vending Machines en overige kaartverkoop; • Agentschappen; • Gegevensverstrekking; • Gegevens van gezamenlijke klanten.
f	Gegevensverstrekking		
g	Agentschappen		
h	Vervoerfaciliteiten NS-personeel		
i		Regie en aandeelhouderschap van OV-bedrijven waaronder NS in facilitaire leveranciers van de OV-sector (o.a. TLS)	Dienstverlening door TLS/de OV-chipkaart
j		Opdrachtverstrekking en aansturing van ProRail voor zover het plannen en studies betreft	Opdrachtverstrekking en aansturing van ProRail voor zover het plannen en studies betreft
k		Afstemming en totstandkoming dienstregeling	Afstemming van de dienstregeling
l		Uniforme indexerings voor reizigerstarieven	Reizigerstarieven

30/84

Uit het schema blijkt dat de knelpunten genoemd in de Marktscan 2011 in grote mate zijn gehandhaafd.



Wijzigingen sinds 2011

Een aantal veranderingen valt op. Allereerst melden vervoerders, bij monde van FMN, knelpunten rondom de dienstverlening van TLS, verantwoordelijk voor het OV-chipkaartsysteem in Nederland.

Voorts wijst FMN op knelpunten rondom 'Opdrachtverstrekking en aansturing van ProRail voor zover het plannen en studies betreft' en 'Afstemming en totstandkoming dienstregeling'. Beide vallen onder verantwoordelijkheid van ProRail, maar zien op de mogelijkheden die NS heeft om haar invloed in dezen uit te oefenen, zonder zich de belangen van de regionale vervoerders aan te trekken.²⁷ Daarnaast ziet dit punt met name op de onderhandelingspositie die NS heeft, zoals ACM reeds in haar Marktscan 2011 heeft geconstateerd. Deze twee onderwerpen worden in het navolgende niet besproken als afzonderlijke dienst of voorziening omdat deze op zichzelf buiten de scope van de *quickscan* vallen.

Tot slot valt op dat regionale vervoerders geen melding meer maken van knelpunten rondom 'Medegebruik hoofdrailnet'.

Verbetering ten opzichte van 2011

Geen van de vier regionale vervoerders heeft aanvullend diensten of voorzieningen naar voren gebracht waar zich knelpunten voordoen. Daarnaast blijkt uit de verkregen informatie een aantal verbeteringen ten aanzien van bestaande knelpunten. In de eerste plaats hebben NS en ProRail samen de brochure 'Samen bouwen aan betere stations' uitgebracht.²⁸ De uitwerking hiervan valt echter in de praktijk tegen.²⁹ In de tweede plaats is de verdeelsystematiek voor het Meten in de Trein (hierna: MidT) deels bevroren en deels niet meer in handen van NS; dit laatste betreft de verdeling van inkomsten uit de Studenten OV-kaart. Tot slot is het onderzoek van de commissie Meijdam naar de mogelijkheden in het kader van de OV-chipkaart volgens de regionale vervoerders ook als positief aan te merken. Dit onderzoek heeft echter vooralsnog niet geleid tot een definitieve oplossing voor problemen met de verdeling van kaartopbrengsten, problemen met het vaststellen van een verdeelsystematiek en het probleem dat hiervoor bedrijfsgevoelige informatie moet worden geleverd aan NS en/of TLS.

Essentieel om vervoer uit te voeren

Het hebben van toegang tot verschillende diensten en voorzieningen is noodzakelijk om feitelijk personenvervoer per spoor aan te kunnen bieden en, daaraan voorafgaand, om mee te kunnen dingen naar een regionale concessie. Waar het gaat om de commerciële exploitatie van stations lijkt dit op het eerste gezicht niet het geval te zijn. Inkomsten hieruit kunnen echter wel degelijk bijdragen aan een gezonde bedrijfsvoering van de regionale vervoerder, hetgeen van belang is voor het aanbestedingsproces. Waar sprake is van een alternatief behoeft hier echter geen machtspositie aanwezig te zijn van NS.

²⁷ Zo is opgemerkt dat NS buiten procedures om plannen kan indienen, hetgeen tot gevolg heeft dat de regionale vervoerders alleen nog maar kunnen volgen. Een ander voorbeeld betreft de afstemming van de dienstregeling in het belang van de reiziger: aansluitingen tussen treinen van NS en die van regionale vervoerders op specifieke stations.

²⁸ *Samen bouwen aan betere stations, Uitwerking afspraken evaluatie spoorwetgeving*, ProRail en NS, december 2010.

²⁹ Zie hierna onder Toegang tot exploitatie en commerciële activiteiten op stations.



3.3.2 Knelpunten

De regionale vervoerders hebben in het kader van de *quickscan* aangegeven welke knelpunten zij per dienst of voorziening ervaren. Deze zijn als volgt te categoriseren:

Contractgerelateerde knelpunten:

- Eenzijdige contractwijzigingen
- Hoogte van kosten/tarieven/huurprijzen/distributiekosten
- Moeizame onderhandelingen (zowel wat betreft inhoud als procesmatig)
- Opgelegde beperkingen in vormgeving/aanbrengen huisstijl op en rond stations
- Onredelijke toegangsvoorwaarden (milieuvuiling, opzeggen contract, vernieuwing voorzieningen)

Productgerelateerde knelpunten

- Beperkingen in innovatie
- Kwaliteit (OV-chipkaart, reisinformatie)
- Intransparantie (methodiek MidT)

Klantgerelateerde knelpunten

- Afhankelijkheid van NS voor marketingactiviteiten (commerciële activiteiten in stations, mailings naar klanten)
- Afhankelijkheid van NS voor kwaliteit van reisinformatie

Directe concurrentiegerelateerde knelpunten

- Ontbreken mogelijkheid tot prijsconcurrentie
- Belemmering in commerciële activiteiten
- Voordelen NS bij aanbestedingen (door kennisvoorsprong en inkomsten uit exploitatie)

3.4 Gevolgen van de marktsituatie voor de consument

De knelpunten die regionale vervoerders ervaren bij het verkrijgen van toegang tot diensten en voorzieningen raken in eerste instantie de regionale vervoerders zelf. De consument heeft op het oog geen last van moeilijke onderhandelingen en voorwaarden die NS zou kunnen stellen. Uiteindelijk betreft het wel de dienstverlening die regionale vervoerders kunnen bieden aan hun passagiers. Dit werkt immers door: transparantie in tarieven en routes in een TVM's dragen bijvoorbeeld bij aan de keuzevrijheid van de consument, voorzieningen op een station aan zijn gemak.

Als achterliggend probleem voor het bestaan van de afhankelijkheidssituatie en de knelpunten die de regionale vervoerders ervaren, kan als voorbeeld worden genoemd dat NS op het gebied van exploitatie van stations 'om niet' exclusieve rechten heeft verkregen. Daarbij komt dat sprake is van verticale integratie: NS Reizigers huurt ruimte op stations van NS zelf. Dit leidt ertoe dat NS een lagere prijs zou kunnen bieden bij aanbestedingen doordat inkomsten uit stations hiervoor aangewend zouden kunnen worden. Het gevolg is dat niet per definitie de meest efficiënte aanbieder wint, waardoor het zou kunnen zijn dat de reiziger niet de best mogelijke vervoersdienst aangeboden krijgt. De reiziger zou zodoende de hoofdprijs betalen, maar niet voor het beste product.



3.5 ACM

3.5.1 Toezichtvisie ACM

De Vervoerkamer droeg bij zijn oprichting in 2005 de missie “Vervoermarkten laten werken” uit. Dit hield in dat de Vervoerkamer toezag op de randvoorwaarden waarbinnen de markt zichzelf zou kunnen ontplooien.

De missie van ACM is thans het bevorderen van kansen en keuzes voor bedrijven en consumenten. Hierbij is van belang dat binnen de gekozen marktordening het systeem optimaal moet kunnen werken. Dat betekent dat daar waar vervoerders geen keuze hebben, bijvoorbeeld door een geïnstitutionaliseerde machtspositie van NS, een externe prikkel nodig is om gedrag af te dwingen dat zoveel mogelijk de situatie imiteert waarin passagiers en vervoerders wél keuzemogelijkheden hebben. Dat leidt tot optimale marktwerking binnen de huidige ordening. Dit is uiteindelijk in het belang van de consument.

3.5.2 Bevoegdheden ACM

De wet kent ACM in de spoorsector handhavende bevoegdheden toe: ACM kan naleving van artikel 67 Sw afdwingen door middel van het opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom. Handhaving is daarmee een van de kerntaken van ACM in de spoormarkt. ACM wil echter niet handhaven om het handhaven: het effect van het optreden staat centraal. Het toezicht is gericht op het oplossen van problemen om juist situaties waarin handhaving nodig is te voorkomen. Voor het bereiken van optimale marktwerking in de spoorsector is deze aanpak ook aangewezen. De markt kan alleen optimaal werken wanneer voldaan is aan de eisen van transparantie en non-discriminatie. In de huidige wetgeving zijn deze elementen echter niet voldoende tot uitdrukking gekomen. De markt wordt zodoende onvoldoende gefaciliteerd om zichzelf te kunnen ontplooien. Dit blijkt onder meer uit de door de regionale vervoerders aangedragen knelpunten. Handhavende bevoegdheden in de vorm van *ex post*-toezicht zijn ontoereikend om deze knelpunten te bestrijden. Dat wordt in het navolgende toegelicht, gevolgd door voorbeelden van eerder door ACM ingezette bevoegdheden.

Ontbreken van effectiviteit in ex post-toezicht op grond van de Spoorwegwet

In algemene zin is *ex post*-toezicht op grond van artikel 67 Sw ten aanzien van een groot aantal BDV's weinig effectief. Redenen hiervoor zijn dat in de eerste plaats transparantie voorafgaand aan het verkrijgen van de dienst of voorziening noodzakelijk is om de totale kosten van markttoetreding helder te krijgen. Dit wordt in algemene zin niet bewerkstelligd door een onderzoek nadat zich gedragingen hebben voorgedaan die in strijd zijn met de Sw. Daarnaast zijn enkele diensten aan technologische verandering onderhevig (OV-chipkaart, reisinformatie) en zal een *ex post*-onderzoek veelal achterlopen op de feitelijke situatie; de preventieve werking die in zo'n geval van *ex post*-toezicht uitgaat is dan beperkt. Bovendien is precedentwerking niet vanzelfsprekend omdat het zeer verschillende diensten en voorzieningen betreft, in verschillende feitelijke omstandigheden.

Ontbreken van efficiëntie in ex post-toezicht op grond van de Spoorwegwet

Ex post-onderzoek in de spoorsector is evenmin het meest efficiënt. In de eerste plaats ontbreken concrete gedragsnormen. De wet spreekt van een *redelijk aanbod* voor het ter beschikking stellen van de dienst of voorziening, *tegen kostengeoriënteerde tarieven* en onder *voorwaarden die de mededinging niet beperken*. Deze zijn op meerdere manieren in te vullen en te interpreteren. Waar de bewijslast ligt voor het aantonen dat alternatieven bestaan dat bijvoorbeeld sprake is van een redelijk aanbod is bovendien niet ingevuld in artikel 67 Sw, noch in de toelichting daarop. Door het uitvoeren van onderzoek kunnen begrippen als redelijk en kostengeoriënteerd door ACM worden



ingevuld en van betekenis worden voorzien. Waar het echter aankomt op de handhaving van deze normen en de inzet van middelen in dat kader, geldt dat de invulling daaraan voorafgaand duidelijk moet zijn, zeker indien punitieve sancties kunnen worden opgelegd. Naleving kan immers alleen afgedwongen worden wanneer bekend is hoe de norm moet worden geïnterpreteerd en dus welke gedraging zorgt voor naleving. Het instrument van de bindende aanwijzing, die ACM in dit kader kan gaan opleggen wanneer de Stroomlijningswet in werking treedt, biedt evenwel soelaas waar de handhaafbaarheid in het gedrang komt, om deze reden. Ook dit instrument kent echter zijn beperkingen.

In de tweede plaats ontbreekt het in de Sw aan een uitputtende lijst van voorzieningen die gezien de juridische en feitelijke omstandigheden in Nederland, essentieel zijn voor het verzorgen van passagiersvervoer per spoor. De diensten en voorzieningen zijn onvoldoende verbijzonderd voor de Nederlandse situatie, nog daargelaten dat -in het geval van het verlenen van toegang tot stations- noch stations noch onderdelen van stations zijn aangewezen waartoe toegang moet worden verleend. In artikel 67 Sw wordt verwezen naar de in Annex 2 van Richtlijn 2001/14/EG zeer ruim omschreven diensten. De keuze voor beleidsarme implementatie van Europese richtlijnen maakt de wet onduidelijk; dit draag niet bij aan efficiënt onderzoek door ACM en heldere gedragsnormen voor marktpartijen. Bovendien betekent dit dat ACM geen bevoegdheden op grond van artikel 67 Sw heeft om knelpunten ten aanzien van de OV-chipkaart, MidT en reizigerstarieven te onderzoeken, omdat deze niet onder Annex 2 van de Richtlijn en daarmee artikel 67 Sw geschaard kunnen worden.

Tot slot kan opgemerkt worden dat de baten van het onderzoek groter zouden moeten zijn dan de lasten, hetgeen hier niet op voorhand aannemelijk is: het gaat om relatief veel kleine kwesties.

Geschilregeling

Zoals in het beoordelingskader uiteen is gezet, kan ACM op basis van een klacht onderzoek doen, naast de mogelijkheid om hiertoe ambtshalve over te gaan. De procedure van artikel 71 Sw voorziet in een zogenoemde geschilregeling. Deze is op 1 januari 2005 in werking getreden. De regionale vervoerders hebben echter tot op heden nog nooit gebruik gemaakt van deze geschilregeling waar het de toegang tot bijkomende diensten en voorzieningen betreft. Reden hiervoor zou kunnen zijn dat de regionale vervoerders op meerdere vlakken afhankelijk zijn van NS, zoals bij de capaciteitsverdeling, en de negatieve gevolgen die een dergelijke gang naar ACM kan hebben voor de relatie met NS niet willen riskeren. Een geschil aanhangig maken biedt daarmee niet per definitie een oplossing voor de toetreders tot de markt.

Toezicht op grond van de Mededingingswet

Toezicht op grond van artikel 24 Mw, verbod op misbruik van een economische machtspositie, is mogelijk, maar is eveneens beperkt tot *ex post*-toezicht (onderzoek naar MidT, OV-chipkaart). Toezicht alleen op grond van artikel 24 Mw acht ACM overigens voor de BDV's onwenselijk. Dit mededingingsrechtelijke kader biedt onvoldoende bescherming in de spoorsector waar het gaat om de dienstverlening van NS en TLS aan regionale vervoerders: het vaststellen van een gelijk speelveld en het geven van transparantie is noodzakelijk voordat wordt toetreden tot de markt.

3.5.3 Eerdere inzet bevoegdheden ACM

In algemene zin dient opgemerkt te worden dat ACM op regelmatige basis contacten onderhoudt met marktpartijen. Een geschil ten aanzien van de BDV's is echter nog niet voorgelegd aan ACM. Wel heeft ACM ambtshalve de volgende onderzoeken gedaan.



Meten in de Trein

ACM heeft ambtshalve onderzoek gedaan naar het systeem MidT en de verdeling van opbrengsten uit verschillende kaartsoorten door NS aan regionale vervoerders. Het onderzoek heeft niet tot een vermoeden van overtreding van de toepasselijke wetgeving geleid. Het ontbreken van een integrale beschrijving van MidT en de opbrengstverdeling zorgde voor gebrek aan transparantie. Zodoende kon niet eenduidig worden vastgesteld of het systeem MidT en de daaraan gekoppelde opbrengstverdeling dusdanig was ingericht dat het leidde tot een systematische vertekening van de kaartopbrengsten in het voordeel van NS. Wel heeft ACM verschillende onduidelijkheden en onwenselijkheden geconstateerd die een belemmering opleveren voor regionale vervoerders. Geconcludeerd werd dat sprake is van een onwenselijke situatie wanneer één vervoerder de voornaamste bron van inkomsten over alle vervoerders verdeelt. “Deze situatie leidt tot een structureel risico van belangenverstremming dat continue monitoring zou rechtvaardigen door een externe niet-belanghebbende” luidde het oordeel van ACM hierover.³⁰

OV-chipkaart

Naar aanleiding van een signaal, dat overigens niet afkomstig was uit de spoorsector, heeft ACM de verkoop van de anonieme OV-chipkaart onderzocht. Het signaal luidde dat een of meer partijen die de anonieme OV-chipkaart leveren aan partijen voor doorverkoop aan passagiers, deze onder de kostprijs zouden verkopen. Bij het onderzoek werd geen overtreding van de Mw of de Wp 2000 geconstateerd.

Informele zienswijze op TLS

In een informele zienswijze is het risico van de positie van NS binnen TLS voor het voetlicht gebracht. Deze positie geeft NS “mogelijk een belangrijke invloed op toetreding van concurrenten van NS tot het betalingsstelsel, dat naar verwachting de standaard wordt voor betalingen in het openbaar vervoer”.³¹

Reisinformatie

De NMa heeft op 3 oktober 2012 een fusiebesluit genomen inzake het overnemen van reisinformatie van ProRail door NS; deze concentratie is onder voorwaarden toegestaan. In het besluit waarin deze concentratie werd toegestaan onder voorwaarden concludeerde NMa onder andere dat:

“De kans bestaat dat NS zichzelf na de overname zal proberen te bevoordelen, bijvoorbeeld door de kosten van reisinformatie voor haar concurrenten onnodig te verhogen of de geleverde kwaliteit niet op peil te houden. Ook ziet de NMa het risico dat NS door de overname de beschikking krijgt over bedrijfsvertrouwelijke informatie van haar concurrenten die zij strategisch kan gebruiken bij een aanbestedingsprocedure.”

Nadat NS en ProRail op deze mogelijke mededingingsproblemen zijn gewezen door NMa, hebben zij hun overnameplannen aangepast en zich verbonden aan een aantal strikte voorwaarden.

³⁰ NMa, *Rapportage van bevindingen* d.d. 23 juli 2012, nr. 103893/31.

³¹ *Informele zienswijze OV-chipkaartsysteem* Zaak 3877, d.d. 27 juli 2006. Een ander risico betrof het ontbreken van een onafhankelijke beroepsmogelijkheid voor OV-bedrijven wanneer toelating tot het OV-chipkaartsysteem door TLS zou worden geweigerd. Op basis van deze constatering heeft TLS een onafhankelijke arbitrageregeling ingevoerd, waar onder andere niet-toegelaten OV-bedrijven terecht kunnen met klachten.



“Deze voorwaarden houden in dat NS verplicht is om andere vervoerders toegang te verlenen tot de dienst reisinformatie tegen dezelfde prijs en kwaliteit als aan NS zelf, en dat zij geen te hoge kosten mag doorbereken aan haar afnemers. Daarnaast wordt ervoor gezorgd dat NS niet zal beschikken over bedrijfsvertrouwelijke informatie van concurrenten. Op die manier wordt voorkomen dat de concurrentie op de vervoersmarkt mogelijk wordt beperkt als gevolg van deze overname.”³²

De regionale vervoerders hebben tegen dit fusiebesluit beroep ingediend bij de rechtbank Rotterdam.

3.5.4 Conclusie huidige bevoegdheden ACM

De afgelopen jaren heeft ACM, naast het onderhouden van contacten met de marktpartijen, verschillende bevoegdheden ingezet ten behoeve van de sector en de knelpunten bij het verlenen van diensten en voorzieningen. De omstandigheid dat de regionale vervoerders knelpunten ervaren

bij het verkrijgen van toegang tot diensten en voorzieningen, maakt duidelijk dat de markt op dit moment nog niet goed werkt. Het *ex post*-toezicht is in dezen niet afdoende om de knelpunten op te lossen: dit toezicht lijkt niet effectief te zijn, noch efficiënt. Enerzijds wordt dit geïllustreerd door de onderzoeken die ACM heeft gedaan en die niet alle tot resultaat hebben kunnen leiden. Anderzijds zal voor het doel van het toezicht (het laten werken van de markt voor openbaar personenvervoer per trein) meer bereikt worden als dit kan bijdragen aan het bereiken van een gelijk speelveld, waarvoor transparantie en non-discriminatie van groot belang zijn.

3.6 Oplossingsrichtingen

Oplossingen voor de door de regionale vervoerders genoemde knelpunten zijn effectief wanneer deze belemmeringen om te komen tot een gelijk speelveld, en daarmee belemmeringen in de marktwerking, opheffen. Zoals uiteengezet in het beoordelingskader, is voor de mate waarin gereguleerd wordt de omvang van schade voor de markt van belang: wanneer de verwachte schade aan de markt hoog is, zijn ingrijpendere maatregelen gerechtvaardigd. De interventie dient, met andere woorden, proportioneel te zijn in verhouding tot de belangen.

Misbruik hoeft niet feitelijk te zijn aangetoond voor regulering

Het bestaan van een structurele machtspositie kan aanleiding zijn voor regulering zonder dat het daadwerkelijke misbruik van die machtspositie ook daadwerkelijk is aangetoond. Dit is in andere geliberaliseerde netwerksectoren ook het geval. Voldoende reden om te reguleren bestaat wanneer NS zowel de prikkel (concurrentie op de markt voor personenvervoer) als de mogelijkheid (marktpositie) heeft om de markt te verstoren. Oftewel, zonder dat een onderneming blaam treft, zou zij toch onder sectorspecifiek toezicht, met bijbehorende normen, moeten komen te staan in verband met de risico's die met de machtspositie samen gaan. Bij regulering wordt de mogelijkheid en de prikkel tot verstorend gedrag verlaagd.

3.6.1 Oplossingen in regelgeving

Wanneer gekeken wordt naar de oorzaak van de knelpunten, dan zit die met name in de wettelijke of bij concessie voorgeschreven verplichting tot afname van de dienst of voorziening bij NS of -in

³² *Besluit NMa inzake voorgenomen concentratie NS Reizigers en Reisinformatie ProRail* d.d. 3 oktober 2012, nr. 7346/49; zie ook: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/10800/NMa-NS-mag-reisinformatie-onder-voorwaarden-overnemen-van-ProRail/>.



mindere mate- TLS. Oplossingen zouden ook door middel van regelgeving kunnen worden bewerkstelligd.

- *Implementatie herschikkingsrichtlijn*

Artikel 67 Sw voorziet in randvoorwaarden voor het aanbieden van BDV's, terwijl deze niet specifiek benoemd zijn. Daar waar zich knelpunten voordoen bij de toegang tot BDV's die onder de toepassing van dit artikel zijn te scharen, kan een oplossing liggen in de implementatie van Richtlijn 2012/34/EU waardoor mogelijk een duidelijker handhavend kader tot stand komt (bijv. *use it or lease it* als voorwaarde, maar ook een verduidelijking van welke diensten het betreft). Dit draagt bij aan duidelijkheid voor de markt, maar ook aan handhavend toezicht door ACM.

- *HRN-concessie*

De aanstaande verlening van de HRN-concessie biedt mogelijkheden om voorwaarden voor het verlenen van diensten en voorzieningen door NS aan regionale vervoerders te heroverwegen of te herformuleren. Voor zover in de HRN-concessie voor NS thans verplichtingen zijn opgenomen om diensten of voorzieningen te leveren, bieden deze nog aanzienlijke (onderhandelings)ruimte voor NS.³³ Bovendien bevat deze op enkele plekken bewoordingen met de strekking dat NS alleen tot levering verplicht is indien regionale vervoerders 'voldoen aan de eisen van NS'. Dit biedt ruimte voor gedrag dat in de ogen van de regionale vervoerders kan leiden tot knelpunten, onder meer omdat sprake is van een verschil in onderhandelingspositie. Het is aan de Minister van IenM om op naleving van de concessie toe te zien; voor zover ACM weet, is van deze mogelijkheid tot op heden nog geen gebruik gemaakt.

- *Besluit tot volledige invoering OV-chipkaart*

Het afschaffen van het papieren kaartje, waardoor regionale vervoerders niet langer ingevolge wet- en regelgeving gebonden zijn aan NS-kaartsoorten³⁴, zal positieve effecten hebben op een aantal in deze *quicksan* genoemde knelpunten: Tticket Vending Machines en agentschappen worden overbodig, de opbrengstverdeling door NS is niet langer aan de orde, waardoor zij tevens geen inzicht meer heeft in gegevens van de regionale vervoerders.

3.6.2 Andere oplossingsrichtingen

- *Tariefregulering als vorm van ex ante-toezicht ACM*

Regionale vervoerders zijn afhankelijk van NS. Zij moeten een langdurige relatie aangaan met NS willen zij hun product succesvol kunnen aanbieden. Tezamen met de concurrentiepositie die NS heeft, geeft dit haar een voortdurende prikkel en gelegenheid om haar positie aan te wenden ten koste van haar concurrenten. *Ex ante*-toezicht, met name tariefregulering, acht ACM hier meer op zijn plaats gelet op de negatieve gevolgen voor, uiteindelijk, de consument. Deze vorm van toezicht draagt bij aan transparantie en non-discriminatie ten aanzien van tarieven en voorwaarden voor toegang tot diensten en voorzieningen.

- *Organisatorische oplossingen*

Een oplossing van organisatorische aard is het meest vérgaand. Hierin zijn echter meerdere gradaties mogelijk, zoals afstoting van eigendom en administratieve en/of organisatorische

³³ Een voorbeeld betreft artikel 18: kaartintegratie en verkrijgbaarheid van vervoerbewijzen. De vervoerder dient op grond van dat artikel te voldoen aan de door NS gestelde eisen met betrekking tot kaartsoorten, tarieven en vervoersvoorwaarden wil NS de kaartintegratie op verzoek van een regionale treinvervoerder verbreden.

³⁴ Artikel 32a Wp 2000 en 35a Bp 2000.



scheiding. Waar het bijvoorbeeld bij de toegang tot stations en bijbehorende diensten gaat om een beperkt aantal: het betreft de stations waar NS niet meer halteert en die niet alleen bestaan uit een halte.³⁵ Hier zou afsplitsing van NS mogelijk effectief kunnen zijn.³⁶

3.7 Prioritering

Knelpunten bij het verkrijgen van toegang tot diensten en voorzieningen belemmeren de regionale vervoerders bij het toetreden tot de markt van personenvervoer per spoor. Om de markt te laten werken acht ACM daarom het oplossen van knelpunten nodig. De vraag ligt dan voor welke oplossingen op korte termijn in regelgeving en/of in de HRN-concessie *moeten* worden bewerkstelligd, en welke daarin -minder urgent- *kunnen* worden geregeld. Dit hangt samen met de mogelijkheid om de oplossing te creëren door regelgeving.

Voor knelpunten ten aanzien van diensten en voorzieningen die langdurig essentieel zijn voor het kunnen aanbieden van vervoersdiensten, is het aannemelijk dat deze knelpunten ook op langere termijn de marktwerking belemmeren. Het gaat dan om de toegang tot en exploitatie van stations en diensten die de OV-chipkaart betreffen. Het is urgent deze knelpunten zo snel mogelijk op te lossen.

Naast nieuwe regelgeving zouden ook mogelijkheden die zich voordoen in de concessieverlening en implementatiewetgeving van de herschikkingsrichtlijn hiervoor aangegrepen moeten worden. Het knelpunt is echter pas weg als de oplossing daadwerkelijk is geïmplementeerd.

3.7.1 Criteria voor prioritering

In de prioritering voor de oplossingen van de knelpunten spelen, gelet op het bovenstaande, de volgende vijf criteria een rol.

- In de eerste plaats is dat de vraag of sprake is van een langdurige situatie. Enerzijds betreft dit de duur van afhankelijkheid van NS of TLS als gevolg van eisen uit regionale concessies, anderzijds betreft het de duur van de HRN-concessie van tien jaar.
- In de tweede plaats dient gezien worden in welke mate zich een strategisch voordeel voordoet bij NS of TLS wanneer de huidige situatie gehandhaafd zou worden.
- In de derde plaats is prioritering afhankelijk van de mogelijkheden die zich voordoen om een knelpunt op korte termijn op te lossen. De gunning van de HRN-concessie per 1 januari 2015, het implementatiewetgevingstraject van de herschikkingsrichtlijn en het Vierde Spoorpakket bieden hier mogelijkheden voor.
- In de vierde plaats kunnen financiële belangen een rol spelen, bijvoorbeeld op het gebied van de exploitatie van stations: leegstand door toedoen van knelpunten is niet in het belang van de vervoerders vanuit de synergiegedachte, noch in het belang van de reiziger.
- In de vijfde plaats zal de impact van knelpunten op de reiziger een rol spelen.

3.7.2 Urgentievolgorde

Gelet op voornoemde criteria kunnen oplossingen voor knelpunten die door de regionale vervoerders zijn aangegeven in relatie tot diensten en voorzieningen als volgt worden geprioriteerd:

1. Toegang tot en exploitatie van stations:

Vervoerders zijn hiervoor langdurig afhankelijk van NS en NS kent een groot strategisch voordeel doordat zij hierop 'om niet' het exclusieve recht heeft verkregen. De gevolgen voor de

³⁵ Het betreft 36 stations.

³⁶ In de Herschikkingsrichtlijn is voorzien in organisatorische en boekhoudkundige scheiding (zie ook 2.2.4).



marktwerking zijn dan ook groot. Bovendien is leegstand in stations noch in het belang van de vervoerders, noch in het belang van de reiziger en doen zich op dit moment verschillende mogelijkheden voor om knelpunten in dit kader dan wel in de HRN-concessie, dan wel tegelijkertijd met de implementatie van de herschikkingsrichtlijn mee te nemen.

Urgentie wordt hier vooral ingegeven door de gunning van de HRN-concessie per 1 januari 2015. Voor die tijd zou idealiter een oplossing voor de knelpunten moeten worden gevonden, zodat zowel NS als de regionale vervoerders duidelijkheid hebben over hun positie op stations in de periode 2015-2025. Wellicht raakt een oplossing ook de onderhandelingen over de concessie.

Een minimumoplossing moet in ieder geval worden gevonden bij de behandeling van het Wetsvoorstel tot implementatie van de herschikkingsrichtlijn CIRES III, die op korte termijn van start zal gaan. Hierbij is opnieuw de regulering van toegang tot essentiële spoorvoorzieningen aan de orde. Het voorstel is aangekondigd door de Minister van IenM.³⁷ Later volgt de nadere invulling van de implementatie in de vorm van een aantal nog te ontwerpen AMvB's.

2. TLS en OV-chipkaart:

Ook hier is de afhankelijkheid van de regionale vervoerders van TLS groot. Dat NS een meerderheid van de aandelen in TLS heeft draagt bij aan het strategisch voordeel dat NS in dezen heeft. De gesignaleerde knelpunten rond de OV-chipkaart duren bovendien al erg lang voort. Tot op het moment waarop een harde termijn is vastgelegd waarop de knelpunten worden opgelost, is TLS en OV-chipkaart als langdurig knelpunt gekwalificeerd. Op korte termijn doet zich echter de mogelijkheid voor maatregelen te treffen in wet- en regelgeving. Naar aanleiding van het voornemen van de Staatssecretaris van IenM om de mogelijkheden te onderzoeken voor een nieuw kader voor de OV-chipkaart kunnen de gesignaleerde knelpunten worden geadresseerd. De hoofdlijnennotitie die in dit kader is opgesteld ziet op wetgeving waarin ook de toegang en kwaliteit van TLS-functies en de toegang tot nieuwe betaaldiensten in het openbaar vervoer zal worden geregeld.³⁸

Voorts is op dit punt te wijzen op het Vierde Spoorpakket van de Europese Commissie, dat uitdrukkelijk de toegang tot geïntegreerde kaartsystemen voor openbaar spoorvervoer beoogt te regelen: deze regeling is thans echter pas in de consultatiefase en zal op zijn vroegst pas in 2018 in werking treden. Het is raadzaam om in Nederland eerder een regeling te treffen. Omdat de OV-chipkaart niet alleen het spoorvervoer betreft, is het tevens aan te raden om een regeling in de Wp 2000 te treffen, niet in de relevante spoorwetgeving.

3. Gedwongen winkelnering en MidT:

Er is sprake van een langdurige en grote mate van afhankelijkheid van NS, met dien verstande dat hieraan mogelijk een einde komt wanneer de minister besluit de OV-chipkaart volledig in te voeren en het papieren kaartje af te schaffen. Dat draagt niet alleen bij aan de knelpunten voor wat betreft de agentschappen en de TVM's, maar ook zal voor een groot deel het MidT niet langer nodig zijn. De informatievoorsprong van NS, en daarmee haar strategisch voordeel, zal daarmee grotendeels wegvallen. Zolang echter niet bekend is wanneer het papieren kaartje wordt afgeschaft, blijft het een knelpunt. De invoering van de OV-chipkaart zal overigens wel bijdragen aan de urgentie om knelpunten rond TLS op korte termijn effectief te bestrijden. Mits er

³⁷ Tweede Kamer, 2010-2011, 31 987, nr. 9.

³⁸ Tweede Kamer, 2012-2013, 23 645, nr. 545, p. 2. Dit verandert overigens niets aan de bevoegdheden die ACM in dit kader ontbeert.



tevens maatregelen worden getroffen om tot een oplossing van de onder punt 2 bedoelde knelpunten te komen.

4. Reisinformatie:

Ten aanzien van dit onderwerp heeft ACM recent voorwaarden vastgesteld in haar eerder genoemde fusiebesluit. Hoewel de regionale vervoerders nog steeds aangeven dat zich hier knelpunten voordoen, ziet ACM op dit punt minder urgentie. Ten eerste wijst ACM op het voornemen van de Minister van IenM om een alternatieve organisatie op te doen richten die reisinformatie beschikbaar kan stellen en de enkele flankerende maatregelen.³⁹ Zodra er een alternatief zal zijn, zal de noodzaak voor regulering van NS op dit punt grotendeels vervallen, mits de alternatieve organisatie onafhankelijk data kan ontvangen van alle betrokken partijen en daarvoor op haar beurt niet volledig afhankelijk is van NS.

Hiernaast is opnieuw de implementatie van de herschikkingsrichtlijn relevant. Daarin is reisinformatie wederom opgenomen als essentiële dienst die ter beschikking moet worden gesteld aan spoorvervoerders door de infrabeheerder.⁴⁰

5. Reizigerstarieven:

Niet aannemelijk is dat NS op dit punt marktmacht heeft, met uitzondering van de tarieven voor de kaartsoorten die op grond van het Bp2000 ook door andere vervoerders moeten worden geaccepteerd. De urgentie van te nemen is voor de nationaal dekkende kaartsoorten (excl. Studenten-OV) het hoogst. Voor de overige kaartsoorten, waaronder papieren kaartjes, zij hier verwezen naar punten 2 en 3 hierboven. Van belang is hier vooral dat er een onafhankelijk platform komt met autonome beslissingsbevoegdheid waarbinnen afspraken kunnen worden gemaakt over landelijk dekkende kaartsoorten en bijzondere producten, binnen de grenzen van het mededingingsrecht, met name Verordening (EG) Nr. 169/2009.⁴¹

Voor wat betreft de overige kaartsoorten is het niet aannemelijk dat NS marktmacht heeft. Zij heeft daarentegen wel een grote mate van invloed op de hoogte van de tarieven. Er bestaat op dit punt een langdurige onderlinge afhankelijkheidsrelatie tussen vervoerders, die het beste kan worden geformaliseerd. Te denken is aan formalisatie van alle problemen met betrekking tot vervoerbewijzen en vervoeropbrengsten binnen een onafhankelijke organisatie met inspraak voor alle vervoerders, zoals dat ook voor de problematiek rond de OV-chipkaart een oplossing zou kunnen zijn.⁴²

³⁹ Tweede Kamer, 2011-2012, 31 305, nr. 200.

⁴⁰ Dat was ook reeds het geval onder de oude Richtlijnen, zie: HvJ EG, 22 november 2012, zaak C-136/11, *Westbahn t. ÖBB-Infrastruktur*, n.n.g.

⁴¹ Verordening (EG) nr. 169/2009 van 26 februari 2009 houdende de toepassing van mededingingsregels op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren, *PbEG* (2009) L61/1.

⁴² Tweede Kamer, 2012-2013, 23 645.



4. Knelpunten in toegang tot diensten en voorzieningen

4.1 Dienstverlening omtrent de OV-chipkaart door TLS

4.1.1 Algemene omschrijving

TLS levert aan vervoerders in Nederland diensten en producten voor het reizen met de OV-chipkaart. TLS is in 2001 opgericht door de vervoersbedrijven NS, Connexxion, RET, HTM en GVB. Sinds 2008 is Connexxion niet langer aandeelhouder en hebben de overige vervoerders 68,8% (NS), 12,5% (GVB), 12,5% (RET) en 6,25% (HTM) van de aandelen. Doel van TLS is de ontwikkeling, uitrol, beheer en exploitatie van een landelijk dekkend systeem van elektronische betalingen voor het openbaar vervoer in Nederland te bewerkstelligen. Daartoe levert TLS onder meer de volgende diensten.⁴³

Transactieverwerking

Transactieverwerking betreft het bijhouden van het aantal in- en uitcheckende passagiers ten behoeve van betalingen en incasseringen. Deze taken van TLS zijn voor vervoerders belangrijk om hun inkomsten uit passagiersbijdragen te verkrijgen. Over het algemeen leveren vervoerders dagelijks de transactiegegevens van OV-chipkaarten. Op basis hiervan worden de opbrengsten van verkoop en het opladen van het kaartsaldo van de OV-chipkaarten door TLS over openbaarvervoerbedrijven verdeeld.⁴⁴

Kaartproductie

De verantwoordelijkheid voor chipkaartproductie en distributie ligt bij TLS. De OV-chipkaarten worden door TLS aan de aangesloten vervoerders geleverd of aan andere distributeurs zoals Mobility Mixx en Chip Bizz. TLS levert ook direct kaarten aan kaarthouders.⁴⁵

'Scheme provision'

TLS omschrijft de activiteit Scheme Provision als "*alle regels en afspraken tussen de partijen die gebruikmaken van het OV-chipkaartsysteem*".⁴⁶ Door deze afspraken is het mogelijk dat de OV-chipkaart overal in Nederland en bij alle vervoerders op dezelfde manier wordt gebruikt. Een goede, uniforme toepassing van de OV-chipkaart is in het belang van de reiziger. De rol van TLS als Scheme Provider omvat het toezicht op deze regels en afspraken. Tevens zorgt TLS, in overleg met vervoerders, voor wijzigingen in het Scheme. Tot slot is TLS als Scheme Provider verantwoordelijk voor de veiligheid van de OV-chipkaart en het gebruik daarvan.⁴⁷

Consumentendiensten

Consumentendiensten omvatten diensten die TLS levert aan eindgebruikers. Hieronder vallen de klantenservices, het in stand houden van een internetsite met informatie, verzorgen van persoonlijke gebruikerspagina's met kaart- en reisgegevens ('Mijn OV-chipkaart'), het automatisch opladen van de kaart en het ophalen van bestelde OV-abonnementen en andere producten.⁴⁸

⁴³ <http://www.translink.nl/nl-NL/Diensten> en <http://www.translink.nl/nl-NL/Over-ons/Geschiedenis> (3 september 2013).

⁴⁴ <http://www.translink.nl/nl-NL/Diensten/Transactieverwerking> (3 september 2013).

⁴⁵ <http://www.translink.nl/nl-NL/Diensten/Kaartproductie> (3 september 2013).

⁴⁶ <http://www.translink.nl/nl-NL/Diensten/Scheme-provider>.

⁴⁷ <http://www.translink.nl/nl-NL/Diensten/Scheme-provider> (3 september 2013).

⁴⁸ <http://www.translink.nl/nl-NL/Diensten/Consumentendiensten> (3 september 2013).



Zakelijke markt

TLS biedt haar klanten de mogelijkheid om als 'bedrijvenkaartaanbieder' zakelijke OV-chipkaarten aan zakelijke reizigers of werkgevers aan te bieden. Werkgevers kunnen hun personeel laten reizen met deze zakelijke OV-chipkaart. Het declareren van vervoerskosten bij de werkgever is in dat geval niet meer nodig. Bovendien krijgt de werkgever één factuur van de vervoerder. Bij deze dienst levert TLS de zakelijke OV-chipkaart aan een bedrijvenkaartaanbieder. Dit kunnen vervoerders of werkgevers zijn. Deze bedrijvenkaartaanbieder verzorgt zelf de uitgifte en distributie van de zakelijke kaart.⁴⁹

De vervoerders betalen voor de hierboven genoemde diensten een vergoeding aan TLS conform de door TLS jaarlijks opnieuw vast te stellen tarievenlijst.⁵⁰

4.1.2 Marktstructuur en knelpunten

Marktstructuur

Voor de OV-chipkaart zijn momenteel geen volwaardige alternatieven. Naast het systeem van de OV-chipkaart bestaan nog altijd papieren vervoersbewijzen. Afschaffing van het papieren kaartje is echter op korte termijn voorzien (een definitief moment is nog niet gekozen). Vervoerders zijn op grond van artikel 32a Wet personenvervoer 2000 (Wp 2000), artikel 35a Besluit personenvervoer 2000 (Bp 2000) en de daarop gebaseerde voorwaarden die voortvloeien uit hun concessies, verplicht deel te nemen aan een landelijk dekkend systeem. Dit systeem moet de reiziger vóór aanvang van zijn treinreis in staat stellen om NS-vervoerbewijzen en NS-abonnementen te kopen, ook indien de treinreis op een niet-NS-traject start. TLS is het enige bedrijf dat een landelijk dekkend systeem van elektronische vervoerbewijzen aanbiedt en diensten daaromtrent levert. Het is eveneens de enige producent van mobiliteitskaarten die toegang heeft tot het Scheme, het betalingssysteem van de OV-chipkaart.

Toetreding van nieuwe dienstverleners is moeilijk voorstelbaar. Het OV-chipkaartsysteem kenmerkt zich door schaalvoordelen voor de aanbieder van de kaart en diensten, alsmede door netwerkeffecten: hoe meer vervoerders de kaart accepteren, hoe meer de waarde van de kaart toeneemt. Daarbij werkt het systeem alleen dankzij steun van en samenwerking met vervoerders in Nederland. TLS is voor een juiste verdeling van de opbrengsten afhankelijk van de informatie die vervoerders aanleveren. Vervoerders zijn op hun beurt afhankelijk van TLS voor de juiste vaststelling en uitbetaling van hun inkomsten. Een alternatief voor TLS zou dit netwerkeffect ook moeten creëren of op een andere manier compenseren. Gezien de schaalvoordelen en de onwaarschijnlijkheid dat de aandeelhouders van TLS willen deelnemen in een alternatief landelijk dekkend systeem, kunnen vervoerders *de facto* alleen bij TLS terecht.

Kosten en hoogte tarieven

Meerdere regionale vervoerders hebben bij ACM aangegeven dat de tarieven die TLS rekent naar hun inzicht te hoog zijn.⁵¹ Twijfels bij geraadpleegde regionale vervoerders over de hoogte van de tarieven ontstaan onder andere door de afrekening van 2012. TLS factureert voorschotten aan vervoerders, waarna op basis van een nacalculatie een afrekening plaatsvindt per jaar. Een vervoerder geeft aan dat over 2012 uit de nacalculatie van TLS blijkt dat de totale kosten exact gelijk zijn aan hetgeen als voorschot is gefactureerd, te weten een bedrag van EUR 22.677.025,-.⁵²

⁴⁹ <http://www.translink.nl/nl-NL/Diensten/Diensten-zakelijke-markt> (3 september 2013).

⁵⁰ Antwoorden Arriva d.d. 26 juli 2013, bijlage 1.

⁵¹ Antwoorden Arriva d.d. 26 juli 2013, bijlage 1 en antwoorden van Veolia d.d. 29 juli 2013, d.d. 26 juli 2013, bijlage 1, Antwoorden van Veolia d.d. 29 juli 2013.

⁵² Antwoorden Arriva d.d. 26 juli 2013, bijlage 1.



Veolia geeft aan dat de OV-chipkaart relatief duur is vergeleken met het papieren kaartje. Door de *de facto* verplichting kan Veolia echter niet kiezen voor eigen productie of een efficiënter systeem. Ook Arriva geeft aan dat TLS naar haar mening weinig kostengestuurd is en daardoor niet efficiënt.⁵³ Dit beeld lijkt te worden bevestigd door het feit dat TLS vanaf haar oprichting tot 2010 verlies heeft geleden.⁵⁴ Door de Commissie Meijdam is eerder al vastgesteld dat vervoerders die geen aandeelhouder van TLS zijn, geen invloed hebben op de kosten terwijl ze wel de verplichting tot afname hebben.⁵⁵ Arriva en Veolia geven aan dat de aandeelhouders van TLS een hoger rendement ontvangen op hun geïnvesteerd vermogen, respectievelijk 9% en 7%, dan men mag verwachten op basis van het risico.⁵⁶

Transparantie

Daarnaast vinden de regionale vervoerders de kostenstructuur van TLS niet transparant.⁵⁷ Dit werkt twijfels in de hand over de kosten die TLS maakt voor het leveren van haar diensten.

TLS merkt over transparantie op dat zij een derde partij onderzoek heeft laten doen naar de tariefstructuur en dat alle vervoerders bij het onderzoek in een overlegstructuur waren betrokken. Na afronding van het rapport zijn afspraken gemaakt hoe in de toekomst overleg wordt gevoerd. De Klanten Raad van advies (hierna: KRvA) speelt daarbij een belangrijke rol.⁵⁸ ACM teken hierbij echter aan dat marktpartijen door middel van advies nauwelijks tegenwicht kunnen bieden aan een partij met marktmacht. Consultaties en adviesraden kunnen weliswaar bijdragen aan een beter geïnformeerde besluitvorming, maar vergroten nauwelijks de kopersmacht van afnemers (in dit geval vervoerders) ten opzichte van de aanbieder (in dit geval TLS).⁵⁹

Onderhandelingsmacht

Vrijwel alle regionale vervoerders (Veolia, Arriva, Connexxion) hebben aangegeven dat over de contracten met TLS niet te onderhandelen valt. Dit mondt volgens de vervoerders uit in voor hen nadelige voorwaarden en hoge prijzen (zie hiervoor onder 'Kosten en hoogte tarieven').⁶⁰ Bovendien omvatten de contracten enkel inspanningsverplichtingen en ontbreekt het aan aansprakelijkheid voor TLS ten aanzien van de diensten die zij levert.⁶¹ Tot slot geven Connexxion en Veolia aan dat TLS de tarieven eenzijdig kan wijzigen en dit ook daadwerkelijk doet.

Als voorbeeld geeft Veolia aan dat zij op 18 juli 2011 door TLS in kennis werd gesteld van een vaste vergoeding voor OV-chipkaardiensten met 6,1%. In dezelfde wijziging van de tarievenlijst paste TLS de grondslag voor de omzetgerelateerde vergoeding aan. De aanpassingen van 18 juli 2011 hielden in dat Veolia aan TLS een percentage van haar totale omzet moest gaan afdragen in plaats van een percentage van uitsluitend de omzet uit OV-

⁵³ Antwoorden van Arriva, Connexxion en Veolia op vragen Marktscan d.d. 12 juni 2013.

⁵⁴ Beantwoording Kamervragen De Jong 'Buskaartje te duur door truc NS' d.d. 13 maart 2012. De winst- en verliesrekening over 2011 laat een positief resultaat zien.

⁵⁵ *Het spoor naar slagkracht*, Advies van de Commissie Permanente Structuur en Dubbel opstaptarief in de treinrailketen, 30 juni 2011, pagina 44.

⁵⁶ Antwoorden van Arriva en Veolia op vragen Marktscan d.d. 12 juni 2013.

⁵⁷ Antwoorden van de regionale vervoerders op vragen Marktscan d.d. 12 juni 2013 en Antwoorden Arriva d.d. 26 juli 2013, bijlage 1.

⁵⁸ Brief van TLS d.d. 26 augustus 2013 en gespreksverslag TLS – ACM d.d. 11 september 2013.

⁵⁹ <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/10847/Kopersmacht-in-de-Nederlandse-luchtvaart--en-spoorwegsector/>.

⁶⁰ Antwoorden van Arriva, Connexxion en Veolia op vragen Marktscan d.d. 12 juni 2013.

⁶¹ Antwoorden van Arriva en Veolia op vragen Marktscan d.d. 12 juni 2013.



chipkaarttransacties. Een verandering in diensten of inspanning van de kant van TLS vond echter niet plaats, aldus Veolia. Bovendien waren de wijzigingen in strijd met eerder gemaakte afspraken. Uit een toelichting van TLS bleek dat een grondslagwijziging nodig was omdat NS geen productwaardes opgeeft. Dit houdt in dat TLS niet de 0,77% vergoeding over de verkooptransacties kan afrekenen met NS. Een nieuwe tariefmethodiek zou dit probleem van TLS oplossen.

TLS heeft aangegeven dat zij voorafgaand aan alle wijzigingen in het Raamcontract en wijzigingen in de tariefstructuur de KRvA heeft gekend. De KRvA kan advies uitbrengen over deze wijzigingen.

Daarnaast heeft TLS namens de aandeelhouders aangegeven dat hun standpunt is dat alle openbaar vervoersbedrijven kunnen toetreden als aandeelhouder van TLS. Dit blijkt ook uit de recente gesprekken over toetreding en waardering in het kader van de nieuwe governance van TLS. In eerdere gesprekken met partijen over mogelijke toetreding als aandeelhouder is door de aandeelhouders uitdrukkelijk de bereidheid tot verwateren van de aandelen uitgesproken, aldus TLS. In de statuten van TLS zijn voorts geen speciale toetredingseisen of blokkeringsregelingen opgenomen.⁶² In dit verband geeft ook NS aan dat er governance modellen uitgewerkt worden om te komen tot een fundamentele herziening van TLS, gericht op het tot stand brengen van een nieuwe zeggenschapsstructuur. Parallel aan dit omvormingsproces wordt gewerkt aan een regeling voor de herfinanciering van TLS, aldus NS.⁶³

Geen toegang tot het OV-Scheme

TLS is op dit moment de enige producent van de OV-chipkaart of gelijksoortige kaarten. ACM heeft kennis genomen van de vraag van meerdere mobiliteitskaartenaanbieders om toegang te verkrijgen tot het OV-Scheme dat door TLS wordt beheerd.⁶⁴ Hiermee zouden vervoerders en/of reizigers de mogelijkheid hebben te kiezen voor een andere kaart. Naast innovatie in de markt door meer concurrentie, verhogen nieuwe toetreders ook de kans op uitbreiding van toepassing van de OV-chipkaart. Voorbeelden uit het buitenland laten zien dat elektronische OV-chipkaarten ook voor andere transacties kunnen worden gebruikt, of dat banken betaalpassen combineren met een chip voor OV-reizen. Zo zou TLS het systeem openhouden voor andere kaartaanbieders.⁶⁵ Zonder deze toegang kunnen dergelijke innovatieve producten moeilijker ontstaan. Voorwaarde is wel dat andere kaarten dan de OV-chipkaart van TLS worden geaccepteerd. Het is echter, zoals gezegd, onwaarschijnlijk dat de aandeelhouders van TLS hieraan willen bijdragen.

4.1.3 Marktontwikkelingen

De commissie Meijdam presenteerde in juni 2011 haar bevindingen na een onderzoek naar de OV-chipkaart en kwam onder meer met de aanbeveling om een onafhankelijke OV-autoriteit op te richten.⁶⁶ Vervolgens is de commissie opgedragen een dergelijke autoriteit op te richten. Deze OV-autoriteit zou beleidsbepalende taken van TLS moeten overnemen zodat besluiten sneller tot stand zouden kunnen komen. Dit zou betekenen dat TLS niet langer de rol van Scheme Provider zou vervullen. Op 9 juli 2013 werd bekend dat de commissie Meijdam in haar opdracht niet is geslaagd. Reden hiervoor is dat de vervoerders hebben gekozen voor een overlegplatform zonder

⁶² Brief TLS d.d. 4 oktober 2013.

⁶³ Brief NS d.d. 12 september 2013.

⁶⁴ *Betalen in het OV; Achtergrond bij marktontwikkelingen*, BCG, november 2012, in opdracht van het Ministerie van Infrastructuur & Milieu.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ *Het spoor naar slagkracht*, Advies van de Commissie Permanente Structuur en Dubbel opstaptarief in de treinrailketen, 30 juni 2011.



besluitbevoegdheden. Dit houdt in dat alle vervoerders het eens moeten worden om tot een beslissing te komen.⁶⁷ De Staatssecretaris van IenM heeft in dit kader aangegeven op wetgeving op te stellen waarin ook de toegang en kwaliteit van TLS-functies en de toegang tot nieuwe betaaldiensten in het openbaar vervoer zal worden geregeld.⁶⁸

4.1.4 Beoordeling

TLS levert verschillende OV-chipkaardiensten aan vervoerders per spoor. De toegang van de regionale vervoerders tot het OV-chipkaartsysteem en de daarbij behorende diensten zijn niet aangewezen als bijkomende dienst of voorziening in de zin van artikel 67 Sw; de diensten zijn niet te scharen onder de huidige Annex II van de Richtlijn 2001/14/EG. Tegelijkertijd voldoet het OV-chipkaartsysteem van TLS wel degelijk aan de kenmerken van een dienst die benodigd is voor het uitvoeren van spoorwegdiensten en waarvoor geen redelijk alternatief voor handen is of kan worden ontwikkeld.

Marktmacht TLS

Op basis van het *de facto* ontbreken van alternatieven voor de OV-chipkaart, constateert ACM dat TLS een machtspositie heeft in de markt voor landelijke vervoerbewijzen. Vervoerders zijn op grond van artikel 32a Wp2000 en artikel 35a Bp 2000 en de daarop gebaseerde voorwaarden die voortvloeien uit de concessies verplicht deel te nemen aan een landelijk dekkend systeem. Het OV-chipkaartsysteem van TLS is het enige systeem voorhanden. TLS is de partij die optreedt als Scheme Provider en die de toegang tot de Scheme controleert. TLS is daarnaast de enige partij die de OV-chipkaart maakt en is tevens verantwoordelijk voor de verdeling van de inkomsten uit de OV-chipkaart over alle vervoerders. Er zijn geen mogelijkheden voor de introductie van alternatieven voor het OV-chipkaartsysteem van TLS of voor de OV-chipkaart zelf.

Knelpunten

Verder ziet ACM in de reacties van geraadpleegde vervoerders indicaties dat de marktmacht van TLS zich ook daadwerkelijk kan manifesteren:

- Hoogte van de tarieven
- Gebrek aan transparantie
- Gebrek aan onderhandelingsmacht bij vervoerders
- Geen toegang tot de Scheme

De problemen die zich voordoen zijn te herleiden tot het feit dat afnemers en vervoerders geen alternatief hebben voor het OV-chipkaartsysteem van TLS. Het gebrek aan een alternatief zorgt dat knelpunten niet door concurrentie worden opgelost. Een gebrek aan alternatieven vermindert de prikkel om efficiënt te opereren, te investeren in kwaliteit (bijvoorbeeld ten aanzien van dienstverlening) en om in onderhandeling te treden over die dienstverlening.

De huidige verdeling van de aandelen van diverse vervoerders binnen TLS is erg ongelijk, waardoor de verwachting is dat de belangen van TLS niet zonder meer in lijn zijn met de belangen van regionale vervoerders. Binnen TLS is alleen NS vertegenwoordigd als vervoerder op het spoor, NS heeft tevens het grootste aandeel in TLS. Gezien de taken die TLS uitvoert en het feit dat iedere vervoerder van TLS afhankelijk is door de verplichte deelname aan het OV-chipkaartsysteem, zou

⁶⁷ Brief van de Staatssecretaris van I&M aan de Tweede Kamer d.d. 11 juli 2013 met kenmerk IENM/BSK-2013/94298. Zie ook: <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/brieven/2013/07/11/brief-van-meijdam-en-overmars-b-v-aan-ienm-inzake-voortgang-als-kwartiermaker-ov-chipkaart.html>.

⁶⁸ Tweede Kamer, 2012-2013, 23 645, nr. 545, p. 2.



NS haar invloed in TLS mededingingsbeperkend kunnen aanwenden; de machtsverdeling maakt dit mogelijk.

Op basis van marktmacht, indicaties dat deze marktmacht zich ook manifesteert en de aanwezige prikkels voor TLS om deze marktmacht daadwerkelijk te gebruiken acht ACM het risico dat aanwezig is voor verstoring van de markt groot.

Bevoegdheden ACM

Deze knelpunten worden op dit moment niet opgelost door een norm uit de Sw, noch zal toekomstige reeds geplande regelgeving hierin verandering brengen in de bevoegdheden die ACM heeft. Ook het mededingingsrechtelijke kader is in dit geval eigenlijk onbruikbaar: op grond van artikel 24 Mw is langdurige regulering niet aan de orde, vooral niet van tarieven en steeds wisselende voorwaarden. Daarnaast liggen in dit geval de mogelijke mededingingsbeperkingen niet alleen in de toegangsvoorwaarden en –tarieven, maar ook in de systematiek ter verdeling van kaartopbrengsten.

Mogelijke oplossingsrichtingen

ACM acht een combinatie van de volgende oplossingsrichtingen aangewezen:⁶⁹

- Het OV-chipkaartsysteem van TLS dient, bijvoorbeeld bij AMvB in de Sw, te worden aangewezen als *benodigde dienst voor de uitvoering van spoordiensten*, waarvan TLS de rechthebbende is. Deze aanwijzing verplicht TLS om tegen een redelijk aanbod en non-discriminatoire toegang te verlenen en daarvoor kostengeoriënteerde tarieven te hanteren. Voor een nadere invulling van deze tarieven is aanvullend onderzoek vereist. Dit zou echter alleen het probleem oplossen voor spoorvervoerders, terwijl dezelfde problemen mogelijk ook spelen voor verzorgers van andere vormen van openbaar vervoer. Daarom verdient het de voorkeur een regeling te treffen in de Wp 2000, naar het model van de artikelen 67 en 68 Sw. Dit is voorzien in eerdergenoemde hoofdlijnennotitie van de Staatssecretaris van IenM.

TLS heeft aangegeven dat haar tarieven op dit moment kostengeoriënteerd zijn en dat zij al non-discriminatoire toegang op het Scheme verleent.⁷⁰ Blijkens de reacties van regionale vervoerders heeft dit echter nog niet geleid tot het wegnemen van de knelpunten. Een wettelijke basis waarop vervoerders zich zo nodig op kunnen beroepen, lijkt daarom nog steeds wenselijk.

- TLS dient toegang te verlenen tot het OV-chipkaartsysteem voor aanbieders van mobiliteitskaarten. Hierdoor ontstaat een concurrerende markt voor OV-chipkaarten, met potentieel voor innovatie en lagere consumentenprijzen. Nieuwe, innovatieve producten kunnen reisproducten combineren met andere diensten. Zonder toegang tot het OV-Scheme ontstaan dergelijke innovatieve producten niet.

TLS heeft in reactie op deze oplossingsrichting opgemerkt dat zij al toegang verleent tot het OV-chipkaartsysteem voor aanbieders van mobiliteitskaarten. De aanbieders Mobility mixx, Radiuz, Xximo en de Regiecentrale hebben het aansluitingsproces succesvol doorlopen.⁷¹

- De aandeelhoudersstructuur van TLS dient nader onder de loep te worden genomen. Een andere aandeelhoudersstructuur waarbij alle vervoerders vertegenwoordigd zijn, voorkomt

⁶⁹ TLS geeft in haar brieven van 26 augustus 2013 en 3 oktober 2013 aan deze oplossingsrichtingen doorgevoerd te hebben. ACM heeft in het kader van deze *quickscan* de realisatie van deze oplossingsrichtingen niet onderzocht.

⁷⁰ Brief TLS d.d. 3 oktober 2013.

⁷¹ Brief TLS d.d. 3 oktober 2013.



mogelijk dat TLS nu of in de toekomst door aandeelhouders wordt misbruikt om hoge prijzen door te berekenen; thans bestaat daartoe een voortdurende prikkel. Onafhankelijk onderzoek moet uitwijzen of een andere aandeelhoudersstructuur de potentiële en geconstateerde (mededingings)problemen voldoende kan oplossen, of dat de uitvoering van het OV-chipkaartsysteem ondergebracht dient te worden in een aparte entiteit. Daarin dient ofwel geen van de OV-bedrijven deel te nemen, ofwel zal er sprake moeten zijn van gezamenlijke zeggenschap met gelijke stemrechten, dan wel gezamenlijke zeggenschap met doorslaggevende zeggenschap voor een neutrale partij.

4.2 Toegang tot en commerciële activiteiten op stations

4.2.1 Algemene omschrijving

Nederland telt 411 reizigersstations.⁷² De voorzieningen in stations kunnen worden onderscheiden naar twee functies: transferfuncties en commerciële functies.

Tot de transferfuncties behoren de voorzieningen die verbonden zijn met het laten in- en uitstappen van reizigers en de toegang tot perrons: perrons, tunnels, wachtruimtes, treinaanwijzers, liften. Tot de commerciële functies behoren voorzieningen, zoals winkels, kiosken, automaten, stationsrestauratie en kantoren. ProRail beheert de transferfunctie zodat reizigers de trein kunnen bereiken en in-, uit- en overstappen. NS verzorgt de commerciële functies.

Zoals de Staatssecretaris van IenM in haar kamerbrief d.d. 29 mei 2013 aan de Tweede Kamer heeft medegedeeld⁷³, hebben de Nederlandse staat en NS in 1995 contractuele afspraken gemaakt over de verzelfstandiging van NS.⁷⁴ Ter uitvoering van de scheiding van infrastructuur en exploitatie vond binnen NS Holding een goederenrechtelijke splitsing plaats: NS Stations verhuurt sindsdien als economisch en juridisch eigenaar van stationsruimten deze ruimten aan NS Reizigers en aan derden. Tevens zijn afspraken gemaakt over de verdeling van eigendom, exploitatierechten en beheer van stations. Afgesproken is in 1995 dat NS voor een periode van 15 jaar (tot 2010) exclusief recht heeft op de commerciële exploitatie van de transferruimte. Dat recht is in 2010 verlengd voor nogmaals 15 jaar.

De hiervoor bedoelde afspraken zijn geformuleerd in de Definitie Zeggenschap Infrastructuur (DZI), onderdeel van de bovengenoemde contractuele afspraken over de verzelfstandiging van NS. De DZI beschrijft drie soorten infrastructuur:

- Railverkeers- en vervoersinfrastructuur (RVVI). Dit zijn de rails, stationstunnels en perrons, waar ProRail eigenaar van is.
- Infrastructuur met gemengde functies zoals de stationshal. Dit type infrastructuur wordt gebruikt voor zowel de transfer van reizigers als voor commerciële activiteiten en is in eigendom van NS Vastgoed.
- Vastgoed. Hieronder vallen gebouwen rondom de stations, bedoeld voor commercieel gebruik, die in bezit zijn van NS.

⁷² In Nederland worden vier stations alleen gebruikt bij evenementen (vb. Station De Kuip in Rotterdam), één alleen bij pelgrimstochten (station Wezep) en één alleen voor het Nederlands Spoorwegmuseum.

⁷³ Tweede Kamer, 2012-2013, 29 984, nr. 416.

⁷⁴ *Over de wissel tussen markt en overheid; de verzelfstandiging van NS en de nieuwe relatie tot de staat*, 29 juni 1995.



ProRail is verantwoordelijk voor de transfer gerelateerde functies binnen RVVI en de toegang voor vervoerders tot het station en hun reizigers.⁷⁵ NS is eigenaar van de stationsgebouwen en heeft in 1995 'om niet' het exclusieve recht gekregen om binnen de RVVI commerciële voorzieningen te exploiteren. Onder commerciële exploitatie binnen RVVI vallen bijvoorbeeld kiosken, kaartautomaten en reclameborden. Daarnaast heeft NS als eigenaar het recht op commerciële exploitatie binnen 'infrastructuur met gemengde functies'. Voorbeelden hiervan zijn winkels en horeca.

Wanneer een vervoerder binnen het station commerciële faciliteiten wil ontplooiën is hij voor het verkrijgen van ruimte daartoe aangewezen op NS. Gedacht moet worden aan:

- de ruimte voor kaartverkoop (loketten en automaten);
- de ruimte voor dienstverlening aan de reizigers;
- de ruimte voor informatievoorziening;
- de ruimte voor marketing/promotie;
- de ruimte voor kantoor en personeelsruimte;
- de ruimte voor het plaatsen van incheckpaaltjes voor OV-chipkaartgebruik.

Voor vervoerbedrijven kan het van groot belang zijn om binnen het station een ruimte te huren. Een deel van deze faciliteiten kan zelfs als noodzakelijk worden beschouwd voor een goed functionerend vervoer. Zo zijn kaartverkoop en een informatiepunt onmisbaar op een station en is een personeelsruimte essentieel voor een goed functionerende vervoersdienst.

Eigendomsrechten rond spoorstations (bron: CROW Spoorboekje 2005)

Objecten	Juridisch eigendom	Economisch eigendom
Grond onder sporen en perrons	Railinfrarust BV (ProRail)	ProRail
Transferruimten in stations	Railinfrarust BV (Prorail)	ProRail
Looproutes en transfer-voorzieningen in stationshal	NS Vastgoed	NS Stations
Grond onder de gebouwen en de gebouwen zelf	NS Vastgoed	Casco: NS Vastgoed Inrichting: NS Stations
Gemengde infrastructuur (stallingen en perrongebouwen)	NS Vastgoed	NS Stations
Stationsfietsenstallingen buiten het stationsgebouw	Gemeente	NS Stations

NS diende aan een aantal voorwaarden te voldoen om in 1995 de exclusieve rechten op exploitatie van commerciële diensten op de RVVI toegekend te krijgen en vervolgens te behouden. 15 Jaar nadat de afspraken hierover zijn gemaakt in 'Over de wissel' zou dit recht moeten zijn beoordeeld door de Rijksoverheid. Dit zou een antwoord moeten zijn op de vraag of de destijds gemaakte keuze om de stations bij NS onder te brengen voldoende heeft bijgedragen aan de synergie tussen vervoeractiviteiten en de commerciële benutting. Het is onbekend of deze toets echter is uitgevoerd. Derhalve is niet duidelijk of en in welke mate daadwerkelijk synergie is opgetreden. In de brochure 'Samen bouwen aan betere stations', uitgebracht in 2010 onder verantwoordelijkheid van NS en ProRail, wordt door NS wel vermeld dat de mogelijkheid is gecreëerd voor decentrale overheden om

⁷⁵ Vervoerders betalen ProRail de wettelijke gebruiksvergoeding voor het gebruik van de loopverbinding voor de reizigers. Deze dienst is beschreven in de netverklaring van ProRail en wordt overeengekomen in de toegangsovereenkomst die vervoerders jaarlijks met ProRail afsluiten. ACM houdt toezicht op non-discriminatoire toegang.



commerciële activiteiten te ontwikkelen op de RVVI op regionale stations buiten de hoofdrailnetconcessie, waar NS niet meer komt, die bijdragen aan een versterking van het regionale reizigersvervoer.⁷⁶ Of dat laatste een voorwaarde is voor de mogelijkheid tot exploitatie, wordt in die brochure niet vermeld.

4.2.2 Marktstructuur en knelpunten

Het recht op exploitatie van commerciële faciliteiten, zowel binnen als buiten de RVVI, ligt op grond van de DZI exclusief bij NS. Regionale vervoerders hebben veelal geen alternatieven waar het gaat om het gebruik van stationsruimten. Mochten onderhandelingen met NS over de huur van een ruimte niet (op tijd) slagen, dan is de regionale vervoerder aangewezen op ruimtes buiten het station. In enkele gevallen zijn regionale vervoerders daadwerkelijk uitgeweken naar locaties buiten het station voor bijvoorbeeld de personeelsruimte.⁷⁷ Of locaties buiten het station als levensvatbaar alternatief kunnen worden gezien, is aan interpretatieverschillen onderhevig. Economisch gezien zouden deze alternatieven als substituten kunnen worden gezien, maar ook dat verschilt per dienst. Een personeelsruimte net buiten het station is wellicht een alternatief, maar een ruimte op een kilometer afstand niet. De plaatsing van een service-desk of informatiebalie buiten het station vormt waarschijnlijk geen voldoende substituuut voor dergelijke voorzieningen in een station.

Regionale vervoerders willen toegang tot het gebruik van ruimten op stations onder redelijke en uniforme voorwaarden voor alle vervoerders. Voor ruimtes met een commerciële functie bestaat volgens de regionale vervoerders echter een onduidelijke en moeizame toegangsregeling, ondanks de maatregelen die zijn voortgevloeid uit de evaluatie Spoorwegwetgeving die in 2009 is uitgevoerd en zijn beschreven in de bovengenoemde brochure.

Exclusief recht NS maakt het speelveld ongelijk

Naast de klacht dat het verkrijgen van toegang tot stationsruimten in zijn algemeenheid een moeizaam proces is, stoort het de regionale vervoerders dat uitsluitend NS het recht heeft de RVVI op stations te exploiteren. Op ruim honderd stations komt NS niet meer, maar heeft zij nog wel de exclusieve rechten op exploitatie. Bij biedingen op concessies voor regionale spoorlijnen heeft NS vervolgens het voordeel dat hieruit inkomsten gegenereerd kunnen worden die de exploitatie financieel kunnen helpen. Andere vervoerders hebben die mogelijkheid minder zodat een *level playing field* ontbreekt. Voor de ruim honderd stations waar NS niet meer komt bestaat sinds december 2010 de mogelijkheid voor decentrale overheden om onder voorwaarden al dan niet via regionale vervoerders commerciële voorzieningen te starten.⁷⁸ Dit geldt echter niet voor de knooppunten en/of grote stations die mede door NS-treindiensten worden bediend. Van deze mogelijkheid is door onbekendheid van de regeling en de stringente voorwaarden nog geen gebruik gemaakt. Regionale vervoerders beschouwen het exclusieve recht van NS als oneerlijke concurrentie.

Huurprijzen commerciële ruimtes

De huurprijzen van commerciële ruimten op stations verschillen per stad, per station en per locatie op het station. Deze tarieven worden niet gereguleerd. In eerdergenoemde evaluatie van de Sw gaven regionale vervoerders aan dat NS onvoldoende meewerkte aan nieuwe ontwikkelingen op regionale stations en aan het beschikbaar stellen van ruimtes voor (commerciële) activiteiten van regionale vervoerders. In het toenmalige kabinet werd afgesproken om de positie van de regionale

⁷⁶ Samen bouwen aan betere stations, Uitwerking afspraken evaluatie spoorwetgeving, ProRail en NS, december 2010, p.1.

⁷⁷ Antwoorden Arriva d.d. 1 juli 2013.

⁷⁸ Samenbouwen aan betere station, uitwerking afspraken evaluatie spoorwetgeving, ProRail en NS, december 2010, p.1.



vervoerders te versterken.⁷⁹ Daarnaast werd afgesproken dat NS op de ruim honderd stations buiten de hoofdrailnetconcessie ruimte maakt voor decentrale overheden om actief en zelfstandig commerciële activiteiten te bevorderen en te laten uitoefenen door een regionale vervoerder in opdracht van de decentrale overheid.

Er zouden mogelijkheden komen voor regionale vervoerders om:

- zich te profileren met hun eigen huisstijl op stations ('branding' met bijvoorbeeld naambordjes);
- commerciële activiteiten op de regionale stations te ontwikkelen, waaronder vervoergerelateerde en niet-vervoergerelateerde;
- andere diensten en voorzieningen te kunnen afnemen of realiseren.

Voor de laatste categorie heeft NS in 2010 het eerder genoemde *service portfolio* 'Samen bouwen aan betere stations' opgesteld om beter inzicht te geven in de voorzieningen en diensten waarvoor regionale vervoerders bij de NS terecht kunnen en welke voorwaarden daarvoor gelden. Dit is in het kabinetsstandpunt over de spoorwegwetevaluatie afgesproken. Daarin werd ook door het kabinet aangedrongen op aanvullende regelgeving om te waarborgen dat de non-discriminatoire beschikbaarheidstelling van de diensten publiekrechtelijk vast zou komen te liggen. Dit zou geregeld worden in een AMvB op grond van artikel 67 Sw die tot op heden echter nog niet tot stand is gekomen.⁸⁰

Op de internetsite van NS Stations worden op enkele stationslocaties leegstaande ruimten aangeboden.⁸¹ De huurvoorwaarden verschillen en lang niet alle stations met verhuurbare ruimtes worden weergegeven. Bovendien wordt er een niet nader verklaard onderscheid gemaakt tussen heel grote (bijvoorbeeld Amsterdam, Utrecht, Arnhem, Breda, Den Haag en Rotterdam) en kleinere stations.

Eisen aan vormgeving in de spoorbeeldgids

De decentrale overheden kunnen op ruim honderd stations buiten het hoofdrailnet zelfstandig commerciële activiteiten laten verrichten voor de symbolische vergoeding van EUR 1,- per looptijd van de regionale concessie. De regionale vervoerders kunnen dit dus niet rechtstreeks. Zij dienen hierbij bovendien te voldoen aan (ontwerp-)richtlijnen die NS stelt aan de vormgeving.

De vormgeving van de binnenruimte en bewegwijzering van het station is beschermd door het Spoorbeeld, het ontwerp- en vormgevingsbeleid van het spoor.⁸² Hierover waakt Bureau Spoorbouwmeester.⁸³ Dit is een samenwerkingsverband waarin NS en ProRail participeren. Aangegeven wordt dat bij het ontwerpen van een commerciële voorziening ontwerprichtlijnen van de spoorbeeldgids van belang zijn. Hierin worden voorschriften gesteld over kleuren, maten, en uitvoering waarin de voorziening wordt gemaakt. Daarnaast gelden nog richtlijnen uit de eerder genoemde brochure 'Samen bouwen aan betere stations' van NS met betrekking tot het NS-retailbeeld, stationsconcept en de nota basisstation.

⁷⁹ Zie kabinetsstandpunt over «Spoor in beweging» naar aanleiding van het eindrapport van de Evaluatie spoorwegwetgeving: Tweede Kamer, 2008-2009, 31 987, nr. 1.

⁸⁰ De reden hiervoor is dat besloten werd te wachten totdat de herschikkingsrichtlijn (herschikking van het 1^e spoorpakket) klaar zou zijn omdat deze aanvullende regelgeving zou bevatten voor dergelijke diensten. Op dit moment wordt deze regelgeving geïmplementeerd waarbij de ACM een uitvoerbaarheids- en handhaafbaarheidstoets uitvoert.

⁸¹ <http://www.nsstations.nl/aanbod>. Zie ook bijlage 4.

⁸² <http://www.spoorbeeld.nl>.

⁸³ <http://www.spoorbeeld.nl/bureau-spoorbouwmeester>.



Moeizame onderhandelingen en onbekendheid met brochure

Ondanks de evaluatie van de Sw in 2009 en de daarop volgende brochure 'Samen bouwen aan betere stations' klagen vervoerders dat de onderhandelingen met NS ten aanzien van personeelsruimtes (opkomst- en pauzeruimtes) op en rondom stations (nog) zeer stroef verlopen.

Veolia en Syntus merken op dat ze de brochure in het geheel niet kennen. Dit is opmerkelijk: in de brochure wordt gesteld dat de aanbieder NS en de vervoerders elkaar hierover hebben gesproken en dat bovendien op regelmatige basis gesprekken worden gevoerd over de afspraken: "*vervoerders en NS (Poort) weten elkaar goed te vinden*", zo stelt de brochure in het voorwoord.

Indien partijen besluiten een ruimte te huren, wordt in de brochure aangegeven dat een gebruikersovereenkomst dient te worden afgesloten. Tot op heden is er nog geen overeenkomst gesloten, zo blijkt uit antwoord van NS hierover.⁸⁴

In de brochure staat steeds het aantal stations genoemd waar NS niet meer komt en dat in aanmerking komt voor de commerciële exploitatie door decentrale overheden. Decentrale overheden kunnen vervolgens beslissen of ze hiervoor een regionale vervoerder inschakelen en zijn hierbij de schakel tussen NS en regionale vervoerder. Bovendien is het de vraag of deze afspraken ook gelden voor stations langs lijnen die in de nabije toekomst nog (kunnen) worden gedecentraliseerd. Het betreft in ieder geval twee lijnen in provincie Limburg (Maastricht Randwyck - Roermond en Sittard - Heerlen).

Onredelijke voorwaarden en lange procedures

Voor een aantal locaties geven de regionale vervoerders aan dat de voorwaarden voor de huur als onredelijk worden ervaren.

Een voorbeeld hiervan is de situatie op station Zwolle. Arriva verzorgt sinds december 2012 de treindiensten op de Vechtdallijnen en wilde daarvoor te Zwolle beschikken over een opkomst- en wachtruimte alsmede over kantoorruimte voor haar personeel, waarvoor zij een ruimte beoogde te huren van NS, grenzend aan het station. Een van de voorwaarden die NS stelde was dat Arriva volledig verantwoordelijk zou zijn voor alle milieuschade die niet tijdens een nulmeting was vastgesteld. Omkering van de bewijslast werd vastgelegd voor het geval Arriva meende de milieuschade niet te hebben veroorzaakt. Op basis van deze voorwaarde besloot Arriva de onderhandelingen te beëindigen en te kiezen voor een andere locatie.⁸⁵

Veolia heeft de situatie aan de hand gehad dat goedkeuring door NS voor de contractueel verplichte plaatsing van haltedisplays op bushaltes en stations van Veolia in Limburg lange tijd op zich heeft laten wachten.⁸⁶ Daarnaast diende een samenwerkingsovereenkomst te worden getekend, inhoudende dat Veolia verantwoordelijk zou zijn voor mogelijke bodemvervuiling. Bodemonderzoek naar deze mogelijke vervuiling diende Veolia zelf uit te laten voeren en te bekostigen.⁸⁷

⁸⁴ Brief NS d.d. 23 juli 2013.

⁸⁵ Brief Arriva d.d. 26 juli 2013.

⁸⁶ E-mail Veolia d.d. 29 juli 2013.

⁸⁷ E-mail Veolia d.d. 29 april 2013.



Noodzakelijke investeringen vervallen aan NS

De eigendomsstructuur van de stations, waar NS Stations eigenaar is van alle niet-transferruimten, leidt tot problemen wanneer geïnvesteerd moet worden in de voorzieningen.

Een voorbeeld hiervan is de toiletvoorziening op station Venlo. Veolia vindt deze voorziening verouderd en ontoereikend. Veolia verwacht dat de eigenaar van het gebouw de investeringen doet en dit in de huurprijs verwerkt en hierbij uitgaat van een redelijke, gangbare afschrijftermijn. Volgens Veolia wil NS echter alleen investeren op voorwaarde dat Veolia in het restant van haar concessieperiode voor de concessie Limburg deze investering terugbetaalt. De concessie van Veolia in Limburg loopt tot en met 2016.⁸⁸

4.2.3 Marktontwikkeling

Als gevolg van de evaluatie en voornoemde brochure is een aantal zaken veranderd. Op meerdere *dedicated* stations heeft de NS-huisstijl in de transferruimtes plaatsgemaakt voor profilering van andere vervoerders, conform de afspraken uit de brochure. Op de gevel buiten de transferruimte blijft altijd het NS logo hangen, zo is opgenomen in de brochure. Hierdoor hebben enkele gedeelde stations zowel een NS-huisstijl als een regionale vervoerderhuisstijl.

Naast de afspraak die leidde tot de brochure 'Samen bouwen aan betere stations' werd na de evaluatie Spoorwetgeving afgesproken een AMvB op te stellen waarin non-discriminatoire toegang tot stationsdiensten zou worden vastgelegd. Met de uitvoering van deze afspraak werd echter gewacht, omdat de Europese Commissie een herziening van het 1^e EU Spoorpakket in gang had gezet. Deze herziening, ook wel herschikking of Recast genoemd, kijkt expliciet naar toegang tot voorzieningen en de levering van diensten daarin en om hierop aan te sluiten werd besloten te wachten met nieuwe wetgeving. In december 2012 is een nieuwe Europese Richtlijn⁸⁹ aangenomen waarvan het concept wetsvoorstel in het najaar 2013 is te verwachten en die in juni 2015 moet zijn geïmplementeerd in de Nederlandse wet.

In haar brief aan de Tweede kamer stelt de Staatssecretaris over deze implementatie het volgende:

“Met de implementatie zal op een aantal punten duidelijk scherpere voorwaarden worden gesteld aan de non-discriminatoire toegang voor vervoerders tot voorzieningen en leveringen van diensten. Dit betreft ook voorzieningen op stations, zoals bijvoorbeeld de stationsgebouwen en andere voorzieningen op stations, met inbegrip van de weergave van reisinformatie en passende locaties voor diensten in verband met kaartverkoop. De aanscherping betreft in het bijzonder de verplichting voor de exploitanten van de betreffende voorzieningen om deze voor alle vervoerders die hiervan gebruik willen maken ter beschikking te stellen tegen transparante en non-discriminatoire voorwaarden, waarbij de gehanteerde tarieven niet hoger mogen zijn dan de kostprijs, vermeerderd met een redelijke winst.”⁹⁰

Naar verwachting zal de tekst van de Sw op dit punt in het najaar van 2013 worden aangepast. De AMvB op grond van artikel 68 Sw zal naar verwachting eind 2013 volgen.

⁸⁸ E-mail Veolia d.d. 29 april 2013.

⁸⁹ Richtlijn 2012/34/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 november 2012 tot instelling van één Europese Spoorwegruimte (herschikking).

⁹⁰ Brief over visie op eigendom en beheer stations, d.d. 29 mei 2013 met kenmerk IENM/BSK-2013/100627.



4.2.4 Beoordeling

Het verlenen van toegang tot stations ten behoeve van de commerciële exploitatie daarvan is een dienst die NS Stations levert aan NS Reizigers en aan de regionale vervoerders. Het betreft verschillende voor de exploitatie benodigde ruimten voor kaartverkoop (loketten en automaten), voor dienstverlening aan de reizigers, voor informatievoorziening, voor marketing/promotie en voor kantoor- en personeelsruimte. Of deze dienstverlening in den brede valt onder de reikwijdte van artikel 67 Sw is afhankelijk van de definitie van de betreffende dienst. In Annex II, onderdeel 2, sub c van Richtlijn 2001/14/EG is het onderdeel 'passagiersstations, de gebouwen en andere voorzieningen daarvan' opgenomen. Bij AMvB op grond van artikel 68 Sw had deze ruime omschrijving verbijzonderd kunnen worden. De vragen: "welke ruimten?" "welke gebouwen?" "voor welke activiteiten?" lenen zich bij uitstek voor regeling in de AMvB. Daarbij dient de regeling ook te worden verbijzonderd naar de Nederlandse situatie. Door verplichte deelname aan het OV-chipkaartsysteem moeten vervoerders bijvoorbeeld ook incheckpaaltjes kunnen plaatsen, op zodanige manier dat passagiers – zeker in geval van een korte overstaptijd – kunnen uitchecken bij NS en inchecken bij een andere vervoerder.

Marktmacht

De verzelfstandiging van NS en de scheiding van infrastructuur en exploitatie heeft ertoe geleid dat NS Stations als enige juridische en economisch eigenaar is van stationsruimten (van de RVVI is de Railinfratrust de juridische eigenaar) en deze verhuurt aan NS Reizigers en aan de regionale vervoerders. Op grond van de DZI ligt het recht op exploitatie van commerciële faciliteiten exclusief bij NS. Hierdoor heeft NS aanzienlijke marktmacht gekregen. Regionale vervoerders hebben veelal geen alternatieven waar het gaat om het gebruik van stationsruimten, waardoor NS zich grotendeels onafhankelijk van de regionale vervoerders kan gedragen. Zoals gezegd bestaat er wel de mogelijkheid om via de decentrale overheden commerciële diensten te exploiteren op de ruim honderd stations waar NS niet meer komt. Ingevolge artikel 67 Sw is NS, als enige aanbieder, verplicht om toegang te verlenen aan de regionale vervoerders tot de overige stations onder kostengeoriënteerde en non-discriminatoire tarieven, tenzij een reëel alternatief voor hen voorhanden is. De mate waarin locaties buiten het station een reëel alternatief vormen is afhankelijk van de omstandigheden. Soms zal het gaan om een onvolwaardig substituut voor een locatie op het station, gelet op het belang van de locatie voor de exploitatie van de vervoerder, en dus niet om een reëel alternatief.

Knelpunten

De positie van NS leidt tot knelpunten voor de regionale vervoerders. Zij ervaren deze knelpunten met name daar waar het gaat om het verkrijgen van toegang tot stations en de exploitatie van commerciële voorzieningen. Deze problemen doen zich zowel voor op stations waar ook NS halteert, als op stations waar NS niet langer halteert buiten de hoofdrailnetconcessie. Op stations waar zowel NS als de regionale vervoerder halteren heeft NS de prikkel om zichzelf te bevoordelen ten opzichte van regionale vervoerders. Er bestaan daartoe ook diverse mogelijkheden, zonder dat daarmee gezegd is dat NS deze mogelijkheden daadwerkelijk gebruikt. NS kan regionale vervoerders bijvoorbeeld hogere tarieven in rekening brengen dan zichzelf of strenge voorwaarden stellen aan het ter beschikking stellen van commerciële ruimte, bijvoorbeeld voor verkoopautomaten, servicebalies en medewerkersruimten. Op stations waar NS niet langer halteert heeft NS in potentie de prikkel de toegang moeilijker te maken. Het exploitatierecht kan voor het symbolische bedrag van EUR 1, - worden overgedragen, maar het voldoen aan de vereisten die hiermee gepaard gaan werkt belemmerend. Vervoerders zijn bovendien niet bekend met de brochure. Daarnaast dienen de decentrale overheden als schakel tussen NS en de regionale vervoerders op dit punt. Hierbij dient



wel opgemerkt te worden dat een (groot) deel van de stations waar NS niet langer gebruik van maakt slechts fungeert als halte en bijna geen commerciële voorzieningen heeft.⁹¹

Als 'rechthebbende' dient NS op grond van artikel 67 Sw toegang tot stations te verlenen tegen een *redelijk aanbod*, tegen *kostengeoriënteerde prijzen* en *onder voorwaarden die de mededinging niet beperken*. Daarnaast dient NS zich te onthouden van iedere vorm van discriminatie. Deze verplichtingen gelden alleen wanneer de toegang tot stations en stationsonderdelen onder artikel 67 Sw geschaard kunnen worden en indien er geen redelijke alternatieven voorhanden zijn.

Bevoegdheden ACM

ACM constateert op grond van het bovenstaande dat de knelpunten, zoals geduid in de evaluatie Spoorwegwetgeving, nog niet voldoende zijn opgelost. De vraag is in hoeverre ACM de bevoegdheden en daaruit voortvloeiende mogelijkheden heeft om deze knelpunten effectief op te lossen. Dat artikel 67 Sw van toepassing kan zijn op deze diensten resulteert in een bevoegdheid van ACM om ambtshalve of op aanvraag een handhavend onderzoek te doen naar de naleving door NS van de bepaling in artikel 67 Sw. Daarbij dienen de op grond van artikel 67 Sw geldende voorwaarden te worden onderzocht. Dat hier concrete gedragsnormen ontbreken leidt echter tot ineffectief toezicht; deze normen moeten immers voorzienbaar en kenbaar zijn alvorens handhaving kan plaatsvinden. De formulering van normen door de wetgever is zodanig vaag dat deze in hun huidige vorm weinig houvast bieden om de in deze marktscan geconstateerde knelpunten op te lossen. De combinatie met het grote aantal locaties waar zich mogelijk problemen (zullen) voordoen, maakt dat de voorkeur van ACM uitgaat naar een uniforme regeling voor alle locaties.

De inspanningen van de ACM om op basis van *ex post*-toezicht per locatie onderzoek te doen en tot een oplossing te komen, lijken daarmee onevenredig groot. ACM is van mening dat dit niet zal leiden tot een oplossing.

Toekomstige regelgeving

In de herschikkingsrichtlijn is in Annex II, onderdeel 2, sub a opgenomen: 'passagiersstations, de gebouwen en andere voorzieningen daarvan, met inbegrip van de weergave van reisinformatie en passende locaties voor diensten in verband met kaartverkoop'. Daarmee komt het definitievraagstuk voor een aantal voorzieningen te vervallen, zodat het huidige artikel 67 Sw⁹² in ieder geval van toepassing zal zijn.

Bovendien is in de herschikkingsrichtlijn de verplichting opgenomen om voorzieningen die langer dan twee jaar niet worden gebruikt door de rechthebbende, te verhuren (*use it or lease it*), tenzij er een bestaand reconversieplan voor de voorziening bestaat. Ook dient de rechthebbende (NS) op grond van deze richtlijn gemotiveerd aan te geven welke levensvatbare alternatieven er zijn in andere voorzieningen wanneer deze weigert toegang te verlenen. Bovendien moet de rechthebbende, indien deze een machtspositie op een vervoermarkt bezit, voorzieningen organisatorisch afsplitsen. De implementatie op wetsniveau wordt in het najaar van 2013 ingediend; de mogelijkheid om een AMvB op grond van artikel 67 - zoals verwoord in artikel 68 Sw - op te stellen volgt in een later stadium.

Andere oplossingsrichtingen

Het implementeren van voornoemde verplichtingen zoals opgenomen in de herschikkingsrichtlijn, is het minimum dat juridisch gezien de komende jaren moet gebeuren. Mogelijk zijn andere vormen van interventie op basis van de beoordelingsmatrix (opgenomen in het beoordelingskader) daarom mede

⁹¹ Van de 119 stations waar NS niet halteert zijn er 36 geen halte maar een basisstation.

⁹² Het toekomstige artikelnummer is uiteraard afhankelijk van de implementatie van Richtlijn 2012/34/EU.



aangewezen, afhankelijk van verwachte negatieve economische gevolgen. Hierbij spelen de volgende aspecten een rol:

- De marktmacht van NS op stations is langdurig (eigendom).
- De relatie met regionale vervoerders is langdurig (vijf tot acht jaar, afhankelijk van de verleende concessies).
- Er is een voortdurende prikkel en gelegenheid voor NS om strategisch gedrag te vertonen met behulp van tarieven en toegangsvoorwaarden.
- De gelegenheid tot strategisch gedrag doet zich meermaals voor vanwege het grote aantal activiteiten waarvoor toegang kan of moet worden gevraagd.
- Er kan bij de toegang ook ander strategisch gedrag worden vertoond, bijvoorbeeld met betrekking tot het plaatsen van incheckpaaltjes voor OV-chipkaartgebruik.

Deze factoren in samenhang beschouwd, dragen bij aan een ongelijke verdeling van de (onderhandelings)markt, de economische gevolgen zijn groot. Een organisatorische oplossing is het meest voor de hand liggend. Dit houdt in afsplitsing van de monopolist. Voor wat betreft het aspect van de tarieven die in rekening worden gebracht, is tariefregulering een oplossing.

Gelet op het bovenstaande komt ACM tot de volgende alternatieve oplossingsrichtingen:

Alternatief 1

- Implementatie van de herschikkingsrichtlijn zoals voorgesteld in de brief aan de Tweede Kamer van 29 mei 2013.
Hierin wordt geregeld dat ACM toezicht houdt op de non-discriminatoire toegang tot commerciële voorzieningen en hiermee samengaande diensten. Aanvullend zij hier opgemerkt dat *ex ante*-regulering van de toegangsprijs en de kosten die voortvloeien uit de voorwaarden die worden gesteld is gewenst: het zijn vooral de kosten die zich doorgaans lenen voor mededingingsbeperkend gedrag. Het verdient dan ook sterk aanbeveling om de wijze waarop de kostprijs moet worden vastgesteld, wordt vastgelegd en vooraf wordt gereguleerd. ACM heeft momenteel niet de bevoegdheid om hierop toe te zien en dit zou een aanvulling zijn op de vigerende wetgeving.
- Wijs toegang tot stations in de AMvB bij de Sw aan als benodigde dienst voor het uitvoeren van spoorvervoer, expliciteer de diverse diensten die worden verstaan onder 'toegang tot stations' en benoem voor welke activiteiten toegang moet worden verleend.
- De rechthebbende is vervolgens verplicht om toegang te verlenen tot deze diensten onder non-discriminatoire, transparante en kostengeoriënteerde tarieven.

Alternatief 2

- Afsplitsing van alle stations, of;
- Afsplitsing van de stations waar regionale vervoerders halteren (inclusief samenloopstations), of;
- Afsplitsing van de stations waar NS niet meer halteert (exclusief samenloopstations), met een regeling voor de samenloopstations, of;
- Afsplitsing van stations waar zich de gesignaleerde problemen voordoen,⁹³ waarbij afsplitsing van NS kan geschieden door middel van onteigening, langdurige verpachting of langdurige verhuur aan een neutrale partij dan wel door deze onder te brengen in een onafhankelijke entiteit (ProRail/decentrale aanbestedende overheid) of binnen NS organisatorisch of minimaal boekhoudkundig af te scheiden. Dit verbetert de structuur van de markt en voorkomt dat NS nu of in de toekomst de stations strategisch kan inzetten voor het winnen van concessies.

⁹³ Het gaat om 119 stations waar NS niet halteert, waarvan er 36 niet enkel een halte zijn. Dit zijn ook de stations op knooppunten waar meerdere vervoerders halteren zoals Zwolle, Amersfoort, Groningen e.d.



Alternatief 3

- Laat de diensten op het station per station en per dienst in een “netverklaring” aanbieden door de rechthebbende zodat duidelijk is welke dienst tegen welk tarief te koop is. Introduceer daarbij een wettelijke regeling op grond waarvan ACM toezicht kan houden op een netverklaring waarin deze dienst is beschreven. Zie bijvoorbeeld de hieronder uiteen gezette situatie in Duitsland.

Voorbeeld van de situatie in Duitsland

De hoofdspoorweginfrastructuur in Duitsland wordt beheerd door ‘DB Netze’, de toegang tot stations (5400 in totaal) en de voorzieningen op stations worden beheerd door ‘DB Stations und Services’. Beide bedrijven zijn ondergebracht in de holding DB AG. DB Netze rekent als beheerder (zoals ProRail) de gebruiksvergoeding voor de capaciteit op het spoor en ‘DB Stations und Services’ rekent als beheerder de kosten basisvoorzieningen voor het gebruik van stations (reizigers/transfervoorzieningen). Alle diensten en de voorwaarden voor toegang zijn opgenomen in een soort netverklaring: ‘Infrastructure Usage conditions passenger stations (INBP)’. De Bundesnetzagentur is de toezichthouder en ziet op de juistheid van de inhoud van het document toe.

Er zijn basisvoorzieningen en extra voorzieningen op stations. Vervoerders moeten een gebruiksovereenkomst afsluiten op basis van algemene voorwaarden. Hierin staat opgenomen welke diensten worden aangeboden tegen welke voorwaarden en kosten.

De stations zijn ingedeeld in verschillende prijscategorieën afhankelijk van de grootte en het voorzieningen niveau. Bij basisvoorzieningen moet worden gedacht aan transfer, fietsenstallingen, toiletten, informatiesystemen (hardware), reisinformatie en dienstregeling informatie (klapborden, LCD-schermen en vertrekstaten). De vervoerders betalen per station per stop gebruiksvergoeding aan ‘DB Stations und Services’.

‘DB Stations und Services’ stelt ook ruimte beschikbaar voor vervoerders voor informatiedoeleinden, vloeroppervlakte voor ticketmachines en stempelautomaten/check-in/check-out paaltjes. Hiervoor moeten wel aparte afspraken worden gemaakt en vastgelegd met de dagelijkse beheerder van het betreffende station.

Daarnaast worden extra voorzieningen aangeboden die niet zijn inbegrepen in het basisvoorzieningen niveau. Het gaat dan bijvoorbeeld om rangeerdiensten en technische bijstand. Deze diensten zijn op aanvraag beschikbaar.

56/84

4.3 Verdeling van kaartopbrengsten door NS (MidT)

4.3.1 Algemene omschrijving

Opbrengsten uit papieren kaartverkoop (75% van de kaartjes in 2013⁹⁴) worden door NS verdeeld onder de regionale vervoerders op basis van de methodiek MidT. Hierbij worden steekproefmetingen in treinen gebruikt om tot een verdeling van de kaartopbrengst te komen. Dat NS degene is die MidT uitvoert is historisch zo gegroeid: voor de verzelfstandiging gebruikte NS een dergelijke dienst al om reizigersbewegingen en omzet te analyseren. NS heeft dit op verzoek van het Ministerie van IenM na de verzelfstandiging doorgezet.

NS is verantwoordelijk voor de verdeling van opbrengsten van de papieren kaartjes onder regionale vervoerders. Om die reden wordt de verdeling gezien als een dienst geleverd door NS. Contractueel wordt deze dienst gesplitst in (1) de uitvoering van metingen in de trein en de statistische verwerking

⁹⁴ Zie ook 4.4.1.



van deze metingen om tot een verdeelsleutel te komen en (2) de daadwerkelijke verdelingen van de gelden. De opbrengsten van kaartverkoop komen in beginsel altijd eerst bij NS terecht: wanneer regionale vervoerders vervoersbewijzen naar alle stations in Nederland willen verkopen, verleent NS haar medewerking door het leveren van kaartautomaten, de zogenoemde Ticket Vending Machines (TVM). Deze zijn door de concessieverleners verplicht gesteld voor alle vervoerders.⁹⁵ Regionale vervoerders zijn in het huidige systeem van opbrengstenverdeling afhankelijk van NS voor het verkrijgen van de hun toekomstige inkomsten uit papieren kaartverkoop.

Daarnaast valt binnen de opbrengstenverdeling nog een derde dienst te onderscheiden: NS-personeel en hun directe familieleden kunnen gebruik maken van bepaalde reisfaciliteiten, zoals vastgelegd in hun arbeidscontract. NS heeft met andere vervoerders overeenkomsten gesloten om haar personeel bij deze vervoerders dezelfde reisfaciliteiten te kunnen laten genieten als bij NS.

Regionale vervoerders ontvangen voor deze vervoersdiensten een vergoeding. NS bepaalt de hoogte van deze vergoeding op basis van MidT.

NS is verantwoordelijk voor de uitvoering van MidT, ontvangt de opbrengsten van kaartverkoop en verdeelt deze gelden vervolgens op basis van MidT. Voor de diensten die NS levert betalen de regionale vervoerders een vaste vergoeding per jaar, welke vastgelegd is in een overeenkomst. In deze overeenkomsten is de splitsing gemaakt tussen een vergoeding voor het verrichten van metingen en een vergoeding voor het verdelen van de opbrengsten. Voor de vervoersfaciliteiten van NS personeel zijn aparte overeenkomsten gesloten.

MidT is van toepassing op de volgende vervoersbewijzen:

- Trajectgebonden vervoerbewijzen (papieren kaarten waaronder enkele reizen, retourreizen en trajectabonnementen);
- Niet-trajectgebonden vervoerbewijzen (alle vervoersbewijzen waarvan de herkomst en bestemming niet gespecificeerd zijn zoals de OV-jaarkaart, netkaarten en internationale vervoerbewijzen);
- Studenten-OV-jaarkaart (tot 2011);
- Voordeelurenabonnementen;
- Honden- en fietskaarten;
- Vervoerfaciliteiten NS personeel.

Opbrengsten uit reizen met de OV-chipkaart worden niet met behulp van MidT verdeeld, noch ligt de verantwoordelijkheid voor de verdeling van de opbrengsten bij NS. Voor het verdelen van opbrengsten uit niet-trajectgebonden vervoersbewijzen is MidT de enige verdeelmethode. Hoewel de opbrengstenverdeling van trajectgebonden vervoersbewijzen eenvoudiger is omdat nauwkeurige informatie beschikbaar is over begin- en eindpunt van de treinreis, is MidT vanwege de verschillende mogelijke routes en vervoerders ook hiervoor relevant. Reizigers kunnen hun reis van A naar B afleggen over meerdere trajecten, gebruikmakend van verschillende vervoerders, zonder dat hun route te herleiden is op basis van het treinkaartje.

MidT wordt primair toegepast voor het berekenen van het aantal reizigerskilometers per treinserie per kaartsoort. Hiervoor worden de resultaten van steekproefmetingen die plaatsvinden in treinen gecombineerd met het totale aantal reizen per baanvak (verkochte kaartjes met bekend begin- en

⁹⁵ Artikel 18, zevende lid HRN-concessie; zie ook: *Markscan Personenvervoer per spoor*, NMA, september 2011, p. 40.



eindpunt), waarna de applicatie TRANS⁹⁶ vaststelt hoe de opbrengsten verdeeld worden. Het aantal verkochte ERET-vervoersbewijzen⁹⁷ en trajectabonnementen (trajectgebonden) dienen hierbij als verdeelsleutel voor de opbrengsten uit niet-trajectgebonden vervoersbewijzen⁹⁸.

4.3.2 Marktstructuur en knelpunten

ACM constateert dat voor de dienst MidT momenteel geen alternatief voorhanden is. Op grond van artikel 32a Wp2000 en 35a Bp 2000 is in de concessies van alle regionale vervoerders de verplichting opgenomen om alle kaartsoorten van NS te accepteren tot de volledige invoering van de OV-chipkaart. Uiteindelijk wil men naar een systeem zonder papieren vervoersbewijzen waarbij al het reisgedrag in kaart kan worden gebracht door het gebruik van de OV-chipkaart. Zolang nog niet volledig is overgestapt op de OV-chipkaart blijft een verdeelmethodiek zoals MidT noodzakelijk. Het is niet bekend wanneer deze worden afgeschaft. Voornamelijk gaat het om de meerderheid van de verkochte vervoerbewijzen.

Voor de uitvoering van de steekproefmetingen dan wel voor het vaststellen van een verdeelsleutel zijn echter concrete alternatieven denkbaar. Ook is het niet noodzakelijk dat de metingen en verwerkingen van deze data uitgevoerd worden door NS. Een externe (onafhankelijke) instantie zou dit kunnen overnemen, zoals bij de verdeling van de opbrengsten uit Studenten OV-chipkaart. Deze verdeling wordt bepaald door onderzoeksbureaus Panteia/NEA en Significance. Volgens regionale vervoerders worden opbrengsten uit studentenreizen eerder verdeeld nu daarvoor niet het MidT-systeem wordt gebruikt, maar het alternatieve systeem dat is afgesproken met het Ministerie van OC&W.⁹⁹

Voor de machtspositie van NS ten aanzien van het verdelen van de opbrengst maakt het echter geen verschil wanneer het daadwerkelijke meten door een externe partij of nieuwe toetreders uitgevoerd zou worden. Zolang immers in Nederland nog papieren vervoersbewijzen kunnen worden gebruikt en vanuit de concessies (vrijwel) alle kaartjes eerst via NS worden verkocht, zijn regionale vervoerders afhankelijk van deze dienst voor hun inkomsten. Dit maakt dat de vraag naar deze dienst gegarandeerd is en er weinig reactie op prijsstijging plaatsvindt. Bovendien ontvangt NS per verkocht papieren kaartje een fee.

Een door NS genoemd alternatief¹⁰⁰ is dat verdeelsleutels in gezamenlijkheid worden vastgesteld en de verdeling van reizigersopbrengsten wordt uitgevoerd door TLS of een omgevormd TLS. Volgens NS staat het vervoerders vrij een vaste verdeelsleutel af te spreken en af te zien van de methodiek MidT.

⁹⁶ TRANS is een software applicatie, in 2000/2001 ontwikkeld door onderzoeksbureau QQQ in opdracht van NS en RailNed. Het programma verdeelt gemaakte reizen over baanvakken en lijnen.

⁹⁷ ERET staat voor enkele reis en retour ticket. Dit zijn papieren treinkaartjes waarbij de herkomst en bestemming bekend zijn. Zie: NMa, *Rapportage van bevindingen Meten in de Trein*, zaaknr. 103893/31, p.9.

⁹⁸ Onder niet-trajectgebonden vervoersbewijzen worden verstaan alle vervoersbewijzen waarvan de herkomst en bestemming niet gespecificeerd zijn. Een voorbeeld hiervan is een OV-maand- of jaarkaart.

⁹⁹ Antwoorden Arriva en Veolia d.d. 1 juli 2013.

¹⁰⁰ Brief NS d.d. 25 juni 2013.



Onderhandelingen

De regionale vervoerders geven aan dat onderhandelingen met NS over de verdeling van de reizigersopbrengsten erg moeilijk verlopen. NS verdeelt de opbrengsten; het niet sluiten van een contract betekent voor de regionale vervoerders dat zij geen inkomsten hebben. Prijzen en voorwaarden zijn hierin niet onderhandelbaar.¹⁰¹

Methodiek is niet transparant

De MidT-methodiek en met name de inputvariabelen van softwareapplicatie TRANS vinden de vervoerders niet transparant.¹⁰² Panteia/NEA heeft naar aanleiding van onderzoek in 2011 geconcludeerd dat MidT een onbetrouwbare methode is voor het verdelen van de reizigersopbrengsten en dat hiervan een te groot deel aan NS wordt toebedeeld.¹⁰³ Dit draagt niet bij aan het vertrouwen van de regionale vervoerders omtrent de methodiek. Bovendien hebben vervoerders om deze reden het contract voor MidT opgezegd en de verdeelsleutel tijdelijk bevroren.

Regionale vervoerders willen enerzijds dat er een nieuwe verdeelmethodiek wordt afgesproken die in hun ogen betrouwbaarder is. De verdeelsleutel op basis van het eerdergenoemde onderzoek geldt hier als voorbeeld. Anderzijds eisen regionale vervoerders een correctieafrekening over alle jaren waarin zij te weinig opbrengsten toebedeeld hebben gekregen. Hierover is nog geen overeenstemming bereikt,

59/84

In dit kader constateert ACM dat TRANS sinds haar ontwikkeling in 2001 nooit is aangepast terwijl de functionaliteit wel is veranderd: TRANS is oorspronkelijk ontwikkeld voor intern gebruik door NS maar wordt tegenwoordig gebruikt voor de verdeling van reizigersopbrengsten onder vijf vervoerders.

Samenloop met andere diensten

Naast de afwikkeling van de inkomstenverdeling verschaft deze dienst NS ook informatie over de omzet die wordt behaald per traject. Dit geeft NS kennis over de markt die regionale vervoerders niet ter beschikking hebben en die NS kan aanwenden bij het bieden op regionale concessies.

Daarnaast speelt er samenloop met de verplichting te beschikken over TVM's van NS. De wijze waarop routes voor de treinreiziger in de TVM's zijn aangegeven kan gevolgen hebben voor de inkomsten van regionale vervoerders via MidT: wanneer een reiziger een "via"-station moet invoeren om een Arriva-kaartje te kunnen kopen, is dat niet vanzelfsprekend voor de reiziger. Op deze wijze lopen de regionale vervoerders inkomsten mis omdat de inkomsten via het NS-kaartje anders worden beoordeeld. Dit klemmt temeer nu NS-kaartjes geaccepteerd moeten worden door de regionale vervoerders. Op dit punt lijkt echter inmiddels verbetering op te treden.¹⁰⁴

4.3.3 Marktontwikkeling

Sinds 2011 vindt de verdeling van de Studenten OV-kaartopbrengsten plaats op basis van een contract met het Ministerie van OC&W. Twee externe partijen (Panteia/NEA en Significance) bepalen

¹⁰¹ Antwoorden van de regionale vervoerders naar aanleiding van eerste vragenronde.

¹⁰² Dit volgt ook uit de Rapportage van bevindingen *Meten in de Trein*, NMa, nr:103893/31, p.16.

¹⁰³ Antwoorden Arriva en Veolia d.d. 1 juli 2013.

¹⁰⁴ Antwoorden Arriva d.d. 26 juli 2013.



de verdeling van deze inkomsten. Dit heeft ertoe geleid dat regionale vervoerders EUR 17 miljoen meer inkomsten hebben gekregen in de periode 2011-2013 dan in de periode daarvoor.¹⁰⁵

Daarnaast zijn sinds januari 2012, zoals hierboven reeds is aangegeven, de contracten met NS voor MidT door de regionale vervoerders opgezegd.

4.3.4 Beoordeling

De MidT-methodiek betreft een dienst waarbij steekproefmetingen in treinen worden uitgevoerd in opdracht van NS en waarvan de uitkomsten vervolgens gebruikt worden om tot een verdeling van de kaartopbrengst te komen. NS is hiervoor verantwoordelijk. Deze twee diensten, het meten van het gebruik en de opbrengstverdeling, zijn niet aangewezen als bijkomende dienst of voorziening in de zin van artikel 67 Sw; ze zijn niet te scharen onder Annex II van de Richtlijn 2001/14/EG.

Marktmacht

De opbrengst van kaartverkoop voor de OV-chipkaart wordt door TLS verdeeld over de vervoerders, voor de verkoop van papieren kaartjes wordt de opbrengstverdeling door NS uitgevoerd. Als houder van de HRN-concessie heeft NS te maken met (bijna) alle regionale spoorvervoerders. Daarnaast is het vanuit historisch oogpunt NS die het meten van reizigersbewegingen uitvoert. Met het oog op het verdelen van de inkomsten over de diverse vervoerders heeft NS een machtspositie. De vertraging die NS heeft opgelopen met de invoering van de OV-chipkaart draagt in sterke mate bij aan het in stand houden van die positie.

Knelpunten

Centraal bij de geconstateerde problemen ten aanzien van MidT staan twee diensten; de meetdienst en de verdeling van inkomsten. Zoals vervoerders hebben aangegeven kan de meetdienst worden vervangen door het afspreken van vaste verdeelsleutels, maar zij geven daarbij wel aan dat zij het idee hebben niet alle opbrengsten te krijgen waar zij recht op hebben. In die zin zijn vervoerders dus niet strikt afhankelijk van NS, maar heeft dit alternatief mogelijk nadelen in de zin van gedeelde inkomsten. Ten aanzien van de opbrengstverdeling van papieren kaartjes zijn vervoerders wel volledig afhankelijk van NS. Alle verkoop van papieren kaartjes geschiedt via verkoopautomaten van NS of ticketprinters die eigendom zijn van NS. Deze afhankelijkheid van NS geeft NS dusdanig veel onderhandelingsmacht dat vervoerders weinig invloed kunnen uitoefenen op de met NS afgesproken tarieven en voorwaarden. Vervoerders geven bijvoorbeeld aan dat contracten niet onderhandelbaar zijn. Zonder deze contracten kunnen zij geen aanspraak maken op hun deel van de opbrengsten.

Bevoegdheden ACM

Er is geen norm uit de Sw die voornoemde problemen kan oplossen: opbrengstverdeling uit kaartverkoop is in ieder geval niet aangewezen als BDV, noch in Richtlijn 2011/14/EG, noch bij of krachtens de Sw. Toezicht door ACM op grond van de Mw is welhaast onmogelijk omdat de prikkel tot strategisch gedrag (bijvoorbeeld ten aanzien van de invoer van reizigersaantallen, de wijze van toerekening) zich dagelijks voordoet. Als een overtreding van artikel 24 Mw zou worden geconstateerd, dan kan het systeem worden hersteld met een last onder dwangsom of bindende aanwijzing.

Oplossingsrichtingen

Gelet op de mogelijk forse negatieve economische gevolgen die de huidige situatie in zich herbergt, is een structurele oplossing aangewezen. Hieraan ligt ten grondslag dat sprake is van een langdurige

¹⁰⁵ Antwoorden Arriva d.d. 1 juli 2013.



relatie (hoewel de OV-chipkaart een groot deel van het probleem zal wegnemen, zal mogelijk opbrengstverdeling noodzakelijk blijven op samenloopbaanvakken). Daarnaast heeft NS een strategisch voordeel omdat zij bedrijfsgevoelige informatie kan inzien van concurrenten hetgeen haar een concurrentievoordeel geeft bij aanbestedingen. Bovendien kan NS eenzijdig voorwaarden stellen en is NS alleen verantwoordelijk voor de relatie met de bedrijven die de tellingen verrichten. Tot slot zijn er dermate veel gelegenheden voor strategisch gedrag (steeds bij invoering volumes in systeem, steeds bij vaststellen verdeelsleutels, steeds bij daadwerkelijke verdeling) dat toezicht op permanente basis zou moeten plaatsvinden.

Bij de volledige introductie van de OV-chipkaart zal het probleem grotendeels verdwijnen. Totdat volledig is overgegaan op de OV-chipkaart zullen opbrengsten verdeeld kunnen worden volgens de methode van opbrengstverdeling zoals nu gebruikelijk voor de Studenten OV-chipkaart. De daarbij betrokken partijen hebben hiertoe een contract afgesloten met het Ministerie van OCW. Dezelfde partijen kan worden gevraagd de inkomstenverdeling voor papieren kaartjes uit te voeren. Hiermee wordt niet alleen de betrokkenheid van NS teruggebracht, maar zal ook de informatie over reisbewegingen bij NS weggehaald worden. Het is echter nog niet bekend wanneer dit zal gaan gebeuren.

Hierbij is het volgende van belang. Niet bekend is wie de finale beslissing zal nemen over de afschaffing van genoemde kaartsoorten. Zolang deze worden gehanteerd, blijft een systeem van opbrengstverdeling nodig. Een oplossing hiervoor is dat de verplichting om NS-kaartsoorten te accepteren op grond van artikel 35a Bp 2000 komt te vervallen. Daarnaast zou één nationaal platform voor concessie-overstijgende kaartsoorten opgericht moeten worden; de landelijk dekkende kaartsoorten dienen niet eenzijdig door één van de markspelers te worden geïntroduceerd. Na de volledige invoering van de OV-chipkaart komt verdeling volledig bij TLS te liggen.

NS heeft in haar zienswijze aangegeven dat recentelijk – gezamenlijk met alle regionale vervoerders – een nieuwe verdeelmethode is uitgewerkt (EOS) die het probleem van de “niet direct toewijsbare opbrengsten” zal oplossen. Volgens NS zal daarmee de opbrengstverdeling binnen afzienbare tijd buiten NS zijn belegd, hetgeen in lijn is met de aanbevelingen van ACM.¹⁰⁶ Dit lost echter het huidige probleem met de papieren kaartjes en de opbrengstverdeling met behulp van MidT niet op.

4.4 Gedwongen winkelnering NS-diensten

4.4.1 Ticket Vending Machines en overige kaartverkoop

Algemene omschrijving

Nadat regionale concessieverleners contracten hadden gegund aan nieuwe toetreders tot het spoor zijn regionale vervoerders en NS overeenkomsten aangegaan betreffende de kaartverkoop.¹⁰⁷ Deze overeenkomsten zijn opgelegd op grond van de Wp 2000 en vanuit de concessieovereenkomsten: om reizigers niet te belasten met de noodzaak aparte vervoersbewijzen voor de verschillende vervoerders aan te schaffen, is overeengekomen dat de NS-tarieven en het -kaartassortiment ook gelden bij de andere vervoerders.¹⁰⁸ Daarnaast zijn de vervoerders overeengekomen dat de kaartautomaten en stempelpalen van NS op alle stations beschikbaar blijven. NS is verantwoordelijk voor de instandhouding, het onderhoud en de financiering van de kaartautomaten op stations waar in

¹⁰⁶ Brief NS d.d. 12 september 2013, p. 3/5.

¹⁰⁷ Bijvoorbeeld: Specifieke Overeenkomst Limburg 2006-005 NS Vervoerbewijzen regionale treindiensten Limburg, december 2005 (Veolia).

¹⁰⁸ Dit geldt ook voor internationale treintickets waarvoor NS met buitenlandse vervoerders afspraken heeft gemaakt.



plaats van NS overige vervoerders halteren en ontvangt hiervoor een vaste jaarvergoeding (à EUR 21.750)¹⁰⁹. Bijkomend betalen afnemers NS een variabele vergoeding per verkocht kaartje (EUR 0,1275)¹¹⁰. Voor het plaatsen en verwijderen van automaten, met of zonderabri, het aanpassen van programmatuur en hulpmiddelen worden extra kosten overeengekomen.¹¹¹

Marktstructuur en knelpunten

Kaartautomaten zijn in principe in de markt verkrijgbaar. Dit houdt in dat voor het verkopen van kaartjes vervoerders niet noodzakelijkerwijs afhankelijk zijn van NS-automaten. Daar staat tegenover dat het NS-systeem het enige nationale (papieren) kaartsysteem is. Dit volgt uit hetgeen in de Wp 2000 en in de concessieafspraken is bepaald: NS-vervoersbewijzen zijn ook geldig in treinstellen van andere vervoerders. Daarnaast accepteert NS geen andere vervoersbewijzen. Dit heeft tot gevolg dat de kaartautomaat op een station NS-kaartjes moet uitgeven. Een NS-automaat lijkt daarmee alsnog de enige reële optie te zijn.

Distributiekosten

Verschillende regionale vervoerders geven aan dat de betreffende overeenkomsten unilateraal worden opgelegd door NS, omdat regionale vervoerders geen inkoopmacht hebben. In relatie tot bijvoorbeeld vergelijkbare services bij busondernemingen, is sprake van zeer hoge prijzen: distributiekosten voor papierentickets van 4% van de omzet tegenover 15% bij NS (met dien verstande dat dit gold toen nog enkel papieren tickets bestonden).¹¹² NS geeft aan hier de kostprijs in rekening te brengen.

Kosten ticketautomaat

Naast hoge distributiekosten zijn de jaarlijkse vaste kosten per kaartautomaat bij NS aanmerkelijk hoger dan een ander ticketautomaat. Zo heeft Veolia sinds 2011 haar eigen kaartautomaten die na een initiële investering van ruim EUR 27.000 in vier jaar worden afgeschreven. Inclusief onderhoudskosten bedragen de kosten van deze VVM's (Veolia Vending Machines) volgens Veolia rond de EUR 8.500 per jaar terwijl NS EUR 21.750 per jaar per TVM rekent, inclusief onderhoud. Ook hier geldt dat deze prijs volgens NS kostprijsgeoriënteerd is en volgens de regionale vervoerders te hoog.

Weigering opzegging contract

De verplichting voor Veolia om NS-kaartautomaten op haar stations te hebben staan verliep op 7 juli 2011. Op die datum is Limburg overgestapt op de OV-chipkaart. Veolia besloot daarop het contract voor de afname van TVM's van NS op te zeggen. Dit heeft tot een conflict geleid. NS accepteert de opzegging niet omdat in het contract staat dat er -kort gezegd- alleen kan worden opgezegd wanneer Veolia failliet gaat of NS akkoord gaat met de opzegging. Zodoende blijft NS factureren voor deze dienst. Veolia beschouwt dit als een oneerlijke voorwaarde en daarmee een uiting van de marktmacht van NS en weigert de facturen te betalen.¹¹³

¹⁰⁹ Artikel 5, tweede lid Specifieke Overeenkomst Limburg 2006-005 NS Vervoerbewijzen regionale treindiensten Limburg, december 2005.

¹¹⁰ Artikel 5, vierde lid Specifieke Overeenkomst Limburg 2006-005 NS Vervoerbewijzen regionale treindiensten Limburg, december 2005.

¹¹¹ In contracten van Arriva met NS staat dat de vaste kosten van een kaartautomaat EUR 21.605 pp 2004 per jaar zijn inclusief instandhouding, kosten en financiering. De variabele kosten bedragen EURO 0.1266 per afgegeven vervoerbewijs (Artikel 5, tweede lid en derde lid Specifieke Overeenkomst NS Vervoerbewijzen regionale treindiensten tussen Leeuwarden en Groningen).

¹¹² Antwoorden Veolia d.d. 1 juni 2013.

¹¹³ Zie ook: http://www.treinreiziger.nl/actueel/binnenland/veolia_naar_rechter_vanwege_vergoeding_ns-kaartautomaat-145172.



Samenloop met andere diensten

Zolang de OV-chipkaart niet volledig is ingevoerd, blijft er behoefte bestaan aan papieren kaartjes. Veolia geeft aan dat 75% van de verkopen over papier gaan.

4.4.2 Agentschappen

Algemene omschrijving

NS-treinkaartjes worden in de vervoersgebieden van andere vervoerders verkocht via TVM's (zie hierboven), maar op sommige locaties (ook) met behulp van zogeheten agentschappen. Deze agentschappen zijn door de regionale vervoerders bij NS aangemelde verkooplocaties waar met een ticketprinter NS-kaartjes kunnen worden verkocht. Deze ticketprinter is eigendom van NS en in bruikleen genomen door het agentschap. NS is verantwoordelijk voor onder meer de instandhouding, aanpassing, instructie en goed functioneren van de ticketprinters. Voor deze diensten betalen de regionale vervoerders een vaste vergoeding per bruikleenovereenkomst (per ticketprinter). Verder is het agentschap verplicht EUR 0,50 transactiekostentoeslag in rekening te brengen.¹¹⁴ In de bruikleenovereenkomst zijn verdere voorwaarden gesteld. Opbrengsten van kaartverkoop worden door het agentschap afgedragen aan NS, waarna deze de opbrengsten verdeelt op basis van MidT.

Marktstructuur en knelpunten

Regionale vervoerders zijn in sommige gebieden op grond van de concessiebeschikking gehouden om deze dienst af te nemen.¹¹⁵

De regionale vervoerders hebben bij de keuze van deze agentschappen voor de verkoop van papieren kaartjes geen alternatief: NS accepteert alleen NS-kaartjes. De prijs van de kaartjes en de vergoeding van de distributie worden in de bruikleenovereenkomst gedictieerd door NS. Hierdoor ontbreekt tariefvrijheid.

4.4.3 Gegevensverstrekking

Algemene omschrijving

NS beschikt over informatie over de door de regionale vervoerders geleverde prestaties van het treinvervoer. Dit betreft niet alleen informatie over vervoersopbrengsten en reizigerskilometers, maar ook hoe deze zich verhouden tot alle relevante trajecten. NS heeft met de regionale vervoerders overeenkomsten gesloten omtrent de verstrekking van deze gegevens. Tegenover de door NS geleverde dienst staat een vergoeding van rond de EUR 1.500 per jaar, bedoeld als compensatie voor de jaarlijks geleverde relatiematrix van het vervoer tussen de stations van de desbetreffende regionale vervoerder over het voorgaande jaar.¹¹⁶ De overige gegevens worden maandelijks verstrekt en kosteloos geleverd. Deze overeenkomsten gelden tot het einde van de duale fase van de OV-chipkaart.

Marktstructuur en knelpunten

NS is de enige leverancier van deze gegevens wanneer deze verkregen zijn uit MidT (door middel van TRANS). Andere partijen hebben geen toegang tot informatie over vervoeropbrengsten en reizigerskilometer. Zij zijn aangewezen op NS om hierover te beschikken.

¹¹⁴ Bijvoorbeeld: artikelen 2.1 en 4.4 van de Specifieke Overeenkomst Agentschappen Veolia 2006-008, december 2006: de vaste vergoeding bedroeg in december 2006 EUR 4.737,60 per jaar.

¹¹⁵ Antwoorden Syntus d.d. 23 juli 2013.

¹¹⁶ Bijvoorbeeld: artikel 2 van de Specifieke Overeenkomst Gegevensverstrekking Veolia Limburg 2006-012.



4.4.4 Gegevens gezamenlijke klanten

Algemene omschrijving

Naast gegevensverstrekking voor prestatieanalyse hebben vervoerders behoefte aan klantgegevens voor commerciële doeleinden. NS beschikt over klantgegevens die een andere vervoerder nodig heeft voor bijvoorbeeld een marketingcampagne. NS is met de regionale vervoerders overeengekomen medewerking te verlenen aan relatiemails of (marketing)communicatie-uitingen wanneer regionale vervoerders dit verzoeken. In de overeenkomst is echter opgenomen dat NS ingevolge de Wet bescherming persoonsgegevens geen persoonsgegevens van haar klanten verstrekt. De vergoeding die afnemers voor deze dienst betalen hangt af van de offerte die per project door NS wordt uitgebracht en door de afnemende vervoerder wordt geaccepteerd.¹¹⁷

Marktstructuur en knelpunten

NS verstrekt geen informatie aan de regionale vervoerders maar werkt mee aan mailings. Deze verstuurt ze vervolgens op basis van een aparte offerte naar klanten. Er zijn geen mogelijkheden om dergelijke informatie van derden te verkrijgen.

Door Arriva is aangegeven dat het lang duurde voordat het tot samenwerking met NS kwam, dat de kosten voor de mailing hoog waren en dat de mailing in een NS-envelop verstuurd diende te worden.¹¹⁸

4.4.5 Beoordeling gedwongen winkelnering

Gedwongen winkelnering betreft verschillende diensten op het gebied van ticketverkoop voor NS en informatieverstrekking door NS. De regionale vervoerders zijn ofwel gehouden deze diensten af te nemen ofwel afhankelijk van NS voor het verkrijgen hiervan.

In artikel 4, onder b van Annex II is het leveren van aanvullende informatie genoemd. Zodoende zou de informatieverstrekking van NS aan de regionale vervoerders kunnen vallen onder de reikwijdte van artikel 67 Sw. Wat betreft de TVM en agentschappen is de toepasselijkheid van Annex II minder evident: artikel 2, onder c van Annex II betreft passagiersstations, de gebouwen en andere voorzieningen daarvan. Afhankelijk van de definitie van “andere voorzieningen” zouden TVM’s en agentschappen hieronder kunnen vallen.

Marktmacht

Hierboven is aangegeven dat regionale vervoerders diensten betreffende de verkoop van papieren reisbewijzen en de toegang tot reizigersinformatie ten behoeve van prestatie meting en communicatiedoeleinden alleen bij NS kunnen afnemen. NS heeft ten aanzien van deze diensten een aanzienlijke hoeveelheid marktmacht. Dit blijkt uit het volgende.

Voor wat betreft de verkoop van papieren reisbewijzen zijn alle regionale vervoerders verplicht om papieren reisbewijzen van NS te accepteren, maar NS is niet verplicht deze van andere vervoerders te accepteren. Regionale vervoerders zijn daarnaast verplicht om verkoopmogelijkheden voor deze papieren kaartjes bij NS af te nemen. Een regionale vervoerder is dus gedwongen gebruik te maken van de diensten van NS omdat geen alternatief voorhanden is.

Ten aanzien van de informatie die partijen nodig hebben voor prestatie meting en communicatiedoeleinden geldt dat NS de regie voert over MidT. Informatie vergaard met deze methodiek wordt onder andere gebruikt voor de inkomstenverdeling, maar deze informatie biedt natuurlijk ook inzicht

¹¹⁷ Specifieke Overeenkomst over gemeenschappelijke klanten Limburg 2006-009.

¹¹⁸ Antwoorden Arriva d.d. 26 juli 2013.



in reizigersbewegingen en omzet per traject. Deze informatie is waardevol voor zowel NS als de regionale vervoerders.

Knelpunten

Ten aanzien van de verkoop van papieren kaartjes komt naar voren dat vervoerders op sommige trajecten vanuit de concessie verplicht zijn om ook kaartverkoop via agentschappen aan te bieden. De geautomatiseerde verkoop van papieren kaartjes van NS geschiedt daarnaast alleen door middel van NS-automaten. Dit maakt het voor vervoerders niet aantrekkelijk om naast de NS-automaten aparte automaten te plaatsen voor eigen kaartjes. Voor de verkoop van NS-kaartjes hebben vervoerders geen alternatief. NS heeft daarom evenmin een prikkel om deze dienstverlening efficiënt aan te bieden of aantrekkelijke prijzen te vragen. Deze hoge prijzen voor de vervoerders zorgen indirect voor hoge prijzen voor consumenten en/of aanbestedende overheden.

Ten aanzien van de gegevens over opbrengsten, reizigerskilometers en prestaties van regionale vervoerders heeft NS, onder meer door MidT en de verkoopgegevens van de papieren kaartjes, een bijzondere positie. Uit deze informatie is belangrijke kennis te destilleren met betrekking tot reizigersbewegingen en vraag naar spoorvervoer, niet alleen voor lijnen die NS rijdt, maar juist ook voor die van de concurrenten. Deze informatie is daarnaast erg belangrijk voor de regionale vervoerders in hun bedrijfsvoering: deze informatie geeft inzicht in hoe zij presteren. Dergelijke informatie kan door NS worden aangewend om in te schatten welke concessies mogelijk winstgevend kunnen zijn en welk aanbod regionale vervoerders kunnen doen in het kader van een nieuwe concessie.

Het knelpunt ten aanzien van het verstrekken van gegevens over de prestatie van vervoerders hangt nauw samen met knelpunten ten aanzien van de informatievoorziening door NS over (gezamenlijke) klanten, bijvoorbeeld ten behoeve van marketingactiviteiten. Ook hier is NS eigenlijk als enige in staat dergelijke informatie te verzamelen. Vervoerders zijn dan ook van NS afhankelijk voor het verkrijgen van deze informatie. MidT zou op bepaalde trajecten weliswaar door een regionale vervoerder kunnen worden uitbesteed aan een andere partij dan NS, maar door de beperkte toepassingsmogelijkheden van deze informatie (alleen voor mailingen en communicatie-doeleinden) is niet aannemelijk dat de kosten daarvan opwegen tegen de baten. NS werkt overigens wel mee aan de levering van deze informatie ten behoeven van mailingen en andere communicatie-uitingen, maar kan met het oog op privacybescherming geen persoonsgegevens verstrekken.

Bevoegdheden ACM

Uit het voorgaande blijkt niet alleen dat de regionale vervoerders in grote mate afhankelijk zijn van NS voor diensten die van groot belang zijn voor hun bedrijfsvoering, maar ook dat op dit punt knelpunten bestaan. De vraag is in hoeverre ACM de bevoegdheden en daaruit voortvloeiende mogelijkheden heeft om deze knelpunten effectief op te lossen. Wanneer artikel 67 Sw van toepassing is op deze diensten, resulteert dat in een bevoegdheid van ACM om ambtshalve of op aanvraag een handhavend onderzoek te doen naar de naleving door NS van artikel 67 Sw. Daarbij dient te worden onderzocht of NS als enig 'rechthebbende' in de zin van artikel 67, vijfde lid Sw toegang verleent tot de diensten voor zover deze onder artikel 4, sub b Annex II vallen: het aanbieden van de dienst is een verplichting. Wat betreft de TVM's en agentschappen geldt dat deze onder artikel 2, onder c van Annex II zouden kunnen vallen en daarmee onder de reikwijdte van de Sw (bij een reëel alternatief kan de voorziening geweigerd worden). In beide gevallen zal sprake moeten zijn van een *redelijk aanbod*, tegen *kostengeoriënteerde prijzen* en *onder voorwaarden die de mededinging niet beperken*. Daarnaast dient NS zich te onthouden van iedere vorm van discriminatie.

Zoals eerder opgemerkt, is de formulering van normen door de wetgever echter dusdanig ruim en vaag dat deze in hun huidige vorm weinig houvast bieden om de in deze marktscan geconstateerde



knelpunten op te lossen. De inspanningen van ACM om op basis van *ex post*-toezicht per locatie tot een oplossing te komen, lijken onevenredig groot en weinig kansrijk om dit probleem op te lossen.

Toekomstige regelgeving

Met de inwerkingtreding van de herschikkingsrichtlijn wordt in Annex II “diensten in verband met kaartverkoop in passagiersstations” toegevoegd aan artikel 4, zijnde ondersteunende diensten.¹¹⁹ Daarmee ontstaat meer duidelijkheid omtrent de toepasselijkheid van artikel 67 Sw en de bevoegdheden die ACM heeft in dat kader om *ex post*-toezicht uit te oefenen.

Oplossingsrichting

De knelpunten zijn langdurig van aard en hangen samen met eerder in deze marktscan gesignaleerde knelpunten. Het afschaffen van het papieren vervoersbewijs kan een oplossing bieden voor deze knelpunten, mede in relatie tot het MidT. Na volledige invoering van de OV-chipkaart is TLS degene die informatie over en van de verschillende vervoerders in handen heeft. De wijze waarop TLS deze informatie dienstverlenend inzet en welke vergoeding daar tegenover staat, zal echter wel gereguleerd moeten worden gelet op de huidige knelpunten die in paragraaf 4.1 aan de orde zijn gekomen. Door afschaffing van het papieren kaartje komt ook de noodzaak tot afname van TVM's en agentschappen te vervallen.

4.5 Vastgestelde reizigerstarieven

4.5.1 Algemene omschrijving

Op grond van artikel 35a Bp 2000 dient een reiziger voor de aanvang van de treinreis voor zijn totale treinreis te kunnen beschikken over het NS-vervoerbewijs voor enkele reis- en retourkaarten tweede klas, het NS-abonnement tweede klas, of het NS-deel van de OV-jaarkaart tweede klas. Hoewel op grond van de Wp 2000 de decentrale overheden tariefvrijheid hebben, is vanuit concessies contractueel vastgelegd dat alle vervoerders dezelfde tarieven hanteren als NS. De maximale stijging van de tarieven is afhankelijk van de prestaties van NS in het voorgaande jaar. Elementen waaraan de prestatie van NS wordt afgemeten zijn onder meer stiptheid en klantenwaardering. Regionale vervoerders zijn vervolgens met NS overeengekomen dat zij NS-tarieven en –kaartassortiment hanteren op de lijnen van de regionale vervoerder. Dit betreft onder meer de zogenoemde kaartintegratie: de reiziger kan voor aanvang van de reis beschikken over de benodigde vervoerbewijzen voor zijn totale reis.¹²⁰ Meer specifiek is overeengekomen dat alle rechten omtrent de tariefstelling en tariefsystemen bij NS liggen. Regionale vervoerders kunnen wel een verzoek indienen het tarief van NS-kaartjes te wijzigen.¹²¹

4.5.2 Marktstructuur en knelpunten

Bovenstaande impliceert dat regionale vervoerders geen vrijheid hebben hun eigen tarieven te bepalen en daarmee dus ook geen mogelijkheden hebben met tarieven te concurreren zodra er meerdere reismogelijkheden zijn; de reiziger kan geen onderscheid maken op basis van prijs. De reizigerstarieven en de knelpunten die hieromtrent ontstaan hangen nauw samen met de diensten van TVM's en opbrengstenverdeling op basis van MidT. Zo vloeit de verplichting om NS-tarieven te handhaven voort uit de wens van de concessieverleners in het belang van de reiziger dat er een

¹¹⁹ Ook in artikel 2, onder a Annex II vindt een aanvulling plaats ten opzichte van de eerder geldende Annex II wat betreft kaartverkoop: “passende locaties voor diensten in verband met kaartverkoop” wordt toegevoegd aan “passagiersstations, de gebouwen en andere voorzieningen daarvan”; dit betreft echter de ruimte om kaarten te verkopen, niet de TVM's en agentschappen.

¹²⁰ Artikel 18 HRN-concessie.

¹²¹ Bijvoorbeeld: artikel 4, vierde lid Specifieke overeenkomst NS vervoersbewijzen regionale treindiensten in Limburg, 2006-005, d.d. december 2006.



nationaal kaartstelsel is. Hier ontstaan de knelpunten vaak doordat regionale vervoerders geen vertrouwen hebben in een eerlijke opbrengstenverdeling.

Een voorbeeld is de NS-kortingskaart. Regionale vervoerders accepteren deze kaart van reizigers en ontvangen hiervoor een vergoeding. Deze vergoeding is echter gebaseerd op MidT en deze methode is niet onomstreden.¹²²

4.5.3 Marktonwikkeling

Vervoerders werken samen om de reizigerstarieven enerzijds beter te stroomlijnen en anderzijds om vervoerders meer vrijheden in tariefstelling te geven. Allereerst ontstaan met de opkomst van de OV-chipkaart in potentie meer mogelijkheden voor vervoerders om hun eigen tarieven te bepalen doordat zij niet langer afhankelijk zijn van papieren kaartjes van NS. Omdat vanuit de overheid de wens bestaat verder te gaan in interoperabele treintarieven en producten, hebben treinvervoerders door middel van een intentieverklaring toegezegd gezamenlijk eigenaar te worden van alle landelijke treinproducten.¹²³ Dit zal gevolgen hebben voor het huidige alleenrecht van NS op de tarieven en het productassortiment.

Het project 'Regionale prijzen mechaniek voor ERET en Traject Kaarten'¹²⁴ biedt vervoerders de mogelijkheid om hun regionale tarieven in de automaten van NS in te voeren. Dit houdt in dat reizigers bij het aanschaffen van een treinkaartje daar waar mogelijk kunnen kiezen welke route met welke vervoerder zij nemen (een 'harde route', niet langer met een 'via'-mogelijkheid). De opbrengstenverdeling geschiedt dan ook direct op basis van de routekeuze. Vervoerders kunnen hun eigen tarieven bepalen en deze wordt aldus opgenomen in de systemen van NS. Ondanks dat sprake is van een constructieve samenwerking is ook aangegeven dat binnen dit project problemen zijn ontstaan met de routekeuzemogelijkheden. NS heeft volgens andere vervoerders de automaten zo ingesteld dat de reizen over een NS-only-traject bovenaan de lijst met opties komen te staan. Regionale vervoerders geven er de voorkeur aan dat de goedkoopste optie bovenaan komt. Een andere mogelijkheid, niet door vervoerders genoemd, is de optie met de kortste reistijd bovenaan zetten. NS heeft aan de regionale vervoerders laten weten dat het inmiddels niet meer mogelijk is deze instelling te wijzigen.¹²⁵

In haar zienswijze heeft NS gemeld dat zij met de andere vervoerders inmiddels in goed overleg is overeengekomen om in de toekomst op de regionale lijnen niet langer de NS-tarieven te hanteren, maar de regionale tariefstelling. Aangezien op de OV-chipkaart de regionale tarieven van toepassing zijn, betekent dit volgens NS dat in de loop van 2014 de reistarieven van de OV-chipkaart en die van het papieren kaartje gelijk zullen worden getrokken.

Daarnaast zijn concessie-overstijgende issues over kaart- en tariefsoorten inmiddels belegd bij het Nationaal Openbaar Vervoer Beraad (NOVB). Naar aanleiding van discussies over de tariefverschillen op het spoor hebben de vervoerders gezamenlijk een impactanalyse uitgevoerd. In het NOVB is gezamenlijk gekozen voor de oplossingsrichting om een lange afstandskorting voor het gehele spoor door te voeren waarin ook de regionale tariefstructuur is verwerkt. Of hiermee concurrentie op samenlooptrajecten mogelijk blijft, hangt af van de operationele voorwaarden.

¹²² Zie paragraaf 4.3.

¹²³ Antwoorden Veolia d.d. 1 juli 2013.

¹²⁴ Antwoorden Arriva d.d. 29 juli 2013.

¹²⁵ Idem.



4.5.4 Beoordeling

De rechten omtrent de tariefstelling en tariefsystemen waar regionale vervoerders gebruik van dienen te maken, liggen uitsluitend bij NS en de HRN-concessieverlener. Hierbij is geen sprake van een BDV in de zin van artikel 67 Sw.

Marktmacht

De HRN-concessie bepaalt welke kaartsoorten beschermd zijn en wat daarvan de maximale prijsstijging is. De invloed die NS heeft op de exacte tarieven is daarmee beperkt, ondanks dat deze afhankelijk is van haar eigen prestaties. Dit is vervolgens van invloed voor de tarieven die regionale vervoerders (moeten) rekenen. Er is evenwel, voor wat betreft de tariefstelling, geen sprake van marktmacht van NS. Wel heeft NS een strategisch voordeel: zij is in het bezit van informatie over volumes en prestaties van concurrenten (aantal passagiers en reizigerskilometers). Dit geeft haar een voordeel ten opzicht van haar concurrenten bij de biedingen op concessies die openbaar worden aanbesteed.

Knelpunten

De geconstateerde knelpunten zien met name op het gebrek aan mogelijkheden voor regionale vervoerders om op basis van tarieven te concurreren om de gunst van de reiziger. Prijsconcurrentie wordt door contractuele voorwaarden, opgelegd door de concessieverlener, onmogelijk gemaakt, waardoor concurrentie op andere aspecten zou moeten plaatsvinden. Een van die aspecten is de reistijd in het geval een reiziger kan kiezen tussen twee of meerdere alternatieve routes. In de huidige situatie wordt de informatievoorziening voor de reiziger vooral bepaald door de opties waaruit hij kan kiezen bij het aanschaffen van een kaartje bij een NS-automaat. Om het verschil in reistijd inzichtelijk te maken en de reiziger een eerlijke afweging te laten maken tussen prijs en reistijd, moeten alle opties non-discriminatoir worden aangeboden. Rangschikking kan daarom plaatsvinden op prijs of op reistijd, maar een rangschikking op basis van aanbieder (NS eerst, dan pas regionale vervoerders) verstoort het *level playing field* waardoor eerlijke concurrentie wordt belemmerd.

Bevoegdheden ACM

ACM heeft vanuit de Sw geen bevoegdheden om in te grijpen op deze knelpunten, noch ziet ACM mogelijkheden in het mededingingsrechtelijke kader.

Oplossingsrichtingen

Er is sprake van een langdurige situatie, waarbij NS (ondanks het ontbreken van marktmacht) een prikkel en gelegenheid heeft tot strategisch gedrag. Bovendien worden regionale vervoerders afhankelijk gemaakt van de prestaties van NS: hierdoor ontstaat er een prikkel voor NS om onder te presteren, terwijl regionale vervoerders dit niet kunnen “goedmaken” door bovengemiddelde prestaties (op een kleiner volume). Om deze redenen is een structurele oplossing hier geboden.

ACM ziet deze oplossing in de afschaffing van de verplichting tot acceptatie van NS-kaartsoorten, meer specifiek het schrappen van artikel 35a Bp 2000. In aanvulling daarop zou er een Nationaal platform voor een nationaal vervoerbewijs moeten komen, dat onafhankelijk van het NS-vervoerbewijs een raamwerk voor nieuwe kaartproposities kan opstellen (bijvoorbeeld een nationale kilometerprijs of nationale “spoorstrippenkaart”). Binnen het platform zou ofwel gelijke zeggenschap moeten zijn, ofwel doorslaggevende zeggenschap van een neutrale partij.

In deze oplossing kan hetzelfde resultaat worden bereikt met regulering, dat partijen dwingt tot vaststelling en acceptatie van een eenheidstarief of waarin de overheid de taak wordt gegeven het eenheidstarief vast te stellen met consultatie van marktpartijen.

Bij de vormgeving van toekomstige concessies moet bovendien meer worden stilgestaan bij de voor- en nadelen van prijsconcurrentie op het spoor en de manier waarop informatie over diverse



reisopties wordt weergegeven. Met name de voor- en nadelen van prijsconcurrentie kunnen nader worden onderzocht, omdat zowel prijs als reistijd kenmerken zijn die de keuze van consument beïnvloeden en die tevens vooraf inzichtelijk kunnen worden gemaakt. Een kenmerk zoals kwaliteit van het materieel is bijvoorbeeld lastig inzichtelijk te maken voordat de consument zijn keuze voor een vervoerder maakt, maar de vrijheid om als vervoerder te kunnen differentiëren in prijs en kwaliteit komt uiteindelijk ook de reiziger ten goede.

4.6 Verkrijgen van reisinformatie

4.6.1 Algemene omschrijving

Sinds 1 november 2012 verzorgt NS de reisinformatie, waar voorheen ProRail dat deed. NS verwerkt logistieke informatie tot actuele reisinformatie met behulp van het systeem InfoPlus en levert deze actuele reisinformatie aan vervoerders via informatieborden en omroepberichten op (trein)stations.¹²⁶ De dienst die NS levert bestaat uit drie stappen. Allereerst harmoniseert NS de dynamische en tactische reisinformatie. Dynamische informatie betreft de gegevens afkomstig van de verkeersleiding, de procesleiding en het treinvolgsysteem van ProRail; de statische informatie betreft onder andere de jaarplannen, dagplannen, lokale plannen en stamgegevens die vervoerders aan ProRail leveren. In feite wordt dan een vergelijking gemaakt tussen de geplande dienstregeling en de werkelijke situatie op het spoor. Vervolgens produceert NS actuele reisinformatie, in feite een vergelijking tussen de geplande dienstregeling en de werkelijke situatie op het spoor. De oorspronkelijke dienstregeling wordt aangeleverd door ProRail, als verantwoordelijke voor het opstellen van de dienstregeling. Ten slotte publiceert NS de actuele reisinformatie op informatieborden en/of wordt deze informatie omgeroepen.¹²⁷ Vervoerders betalen NS voor het leveren van deze dienst.

In artikel 14 Wp 2000 is bepaald dat “de vervoerder (...) onder redelijke en objectief gerechtvaardigde voorwaarden gegevens [verstrekkt] omtrent het door hem te verrichten vervoer aan degene die hierom verzoekt ten behoeve van het voeden en actualiseren van een reisinformatiesysteem.” Met ‘redelijke voorwaarden’ wordt bedoeld dat de kosten voor het verstrekken van de gegevens slechts binnen zekere grenzen kunnen worden doorgerekend aan diegene die om de informatie verzoekt. Onder ‘objectief gerechtvaardigde voorwaarden’ moet worden verstaan: voorwaarden over de kwaliteit waarmee gegevens worden verspreid (niet op verwarrende of onjuiste wijze). Daarnaast mag levering niet tegen onbillijke prijzen of discriminerende voorwaarden geschieden.¹²⁸

Op de naleving van hetgeen bij en krachtens artikel 14 Wp 2000 is bepaald, houdt de Minister van IenM ingevolge artikel 87, eerste lid, Wp 2000 toezicht.

Naar aanleiding van een op 25 mei 2012 ontvangen melding van een voorgenomen concentratie in de zin van artikel 34 Mw tussen NS Reizigers en bedrijfsonderdeel Operatie van ProRail BV heeft de ACM geconcludeerd dat voor het tot stand brengen van de concentratie waarop de melding betrekking had, geen vergunning was vereist. De gewijzigde melding van de voorgenomen fusie was zodanig dat ACM tot de conclusie is gekomen dat de gemelde operatie binnen de werkingssfeer viel van het in hoofdstuk 5 Mw geregelde concentratietoezicht. Na de wijziging van de melding (beschreven in randnummers 62 tot en met 95 van het besluit) was er niet langer reden om aan te

¹²⁶ Voor de overgang van reisinformatie van ProRail naar NS namen vervoerders ook al reisinformatiediensten van NS af. Zie artikel 14 HRN-concessie.

¹²⁷ *Besluit NMa inzake voorgenomen concentratie NS Reizigers en Reisinformatie ProRail* d.d. 3 oktober 2012, nr. 7346/49, randnummers 11-15.

¹²⁸ *Besluit NMa inzake voorgenomen concentratie NS Reizigers en Reisinformatie ProRail* d.d. 3 oktober 2012, nr. 7346/49, randnummer 16.



nemen dat die concentratie de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze zou kunnen belemmeren.¹²⁹

4.6.2 Marktstructuur en knelpunten

InfoPlus, dat de reisinformatie genereert, is een product dat voortkomt uit een jarenlange ontwikkeling door NS en Prorail. Zowel het IT-systeem InfoPlus als de hardware op stations waarnaar reisinformatie wordt gedistribueerd, is eigendom van NS.

Het is niet aannemelijk dat regionale vervoerders met hun kleinere omvang eenzelfde systeem kunnen ontwikkelen. Het alternatief dat reizigers gebruik kunnen maken van mobiele toepassing zoals een website of smartphone-applicatie om reisinformatie te krijgen is voorhanden. Regionale vervoerders kunnen op deze manier reizigers van informatie voorzien zonder gebruik te maken van de distributie naar hardware op stations. Aangenomen mag echter worden dat lang niet alle reizigers, zeker niet waar het ouderen en toeristen betreft, gebruik maken van een mobiele telefoon met internetverbinding ten behoeve van het verkrijgen van reisinformatie. Ook wordt niet alle informatie via applicaties of een website doorgegeven, bijvoorbeeld bij grote storingen. Zodoende kan geconstateerd worden dat één integrale informatiebron in het belang is van de reiziger en dus ook in het belang van de regionale vervoerder.¹³⁰ Hierdoor is sprake van een netwerkeffect.

Geen alternatieven

Buiten de gebrekkige alternatieven voor de hardware speelt dat er geen levensvatbare alternatieven beschikbaar zijn voor het systeem InfoPlus en haar bemensing.

Een vervoerder geeft aan dat Infoplus op dit moment niet door meerdere partijen bediend kan worden.¹³¹ Dit betekent dat bij een alternatieve aanbieder of bij investering zowel de bemensing als de IT moet worden gedupliceerd. Met name de ontwikkelkosten van nieuwe IT en de termijn waarop dit gerealiseerd kan worden vormen een drempel.

Alternatieven zijn verder beperkt doordat concessies van vervoerders doorgaans bonus/malusregelingen bevatten waarbij een vervoerder een korting of een boete krijgt als de kwaliteit van de reisinformatie onvoldoende is. Het niet inkopen van reisinformatie bij NS en dit niet aanbieden op de displays in NS-stations kan leiden tot een malus en een concurrentienadeel bij aanbestedingen.¹³²

Tariefverhoging in 2014

Een tariefverhoging van NS voor de reisinformatiediensten na de overname van ProRail is door het fusiebesluit geblokkeerd voor 2013. Voor 2014 is NS echter niet langer verplicht de oude prijzen van ProRail te handhaven en in een eerste concept van de nieuwe tarieven voor 2014 stelt NS een verdubbeling dan wel een forse verhoging van de tarieven voor.¹³³ Regionale vervoerders gaan hier niet mee akkoord, maar discussie hierover bevindt zich nog in een pril stadium.

¹²⁹ *Besluit NMa inzake voorgenomen concentratie NS Reizigers en Reisinformatie ProRail* d.d. 3 oktober 2012, nr. 7346/49.

¹³⁰ Uit de Specifieke overeenkomst reisinformatie Veolia met NS (2006-006) blijkt dat beide partijen belang hechten aan het opnemen van reisinformatie over de door Veolia uitgevoerde treindienstregeling in landelijke reisinformatieproducten.

¹¹³ Antwoorden Arriva d.d. 29 juli 2013.

¹³² *Besluit NMa inzake voorgenomen concentratie NS Reizigers en Reisinformatie ProRail* d.d. 3 oktober 2012, nr. 7346/49, randnummer 45.

¹³³ Antwoorden Arriva d.d. 29 juli 2013 en Syntus d.d. 23 juli 2013.



Kosten voor aanpassingen InfoPlus voor deelname vervoerders

InfoPlus is door NS en Prorail ontwikkeld. Na de overgang van de reisinformatie naar NS heeft NS de eigendomsrechten voor het IT-systeem en de hardware op stations. Regionale vervoerders zouden graag toegang willen tot InfoPlus zodat zij niet langer afhankelijk zijn van NS voor de reisinformatie. Hierover worden verkennende gesprekken gevoerd tussen NS en regionale vervoerders. Op basis van deze gesprekken blijkt dat met aanpassingen het huidige InfoPlus wel door meerdere vervoerders zal kunnen worden gebruikt.

Deze aanpassingen kosten geld en tijd, waarvan de omvang en duur nog onduidelijk zijn. Deze aanpassingen, die vanaf eind 2015 doorgevoerd zouden kunnen worden, komen voor rekening van de regionale vervoerders; aangenomen wordt dat, hoewel het systeem voor NS is betaald uit FENS-gelden¹³⁴, verdere ontwikkeling daarvan niet hiermee bekostigd zal worden. Dit klemt temeer nu evenmin sprake is van recht op subsidie die het ministerie beschikbaar stelt voor het uitvoeren van reisinformatie.¹³⁵

Kwaliteit dienstverlening

In het fusiebesluit van ACM is opgemerkt dat NS de mogelijkheid heeft om een lager kwaliteitsniveau aan haar concurrenten aan te bieden.¹³⁶ De prikkel bij NS is aanwezig. Daar staat het volgende tegenover:

Tijdens een storing op 22 juli 2012 was het reizen tussen Utrecht en Den Bosch gefrustreerd. Reizigers naar Limburg kunnen op zo'n moment omreizen met Veolia via het traject Nijmegen-Roermond. Een reiziger heeft via twitter laten weten dat een conductrice van de leiding dit reisadvies een uur lang niet mocht doorgeven of omroepen. Volgens NS is dit echter het gevolg van een expliciet en aantoonbaar verzoek van Veolia om reizigers niet te wijzen op deze omreisingsmogelijkheid in verband met een tekort aan capaciteit bij Veolia om de extra reizigers te kunnen vervoeren.¹³⁷ Deze situatie is NS dan ook niet aan te rekenen.

4.6.3 Marktontwikkelingen

In 2012 is de reisinformatie ingevolge de wens van het kabinet van ProRail overgegaan op NS. Redenen hiervoor waren de problemen rondom reisinformatie tijdens bijvoorbeeld het winterweer en men verwachtte dat coördinatieproblemen tussen vervoerder (NS) en de verantwoordelijke voor reisinformatie (ProRail) zouden afnemen als één partij beide taken op zich nam. Deze overname was van dusdanige omvang dat deze door ACM moest worden beoordeeld. In het fusiebesluit is door ACM een kader opgesteld waarbinnen de dienstverlening van NS aan andere gebruikers dient plaats te vinden. Het geeft regionale vervoerders in potentie meer onderhandelingsmogelijkheden bij contracten voor reisinformatie, gelet op de verplichtingen die het voor NS bevat.

NS heeft in het kader van de fusietoets opgemerkt dat het haar ambitie is om met InfoPlus ook andere reisinformatiestromen te voeden, zoals de website van NS en de NS Reisplanner Xtra applicatie voor mobiele telefoons en de railpockets van NS-medewerkers.¹³⁸

¹³⁴ Fonds eenmalige Bijdrage NS.

¹³⁵ Antwoorden Arriva d.d. 29 juli 2013.

¹³⁶ *Besluit NMa inzake voorgenomen concentratie NS Reizigers en Reisinformatie ProRail* d.d. 3 oktober 2012, nr. 7346/49, randnummers 39 en 46.

¹³⁷ Zienswijze NS d.d. 12 september 2013, p.5/5.

¹³⁸ *Besluit NMa inzake voorgenomen concentratie NS Reizigers en Reisinformatie ProRail* d.d. 3 oktober 2012, nr. 7346/49, randnummer 20.



Het Rijk, de provincies en de stadsregio's zijn in 2009 het project Nationale Data Openbaar Vervoer (ND-OV) gestart. Doel van dit project is om brongegevens voor reisinformatie in het openbaar vervoer beschikbaar te stellen aan afnemers. De afnemers kunnen de brongegevens gebruiken om reisinformatieproducten of -diensten voor reizigers te ontwikkelen. Zij zijn hiervoor verantwoordelijk. Vervoerders stellen hun brongegevens beschikbaar aan een loket. Het loket geeft deze gegevens ongewijzigd door aan afnemers. Marktpartijen die geïnteresseerd zijn moeten bij de overheid een voorstel indienen voor het instellen van een loket. Dit moet voldoen aan bepaalde criteria. Daarnaast bestaat er een procedure voor marktpartijen om zich aan te melden.¹³⁹ Bij brief van 20 september 2013 heeft de Staatssecretaris van IenM de laatste stand van zaken aan de Kamer gemeld.¹⁴⁰

4.6.4 Beoordeling

NS levert tegen vergoeding actuele reisinformatie aan regionale vervoerders die met behulp van InfoPlus wordt gegenereerd. Voor zover deze dienst valt onder de definitie van de ondersteunende dienst "levering van aanvullende informatie" (artikel 4, sub b Annex II), valt deze dienstverlening onder artikel 67 Sw.

Marktmacht

ACM constateert dat er voor de dienst die NS met betrekking tot reisinformatie levert voor de vervoerders geen reëel alternatief beschikbaar is. Deze situatie is structureel aangezien toetreding van nieuwe aanbieders van reisinformatie niet voor de hand ligt. Regionale vervoerders hebben, naast het verspreiden van reisinformatie via hun eigen websites, vooralsnog geen mogelijkheid gebruik te maken van InfoPlus, het systeem dat reisinformatie genereert. De afhankelijkheid van regionale vervoerders van NS voor deze dienst is daarom groot. Daarmee heeft NS een machtspositie op de markt voor reisinformatie.

Knelpunten

De prikkel voor NS om kosten hoog te houden of kwaliteit te verlagen zal beperkt zijn omdat NS zelf de grootste afnemer is van de dienst en de reiziger gebaat is bij accurate informatie. Desalniettemin was NS alleen voor 2013 gehouden aan de kostenberekening zoals ProRail deze uitvoerde.¹⁴¹ Inmiddels is een tariefverhoging aangekondigd.

Bevoegdheden ACM

De Minister van IenM houdt toezicht op de naleving van hetgeen bij en krachtens artikel 14 Wp 2000 is bepaald. ACM heeft de bevoegdheid om ambtshalve of op aanvraag een handhavend onderzoek te doen naar de naleving door NS van artikel 67 Sw met het oog op het verstrekken van reisinformatie. Deze dienstverlening dient wel binnen de definitie van artikel 4, sub b Annex II te vallen. Een onderzoek zal betrekking hebben op de reeds eerdergenoemde open normen: NS doet een redelijk aanbod, tegen kostengeoriënteerde tarieven en onder voorwaarden die de mededinging niet beperken en onthoudt zich van ieder vorm van discriminatie. Omdat NS de enige aanbieder is van deze dienstverlening, kan zij een verzoek hiertoe niet weigeren.

Andere oplossingsrichtingen

De relatie met de regionale vervoerders is langdurig, de prikkel voor NS om strategisch gedrag te vertonen is beperkt maar in ieder geval jaarlijks aanwezig, namelijk wanneer nieuwe tarieven worden

¹³⁹ <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/formulieren/2012/08/31/kaders-voor-een-loket-voor-brongegevens-reisinformatie-openbaar-vervoer.html>.

¹⁴⁰ IenM/BSK-2013/168495.

¹⁴¹ *Besluit NMa inzake voorgenomen concentratie NS Reizigers en Reisinformatie ProRail* d.d. 3 oktober 2012, nr. 7346/49, randnummer 71.



vastgesteld voor het verlenen van de dienst. Omdat de belangrijkste knelpunten zien op de kosten/de tarieven, zou tariefregulering hiervoor een oplossing kunnen bieden.

Wat betreft kwaliteitgerelateerde knelpunten wijst ACM op het bestaan van een regeling voortgekomen uit het fusiebesluit om geschillen voor te leggen aan een geschillencommissie.



5. Conclusie

Op verzoek van de Staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu heeft ACM onderzoek gedaan naar de volgende vragen:

- Welke knelpunten werden in het verleden waargenomen met betrekking tot de dienstverlening door NS, welke daarvan bestaan nog steeds en welke nieuwe knelpunten doen zich thans voor?
- Welke problemen kunnen door bestaande of door (binnenkort) nog aan te nemen wetgeving opgelost worden?
- Aan welke (extra en niet voorziene) bevoegdheden ontbreekt het ACM in dit kader?

Regionale vervoerders zijn voor toegang tot een aantal diensten en voorzieningen afhankelijk van NS en TLS. Deze hebben marktmacht waar het gaat om de besproken diensten en voorzieningen (of in een enkel geval een strategisch voordeel). In veel gevallen is dit te wijten aan de huidige wet- en regelgeving, waaronder de HRN- en regionale concessies. Zonder dat gezegd is dat NS en TLS misbruik maken van hun marktpositie, biedt deze positie wel de mogelijkheid en continue prikkel om bepaald gedrag te vertonen dat de markt verstoort.

De regionale vervoerders ervaren bij de toegang tot diensten en voorzieningen knelpunten die hieraan gerelateerd zijn. De knelpunten die ACM in haar marktscan in 2011 signaleerde, zijn in grote mate nog steeds actueel. Deze knelpunten komen voort uit imperfecties in marktstructuur en de verdeling van rollen binnen die markt. In algemene zin betreft het intransparantie, problemen met contractonderhandelingen en -voorwaarden, hoogte van de prijzen en lage kwaliteit van de dienstverlening. NS en TLS hebben hiervan veelal een ander beeld. Dat verschil in perceptie is wellicht te verklaren uit de uiteenlopende belangen die aan beide kanten een rol spelen. Duidelijk is dat de spelers op de markt tot nu toe niet in staat zijn geweest de knelpunten naar wederzijdse tevredenheid op te lossen en dat de situaties blijven bestaan.

Voor zover de diensten en voorzieningen binnen de scope van artikel 67 Sw kunnen vallen, heeft ACM de bevoegdheid om een handhavend onderzoek te doen naar de toegang die NS verleent. Dit zal echter niet leiden tot een oplossing voor deze knelpunten: het gaat om *ex post*-toezicht dat weinig effectief zal zijn, om verschillende redenen. Dit geldt eveneens voor een mededingingsrechtelijk onderzoek. De open normen in artikel 67 Sw en het ontbreken van een uitputtende lijst van diensten dragen voorts niet bij aan efficiënt onderzoek.

Overige bevoegdheden heeft ACM hier niet. Toekomstige regelgeving zal, ondanks de voorziene verfijning van definities en aanvullende voorwaarden ten behoeve van artikel 67 Sw in de herschikkingsrichtlijn, hieraan of aan de aard van de bestaande bevoegdheden niets wezenlijks veranderen.

Externe interventie is gewenst om duidelijkheid te verschaffen en om twisten te beslechten. Die externe interventie kan verschillende vormen aannemen. Voor diverse knelpunten ligt *ex ante*-toezicht voor de hand: (tarief)regulering vooraf. Dit bevordert het gelijk speelveld doordat het bijdraagt aan transparantie en non-discriminatie. In de tweede plaats biedt de HRN-concessie ruimte om de positie van NS anders te regelen. Dit zelfde geldt voor huidige wet- en regelgeving. In de derde plaats zal een institutionele wijziging knelpunten wegnemen: diensten of voorzieningen worden in meer of mindere mate weggehaald bij NS of TLS. Tot slot kan een meer specifieke oplossing genoemd worden die uitstralend effect heeft naar verschillende diensten: het afschaffen van het papieren kaartje. Dit draagt bij aan een oplossing voor een aantal knelpunten omdat deze hiervan



afhankelijk zijn (TVM's, agentschappen, MidT, afhankelijkheid voor informatievoorziening met betrekking tot reizigersgegevens). Het knelpunt is echter pas weg als de oplossing daadwerkelijk is geïmplementeerd.

Afhankelijk van de zwaarte van het knelpunt en de situatie moet de juiste interventie worden gekozen. Die keuze ligt bij politiek en beleidsmakers. De mogelijke oplossingen en adviezen die ACM in deze rapportage aandraagt, kunnen daarbij als leidraad dienen.



Bijlage 1- Onderzoeksverantwoording

1. Werkwijze

Bij brief van 12 juni 2013 heeft ACM de regionale spoorvervoerders Arriva, Connexxion, Syntus en Veolia, vooruitlopend op de opdracht van het Ministerie van IenM, verzocht vragen te beantwoorden omtrent de afname van diensten bij NS en TLS en de antwoorden te ondersteunen met documentatie. NS is hiervan in kennis gesteld en uitgenodigd om ten behoeve van het onderzoek informatie te verstrekken. Op 25 juni (NS), 1 juli (Arriva, Syntus en Veolia) en 4 juli 2013 (Connexxion) heeft ACM, in reactie op zijn verzoek, informatie toegestuurd gekregen. Naar aanleiding van de beantwoording en de toegestuurde documentatie heeft ACM vervolgens aan dezelfde partijen op 15 juli 2013 meer specifieke vragen gesteld. Hierop heeft ACM op 23 juli (Syntus), 24 juli (NS), 26 juli (Arriva), 29 juli (Veolia) en 2 augustus 2013 (Connexxion) nadere informatie ontvangen.

Op 19 augustus 2013 zijn NS en TLS in de gelegenheid gesteld om hun zienswijzen te geven op de conceptversie van de quickscan.

Bij brief van 26 augustus 2013 heeft ACM de zienswijze van TLS ontvangen. TLS is op 10 september 2013 in de gelegenheid gesteld zijn zienswijze mondeling toe te lichten. Op 25 september 2013 is TLS nogmaals uitgenodigd haar reactie te geven op het haar betreffende onderdeel van de concept-quickscan. Bij brief van 3 oktober 2013 heeft TLS hieraan gehoor gegeven.

NS heeft bij brieven van 30 augustus 2013 en 12 september 2013 alsmede mondeling op 6 september 2013 haar zienswijze gegeven op de conceptversie van de quickscan.

Op 17 oktober 2013 is de voorliggende *quickscan* vastgesteld door het Bestuur van ACM en bij brief van 25 oktober 2014 aangeboden aan de Staatssecretaris van IenM.

2. Zienswijzen

2.1 Zienswijze NS

NS heeft in haar schriftelijke zienswijze op de bevindingen van ACM allereerst gewezen op de soms complexe context – met een diversiteit aan externe belangen en publieke verwachtingen – waarmee zij rekening wenst te houden of moet houden bij de door haar te ontplooiën activiteiten. Zaken liggen volgens NS ook vaak genuanceerder dan zij op het eerste gezicht lijken en soms doen zich daarbij dilemma's voor als gevolg van het spanningsveld tussen enerzijds de meest wenselijke oplossingen uit marktordeningsperspectief en reizigersbelangen anderzijds.

Voorts heeft NS commentaar geleverd op enkele door de regionale vervoerders aangedragen knelpunten met betrekking tot de OV-chipkaart en TLS, de toegang tot exploitatie en commerciële activiteiten op stations, Meten in de Trein, gedwongen winkelnering NS-diensten, vastgestelde reizigerstarieven en reisinformatie. Voor zover dit commentaar relevante aanvullende informatie bevat, is dit verwerkt in de tekst van de desbetreffende paragrafen.



2.2 Zienswijze TLS

TLS heeft in zijn zienswijze aangegeven zich niet te kunnen vinden in de procesmatige aanpak van het onderzoek. Door TLS niet te vragen om informatie en geen hoor en wederhoor toe te passen, wordt sterk afbreuk gedaan aan de zorgvuldigheid van het onderzoek en aan het onafhankelijke karakter waarmee dit soort onderzoeken wordt uitgevoerd, aldus TLS. Gelet op de korte termijn die TLS heeft gekregen om te reageren, heeft TLS geen mogelijkheid gezien alle onjuiste en ontbrekende informatie te verbeteren c.q. aan te leveren. Ook overigens herkent TLS zich niet in de conceptrapportage die TLS is voorgelegd, ook niet in tweede lezing.

ACM heeft kennis genomen van de zienswijzen en waar nodig de wijzigingen aangebracht.



Bijlage 2- Toelichting: de Mededingingswet biedt onvoldoende bescherming

1. Inleiding

Artikel 24 Mw biedt onvoldoende bescherming in de spoorsector waar het gaat om de dienstverlening van NS en TLS aan regionale vervoerders. Hiervoor zijn formele en materiële redenen te geven.

2. Formele redenen

Als toegang eenmaal is verkregen spelen er vele vervolgvragen, zeker in netwerksectoren zoals de spoormarkt waarin partijen ruime tijd van elkaar afhankelijk zijn. De meest voor de hand liggende is de vraag tegen welke tarieven en voorwaarden een dienst of voorziening moet worden geleverd. Weliswaar kunnen met een beroep op artikel 24 Mw ook onbillijke tarieven en handelsvoorwaarden worden aangevallen, de vraag is welke remedie hiertegen zou werken. In de praktijk kan een bindende aanwijzing of een last onder dwangsom bestuursrechtelijk gezien niet voor onbepaalde tijd worden opgelegd terwijl wel bekend is dat de daarin opgenomen verplichtingen langer zouden moeten duren dan de maximaal mogelijke termijn. In dit geval verdient het de voorkeur om ofwel verplichtingen in sectorspecifieke wetgeving op te nemen, dan wel een toezichthoudende instantie een regelgevende bevoegdheid te geven om in te grijpen wanneer nodig.

Specifiek met betrekking tot tarieven is op te merken dat het lastig is om daarop toezicht te houden op grond van artikel 24 Mw. Hoewel artikel 24 Mw het opleggen van excessief hoge tarieven verbiedt, speelt in de praktijk de vraag wanneer tarieven te hoog zijn. Het is vaak niet wenselijk om een tarief voor zeer lange termijn vast te zetten door middel van een bindende aanwijzing of last onder dwangsom.

Naast deze formele reden waarom voor (geliberaliseerde) netwerksectoren sectorspecifieke regels de voorkeur verdienen boven het gebruik van artikel 24 Mw, is tevens te wijzen op de volgende redenen. Deze draaien allen om de noodzaak om een gelijk speelveld voor alle marktspelers te creëren alvorens een markt wordt opengesteld voor concurrentie. Te wijzen is op de volgende factoren.

3. Materiële redenen

Artikel 24 Mw kan alleen ex post worden ingezet als sprake is geweest van feitelijke problemen met toegang, tarieven of voorwaarden. Dit kan in principe ook alleen van geval tot geval. In de spoorsector hebben concurrenten een groot aantal diensten en voorzieningen nodig om hun product op de markt te kunnen brengen. In dit geval zou met een beroep op artikel 24 Mw per voorziening moeten worden vastgesteld of sprake is van marktmacht, en vervolgens of sprake is van een essential facility (een vrijwel absoluut monopolie op een dienst of voorziening).

Naast de omstandigheid dat een aanzienlijk aantal diensten en voorzieningen nodig is om toe te kunnen treden, speelt (per voorziening) de vervolgvraag onder welke voorwaarden en tegen welke



tarieven die voorziening moet worden geleverd. Dit kan een dusdanig langdurig proces zijn dat, bijvoorbeeld in de spoorsector, toetredende concurrenten pas aan het einde hun concessietermijn weten waar zij (financieel) aan toe zijn. Dit maakt een beslissing om toe te treden tot de markt en de daarbij horende investeringsbeslissingen, vrijwel onmogelijk. Andersom is het bijzonder moeilijk voor een toetredster om voorafgaand aan de beslissing om toe treden alvast toegang te vragen. Op dat moment is immers nog niet bekend of een concessie zal worden gegund, of is mogelijk niet bekend tot welke diensten en voorzieningen toegang moet worden verkregen omdat de omvang van de opdracht nog niet geheel bekend is (bijvoorbeeld omdat de aanbestedende overheid omvang van de opdracht niet volledig beheerst).

De diensten en voorzieningen zijn langdurig benodigd en wisselen van inhoud of karakter. In dit geval zullen tarieven en voorwaarden moeten kunnen variëren gedurende de termijn waarvoor toegang moet worden verleend, bijvoorbeeld bij technologische ontwikkelingen. In zulke gevallen rijst steeds opnieuw de vraag welke voorwaarden en tarieven moeten worden gehanteerd voor een nieuwe of veranderde dienst.

Bundeling van essentiële met niet essentiële diensten kunnen ervoor zorgen dat een voormalig monopolist een beter totaalaanbod heeft dan een toetredster. Denk in de telecommunicatiesector aan verplichte toegangverlening tot het vaste netwerk om telefoniediensten aan te bieden, maar niet tot gebruik van het vaste netwerk voor het aanbieden van internetdiensten. Bij een voormalig monopolist is dan een “alles in één-bundel” verkrijgbaar, terwijl bij een toetredster slechts een deel van de bundel verkrijgbaar is. Hoewel artikel 24 Mw bundeling en koppelverkoop verbiedt, is het in sectoren waarin steeds nieuwe bundels kunnen worden gevormd door steeds verschillende diensten en voorzieningen aan elkaar te koppelen, lastig om hierop voortdurend toe te zien op grond van artikel 24 Mw.

Er is sprake van absolute schaarste. Hierdoor kan het ontbreken aan mogelijkheden om diensten en voorzieningen zelf te realiseren, hoewel dat kostentechnisch gezien mogelijk zou zijn. Te denken is aan locaties voor zendmasten in de telecommunicatiesector of locaties en vergunningen voor het plaatsen van afvalbakken voor recycling. Mogelijk zal geen vergunning worden verleend voor het plaatsen van meerdere van zulke voorzieningen. Daarbij speelt, zeker in de spoorsector, dat bepaalde diensten en voorzieningen zijn gelegen op schaarse locaties, maar niet meer gebruikt zullen of moeten worden door de dominante speler. Te denken is hier aan stations, maar ook aan andere technische infrastructuur, zoals treinonderhoudsvoorzieningen en treinwasinstallaties, voor zover gelegen in een gebied dat niet meer door de voormalige monopolist wordt bediend. Ten eerste is het dupliceren van dergelijke infrastructuur soms niet mogelijk (tweede station aanleggen in stadscentrum) en soms extreem kostenverhogend (de nieuwe onderhoudsvoorziening kan alleen op een locatie waar geen spoor ligt, dus zijn extra kosten nodig voor de aanleg van spoor).

Specifiek voor *geliberaliseerde* (netwerk-)sectoren zoals de spoormarkt geldt soms:

- dat sprake is van strategische voordelen van de voormalige monopolist. Te denken is aan een situatie in de energiesector een geïntegreerde netbeheerder en energieleverancier kan zien wat klanten van een toetredende energieleverancier afnemen, omdat de metergegevens bij het netbeheerbedrijf bekend zijn. Dit geeft inzage in bijzonder strategische informatie van een concurrent in de markt voor levering, te weten informatie over afgenomen hoeveelheden energie.
- dat de voormalige (vrijwel) absolute monopolisten, zoals destijds de PTT voor telecommunicatie en post en diverse netbeheerders en leveranciers van energie, een historisch voordeel genoten bij openstelling van de markt. Zij hebben kosten van activa geheel of ten dele kunnen afschrijven



in een periode waarin zij een absoluut, vaak wettelijk beschermd, monopolie genoten en hebben zo een kostenvoordeel. Toetreders hebben dit voordeel niet.

Tot slot is in geliberaliseerde sectoren vaak sprake van regulering toegespitst op de voormalige monopolist. Het kan gaan om de toekenning van bijzondere of exclusieve rechten, of om andere regelgeving. In de energie- en telecommunicatiesectoren is te denken is aan een exclusief recht om kabels te mogen aanleggen: het recht is toegekend aan één onderneming of stelt technische eisen aan productiemiddelen of producten waaraan slechts de voormalig monopolist kan voldoen. Voorbeeld is een dominante vervoerder die zelf trams maakt die aan technische vereisten voldoen, terwijl die niet op de vrije markt verkrijgbaar zijn.

Andersom geredeneerd geldt het volgende: wanneer er een politiek-juridische wens is om een netwerksector te liberaliseren, dan dient tevoren een gelijk speelveld te worden gecreëerd voor markttoetreders. Als dat niet het geval is, kan in sommige gevallen van een toetreders worden verwacht dat deze zelf rechtsmiddelen aanwendt om toegang tot essentiële diensten en voorzieningen te verkrijgen, bijvoorbeeld door een beroep te doen op artikel 24 Mw in een klacht bij ACM of voor de civiele rechter. Wanneer zich hiervoor genoemde factoren voordoen, kan dit echter niet meer worden verlangd van een toetreders en zal ofwel de wetgever eerst een zoveel mogelijk gelijk speelveld moeten creëren, dan wel een regulator aanwijzen die ex ante regels kan stellen (voordat problemen zich voordoen) en deze ex post kan afdwingen.

Bijkomend voordeel van dergelijke sectorspecifieke regelingen is dat zij de voorwaarden en tarieven voor toegang transparant maken, waardoor voor toetreders direct duidelijk is onder welke voorwaarden zij hun producten moeten en kunnen leveren en zij daarop een investeringsbeslissing kunnen nemen.



Bijlage 3- Verplichtingen in de HRN-concessie met betrekking tot diensten en voorzieningen

Voor zover relevant voor de in deze *quickscan* opgenomen knelpunten, kan hierover het volgende worden opgemerkt. Ten eerste is in artikel 18 een aantal verplichtingen opgenomen ten aanzien van kaartintegratie:

1. De plicht tot instandhouding van een systeem van kaartintegratie (de mogelijkheid om op elk station een kaartje te kopen naar ieder ander station) zoals bestond voor 1 januari 2004, mits de regionale vervoerders voldoen aan de door NS gestelde eisen met betrekking tot kaartsoorten, tarieven en vervoersvoorwaarden.
2. Op verzoek van een regionale vervoerder verbreedt NS de kaartintegratie zoals die per 1 januari 2004 bestond, mits die vervoerder voldoet aan de door NS gestelde eisen met betrekking tot kaartsoorten, tarieven en vervoersvoorwaarden.

Deze verplichtingen vervallen op de trajecten waar de OV-chipkaart succesvol is geïntroduceerd.

3. Een inspanningsverplichting om de verkrijgbaarheid van vervoerbewijzen zoals die per 1 januari 2004 bestond, in stand te houden en indien nodig te verbreden. [wat "nodig" is, is niet duidelijk]
4. Een inspanningsverplichting om na de volledige introductie van de OV-chipkaart kaartintegratie met andere vervoerders voor deze trajecten in stand te houden. Ten behoeve hiervan voert NS overleg met andere vervoerders waarvoor deze introductie effect heeft.
5. De verplichting om tegen redelijke voorwaarden overeenkomsten met de betrokken decentrale overheden en regionale treinvervoerders af te sluiten voor de verdeling van opbrengsten uit alle kaartsoorten die NS namens andere vervoerders doet..
6. De verplichting tot medewerking door het tegen redelijke voorwaarden leveren van kaartautomaten, indien de regionale treinvervoerders, respectievelijk de verantwoordelijke decentrale overheden, op de door hen bediende stations vervoerbewijzen naar alle stations in Nederland willen verkopen, mits de kaartautomaatsystemen tijdig bij NS zijn besteld.
7. De verplichting om, wanneer een regionale vervoerder wil deelnemen aan het NS-tariefsysteem, daarover met die treinvervoerder te overleggen, mits die vervoerder bij deelname "voldoet aan de door NS gestelde eisen."

Ten aanzien van de OV-chipkaart zijn in artikel 19 van de concessie-hoofdrailnet de volgende verplichtingen voor NS opgenomen:

6. De verplichting om samen met andere OV-chipkaartgebruikende vervoerders deel te nemen aan de invoering, beheer en verdere ontwikkeling van het landelijke OV-chipkaartsysteem. Alle andere openbaarvervoerbedrijven in Nederland kunnen zich op ieder moment tegen redelijke en non-discriminatoire voorwaarden op dit systeem aansluiten. De verplichting om met aangesloten openbaarvervoerbedrijven afspraken te maken over aansluitvoorwaarden, beheer en verdere ontwikkeling van het OV-chipkaartsysteem.
7. Het landelijke OV-chipkaartsysteem voldoet in ieder geval aan de voorwaarde dat gehanteerde standaarden zodanig zijn ingericht en openbaar gemaakt, dat de interoperabiliteit van de afzonderlijke OV-chipkaartsystemen die samen het landelijke systeem vormen, gewaarborgd is.



8. De verplichting om reizigers met één OV-chipkaart tegen redelijke voorwaarden te laten reizen met de door NS geëxploiteerde spoorvoertuigen. Hiernaast dient NS zich ertoe in te spannen dat vanaf 2012 alle proposities van NS die “verchipt” zijn ook op OV-chipkaarten geladen kunnen worden van andere openbaarvervoerbedrijven die meedoen aan het OV-chipkaartsysteem.



Bijlage 4- Overzicht van stations ten behoeve van verhuur

Op 15 juli 2013 stonden de volgende locaties kleinere stations (zie onder) op de volgende link:

<http://www.hurenopstations.nl/>

Per locatie kan doorgelinkt worden naar een brochure met objectinformatie. NS stelt als algemeen doel, ook voor derden, dat een bepaalde synergie wordt behaald:

Voor mensen onderweg wil NS Stations vervoersknooppunten maken tot prettige, veilige en schone plekken met een aansprekend aanbod van producten en diensten. Aanbod van diensten en winkels op stations leveren een belangrijke bijdrage aan prettige en veilige stations.

Daarin wordt van het betreffende station soms aanvullende informatie gegeven. Soms wordt het aantal in- uitstappers gegeven dat per dag van het station gebruik maakt, maar niet altijd. Soms zijn er wel voorwaarden aan het gebruik.

- In station Valkenburg zijn dat de volgende voorwaarden:
- Gebruik als kantoor, winkel of geven van workshops;
- Food exploitatie behoort volgens NS niet tot de mogelijkheden;
- de huurprijs is nader overeen te komen en is afhankelijk van de metrage, looptijd en invulling;
- Als bankgarantie wordt zes maanden huur en een voorschot voor de servicekosten gevraagd met BTW;
- Positief advies uit kredietwaardigheidsonderzoek door NS is noodzakelijk
- De aanvaarding is in de huidige staat;
- Onderverhuur is niet toegestaan;
- Contractduur: In overleg afhankelijk van formule en investering.
- Huurder is zelf verantwoordelijk voor dat het gebruik conform bestemmingsplan is en voor vergunningen;
- Er is een jaarlijkse huurprijsindexering conform het prijsindex cijfer;
- Voorafgaand aan een mogelijke verbouwing of plaatsing van reclame-uiting op het exterieur dient de huurder NS Stations vooraf tekeningen ter accordering aan te bieden;
- Na afloop van de verbouwing moeten de gereviseerde tekeningen van het object aan NS gegeven worden, zowel op papier als digitaal.

Bovenstaande eisen variëren per locatie voor:

- Hurdegaryp: Bankgarantie: Drie maanden huur inclusief voorschot servicekosten en BTW.
- Leerdam: Bankgarantie: Drie maanden huur inclusief voorschot service-/energiekosten (inclusief administratiekosten), vermeerderd met BTW.

Vanuit dit gezichtspunt is het belangrijk dat de huurders op stations zoveel mogelijk uren van de dag en zoveel mogelijk dagen van de week aanwezig zijn op het station.

Op de internetsite van NS stations kan voor huurruimte op de grote stations een aanvraagformulier worden ingevuld en opgestuurd. Ook voor nieuwe stations (nationale sleutelprojecten) heeft NS de exclusieve rechten voor de verhuur van commerciële ruimtes. Het gaat om de stations Arnhem, Amsterdam Zuid, Breda, Rotterdam Centraal, Den Haag Centraal, Utrecht Centraal.



Overzicht stationslocaties

Locatie	Bestemming gebouw	Aantal ruimten	Oppervlakte in m2
Almelo	Winkelruimte	2	110/130
Deventer	Kantoor	3	234
Deventer	Bedrijfsruimte	1	90
Enkhuizen	Divers	1	46
Gilze-Rijen	Kantoorruimte	4	343
Goes	Winkelruimte	1	104
Gouda Goverwelle	Bedrijfsruimte	1	79
Groningen	Kantoorruimte	3	246
Harlingen	Winkel-, kantoor- en restauratieruimte	Divers	377
Heerenveen	Winkel-, kantoor- en praktijkruimte	1	134
Hoogeveen	Winkel-, kantoor- en praktijkruimte	1	85
Hurdegaryp	Kantoor- en praktijkruimte	Divers	98
Kilmmen-Ransdaal	Horeca	6	140
Krabbendijke	Divers	Divers	360
Leerdam	Kantoor	1	100
Lunteren	Divers	Totale stationsgebouw	550
Niuew Vennep	Stationsgebouw	1	50
Oss	Winkel-, kantoor-, bedrijfs- en praktijkruimte	3	211
Oudenbosch	Winkel-, kantoor-, bedrijfs- en praktijkruimte	1	46
Roosendaal	Winkelruimte	1	58
s-Hertogenbosch	Kantoorruimte	2	82
s-Hertogenbosch	Kantoorruimte	1	20
s-Hertogenbosch	Kantoorruimte	1	46
s-Hertogenbosch	Kantoorruimte	1	14
Valkenburg	Winkel- en kantoorruimte	-	138
Vekp	Winkelruimte	1	22
Winterswijk	Winkel- en kantoorruimte	3	100/300
Wolvega	Kantoor- en praktijkruimte	Divers	263
Zetten-Andelst	Winkel- en kantoorruimte	2	30/197
Zuthpen	Winkelruimte	2	95