



Besluit

Gedragingen van NS inzake openbaar- vervoerconcessie in Limburg

Zaaknummer: 16.0691.31

Besluit

Titel	Vaststelling van inbreuk op artikel 24 Mededingingswet en artikel 102 VWEU door NS en oplegging van een boete aan NS vanwege haar gedragingen inzake de openbaar-vervoerconcessie Limburg Besluit van de Autoriteit Consument en Markt als bedoeld in artikel 56, aanhef en onder a, en artikel 89 van de Mededingingswet.
Kenmerk:	ACM/DJZ/2017/203854
Zaaknummer:	16.0691.31
Versie	openbaar
Aantal pagina's	206

1	Samenvatting	6
2	Betrokken onderneming	8
2.1	Ondernemingen binnen NS	8
2.2	Besluitvormende en adviserende organen van NS	10
2.2.1	Raad van Bestuur	10
2.2.2	Executive Committee	10
2.2.3	Raad van Commissarissen	10
2.2.4	Financiële afdeling (CpC)	10
3	Procedureverloop	11
4	Marktomstandigheden	13
4.1	Openbaar vervoer in Nederland	13
4.1.1	HRN-concessie	14
4.1.2	Overige openbaarvervoerconcessies	15
4.2	Decentralisatie en Samenloop	16
4.3	De Limburgse Concessie	18
5	Juridisch kader artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU	22
5.1	Machtspositie	22
5.2	Misbruik	24
5.3	Rechtskarakter van de richtsnoeren van de Commissie	27
6	Economische machtspositie	29
6.1	Inleiding	29
6.2	Relevante markt	30
6.2.1	Rapport	32
6.2.2	Zienswijze NS	36
6.2.3	Beoordeling ACM	37
6.2.4	Conclusie	39
6.3	Economische machtspositie van NS	39
6.3.1	Rapport	40
6.3.2	Zienswijze NS	41
6.3.3	Beoordeling ACM	42
6.4	Verband tussen betrokken markten	45
6.4.1	Rapport	45
6.4.2	Zienswijze NS	46
6.4.3	Beoordeling ACM	47
6.5	Conclusie economische machtspositie	50
7	Totstandkoming van bod van NS op Limburgse Concessie	51
7.1	Rendementscriteria van concessiebidningen volgens NS	51
7.1.1	NCW en IRR van concessiebidningen	52
7.1.2	WACC van NS	54
7.1.3	Conclusie	57
7.2	Vorbereiding van het bod op de Limburgse Concessie	57
7.2.1	Informeren ExCo, RvC en Centrale Ondernemingsraad	57
7.2.2	Opstellen business case	60
7.2.3	Prognose reizigersopbrengsten	64
7.3	Besluitvorming ExCo	68
7.3.1	Behandelingsvoorstel	68
7.3.2	Conceptadvies van CpC van 26 september 2014	71
7.3.3	Definitief CpC-advies van 28 september 2014	73
7.3.4	Strategische rationale	75
7.3.5	Vergadering ExCo	80
7.4	Verzoek om goedkeuring van de aandeelhouder	81
7.5	Aanpassingen na ExCo-vergadering en besluitvorming RvC	82
7.6	Verdere uitwerking van het bod van NS op de concessie Limburg	86
7.6.1	Finalisering van het bod	86

7.6.2	Discussie met Ministerie van Financiën over NSFSC vóór indiening van het bod.....	89
7.7	Uitkomst van de aanbesteding en verdere discussie over inzet van NSFSC.....	92
7.7.1	Uitkomst van de aanbesteding.....	92
7.7.2	Discussie met Ministerie van Financiën over NSFSC ná indiening van het bod.....	93
7.8	Conclusie totstandkoming bod	97
8	Misbruik I: verlieslatend bod	99
8.1	Toetsingskader voor de vaststelling van een roofofpris.....	99
8.2	Toepassing van toetsingskader	101
8.2.1	Verschillen met eerdere zaken.....	101
8.2.2	Relevante kostenbegrippen	102
8.2.3	Maatstaf voor beoordeling van het bod van NS	103
8.2.4	Intentie en terugverdienmogelijkheid	107
8.3	Beoordeling van de bieding van NS	108
8.3.1	Vermogenskosten (WACC) van NS	108
8.3.2	Verwachte uitkomst bod NS (<i>mean case</i> en <i>base case</i>)	111
8.3.3	Aanvullend rendement NedTrain	113
8.3.4	Aanvullend rendement door fiscaal voordeel NSFSC	116
8.3.5	Prognose van reizigersopbrengsten	118
8.3.6	Correcties voor niet-incrementele kosten en aanvullende rendementen	122
8.3.7	Mogelijke contra-indicaties en objectieve rechtvaardigingsgronden	126
8.4	Conclusie verlieslatend bod.....	127
9	Misbruik II: complex van gedragingen van NS	129
9.1	Juridisch kader	130
9.1.1	Beschikkingenpraktijk van de Commissie: <i>Orange Polska</i>	130
9.1.2	Zienswijze NS	131
9.1.3	Beoordeling ACM.....	131
9.2	Delen van concurrentiegevoelige informatie van Veolia.....	132
9.2.1	Inhuren concessiedirecteur Limburg van Veolia voor biedingsteam.....	132
9.2.2	Informatiedeling door concessiedirecteur Veolia	133
9.2.3	Beoordeling delen van vertrouwelijke informatie over Veolia.....	136
9.3	Behandeling toegangsverzoeken Veolia en Arriva binnen NS-organisatie	141
9.3.1	Doorsturen informatie over toegangsverzoeken Veolia en Arriva	144
9.3.2	Onredelijk aanbod van diensten en treinen door NS aan Veolia en Arriva	152
9.3.3	Conclusie onredelijk aanbod NS aan Veolia en Arriva.....	170
9.4	Discriminatorie informatieverstrekking.....	171
9.4.1	Wijzigingen dienstregeling HRN.....	172
9.4.2	Informatie reizigersopbrengsten.....	175
9.5	Conclusie complex van gedragingen.....	179
10	Interstatelijke effecten.....	181
11	Sanctie.....	182
11.1	Conclusies met betrekking tot de overtredingen van de artikelen 24 Mw en 102 VWEU.....	182
11.2	Overtreders.....	182
11.2.1	Juridisch kader	182
11.2.2	Toepassing op deze zaak	183
11.3	Boete	185
11.4	Boetetoemeting	185
11.4.1	Beoordelingskader	185
11.4.2	Functiescheiding	188
11.4.3	Betrokken omzet	188
11.4.4	Basisboete	191
11.4.5	Boeteverhogende en -verlagende omstandigheden	192
11.4.6	(Niet-)medewerking van NS aan het onderzoek	193
11.5	Zienswijze NS en beoordeling ACM.....	195
11.5.1	Korte weergave van de zienswijze	195
11.5.2	Afschrikking al veiliggesteld	196
11.5.3	Geen profijt voor NS en geen effecten op de markt.....	198

11.5.4	Kwalificatie van gedraging als machtsmisbruik: nieuw en onvoorspelbaar.....	199
11.5.5	Gevolgen voor reiziger en belastingbetaler.....	201
11.5.6	Geen passende boetesystematiek.....	201
11.6	Conclusie.....	202
11.6.1	Wettelijk maximum	202
11.6.2	Finale vaststelling van de hoogte van de boete	202
12	Besluit.....	203
	Bijlage 1: definities	204

1 Samenvatting

- 1 In 2014 startte de Provincie Limburg een openbare aanbestedingsprocedure voor een concessie voor openbaar trein- en busvervoer met een looptijd van december 2016 tot december 2031 (de Limburgse Concessie). Inschrijvers waren NS (via haar dochtermaatschappij Abellio Limburg), Veolia en Arriva. De Provincie heeft de concessie in eerste instantie aan NS gegund, maar heeft deze gunning ingetrokken nadat bekend werd dat bij NS sprake was geweest van onregelmatigheden bij de aanbesteding. Vervolgens heeft de Provincie de concessie aan Arriva gegund.
- 2 In dit besluit stelt de ACM vast dat NS bij de aanbesteding voor de Limburgse Concessie misbruik heeft gemaakt van haar economische machtspositie. Daarmee heeft NS in strijd gehandeld met artikel 24 van de Mededingingswet (Mw) en artikel 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). De ACM legt voor deze overtredingen aan NS een boete op van 40.950.000 euro. Deze boete is met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel passend en geboden.
- 3 De gedragingen van NS hielden verband met haar rol als personenvervoerder op het Hoofdrailnet (HRN). Op dit net heeft NS een economische machtspositie. Het HRN dekt het grootste deel van het personenvervoer per spoor in Nederland. De huidige HRN-concessie (1 januari 2015 tot 1 januari 2025) is onderhands gegund aan NS.
- 4 Interne documenten van NS tonen aan dat NS de Limburgse Concessie per se wilde winnen om te voorkomen dat een concurrent in Limburg kon laten zien dat samenloop tussen intercity's van NS en stoptreinen van de regionale concessie op hetzelfde traject succesvol kan zijn. Deze samenloop ontstond doordat de Limburgse Concessie twee stoptreindiensten omvat die voordien onderdeel waren van de HRN-concessie. Het Ministerie van IenM heeft aangegeven dat het tijdens de zogenoemde '*midterm review*' van de HRN-concessie in 2019 wil onderzoeken, mede op basis van ervaringen met deze samenloop, of ook andere treinverbindingen voor decentralisatie in aanmerking komen. De Limburgse Concessie is daarmee een *pilot* voor decentralisatie. NS wilde door zelf de Limburgse Concessie uit te voeren de kans verkleinen dat haar positie op het HRN onder druk zou komen te staan en concurrenten konden meedingen naar (delen van) het HRN.
- 5 NS heeft haar machtspositie ten eerste misbruikt door een verlieslatend bod in te dienen. De kosten die NS zou maken met het uitvoeren van de Limburgse Concessie, waren hoger dan de opbrengsten die zij daarmee kon realiseren. NS heeft het rendement van haar bod te positief voorgesteld. Bij het opstellen van haar bod is NS met name uitgegaan van een zeer sterke groei van de reizigersopbrengsten in Limburg, terwijl zij dit nauwelijks onderbouwt. Daarnaast heeft NS haar bekende risico's niet in het bod verdisconteerd. Daardoor kregen de andere inschrijvers op de aanbesteding geen eerlijke kans: zij konden het bod van NS niet evenaren of overtreffen zonder zelf verlies te lijden, ook al zouden zij net zo efficiënt zijn als NS. De ACM concludeert dat NS met haar bieding de concurrentie heeft verstoord. Anders gezegd, door een verlieslatend bod te doen heeft NS een roofprijs gehanteerd.
- 6 Ten tweede heeft NS haar machtspositie misbruikt door een complex van verschillende gedragingen. Deze gedragingen zijn dienstbaar geweest aan het strategische doel om de kansen van concurrenten om de concessie Limburg te verwerven, te verminderen. Geen van de gedragingen kan gezien worden als normale concurrentie op basis van ondernemersprestaties.

- 7** Deze gedragingen waren zowel offensief als defensief van karakter. Deels beperkten zij de kosten en onzekerheid bij het opstellen van het bod van NS zelf, en deels verhoogden zij de kosten en onzekerheid bij haar concurrenten.
- 8** Zo verschaftte NS haar dochter Abellio een oneigenlijke kennisvoorsprong ten opzichte van de overige inschrijvers, door:
- op oneigenlijke wijze bedrijfsvertrouwelijke informatie van Veolia, die de lopende concessie in Limburg exploiteerde, te verkrijgen (onder meer via de toenmalige concessiedirecteur van Veolia) en deze informatie te gebruiken om haar eigen bod te verbeteren;
 - relevante informatie betreffende het HRN, die op dat moment nog niet beschikbaar was voor de andere inschrijvers, te verstrekken aan haar dochter Abellio; en
 - vertrouwelijke informatie betreffende de verzoeken van andere inschrijvers om toegang tot materieel en voorzieningen die zij nodig hadden van andere NS-dochters, door te spelen aan Abellio. Abellio kon deze informatie gebruiken bij het bepalen van haar eigen bod, en heeft dit ook gedaan.
- 9** Tevens heeft NS:
- haar concurrenten op achterstand gebracht door haar reactie op de toegangsverzoeken te vertragen; en
 - haar concurrenten een zodanig aanbod gedaan dat zij bij het uitbrengen van hun bod op de Limburgse Concessie werden gehinderd.
- 10** De genoemde elementen zijn als geheel en in samenhang gezien mededingingsbeperkend en kwalificeren als misbruik in de zin van artikel 24 Mw en 102 VWEU.

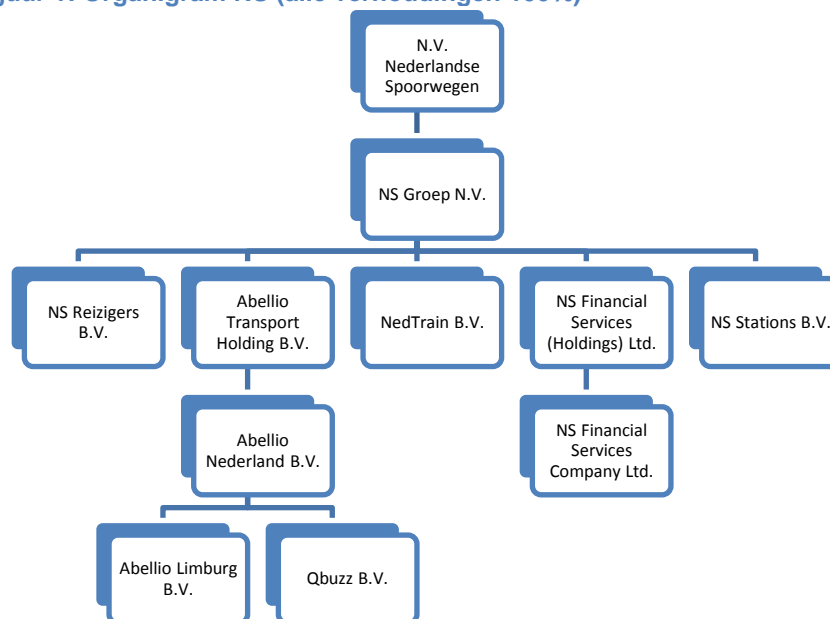
2 Betrokken onderneming

- 11 Dit besluit heeft betrekking op de N.V. Nederlandse Spoorwegen en haar groepsmaatschappijen als bedoeld in artikel 2:24b van het Burgerlijk Wetboek (samen: NS). Voor zover relevant beschrijft de ACM hierna kort de vennootschappen en bedrijfsonderdelen van NS en de betrokken (overleg)organen.

2.1 Ondernemingen binnen NS

- 12 De N.V. Nederlandse Spoorwegen (NV NS) is een naamloze vennootschap naar Nederlands recht, statutair gevestigd te Utrecht.¹ Haar enig aandeelhouder is de Nederlandse Staat. Het Ministerie van Financiën vervult de aandeelhoudersrol. Jaarlijks, binnen zes maanden na afloop van het boekjaar, houdt NV NS de Algemene Vergadering van Aandeelhouders (Algemene Vergadering).
- 13 De NV NS is enig aandeelhouder van NS Groep N.V. (NS Groep), statutair eveneens gevestigd te Utrecht.² De bestuursorganen van deze vennootschappen komen aan de orde in paragraaf 2.2.
- 14 NS Groep kent meerdere bedrijfsonderdelen. Deze staan in Figuur 1, voor zover relevant voor dit besluit.³

Figuur 1: Organigram NS (alle verhoudingen 100%)



- 15 NS Reizigers B.V. (NS Reizigers) is verantwoordelijk voor het reizigersvervoer per spoor in Nederland, meer specifiek op het Nederlandse hoofdrailnet (HRN), inclusief de HSL-Zuid, en voor de daarmee samenhangende verkoop- en serviceactiviteiten.⁴ NS Groep is enig aandeelhouder van NS Reizigers. Tussen april en november 2014 [vertrouwelijk].

¹ Bron 279.

² Bron 268.

³ Allen zijn statutair gevestigd in Utrecht behalve Abellio Limburg B.V. en Qbuzz B.V.; deze onderdelen zijn statutair gevestigd in Amersfoort. NS Financial Services Company Limited is gevestigd in Dublin (Ierland).

⁴ Bron 269.

- 16** NedTrain B.V. (NedTrain) verzorgt onderhoud, reiniging en revisie van treinstellen.⁵ De grootste klant van NedTrain is NS Reizigers. NS Groep is enig aandeelhouder van NedTrain. In 2014 [vertrouwelijk].
- 17** NS Stations B.V. (NS Stations) houdt zich bezig met het beheren en exploiteren van de stations van de N.V. Nederlandse Spoorwegen in Nederland.⁶ Dit betekent dat NS Stations onder meer verantwoordelijk is voor het verhuren van ruimtes en andere diensten op stations. Er zijn ruim 400 stations in Nederland. NS Groep is enig aandeelhouder van NS Stations. In 2014 [vertrouwelijk].
- 18** Abellio Transport Holding B.V. (Abellio Holding) is ook onderdeel van NS Groep en zorgt onder meer voor de exploitatie van de raillicenties in het buitenland.⁷ NS Groep is enig aandeelhouder van Abellio Holding. In 2014 bestaat de Directie van Abellio Holding uit [vertrouwelijk].
- 19** Abellio Nederland B.V. (Abellio Nederland) houdt zich bezig met het uitoefenen van het vervoersbedrijf met aanverwante en ondersteunende werkzaamheden.⁸ Abellio Holding is enig aandeelhouder van Abellio Nederland. In 2014 bestaat de Directie van Abellio Nederland uit [vertrouwelijk].
- 20** Abellio Limburg B.V. (Abellio Limburg; samen met Abellio Holding en Abellio Nederland: Abellio) is de entiteit die het bod op de Limburgse concessie namens NS heeft ingediend en de concessie zou uitvoeren. Abellio Nederland is enig aandeelhouder en bestuurder van Abellio Limburg.⁹ Abellio Limburg heeft daarom feitelijk dezelfde directieleden als Abellio Nederland. Abellio Limburg heeft, afgezien van het indienen van het bod, geen zelfstandige activiteiten. Het heeft ook geen werknemers; het bod wordt voorbereid door werknemers van Abellio Nederland en Qbuzz B.V.
- 21** Qbuzz B.V. (Qbuzz) exploiteert verschillende openbaar-vervoerconcessies.¹⁰ Abellio Nederland is enig aandeelhouder en bestuurder van Qbuzz. Qbuzz heeft daarom feitelijk dezelfde directieleden als Abellio Nederland.
- 22** NS Financial Services Company Limited (NSFSC) houdt zich bezig met de verkoop en lease van treinstellen.¹¹ NS Groep N.V. is (indirect) enig aandeelhouder van NSFSC. NSFSC is een *stand alone company* met een aparte governance-structuur. Dit is een vereiste om NSFSC als belastingvehikel te kunnen inzetten. Daardoor heeft NS Groep geen zicht op de kosten en resultaten die NSFSC behaalt op basis van individuele contracten.¹² In 2014 [vertrouwelijk].
- 23** Zoals uit het navolgende zal blijken, kwalificeert NS als onderneming in de zin van artikel 1, onder f, Mw en artikel 102 VWEU wat betreft de economische activiteiten waarop dit besluit betrekking heeft.

⁵ Bron 270.

⁶ Bron 271.

⁷ Bron 272.

⁸ Bron 273.

⁹ Bron 274. De naam van Abellio Limburg was Qbuzz concessie Zuid Oost Friesland B.V. tot 26 september 2014 en Door Limburg B.V. van die datum tot 9 oktober 2014.

¹⁰ Bron 275.

¹¹ Bron 276.

¹² Bron 188, p. 27, bron 250, p. 57 en bron 267, p. 10.

2.2 Besluitvormende en adviserende organen van NS

2.2.1 Raad van Bestuur

24 De Raden van Bestuur van NV NS en NS Groep zijn belast met het bestuur van deze vennootschappen.¹³ Deze Raden van Bestuur bestaan uit dezelfde personen.¹⁴ De beide raden worden hierna verder de RvB genoemd.¹⁵ De RvB legt verantwoording af aan de RvC en de Algemene Vergadering. Op grond van artikel 19 van de statuten van NV NS zijn bepaalde besluiten van de RvB aan de goedkeuring van de RvC en/of de Algemene Vergadering onderworpen.¹⁶ De RvB bestaat gedurende de periode van de gedragingen waar dit besluit op ziet, uit [leden bestuur NS].

2.2.2 Executive Committee

25 De Executive Committee (ExCo) van NS Groep bestaat uit de RvB-leden en functionarissen die door de RvB zijn benoemd tot lid van de ExCo. In 2014 zijn dat [vertrouwelijk].¹⁷ De ExCo ondersteunt en adviseert de RvB en heeft besluitvormende taken en bevoegdheden.¹⁸ De ExCo is in maart 2014 gecreëerd als opvolger van de Groepsraad van NS.¹⁹

2.2.3 Raad van Commissarissen

26 De Raad van Commissarissen (RvC) van NV NS heeft tot taak toezicht te houden op het beleid van de RvB en op de algehele gang van zaken in de vennootschap en de met haar verbonden bedrijfsonderdelen. Daarnaast staat de RvC de RvB met raad terzijde en zijn bepaalde besluiten van de RvB aan zijn goedkeuring onderworpen.²⁰

2.2.4 Financiële afdeling (CpC)

27 De financiële afdeling van NS Groep heeft de naam Finance & Administration (F&A). F&A bestaat uit meerdere onderafdelingen die gericht zijn op de financiën van NS Groep. De onderafdeling Corporate Control (CpC) adviseert de ExCo en RvB over investeringen. Dat geldt onder meer voor biedingen van NS op aanbestedingen in binnen- en buitenland. In de praktijk zijn verschillende medewerkers van andere onderafdelingen ook betrokken bij dergelijke adviezen. Korthedshalve zal in de rest van dit besluit bij verwijzing naar F&A alleen gesproken worden over 'CpC'. Gedurende 2014 [vertrouwelijk].

¹³ Bron 267, bijlagen 3 en 4.

¹⁴ Bron 267, p. 17.

¹⁵ Het besluit van de RvB om het bod op de Limburgse Concessie in te dienen, maakt niet duidelijk of het de Raad van Bestuur van NV NS of van NS Groep betreft (bron 122.2).

¹⁶ Bron 267, bijlage 4.

¹⁷ Bron 267, p. 17 en bijlage 5.

¹⁸ Richtlijnen voor de ExCo met betrekking tot samenstelling, werkwijze, taken en bevoegdheden zijn uitgewerkt in het Reglement Executive Committee NS Groep N.V. van 14 april 2014 (bron 267, bijlage 5). Dit reglement is formeel vastgesteld in november 2014, maar ten tijde van de besluitvorming over het bod op de Limburgse concessie werd al naar dit reglement gehandeld (bron 267, p. 17).

¹⁹ Een belangrijk verschil is dat de Groepsraad gericht was op informatie-uitwisseling tussen de verschillende bedrijfsonderdelen, terwijl de ExCo ook belangrijke beslissingen neemt (bron 260, p. 6, en bron 267, bijlage 5, artikel 5.3).

²⁰ Bron 267, bijlage 4.

3 Procedureverloop

- 28** Dit besluit betreft gedragingen van NS bij de aanbesteding van de Limburgse Concessie.
- 29** Abellio Limburg, Veolia Transport Holding B.V. (samen met haar groepsmaatschappijen: Veolia) en Arriva Transport Holding B.V. (samen met haar groepsmaatschappijen: Arriva) doen op 3 november 2014 een bod op de concessie voor het regionale openbaar vervoer in Limburg voor 2016-2031 (Limburgse Concessie). Op 10 februari 2015 maakt de Provincie Limburg bekend dat Abellio Limburg de Limburgse Concessie heeft gewonnen. Vanwege geconstateerde onregelmatigheden trekt de Provincie op 29 april 2015 het gunningsbesluit aan Abellio Limburg echter in. Op 2 juli 2015 maakt de Provincie bekend dat zij de Limburgse Concessie heeft gegund aan Arriva.
- 30** Op 5 september 2014, tijdens de aanbesteding van de Limburgse Concessie, verzoekt Veolia de ACM op te treden tegen NS wegens overtreding van artikel 67 Spoorwegwet (Sw) (oud) en artikel 24 Mw. Naar aanleiding van dit verzoek onderzoekt de Directie Telecom, Vervoer en Post van de ACM de gedragingen van NS tijdens de aanbesteding. Tijdens dit onderzoek heeft de ACM onder meer op 28 november 2014 een hoorzitting gehouden. Daarbij zijn NS, ProRail, Veolia en Arriva aanwezig bij het openbare deel. NS, Abellio Nederland en Arriva nemen daarnaast ieder deel aan een besloten deel van de hoorzitting.
- 31** De ACM stelt bij besluit van 6 maart 2015 vast dat NS artikel 67, eerste lid, en artikel 71, eerste lid, Sw (oud) heeft overtreden. Dit betreft een geschilbesluit dat resulteert in een rechtsoordeel.
- 32** Het onderhavige besluit betreft het onderzoek van de ACM naar het vermoeden van overtreding van artikel 24 Mw (en artikel 102 VWEU). Dit is gericht op het opleggen van een boete, voor zover dat passend is. Het verloop van dit onderzoek is, kort gezegd, als volgt:
- 33** Op 13 mei 2015 stuurt NS enkele e-mails aan de ACM. Deze zijn naar voren gekomen bij een intern complianceonderzoek dat NS in maart 2015 is gestart.
- 34** Op 27 en 28 mei 2015 verricht de ACM bedrijfsbezoeken op de bedrijfslocaties van NS, Qbuzz en forensisch onderzoeksbureau Alvarez & Marsal.²¹ Bij deze bedrijfsbezoeken vordert de ACM inzage in zakelijke gegevens en bescheiden en maakt zij kopieën van digitale gegevens. De ACM heeft deze gegevens voor onderzoek meegenomen.
- 35** In de periode tussen mei 2015 en 1 juli 2016 beantwoorden NS, Veolia en Arriva schriftelijke vragen van de ACM en verstrekken zij aanvullende informatie.
- 36** Op 1 juli en 7 september 2015 heeft de Fiscale Inlichtingen- en Opsporingsdienst (FIOD) gegevens verstrekt aan de ACM. Het betreft verhoorverslagen, een tapverslag²² en een verslag van een geluidsopname.²³ De FIOD heeft de verstrekking van deze gegevens verantwoord in haar begeleidend schrijven.²⁴
- 37** In november en december 2015 verhoort de ACM verschillende (voormalige) medewerkers van NS.

²¹ Alvarez & Marsal heeft NS ondersteund bij haar interne complianceonderzoek.

²² Bron 223.

²³ Bron 222.

²⁴ Bron 233 en 240.

- 38** Op 7 juli 2016 maakt de Directie Telecom, Vervoer en Post van de ACM op grond van titel 5.4.2 Algemene wet bestuursrecht (Awb) een rapport (Rapport) op, waarin zij concludeert dat NS misbruik heeft gemaakt van haar economische machtspositie tijdens de aanbesteding van de Limburgse Concessie. Volgens het Rapport is het misbruik gepleegd door middel van een roofprijs alsmede door een complex van gedragingen. Deze Directie verzendt op deze datum het Rapport naar NS en draagt het voor verdere behandeling over aan de Directie Juridische Zaken van de ACM. Op 15 juli 2016 verstuurt de ACM het dossier naar NS. De ACM vult dit in augustus en september 2016 aan, door een herziene niet-vertrouwelijke versie van enkele documenten en passages in het Rapport naar NS te versturen.
- 39** NS dient op 23 september 2016 een schriftelijke zienswijze in. Op 10 oktober 2016 licht zij in een hoorzitting haar zienswijze mondeling toe. Op 28 oktober 2016 vult NS haar zienswijze schriftelijk aan en beantwoordt zij vragen die de ACM tijdens de hoorzitting heeft gesteld. De ACM heeft op 21 december 2016 het verslag van de hoorzitting naar NS verstuurd.

4 Marktomstandigheden

- 40** Voor de mededingingsrechtelijke beoordeling van gedragingen is de context waarbinnen die gedragingen plaatsvinden relevant. Dit hoofdstuk bespreekt deze context voor de gedragingen van NS bij de aanbesteding van de Limburgse Concessie. Kort samengevat betreft dit het volgende:
- Het openbaar vervoer in Limburg per trein en bus mag alleen worden uitgevoerd op basis van een concessie. Veolia hield deze concessie tot december 2016.
 - De intercitydiensten en sommige stoptreindiensten in Limburg waren van deze concessie uitgezonderd. Deze treindiensten waren deel van de HRN-concessie die onderhands aan NS was gegund.
 - In 2014 startte de Provincie Limburg een openbare aanbestedingsprocedure voor de Limburgse Concessie. De Limburgse Concessie omvat ook de stoptreindiensten die tot dat moment onderdeel waren van de HRN-concessie.
 - Deze decentralisatie creëert op twee trajecten in Limburg Samenloop (zoals gedefinieerd in paragraaf 4.1.1, randnummer 46), in een omvang die niet eerder is voorgekomen.
 - De Minister en Staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu (IenM) hechten groot belang aan de ervaringen met Samenloop bij de besluitvorming over verdere decentralisatie van het HRN.
 - Concessies voor gedecentraliseerde treinverbindingen moeten openbaar worden aanbesteed. Een besluit tot verdere decentralisatie leidt er daarom toe dat concurrenten van NS kunnen meedingen naar de concessie voor de betreffende treinverbindingen. Decentralisatie leidt ook tot een kleinere omvang van de HRN-concessie.
 - NS wilde in Limburg voorkomen dat een concurrent liet zien dat Samenloop succesvol zou zijn. NS wilde daarom per se zelf de concessie verkrijgen. NS wilde zo de besluitvorming over verdere decentralisatie frustreren en (haar positie op) het HRN beschermen.
- 41** Paragraaf 4.1 zet uiteen hoe het openbaar vervoer in Nederland, met name het spoorvervoer, is georganiseerd en hoe concessies voor regionaal openbaar vervoer worden aanbesteed. Paragraaf 4.2 geeft een overzicht van ontwikkelingen rond de gedachtevorming van de overheid over de toekomstige ordening van het spoorvervoer en de belangrijke rol van de ervaringen met Samenloop bij de Limburgse Concessie daarbij. Ten slotte bespreekt paragraaf 4.3 de Limburgse Concessie en het verloop van de aanbestedingsprocedure.

4.1 Openbaar vervoer in Nederland

- 42** De Wet personenvervoer 2000 (Wp2000) bepaalt dat de uitvoering van openbaar vervoer in Nederland plaatsvindt op basis van concessies. Provinciale en andere regionale overheden verlenen deze concessies op basis van openbare aanbestedingen.²⁵ Deze concessies geven een vervoersmaatschappij het exclusieve recht op het uitvoeren van het openbaar vervoer binnen de regio gedurende de looptijd van de concessie (meestal zes tot tien jaar). Deze concessies zien op regionaal treinvervoer, busvervoer of beide. Bij aanbesteding stelt de concessieverlener een programma van eisen op en brengt een bestek uit, waarop de inschrijvende partijen kunnen bieden. De beste inschrijver krijgt de concessie gegund. Hoewel er geen concurrentie is op de markt voor het aanbieden van regionaal openbaar vervoer, is er bij aanbesteding wel concurrentie om die

²⁵ Artikel 61 Wp2000. Er geldt een uitzondering voor de concessie voor het openbaar vervoer in Amsterdam en de concessie voor tram- en metrodiensten in Rotterdam en Den Haag (artikel 63a Wp2000).

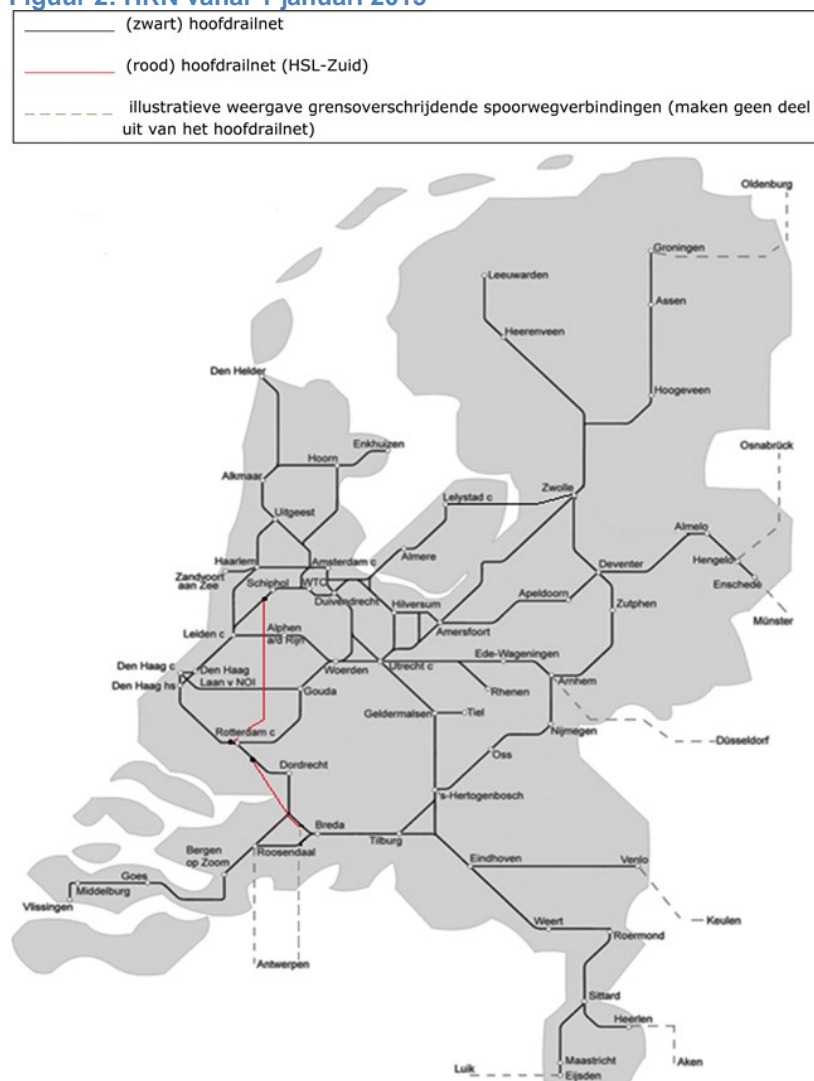
markt. De belangrijkste uitzondering hierop is de HRN-concessie, die onderhands gegund mag worden.²⁶

43 De volgende paragrafen bevatten een kort overzicht van de verschillende concessies.

4.1.1 HRN-concessie

44 Het HRN bestaat uit de spoorwegverbindingen die zijn aangeduid in Figuur 2 hieronder. Dit betreft alle intercityverbindingen en een aantal stoptreinverbindingen, met name in de Randstad. De HRN-concessie geeft recht op het personenvervoer per trein op het HRN en dekt het grootste deel van dat vervoer in Nederland: ongeveer 90% van het totaal aantal passagierskilometers per trein in Nederland en bijna 70% van de lengte van het spoornetwerk voor personenvervoer.²⁷ Sinds 2015 omvat het HRN ook de HSL-Zuid.

Figuur 2: HRN vanaf 1 januari 2015²⁸



²⁶ Artikel 64 Wp2000.

²⁷ Bron 258.1, p. 36 en voetnoot 57.

²⁸ Bijlage bij het Besluit hoofdrailnet (bron 200.1)

- 45** De HRN-concessie voor de periode 1 januari 2005 tot 1 januari 2015 is verleend aan NS.²⁹ De huidige HRN-concessie (1 januari 2015 tot 1 januari 2025) is onderhands gegund aan NS.³⁰ Met deze onderhandse gunning is afgeweken van het vereiste van openbare aanbesteding dat voor andere openbaar-vervoerconcessies geldt. Er vond dus geen aanbesteding plaats waar meerdere vervoerders op konden inschrijven.³¹
- 46** NS is ingevolge de HRN-concessie gerechtigd tot het uitvoeren van de spoorvervoerdiensten die als zodanig zijn aangewezen bij het Besluit hoofdrailnet, onder de in deze concessie genoemde voorwaarden.³² NS betaalt hiervoor sinds 2008 jaarlijks een bedrag (sinds 2015 80 miljoen euro).³³ De concessie laat onverlet dat op een aantal specifieke trajecten tevens treindiensten mogen worden verricht op basis van regionale concessies. Op die trajecten is sprake van 'Samenloop'. Samenloop betekent de situatie waarbij twee of meer spoorvervoerders, waaronder NS als vervoerder op het HRN, spoorvervoerdiensten mogen aanbieden tussen dezelfde, aan het HRN gelegen stations.³⁴ Tot aanvang van de Limburgse Concessie bestond Samenloop alleen op zeer korte trajecten, tussen twee stations.³⁵

4.1.2 Overige openbaarvervoerconcessies

- 47** Afgezien van de HRN-concessie zijn er per 1 januari 2017 35 concessiegebieden voor openbaar vervoer, waaronder concessies met spoorvervoer. Er zijn daarnaast tien concessies voor openbaar vervoer op bepaalde verbindingen, waaronder een aantal treinverbindingen, en drie lijnovereenkomsten voor veerdiensten.³⁶
- 48** Er bestaan verschillende typen openbaarvervoerconcessies. Het meest voorkomende type is een netto-contract (ook wel 'opbrengstencontract' genoemd). Hierbij verstrekt de concessieverlener een exploitatiebijdrage en behoudt de vervoerder de reizigersopbrengsten. Daardoor draagt de vervoerder het opbrengstrisico en krijgt deze een prikkel zoveel mogelijk reizigers aan te trekken.³⁷ De concessieverlener gunt de concessie aan de bidder die het hoogste scoort op vooraf bepaalde

²⁹ Dit gebeurde op basis van een speciale regeling voor deze eerste HRN-concessie (artikel 69d (later vernummerd naar artikel 67) van de Wp2000, toegevoegd door de Concessiewet personenvervoer per trein).

³⁰ Waar dit besluit spreekt over 'HRN-concessie', betreft dit deze huidige concessie tenzij anders vermeld. De HRN-concessie is neergelegd in een besluit van de staatssecretaris van IenM van 15 december 2014 (bron 197). Op 9 februari 2017 oordeelde het CBB dat het beroep van concurrenten van NS tegen de verlening van de HRN-concessie ongegrond was (ECLI:NL:CBB:2017:21).

³¹ Het rapport van de parlementaire enquêtecommissie Fyra beschrijft hoe NS de concessie verwierf voor zowel het HRN als de HSL-Zuid (bron 247, in het bijzonder paragrafen 5.8 en 5.9).

³² Artikel 2, eerste lid, van de HRN-concessie.

³³ Artikel 66, eerste lid, van de HRN-concessie. Daarnaast is NS een vergoeding verschuldigd voor het recht om de HSL-Zuid-diensten te verrichten (toelichting bij artikel 66 van de HRN-concessie).

³⁴ Artikel 1 van de HRN-concessie. De regionale concessiehouder op samenlooptrajecten kan NS zijn, maar ook een andere vervoerder.

³⁵ Bij aanvang van de HRN-concessie op 1 januari 2015 gaat het om de trajecten (i) Elst-Arnhem; (ii) Blerick-Venlo; (iii) Maastricht-Maastricht Randwyck; (iv) Alphen aan den Rijn-Leiden; (v) Rotterdam Centraal-Schiedam Centrum; (vi) Arnhem-Arnhem Velperpoort; (vii) Amersfoort-Hoevelaken; (viii) Groningen-Groningen Europark (artikel 2, derde lid, van de HRN-concessie). Met ingang van 11 december 2016 is er ook samenloop op de trajecten Roermond-Maastricht Randwyck en Sittard-Heerlen (artikel 2, zesde lid, van de HRN-concessie). Daarnaast zal vanaf eind 2017 samenloop ontstaan op het traject Wierden-Enschede.

³⁶ Kennisplatform CROW, *Regionaal openbaar vervoer per 1 januari 2017* (<http://www.crow.nl/publicaties/poster-regionaal-openbaar-vervoer-per-1-jan-1>). Bron 200.2 is de versie per 1 januari 2016.

³⁷ Bron 258.1, p. 29-30, en bron 35, p. 5 en 7.

criteria, zoals het aantal aangeboden ritten en de kwaliteit van het materieel. De Limburgse Concessie is een dergelijk netto-contract (zie paragraaf 4.3).

- 49 Veel concessies in Nederland zijn inmiddels meerdere malen aanbesteed. Uit een overzicht van Kennisplatform CROW blijkt dat, als gevolg van concurrentie om de markt bij deze aanbestedingen, concessiegebieden in de loop der jaren regelmatig van vervoerder zijn veranderd.³⁸

4.2 Decentralisatie en Samenloop

- 50 Vanaf 1999 is een aantal spoorverbindingen gefaseerd gedecentraliseerd, waarbij de Staat de zeggenschap heeft overgedragen aan een regionale overheid. Het betreft verbindingen waarvan in 1999 is vastgesteld dat er geen sterke samenhang met het HRN is, met overwegend regionaal spoorvervoer.³⁹ Parallel hieraan is gedurende de eerste HRN-concessie 2005-2015 onderzocht of ook andere spoorverbindingen voor decentralisatie in aanmerking zouden komen. De navolgende context is van belang voor een goed begrip van het strategisch belang dat NS hecht aan het winnen van de Limburgse Concessie (zie hoofdstuk 7).

- 51 Op 18 oktober 2011 informeert de Minister van IenM de Tweede Kamer over haar beleidsvoornemens voor de HRN-concessie vanaf 2015. De Minister is voornemens de HSL-Zuid-concessie per 1 januari 2015 te integreren in de HRN-concessie en deze te gunnen aan NS. De Minister verwijst naar onderzoek van Ecorys en Arcadis naar mogelijkheden tot verdere decentralisatie en Samenloop.⁴⁰ De Minister wijst ook op voorstellen voor het opknippen van het HRN door de Federatie Mobiliteitsbedrijven Nederland (FMN). FMN bepleit aanbesteding van het spoorvervoer in Nederland in delen, bestaande uit één tot drie bundels met Intercity's en stoptreinen op vijf regionale netten.⁴¹

- 52 De Minister meldt dat op grond van het onderzoek vijf stoptreindiensten van het HRN in aanmerking komen voor decentralisatie.⁴² Het gaat onder meer om twee Limburgse stoptreinlijnen: Roermond-Maastricht Randwyck en Sittard-Heerlen. De Minister zal de decentralisatie van deze lijnen, ondanks bezwaren van NS, zo snel mogelijk met de regio in gang zetten. De Minister wil nader onderzoek doen naar decentralisatie van drie andere stoptreinlijnen (Eindhoven-Weert, Zwolle-Groningen en Apeldoorn-Enschede). Op basis van ervaringen met decentralisatie van de eerste lijnen wil de Minister onderzoeken of ook andere lijnen buiten 'de brede Randstad'⁴³ voor decentralisatie in aanmerking komen. Hierbij spelen onder meer de effecten van Samenloop een rol, zoals robuustheid van de treindienst en capaciteitsverdeling. Dit betreft dus potentieel een groot aantal lijnen. De Minister wil dit onderzoek doen tijdens een 'midterm review' van de HRN-concessie in 2019.

³⁸ Bron 200.2.

³⁹ Ministerie van Verkeer en Waterstaat, De derde eeuw spoor. Kabinetsvisie op de ontwikkeling en ordening van de markt voor het openbaar personenvervoer per spoor vanaf 2000, 22 maart 1999, bijlage 3.

⁴⁰ Bron 2, p. 13.

⁴¹ FMN is een samenwerkingsverband van Arriva, Connexion, Syntus en Veolia. Het *Nieuwe spoorplan* van FMN vormt een bijlage bij de brief van de Minister van IenM aan de Tweede Kamer van 22 juni 2011 (<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-29984-267>).

⁴² Bron 2, p. 13.

⁴³ De 'brede Randstad' wordt gedefinieerd door de 'randstations', dat wil zeggen de stations waar de grens ligt tussen de stoptreinen van het HRN en die van de eventuele nieuwe decentrale concessies: Zwolle, Deventer, Arnhem, Eindhoven, Roosendaal en Alkmaar (Ecorys en Arcadis, *Onderzoek naar de reikwijdte van het hoofdtrainnet en de samenloop*. Eindrapport, 26 mei 2011, p. 6; zie <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2011/11/18/ecorys-rapport>).

- 53 Na advies over verdere decentralisatie van de heer E.J. Janse de Jonge, samen met Ernst & Young en First Dutch, meldt de Minister op 12 juli 2012 de Tweede Kamer dat zij decentralisatie van de twee Limburgse stoptreijnlijnen en de stoptreindiensten op de lijnen Groningen-Zwolle en Zwolle-Enschede in gang zal zetten. Eventuele decentralisatie van andere lijnen koppelt de Minister wederom aan de ervaringen met Samenloop in de Limburgse Concessie. De Minister noemt verschillende te beoordelen aspecten, waarbij zij de nadruk legt op het reizigersbelang. De *midterm review* vormt het beoordelingsmoment. Het volgende citaat is illustratief:

“Samen met de provincie Limburg wordt een monitoringssysteem opgezet voor effecten van decentralisatie. De decentralisatie in Limburg geeft de gelegenheid om te kijken hoe vergaande samenloop van meerdere vervoerders op een traject waarbij sprake is van concurrentie op het spoor en decentralisatie in praktijk uitwerkt. Bij deze exercitie wil ik allereerst kijken wat voor de reiziger van belang is, zoals frequentie, punctualiteit, aansluitingen tussen treinen en met de bus, reisinformatie, comfort, tarieven en afstemming van de kaartverkoop.

Daarnaast is het belangrijk inzicht te verwerven in de klantbeoordeling van regionale en doorgaande reizigers. Ook de punten die tussen vervoerders en de infrastructuurbeheerder spelen maar effect hebben op de reiziger zoals reizigersaantallen en kilometers uitgesplitst naar regionale en doorgaande reizigers, verloop van het capaciteitsverdelingsproces, de afhandeling van verstoringen en calamiteiten, de transitie van personeel en materieel naar een nieuwe vervoerder in geval NS de concessie niet gaat rijden en de operationele samenwerking tussen vervoerders worden gemonitord.

In de afspraken met NS over de hoofdrailnetconcessie is de midterm review reeds opgenomen. In deze review zullen de overige lijnen uit het FMN-plan nader worden beoordeeld, waarbij ik met alle kennis en ervaringen die dan is opgedaan in Limburg en eventueel ook op andere trajecten een toetskader zal inrichten. Ook is er dan meer duidelijkheid over de invulling van PHS [Programma Hoogfrequent Spoorvervoer] en de effecten daarvan op mogelijkheden voor decentralisatie.”⁴⁴

- 54 Op 13 december 2012 overlegt de Tweede Kamer over de beleidsvoornemens.⁴⁵ Een Kamermeerderheid blijkt voorstander van decentralisatie van de Limburgse stoptreijnlijnen. Ook wordt vastgesteld dat al eerder was besloten tot decentralisatie van de lijn Zwolle-Enschede. Besluitvorming over decentralisatie van andere lijnen, zoals Groningen-Zwolle, volgt later. De Staatssecretaris van IenM verbindt verdere decentralisatie nadrukkelijk met het succes van de decentralisatie in Limburg:

“Ik vind het belangrijk om deze decentralisatie samen met Limburg goed te monitoren om inzicht te krijgen in de effecten van de decentralisatie in de praktijk. Ik wil dus eerst graag de resultaten van Limburg afwachten. Ondertussen kijk ik dan naar de lijn Groningen-Zwolle. [...] Op basis van de ervaringen in de praktijk zal ik bezien of bij de midterm review van de nieuwe vervoersconcessie voor het hoofdrailnet ook andere stoptreindiensten uit het plan van de FMN gedecentraliseerd kunnen worden.”⁴⁶

- 55 Op 12 februari 2013 presenteert het Ministerie van IenM het eerste deel van de Lange Termijn Spooragenda.⁴⁷ Hierin staat de integrale lange-termijnvisie en aanpak van het Rijk voor de spoorsector. Uit de uitwerking in deel 2 van de Lange Termijn Spooragenda van maart 2014 blijkt

⁴⁴ Bron 5, p. 5

⁴⁵ Bron 7.

⁴⁶ Bron 7, p. 39.

⁴⁷ Bron 8.

dat NS niet zal meedingen naar regionale spoorconcessies, behalve wanneer deze Samenloop kennen. Aangezien er bij zowel de te decentraliseren Limburgse stoptreijnlijnen als de lijn Zwolle-Enschede sprake is van Samenloop, mag NS bieden op de concessie voor deze lijnen:

“De focus van NS moet op het vervoer over het hoofdrailnet liggen. De omvang van dat hoofdrailnet staat de komende 10 jaar vast behalve wanneer de prestaties van NS zwaar onvoldoende zijn (conform art. 43 Wp2000). Daarbij past dat NS niet zal meedingen naar nieuwe vervoerconcessies voor het spoor (dit betreft niet bus en tram) die in Nederland op de markt komen, tenzij er samenloop is met het hoofdrailnet.”⁴⁸

- 56** Uit een mailwisseling binnen NS van 14 maart 2014 blijkt dat bovenstaande passage door NS is geschreven. [Lid bestuur NS] legt aan [lid directie Abellio Nederland] uit dat deze tekst betekent dat de Staat de komende tien jaar het HRN niet verder kan decentraliseren. [Lid bestuur NS] wijst er verder op dat deze formulering betekent dat NS mag bieden op de Limburgse aanbesteding:

*“Dat is wat wij aan MinFin en I&M hebben aangeleverd.
Er staat: hek om HRN, dan NS ook niet meedingen op regionale SPOOR lijnen, behalve als er samenloop met HTN is, zoals Limburg. Gaan we dus gewoon op bieden.
Reden achter deze tekst is dat komende 10 jaar overheid niets meer afkan belt [afknabbelt] van HRN.”⁴⁹*

- 57** Uit antwoorden op Kamervragen over deze passage uit de Lange Termijn Spooragenda blijkt dat NS mag meebieden op regionale vervoerconcessies voor het spoor als sprake is van *substantiële* Samenloop, in ieder geval tussen meer dan twee stations.⁵⁰ De Staatssecretaris bevestigt dit op 29 september 2014 na overleg met de Minister van Financiën en NS.⁵¹

- 58** Artikel 25, tweede lid, van de HRN-concessie bepaalt dat de effecten van Samenloop in Limburg onderdeel zullen zijn van de *midterm review* in 2019. De toelichting op dit artikel luidt onder meer:

“Ook wordt in de midterm review goed onderzocht wat de gevolgen zijn van decentralisaties van de stoptreindiensten in Limburg en wat de effecten zijn voor de reizigers van de samenloop die dan ontstaat. Elders in de concessie is geregeld dat NS hiertoe de benodigde informatie aanlevert, zo ook voor een nulmeting.”⁵²

4.3 De Limburgse Concessie

- 59** De Limburgse Concessie is een multimodale concessie en omvat al het openbaar vervoer in Limburg, met uitzondering van de intercitytreinen van NS. Het gaat om treindiensten, busdiensten en buurtbussen.⁵³ De concessie kent een looptijd van vijftien jaar. Deze is aanzienlijk langer dan de looptijd van de eerdere concessies (zie randnummer 42).⁵⁴

- 60** Uit het voorgaande blijkt dat is besloten twee Limburgse stoptreijnlijnen (Roermond-Maastricht Randwyck en Sittard-Heerlen) te decentraliseren. Deze lijnen zijn onderdeel geworden van de

⁴⁸ Bron 41, p. 60.

⁴⁹ Bron 42.

⁵⁰ Bron 56, p. 3.

⁵¹ Bron 123, p. 2.

⁵² Bron 197, p. 106.

⁵³ Bron 57, p. 8.

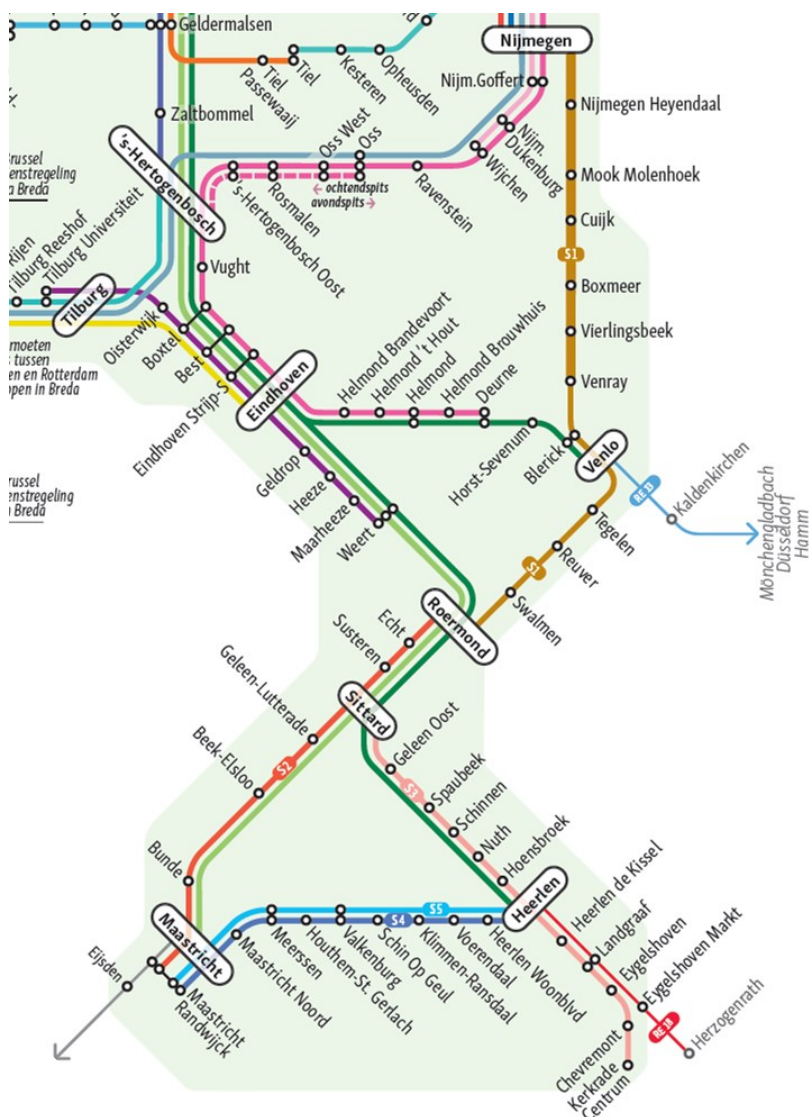
⁵⁴ De Provincie Limburg geeft daar twee redenen voor. Allereerst heeft personenvervoer per trein (meer dan 50% van de waarde van de concessie) een relatief lange exploitatietermijn nodig om rendabel te zijn. Daarnaast wil zij zorgen voor voldoende terugverdientijd voor de gevraagde investeringen in innovatie en rollend materieel (bron 57, p. 24).

Limburgse Concessie. Deze concessie combineert de oude concessie voor Noord- en Midden-Limburg met de concessie voor Zuid-Limburg. Deze concessies liepen tot en met 10 december 2016 en werden uitgevoerd door Veolia.

61 Figuur 3 hieronder toont de treinverbindingen van de Limburgse Concessie, aangeduid als S1 tot S5. Het betreft de volgende treindiensten:

- stoptreinverbinding op de Maaslijn, Nijmegen-Roermond (aangeduid als S1); deze verbinding maakte deel uit van de concessie Noord- en Midden-Limburg;
- stoptreinverbinding op de Heuvellandlijn, Maastricht Randwyck-Heerlen-Kerkrade Centrum (aangeduid als S4-S5, en deels S3); deze verbinding maakte deel uit van de concessie Zuid-Limburg; en
- stoptreinverbindingen Roermond-Maastricht Randwyck en Sittard-Heerlen (respectievelijk aangeduid als S2 en deels S3); deze verbindingen maakten tot de start van de Limburgse Concessie deel uit van de HRN-concessie; de intercity-verbindingen op deze trajecten (vanuit Limburg doorgaand richting Eindhoven en Utrecht) blijven deel van de HRN-concessie en worden dus nog steeds uitgevoerd door NS.

Figuur 3: treinverbindingen in Limburg vanaf december 2016⁵⁵



- 62 Op 26 juni 2014 publiceert de Provincie Limburg het zogenoemde Programma van Eisen.⁵⁶ Dit maakt deel uit van het bestek voor de aanbesteding, waarop inschrijvers hun bod moeten baseren. Het bestek bestaat verder uit financiële bepalingen, een aanbestedingsleidraad en een aantal bijlagen. De aanbestedingsleidraad werkt de regels voor de aanbesteding uit. Het bestek wordt tijdens de aanbestedingsprocedure aangevuld met nota's van inlichtingen, die onderdeel worden van het bestek.⁵⁷ Het Programma van Eisen en het bestek vormen voor inschrijvers harde normen. De inschrijver die het bod doet dat het beste voldoet aan de toetsings- en gunningscriteria wint de aanbesteding. Dit betekent dat sprake moet zijn van een *level playing field* zodat alle inschrijvers op een eerlijke manier kunnen meedingen naar de concessie.

⁵⁵ Te vinden op www.spoorkaart2017.nl (Movin Vervoersadvies B.V.)

⁵⁶ Bron 57. Zie

http://www.limburg.nl/Beleid/Verkeer_en_Vervoer/Openbaar_vervoer_en_Railagenda/Openbaar_vervoer/Concessie_Aanbesteding_2016/Programma_van_Eisen_aanbesteding.

⁵⁷ Bron 57, p. 4-5.

63 De aanbestedingsprocedure ziet er als volgt uit:

Publicatie Programma van Eisen Aankondiging van aanbesteding bij TenderNed	26 juni 2014
Publicatie nota's van inlichtingen	24 juli t/m 24 oktober 2014
Sluitingsdatum inschrijvingen (aanvankelijk 10 oktober 2014)	3 november 2014
Besluit tot verlening Limburgse Concessie	10 februari 2015
Start Limburgse Concessie	11 december 2016

64 De Provincie heeft extra nota's van inlichtingen uitgebracht waarin het Programma van Eisen niet voorzag. De sluitingsdatum van de inschrijvingen is daarom verplaatst van oorspronkelijk 10 oktober 2014 naar 3 november 2014.

65 Het Programma van Eisen bevat de ambities en doelen voor het openbaar vervoer in Limburg.⁵⁸ De Provincie betaalt een exploitatiebijdrage aan de winnende vervoerder van 55,5 miljoen euro per jaar. Een inschrijver krijgt geen extra gunningspunten als deze een lagere exploitatiebijdrage biedt. Een inschrijver mag maximaal 3 miljoen euro per jaar meer vragen, maar de Provincie zal diens inschrijving terzijde leggen indien een andere inschrijver wel een bod doet voor 55,5 miljoen euro per jaar.⁵⁹ De vervoeropbrengsten, met name de reizigersopbrengsten uit kaartverkoop, blijven bij de vervoerder. De Limburgse Concessie is dus een netto- of opbrengstencontract.⁶⁰ De prijzen van vervoerbewijzen worden vastgesteld door de Provincie op voorstel van de vervoerder.⁶¹

66 De Provincie beoordeelt de biedingen aan de hand van acht toetsingscriteria en vijftien gunningscriteria.⁶² De gunningscriteria bestaan uit vier kwantitatieve criteria en elf kwalitatieve criteria, waarmee vervoerders in totaal 1.000 punten kunnen verdienen. Een voorbeeld van een kwantitatief gunningscriterium is het aantal ritten per trein en bus dat de vervoerder aanbiedt. Voorbeelden van kwalitatieve gunningscriteria zijn de vervoerplannen van de inschrijver en de kwaliteit van het geboden materieel.

67 Inschrijvers concurreren dus niet op prijs, maar op kwaliteit. Zij bepalen welke diensten zij verwachten te kunnen leveren voor de exploitatiebijdrage en de reizigersopbrengsten.

⁵⁸ Bron 57, p. 6-7.

⁵⁹ Bron 64, p. 1 en 6.

⁶⁰ Bron 57, p. 58 en bron 64, p. 4. Zie randnummer 48.

⁶¹ Bron 57, p. 15 en 58, en bron 64, p. 14.

⁶² Bron 57, p. 26-27, bron 58 en bron 64, p. 8-9.

5 Juridisch kader artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU

- 68** Artikel 24 Mw verbiedt ondernemingen om misbruik te maken van een economische machtspositie. Dit verbod is ontleend aan artikel 102 VWEU: “*Onverenigbaar met de interne markt en verboden, voorzover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, is het, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de interne markt of op een wezenlijk deel daarvan.*”
- 69** Voor de uitleg van deze artikelen zijn de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie, bestaande uit het Hof van Justitie (Hof) en het Gerecht (Gerecht),⁶³ en de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie richtinggevend. De wetgever heeft beoogd dat deze ook de toepassing van artikel 24 Mw in belangrijke mate bepalen.⁶⁴
- 70** Hierna zal de ACM eerst de uitgangspunten voor de toepassing van het begrip (economische) machtspositie beschrijven (paragraaf 5.1) en vervolgens die voor het begrip misbruik (paragraaf 5.2).
- 71** Voor de toepasselijkheid van het verbod van artikel 102 VWEU geldt tevens het vereiste van beïnvloeding van de tussenstaatse handel. De ACM gaat hier in hoofdstuk 10 nader op in.

5.1 Machtspositie

- 72** Volgens vaste Europese jurisprudentie heeft de in artikel 102 VWEU bedoelde machtspositie betrekking op een economische machtspositie van een onderneming, die deze in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging in de betrokken markt te verhinderen doordat zij sterk genoeg is zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, afnemers en uiteindelijk de consumenten te gedragen.⁶⁵ De Nederlandse wetgever heeft deze omschrijving in essentie overgenomen; artikel 1 sub i Mw omschrijft een economische machtspositie als een positie van één of meer ondernemingen die hen in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen door hun de mogelijkheid te geven zich in belangrijke mate onafhankelijk van hun concurrenten, hun leveranciers, hun afnemers of de eindgebruikers te gedragen.
- 73** Het begrip ‘onafhankelijkheid’ houdt verband met de mate van de concurrentiedruk die op de betrokken onderneming wordt uitgeoefend. Een machtspositie houdt in dat er onvoldoende daadwerkelijke concurrentiedruk is en dat de betrokken onderneming dus wezenlijke marktmacht over een bepaalde periode geniet. In de onderhavige zaak dient de ACM te beoordelen of NS over een machtspositie beschikt als bedoeld in de artikelen 24 Mw en 102 VWEU. Over het algemeen kan het bestaan van een machtspositie het gevolg zijn van een combinatie van verscheidene factoren, die elk afzonderlijk niet per se beslissend hoeven te zijn.⁶⁶ Daarbij kan het nuttig zijn zo nodig feiten in aanmerking te nemen waarvan is gesteld dat zij misbruiken zijn; zonder deze evenwel noodzakelijkerwijze als zodanig te moeten kwalificeren.⁶⁷

⁶³ Met ‘Gerecht’ verwijst de ACM ook naar het Gerecht van Eerste Aanleg, zoals het functioneerde tot 1 december 2009). In de voetnoten hanteert de ACM de voor bronvermeldingen gebruikelijke citeerwijze.

⁶⁴ *Kamerstukken II* 1995/96, 24707, 3, p. 10.

⁶⁵ HvJ EG 14 februari 1978, 27/76, ECLI:EU:C:1978:22 (*United Brands*), r.o. 65 en HvJ EG 13 februari 1979, 85/76, ECLI:EU:C:1979:36 (*Hoffmann-La Roche*), r.o. 38.

⁶⁶ *United Brands* (voetnoot 65), r.o. 66; HvJ EG 15 december 1994, C-250/92, ECLI:EU:C:1994:413 (*Gøttrup-Klim*), r.o. 47.

⁶⁷ *United Brands* (voetnoot 65), r.o. 68.

- 74** Het Hof acht het bezit van omvangrijke marktaandeelen een zeer significante factor. Al moet aan marktaandeelen van markt tot markt een verschillende betekenis worden toegekend, zeer aanzienlijke marktaandeelen (bijvoorbeeld 50% of meer) leveren, uitzonderingsomstandigheden daargelaten, vrijwel op zichzelf het bewijs van een machtspositie op.⁶⁸ De Commissie stelt zich in haar prioriteringsbeleid terughoudender op, maar legt wel het verband, dat *“hoe hoger het marktaandeel is en hoe langer de periode waarover dit wordt aangehouden, des te groter de kans is dat zulks een belangrijke, eerste aanwijzing is voor het bestaan van een machtspositie”*.⁶⁹
- 75** Volgens de jurisprudentie kunnen daarnaast tal van factoren in aanmerking genomen worden als indicatie voor een economische machtspositie, zoals schaalvoordelen, netwerkeffecten, een omvangrijk productassortiment, een sterk ontwikkeld verkoopnetwerk, een technologische voorsprong, verticale integratie binnen de groep, de toegang tot kapitaal en financiële armslag waarover de onderneming beschikt.⁷⁰ Het is daarbij niet van belang dat deze factoren “op eigen verdienste” verkregen kunnen zijn.
- 76** De Commissie is van oordeel dat een onderneming die in staat is om voor een aanzienlijke periode de prijzen winstvergotend tot boven het concurrerende niveau te verhogen, onder onvoldoende concurrentiedruk staat en dus in de regel als een onderneming met een machtspositie kan worden beschouwd.⁷¹
- 77** De Commissie houdt daarbij rekening met de concurrentiestructuur van de markt, en met name de volgende factoren:
- beperkingen opgelegd door de bestaande leveringen aan en de marktpositie van bestaande concurrenten (de marktpositie van de onderneming met een machtspositie en haar concurrenten);
 - beperkingen opgelegd door de geloofwaardige dreiging van een toekomstige uitbreiding door bestaande concurrenten of door toetreding van potentiële concurrenten (uitbreiding en toetreding);
 - beperkingen opgelegd door de sterkte van de onderhandelingspositie van de afnemers van de onderneming (compenserende afnemersmacht).⁷²
- 78** In vaste rechtspraak over openbare bedrijven en bedrijven waaraan uitsluitende rechten zijn toegekend (artikel 106, eerste lid, VWEU) stelt het Hof dat een onderneming die op een wezenlijk deel van de markt een wettelijk monopolie bezit, kan worden geacht een machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU in te nemen.⁷³

⁶⁸ HvJ EG 3 juli 1991, C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286 (*AKZO*), r.o. 60.

⁶⁹ Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, *PbEU* 2009, C 45/02 (hierna: Richtsnoeren artikel 102), punt 15.

⁷⁰ Reeds in *United Brands* (voetnoot 65) en *Hoffmann-La Roche* (voetnoot 65).

⁷¹ Richtsnoeren artikel 102, punt 11.

⁷² Richtsnoeren artikel 102, punt 12.

⁷³ HvJ EG 3 oktober 1985, C-311/84, ECLI:EU:C:1985:394 (*CBEM – télémarketing/CLT en IPB*), r.o. 16; HvJ EG 10 december 1991, C-179/90, ECLI:EU:C:1991:464 (*Porto di Genova/ Siderurgica Gabrielli*); HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (*Hoefner en Elser/Macrotron*); HvJ EG 18 juni 1991, C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254 (*ERT*), r.o. 31; en HvJ EG 17 mei 1994, C-18/93, ECLI:EU:C:1994:195 (*Corsica Ferries*), r.o. 40.

- 79 Een wettelijk exclusief recht impliceert veelal ‘gebonden’ gebruikers, zoals het Gerecht overweegt in het arrest *Deutsche Bahn*:

“Voorts volgt uit de rechtspraak, dat wanneer, zoals in casu, de diensten die tot een deelmarkt behoren, onder een wettelijk exclusief recht vallen, waardoor de gebruikers zich in een situatie van economische afhankelijkheid bevinden ten opzichte van de leverancier, er onmiskenbaar sprake is van een machtspositie op een afzonderlijke markt, zelfs wanneer de uit hoofde van een exclusief recht verleende diensten in verband staan met een product dat zelf met andere producten in concurrentie staat.”⁷⁴

- 80 Om een machtspositie te bezitten hoeft een onderneming overigens niet iedere mogelijke concurrentie te hebben uitgeschakeld.⁷⁵ Het bestaan van mededinging, hoe levendig ook, op een bepaalde markt sluit het bestaan van een machtspositie op die markt niet uit, daar deze positie in wezen wordt gekenmerkt door het vermogen van de betrokken onderneming om zich te gedragen zonder in haar marktstrategie met die mededinging rekening te moeten houden, en zonder daardoor schadelijke gevolgen van die houding te ondervinden. Het eventuele bestaan van mededinging op de markt is dus zeker relevant voor met name de vraag of sprake is van een machtspositie, maar het is op zich geen omstandigheid die beslissend is voor het antwoord op die vraag.⁷⁶
- 81 Om een machtspositie te kunnen bepalen, is het van belang de relevante markt af te bakenen. Voor deze zaak doet de ACM dit in paragraaf 6.2.

5.2 Misbruik

- 82 Zoals duidelijk blijkt uit de bewoordingen van artikel 102 VWEU, treft het verbod enkel het *misbruik* maken van een machtspositie. De vaststelling van het bestaan van een machtspositie houdt op zichzelf geen verwijt jegens de betrokken onderneming in.⁷⁷ De onderneming kan deze positie hebben verworven doordat zij goede prestaties heeft geleverd, zoals productie van hoge kwaliteit tegen lage kosten, of door innovaties waarmee zij inspeelt op de wensen van haar afnemers.
- 83 Tussen de machtspositie en het misbruik hoeft geen oorzakelijk verband te bestaan en het is evenmin vereist dat de machtspositie het middel voor het misbruik vormt.⁷⁸ Het is mogelijk dat het misbruik op een andere markt plaatsvindt dan die waarop de betrokken onderneming dominant is.⁷⁹ Dit is in de onderhavige zaak aan de orde. De ACM gaat hier in paragraaf 6.4 nader op in.
- 84 De tekst van artikel 102 VWEU bevat een aantal voorbeelden van misbruik, waaronder, sub a, het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden. De lijst van voorbeelden is evenwel niet uitputtend en de genoemde

⁷⁴ GvEA EG 21 oktober 1997, T-229/94, ECLI:EU:T:1997:155 (*Deutsche Bahn*), r.o. 57.

⁷⁵ *United Brands* (voetnoot 65), r.o. 108-129, i.h.b. 113.

⁷⁶ *Hoffmann-La Roche* (voetnoot 65), r.o. 70 en GvEA EG, T-340/03, ECLI:EU:T:2007:22 (*France Télécom*), r.o. 101.

⁷⁷ HvJ EG 9 november 1983, C-322/81, ECLI:EU:C:1983:313 (*Michelin I*), r.o. 57; HvJ EG 16 maart 2000, C-395 en 396/96, ECLI:EU:C:2000:132 (*Compagnie maritime belge transports*), r.o. 37; en HvJ EU 17 februari 2011, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83 (*TeliaSonera Sverige*), r.o. 24.

⁷⁸ HvJ EG 21 februari 1973, C-6/72, ECLI:EU:C:1973:22 (*Continental Can*), r.o. 27 en *Hoffmann-La Roche* (voetnoot 65), r.o. 91. Zie ook *Kamerstukken II* 1995/96, 24707, 3, p. 26.

⁷⁹ HvJ EG 14 november 1996, C-333/94, ECLI:EU:C:1996:436 (*Tetra Pak II*), r.o. 21-32.

voorbeelden vormen geen gesloten categorieën. Met andere woorden, het begrip misbruik is een ‘open-ended concept’ en ook andere dan de genoemde gedragingen kunnen misbruikelijk zijn.⁸⁰

- 85** De rechtspraak onderkent dat een onderneming met een economische machtspositie niet al vanwege het bezit van die machtspositie het recht verliest om haar eigen commerciële belangen tegen aanvallen van concurrenten te beschermen. Een ‘tegenaanval’ moet evenwel evenredig zijn aan de bedreiging, gelet op de machtsverhoudingen.⁸¹
- 86** Op de onderneming met een machtspositie rust een *bijzondere verantwoordelijkheid* om niet door haar gedrag afbreuk te doen aan een daadwerkelijke en onvervalste mededinging.⁸²
- 87** Wat deze bijzondere verantwoordelijkheid inhoudt, moet van geval tot geval beoordeeld worden met inachtneming van de specifieke omstandigheden waarin een verflauwde mededingingssituatie tot uiting komt.⁸³ De bijzondere verantwoordelijkheid kan met zich meebrengen dat een handelwijze onder het misbruikverbod valt wanneer zij wordt gevolgd door een dominante onderneming, terwijl diezelfde handelwijze niet bezwaarlijk is wanneer zij wordt gevolgd door een onderneming die geen machtspositie heeft.
- 88** Wanneer de machtspositie is ontstaan als gevolg van een oud wettelijk monopolie, moet met deze omstandigheid rekening worden gehouden.⁸⁴
- 89** Volgens vaste jurisprudentie sinds het arrest *Hoffmann-La Roche*,
 “[vallen] onder de in objectieve zin te verstane term misbruik gedragingen van een dominerende onderneming welke: a) invloed kunnen uitoefenen op de structuur van een markt waar, juist door de aanwezigheid van bedoelde onderneming, de mededinging reeds verflauwde; b) ertoe leiden dat de handhaving of ontwikkeling van de nog bestaande marktconcurrentie met andere middelen dan bij een op basis van ondernemersprestaties berustende normale mededinging – met goederen of diensten – in zwang zijn, wordt tegengegaan.”⁸⁵
- 90** Het criterium dat in deze omschrijving besloten ligt, wordt meestal kortweg aangeduid met ‘mededinging op basis van verdienste’ (*‘competition on the merits’*).⁸⁶ In die optiek kan ook niet iedere (prijs)concurrentie als rechtmatig worden beschouwd.⁸⁷

⁸⁰ *Continental Can* (voetnoot 78), r.o. 26; *Compagnie maritime belge transports* (voetnoot 77), r.o. 112; *Tetra Pak II* (voetnoot 79), r.o. 37 en HvJ EG 15 maart 2007, C-95/04 P, ECLI:EU:C:2007:166 (*British Airways*), r.o. 57. Dit geldt ook voor artikel 24 Mw (*Kamerstukken II* 1995/96, 24707, 3, p. 71).

⁸¹ *United Brands* (voetnoot 65), r.o. 189-190 en HvJ EG 2 april 2009, C-202/07 P, ECLI:EU:C:2009:214 (*France Télécom*), r.o. 46-47.

⁸² *Michelin I* (voetnoot 77), r.o. 57; *France Télécom (Hof)* (voetnoot 8181), r.o. 105 en HvJ EU 27 maart 2012, C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172 (*Post Danmark I*), r.o. 23.

⁸³ *Compagnie maritime belge transports* (voetnoot 77), r.o. 114 en *Tetra Pak II* (voetnoot 79), r.o. 24. In haar beschikking van 25 juli 2001 in de zaak *Deutsche Post AG* (COMP/36.915), punt 103, onderkent de Commissie een ‘glijdende schaal’, in de zin dat er een relatie is met *de mate van overheersing* die door de onderneming wordt uitgeoefend. Vgl. Richtsnoeren artikel 102, punt 20, eerste gedachtestreepje.

⁸⁴ *Post Danmark I* (voetnoot 82), r.o. 23.

⁸⁵ *Hoffmann-La Roche* (voetnoot 65), r.o. 91.

⁸⁶ Naast het arrest *Hoffmann-La Roche* (voetnoot 65), zie *Michelin I* (voetnoot 77), r.o. 70, *AKZO* (voetnoot 68), r.o. 69, *British Airways* (voetnoot 80), r.o. 66, *France Télécom (Hof)* (voetnoot 81), r.o. 104-106 en HvJ EU 14 oktober 2010, C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603 (*Deutsche Telekom*), r.o. 174, 176 en 180.

⁸⁷ *AKZO* (voetnoot 68), r.o. 70, *France Télécom (Hof)* (voetnoot 81), r.o. 106 en *Post Danmark I* (voetnoot 82), r.o. 25.

- 91** In het bijzonder voor tariefpraktijken geldt dat de onderneming zich niet zo mag gedragen dat dit leidt tot uitsluiting van haar even efficiënte concurrenten of potentiële concurrenten (de ‘*as efficient competitor*’-test).⁸⁸ Het hanteren van dit criterium doet recht aan het beginsel van rechtszekerheid, aangezien de dominante onderneming aan de hand van haar eigen kosten en tarieven kan bepalen of zij daaraan voldoet.⁸⁹ Toepassing van het criterium van de even efficiënte concurrent is echter geen noodzakelijke voorwaarde voor het vaststellen van misbruik. Zo kan in het geval van een kortingstelsel in bepaalde omstandigheden ook uitsluiting van een minder efficiënte concurrent als misbruik gelden.⁹⁰
- 92** In het arrest *Post Danmark I* gebruikt het Hof bij de verwijzing naar de ‘klassieke’ (hierboven bij randnummer 88 aangehaalde) omschrijving van het begrip ‘misbruik’ de bewoordingen “*ten nadele van de consument*”.⁹¹ In de slotoverweging en het dictum van dit arrest overweegt het Hof dat bij de beoordeling van het prijsbeleid van de dominante onderneming moet worden onderzocht of dit “*zonder objectieve rechtvaardiging tot daadwerkelijk of waarschijnlijk gevolg heeft*” dat een concurrent wordt uitgesloten.
- 93** Het Hof heeft herhaaldelijk bevestigd dat artikel 102 VWEU niet alleen ziet op handelwijzen die de consument rechtstreeks kunnen benadelen maar tevens op praktijken die hem kunnen benadelen door in te grijpen in een structuur van daadwerkelijke mededinging of door de mededinging te verstoren.⁹²
- 94** Het Hof en het Gerecht hebben benadrukt dat voor het vaststellen van een schending van artikel 102 VWEU niet hoeft te worden aangetoond dat het betrokken misbruik een concreet gevolg heeft gehad op de betrokken markten. Met het vaststellen van een mededingingsbeperkend doel kunnen de mogelijke gevolgen van het gedrag al gegeven zijn.⁹³
- 95** Wanneer een onderneming met een machtspositie daadwerkelijk een handelwijze toepast die erop gericht is een even efficiënte concurrent van de markt te verdrijven, kan de omstandigheid dat het nagestreefde doel niet wordt bereikt, dan ook niet afdoen aan de kwalificatie van dit gedrag als misbruik in de zin van artikel 102 VWEU.⁹⁴
- 96** Wel preciseerde het Hof in het arrest *Deutsche Telekom* dat een tariefpraktijk niet als uitsluiting kan worden gekwalificeerd wanneer er *geen enkel gevolg* is voor de concurrentiepositie van

⁸⁸ *Deutsche Telekom* (voetnoot 86), r.o. 177, 178 en 199, *TeliaSonera Sverige* (voetnoot 77), r.o. 39 en 94 en *Post Danmark I* (voetnoot 82), r.o. 21 en 25. Zie ook Rechtbank Rotterdam 26 september 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:7337 (*Sandd/ACM*), punt 9.2.4. Richtsnoeren artikel 102, punten 23-27 en 67.

⁸⁹ *Deutsche Telekom* (voetnoot 86), r.o. 202-203 en 225 en *TeliaSonera Sverige* (voetnoot 77), r.o. 44.

⁹⁰ HvJ EU 6 oktober 2015, C-23/14, ECLI:EU:C:2015:651 (*Post Danmark II*), r.o. 56-62.

⁹¹ *Post Danmark I* (voetnoot 82), r.o. 24.

⁹² *Continental Can* (voetnoot 78), r.o. 26, *France Télécom (Hof)* (voetnoot 81), r.o. 105 en *Deutsche Telekom* (voetnoot 86), r.o. 176 en 180.

⁹³ *British Airways* (voetnoot 80), r.o. 96-100, *TeliaSonera Sverige* (voetnoot 77), r.o. 64, *Post Danmark II* (voetnoot 90), r.o. 66. Het Gerecht onderkent dat bijvoorbeeld in het geval van rooftprijzen de mogelijke gevolgen van het gedrag al gegeven kunnen zijn met het vaststellen van een mededingingsbeperkend doel: GvEA 30 september 2003, T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250 (*Michelin II*), r.o. 239-242, *France Télécom SA (Gerecht)* (voetnoot 76), r.o. 195, Gerecht EU 9 september 2010, T-155/06, ECLI:EU:T:2010:370 (*Tomra*), r.o.289 en Gerecht EU 29 maart 2012, T-336/07, ECLI:EU:T:2012:172 (*Telefónica*), r.o. 268.

⁹⁴ *TeliaSonera Sverige* (voetnoot 77), r.o. 65 en GvEA 7 oktober 1999, T-228/97, ECLI:EU:T:1999:246 (*Irish Sugar*), r.o. 191.

concurrenten, c.q. wanneer de toetreding van deze laatsten tot de betrokken markt door deze praktijk *in geen enkel opzicht wordt bemoeilijkt*.⁹⁵

- 97** Ten slotte kan een dominante onderneming voor haar gedrag rechtvaardigingen aandragen voor praktijken die onder het verbod van artikel 102 VWEU zouden kunnen vallen.⁹⁶ Daartoe moet de onderneming meer in het bijzonder aantonen dat haar gedrag objectief gezien noodzakelijk is,⁹⁷ of dat de uitsluiting die daarvan het gevolg is, kan worden gecompenseerd, of zelfs geneutraliseerd, door voordelen op het vlak van efficiëntie die ook de verbruiker ten goede komen. Wanneer het uitsluitingseffect van deze praktijk in geen verband staat met de voordelen voor de markt en de verbruikers of verder gaat dan nodig is om deze voordelen te realiseren, moet het gedrag worden beschouwd als misbruik.⁹⁸
- 98** Het staat aan de onderneming met een machtspositie om aan te tonen dat aan genoemde voorwaarden is voldaan.⁹⁹ De Commissie herformuleert deze voorwaarden daarbij op een wijze die overeenkomt met artikel 101, derde lid, VWEU.¹⁰⁰
- 99** De hierboven beschreven algemene uitgangspunten voor de beoordeling zijn in overeenstemming met de beschrijving die NS daarvan in haar zienswijze geeft.¹⁰¹ In zoverre bestaat tussen de ACM en NS geen verschil van inzicht.
- 100** De enige kanttekening die de ACM hierbij plaatst, betreft de stelling van NS dat “in beginsel irrelevant [is] of de onderneming met een machtspositie de (subjectieve) intentie had haar machtspositie te misbruiken dan wel onoplettend is geweest.”¹⁰² Intentie is weliswaar geen vereiste, maar bewijs van een strategie of een vooropgezet plan van de dominante onderneming om concurrenten uit te sluiten kan wel degelijk relevant zijn bij de beoordeling of sprake is van misbruik.¹⁰³

5.3 Rechtskarakter van de richtsnoeren van de Commissie

- 101** In dit besluit verwijst de ACM enkele malen naar richtsnoeren die de Commissie in 2009 heeft uitgevaardigd en die haar in staat stellen bij de toepassing van het misbruikverbod prioriteitsafwegingen te maken (Richtsnoeren artikel 102).¹⁰⁴ De richtsnoeren binden de Commissie, de rechter en de ACM niet.¹⁰⁵ Wel bieden zij houvast bij de analyse die in zaken aangaande onrechtmatig uitsluitingsgedrag door dominante ondernemingen wordt uitgevoerd. De rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU geeft evenwel de doorslag bij de interpretatie van het recht.
- 102** NS stelt in haar zienswijze dat de ACM zich in haar rapport geen rekenschap lijkt te geven van de beperkte juridische status van de Richtsnoeren artikel 102, omdat zij daar meermaals naar verwijst.

⁹⁵ *Deutsche Telekom* (voetnoot 86), r.o. 254.

⁹⁶ *United Brands* (voetnoot 65), r.o. 184, *British Airways* (voetnoot 80), r.o. 69 en *TeliaSonera Sverige* (voetnoot 77), r.o. 31 en 75.

⁹⁷ *CBEM – télémarketing /CLT en IPB* (voetnoot 73), r.o. 27.

⁹⁸ *British Airways* (voetnoot 80), r.o. 86, *TeliaSonera Sverige* (voetnoot 77), r.o. 76 en *Post Danmark I* (voetnoot 82), r.o. 41-42.

⁹⁹ *Post Danmark I* (voetnoot 82), r.o. 42.

¹⁰⁰ Richtsnoeren artikel 102, punt 31.

¹⁰¹ Zienswijze NS, randnummers 174-181.

¹⁰² Zienswijze NS, randnummer 177.

¹⁰³ Zie Richtsnoeren artikel 102, punt 20, laatste gedachtestreepje, en paragraaf 8.1.

¹⁰⁴ Zie voetnoot 69.

¹⁰⁵ *Post Danmark II* (voetnoot 90), r.o. 52.

“Alleen al het feit dat ACM niet van het juiste beoordelingskader uitgaat, maakt dat ACM niet gerechtvaardigd tot de conclusie kan komen dat sprake is van misbruik van machtspositie”, aldus NS.¹⁰⁶

- 103** De ACM verschilt niet met NS van oordeel over het juridisch niet-bindende karakter van de Richtsnoeren artikel 102. Dat neemt niet weg dat de Richtsnoeren artikel 102 een nuttig hulpmiddel kunnen zijn bij de analyse. Daarbij blijft de ACM steeds binnen de kaders die besloten liggen in rechtspraak en beschikkingenpraktijk, waarnaar de Richtsnoeren artikel 102 overigens zelf veelvuldig verwijzen. Het verwijt dat de ACM van een onjuist beoordelingskader uitgaat, snijdt dus geen hout.

¹⁰⁶ Zienswijze NS, randnummer 171.

6 Economische machtspositie

6.1 Inleiding

- 104** In dit hoofdstuk onderzoekt de ACM of NS een economische machtspositie heeft. De ACM bepaalt daarvoor eerst de relevante markt en gaat daarbij uit van de omstandigheden die zij vaststelt in hoofdstuk 4. Vervolgens onderzoekt de ACM of er een voldoende nauw verband bestaat tussen de markt waarop NS een machtspositie heeft en de markt(en) die betrokken waren bij de gedragingen van NS bij de aanbesteding van de Limburgse Concessie.
- 105** De ACM maakt hierbij gebruik van een onderzoek dat onderzoeksbureau Europe Economics in opdracht van de ACM heeft gedaan naar de concurrentieverhoudingen in de spoorsector. Directe aanleiding voor de opdracht vormde de implementatie van Richtlijn 2012/34/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 november 2012 tot instelling van één Europese spoorwegruimte. Op 10 december 2015 publiceerde de ACM het resultaat van dit onderzoek, dat zich in het dossier bevindt en waarop NS heeft gereageerd.¹⁰⁷
- 106** Meer in het bijzonder was de studie van Europe Economics bedoeld “to help [ACM] identify possible railway markets and the competitive conditions in these markets.”¹⁰⁸ Het onderzoek omvatte zowel het goederen- als het personenvervoer. De ACM kan deze studie als input gebruiken voor toekomstige onderzoeken en besluitvorming en heeft dit ook gedaan in de onderhavige sanctiezaak.
- 107** Met betrekking tot het personenvervoer per trein komt Europe Economics beknopt samengevat tot de volgende bevindingen:
- “[T]he evidence analysed in this chapter indicates that the relevant product market includes train services only – both those provided by the NS and those provided by other train operators. Under this market definition other modes of transport are not considered as close substitutes to train. [...] The relevant geographic market is likely to be either the NS concession area or the Netherlands as a whole.*
- [...] Under both relevant market definitions NS is likely to have significant market power.”¹⁰⁹*
- 108** In haar zienswijze verwijst NS naar de reactie die zij eerder in de consultatiefase op de studie van Europe Economics heeft gegeven (opgesteld door RBB Economics).¹¹⁰ Haar kritische opmerkingen van destijds zouden naderhand door Europe Economics niet zijn weerlegd. Om die reden en omdat de studie in het kader van het toezicht op grond van de Spoorwegwet is opgesteld, zou volgens NS de ACM de bevindingen van Europe Economics niet zonder eigenstandig onderzoek aan haar oordeel in de onderhavige sanctiezaak ten grondslag mogen leggen.

¹⁰⁷ Bron 258.1: Europe Economics, *Research Study: Dominant Positions in National Railway Transport Services Markets*, 10 december 2015 (<https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/15195/Extern-onderzoek-naar-dominante-posities-op-de-spoormarkt/>).

¹⁰⁸ Bron 258.1, p. 2 en 6.

¹⁰⁹ Bron 258.1, p. 36 en 47.

¹¹⁰ Bron 246: RBB Economics, *Europe Economics' Dominant Positions in National Railway Transport Services Markets; commentaar naar aanleiding van ACM-consultatie*, 19 oktober 2015 (<https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/15199/Zienswijze-van-NS-op-conceptrapport-van-extern-onderzoek-naar-machtsposities-op-het-spoor/>).

- 109** Hoewel NS dit onderscheid niet maakt, stelt zij in feite een formeel punt en een inhoudelijk punt aan de orde. Formeel is de vraag of de ACM de studie van Europe Economics bij de bewijsvoering in de onderhavige sanctiezaak mag benutten, nu deze in een ander kader – namelijk regulering – is uitgevoerd. Materieel gaat het om de vraag of de studie de conclusie dat NS over een machtspositie beschikt, kan dragen.
- 110** Wat het formele aspect betreft, het feit dat de studie van Europe Economics niet specifiek voor het doel van de onderhavige sanctieprocedure is opgesteld, sluit niet uit dat de ACM zich in de onderhavige zaak (mede) op de bevindingen van Europe Economics kan baseren. Er is geen regel die de ACM belet deze in de bewijsvoering te betrekken. NS heeft in de sanctieprocedure de gelegenheid gehad zich over de studie uit te laten, en de ACM betreft bij haar oordeel wat NS hierover te berde heeft gebracht.
- 111** Wat de inhoud betreft, doet het feit dat de studie in een ander kader is verricht op zichzelf niet af aan de relevantie, objectiviteit en methodologische juistheid van de door Europe Economics uitgevoerde analyse. Deze is bovendien recent. Nieuw onderzoek zou veeleer vereist zijn als de ACM in de onderhavige procedure van deze bevindingen zou willen afwijken.
- 112** Het is overigens niet zo dat het Rapport heeft volstaan met een eenvoudige herhaling of verwijzing naar de conclusies van Europe Economics. Het Rapport geeft een eigen analyse van de relevante markt en de positie van NS.
- 113** De ACM bouwt thans voort op de inhoudelijke discussie die al in de publieke consultatie van de studie van Europe Economics heeft plaatsgevonden. Destijds hebben NS en zes andere marktpartijen op een conceptversie gereageerd. Deze reacties zijn aan Europe Economics voorgelegd en de studie is naar aanleiding daarvan voor publicatie nog op onderdelen is aangepast. Daarnaast is Europe Economics in een afzonderlijk document op de ingebrachte opmerkingen ingegaan. Daarin heeft zij bepaalde kritiek van NS weerlegd.¹¹¹ NS trekt deze weerlegging in twijfel. De ACM gaat daar in dit hoofdstuk op in.

6.2 Relevante markt

- 114** Om te beoordelen welke concurrentiedruk een onderneming ondervindt, is het van belang om de relevante markt af te bakenen. In het arrest *Michelin I* licht het Hof dit toe:

“Zoals het Hof herhaaldelijk heeft beklemtoond [...] moeten bij het onderzoek of een onderneming eventueel een machtspositie op een bepaalde markt bezit, de concurrentiemogelijkheden worden beoordeeld binnen het kader van de markt van alle produkten die door hun eigenschappen bijzonder geschikt zijn om in een constante behoefte te voorzien, en die slechts in geringe mate door andere produkten kunnen worden vervangen. Er moet echter op worden gewezen dat de bepaling van de relevante markt ertoe dient om te beoordelen of de betrokken onderneming in staat is de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging te verhinderen en zich jegens haar concurrenten, haar afnemers en de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen. Daarom mag men zich hierbij niet beperken tot een onderzoek van de objectieve kenmerken van de betrokken produkten, maar moeten eveneens de mededingingsvoorwaarden en de structuur van vraag en aanbod op de markt in aanmerking worden genomen.”¹¹²

¹¹¹ Bron 256: Europe Economics, *Responses to Comments from the Consultation*, 4 december 2015

(<https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/15195/Extern-onderzoek-naar-dominante-posities-op-de-spoormarkt/>).

¹¹² *Michelin I* (voetnoot 77), r.o. 37.

- 115** Met betrekking tot de geografische markt merkt het Hof in het arrest *United Brands* op dat bij de toetsing van de concurrentiemogelijkheden aan (thans) artikel 102 VWEU,
- “verband moet worden gelegd met een duidelijk omschreven geografisch gebied waarin het [betrokken product] in de handel wordt gebracht en waar de mededingingssituatie voldoende homogeen is om de invloed van de economische macht van de betrokken onderneming te kunnen beoordelen”*¹¹³
- 116** In de “Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht”¹¹⁴ (hierna: Bekendmaking relevante markt) stelt de Commissie het als volgt:
- “De bepaling van de markt is een instrument om de grenzen van de mededinging tussen ondernemingen te onderkennen en af te bakenen. Zij biedt de mogelijkheid het kader af te bakenen waarbinnen de Commissie het mededingingsbeleid toepast. De voornaamste doelstelling van de marktbevestiging is de vaststelling van een systematische manier om de concurrentiedwang waarmee de betrokken ondernemingen worden geconfronteerd, te onderkennen. De bepaling van een productmarkt en een geografische markt is erop gericht, vast te stellen welke feitelijke concurrenten van de betrokken ondernemingen in staat zijn te wege op het gedrag van de betrokken ondernemingen of deze te beletten onafhankelijk van daadwerkelijke concurrentiedwang op te treden.”*¹¹⁵
- 117** De Commissie onderscheidt drie voornaamste bronnen van concurrentiedwang: de substitueerbaarheid aan de vraagzijde, de substitueerbaarheid aan de aanbodzijde en de potentiële concurrentie. Daarbij is vanuit economisch standpunt substitutie aan de vraagzijde de belangrijkste onmiddellijke en daadwerkelijke disciplinerende factor.¹¹⁶
- 118** Aanbodsubstitutie en potentiële concurrentie liggen in elkaars verlengde, maar moeten wel van elkaar worden onderscheiden. Aanbodsubstitutie vindt plaats als ondernemingen het betreffende product of de betreffende dienst op korte termijn en zonder aanzienlijke verzonken kosten op de markt kunnen brengen, zodat zij geacht kunnen worden op de relevante markt aanwezig te zijn. Potentiële concurrentiedruk is afkomstig van ondernemingen *buiten* de relevante markt die op langere termijn zouden kunnen toetreden. De mogelijkheid van potentiële concurrentie moet daarom niet bij de marktafbakening onder ogen worden gezien, maar bij de vraag naar de dominantie van een onderneming op de markt, in samenhang met de aanwezige juridische en economische toetredingsbarrières.
- 119** Onder “de relevante markt” verstaat de ACM hierna de markt die zij afbakent om vast te stellen of NS een machtspositie inneemt in de zin van artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU.
- 120** De handelingen van NS die het Rapport als misbruik in de zin van deze bepalingen kwalificeert, vinden niet op deze zelfde markt plaats, al zijn zij daaraan wel gerelateerd. Op de onderlinge verhouding tussen de – in deze ruime zin – ‘betrokken’ markten komt de ACM in paragraaf 6.4 terug.

¹¹³ *United Brands* (voetnoot 65), r.o. 11.

¹¹⁴ Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt, *PbEG* 97/C 372/03, 9 december 1997 (hierna: Bekendmaking relevante markt).

¹¹⁵ Bekendmaking relevante markt, punt 2.

¹¹⁶ Bekendmaking relevante markt, punt 13.

6.2.1 Rapport

- 121 Volgens het Rapport vormt het exploitatierecht op het personenvervoer op de HRN-concessie een afzonderlijke markt. Volgens NS heeft de toezichtsdirectie de markt niet op de juiste wijze afgebakend. Hierna worden de bevindingen uit het Rapport beknopt weergegeven.
- 122 Het Rapport neemt het HRN als logisch vertrekpunt voor de analyse en gaat na of er disciplinerende factoren zijn die zouden nopen tot een ruimere relevante markt. Daarbij betreft het Rapport zowel het perspectief van de (concessieverlenende) overheid als het perspectief van de reiziger.
- 123 Het Nederlandse personenvervoer per spoor bestaat uit de HRN-concessie (waarin sinds 2015 de HSL-Zuid is opgenomen) en de regionale concessiegebieden. Het HRN beslaat ongeveer 90% van de reizigerskilometers op het totale Nederlandse spoornetwerk.¹¹⁷
- 124 Zoals uiteengezet in hoofdstuk 4, is de concessie voor het HRN sinds de verzelfstandiging van NS vanaf 1995 steeds onderhands verleend, tot op heden alleen aan NS. De concessiehouder heeft derhalve niet hoeven concurreren om het HRN.
- 125 Decentrale concessies worden daarentegen gegund via openbare aanbesteding. Hierbij is daadwerkelijk sprake van concurrentie *om* de markt. Dit leidt er toe dat decentrale concessies bij hernieuwde aanbesteding regelmatig van exploitant wisselen.¹¹⁸ In het Verenigd Koninkrijk blijkt eveneens dat sinds de liberalisering van de markt voor passagiersvervoer vaker van exploitant wordt gewisseld. In landen als België en Frankrijk, waar concessies voor het treinvervoer nog wel onderhands worden gegund, blijkt dat deze tot op heden alleen aan de eigen staatsbedrijven zijn gegund.
- 126 De ACM beschouwt in het besluit *Transdev/Veolia* de markt voor ‘betwistbaar’ openbaar vervoer als een separate markt.¹¹⁹ Dit komt doordat de voorwaarden van concurrentie voor betwistbare concessies (waarbij openbaar wordt aanbesteed) verschillen van de voorwaarden die gelden voor niet-betwistbare concessies (waarbij onderhands wordt gegund). Dit geeft aan dat er bij de marktafbakening in ieder geval onderscheid gemaakt dient te worden tussen de onderhands gegunde concessies, zoals de HRN-concessie, en concessies die via openbare aanbesteding worden aanbesteed.
- 127 Het Rapport gaat nader in op de concurrentiedruk die mogelijk zelfs bij onderhandse gunning bestaat, en op concurrentiedruk die zou kunnen voortvloeien uit een eventuele toekomstige aanbesteding van de HRN-concessie (concurrentie *om* het spoor). In dit besluit bespreekt de ACM deze factoren niet bij de marktafbakening, maar in het kader van de dominantieanalyse.
- 128 Over de *relevante productmarkt* merkt het Rapport het volgende op.
- 129 Binnen het openbaar vervoer bestaan naast treinvervoer ook andere vervoermodaliteiten zoals bus, tram, metro en veerdiensten. De mate waarin andere modaliteiten een substituut vormen voor treinreizigers op het HRN hangt vooral af van de reisafstand. Uit het eerdergenoemde onderzoek van Europe Economics komt naar voren dat slechts een klein deel van de treinreizigers zou

¹¹⁷ Bron 258.1, p. 34.

¹¹⁸ Zie bijvoorbeeld de concessie Zwolle (NS naar Syntus) en Limburg (Veolia en NS naar Arriva).

¹¹⁹ Besluit 6957/27 van de NMa (voorganger van de ACM) van 7 september 2010, zaak 6957(*Transdev – Veolia*), punt 21 (<https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/4085/Transdev--Veolia-concentratiebesluit>).

- overstappen op de bus bij een eventuele prijsstijging, onafhankelijk van het type reiziger.¹²⁰ Ondanks op zichzelf lage overstapdrempels, beschouwt maar een heel klein deel van de reizigers de bus als een substituut voor het reizen met de trein. De reden hiervoor is dat de bus en trein voor verschillende soorten reizen gebruikt worden. Voor de wat langere afstanden is de bus momenteel geen alternatief voor de trein.
- 130** Sinds eind 2015 kunnen reizigers met het Duitse busbedrijf FlixBus in Nederland reizen op vijf trajecten waarop NS geen rechtstreekse treinverbinding onderhoudt, tussen acht Nederlandse steden. FlixBus streeft uitbreiding na en positioneert zichzelf nadrukkelijk als snel, comfortabel en goedkoop alternatief voor de trein.¹²¹
- 131** Of FlixBus in de toekomst voor reizigers als substituut voor spoorvervoer kan dienen, hangt af van eventuele samenwerking die zij kan realiseren met regionale vervoerders en van de opstelling van concessieverleners (die FlixBus moeten toelaten). De schaal van de diensten van FlixBus is bovendien dusdanig klein dat de concessiehouder van het HRN hierdoor niet (in substantiële mate) gedisciplineerd kan worden. NS zelf beschouwt FlixBus meer als een aanvulling op het treinvervoer dan als een substituut.¹²²
- 132** De andere genoemde modaliteiten, zoals de tram, metro en veren, zijn vaak complementair aan de trein (ze bedienen niet dezelfde verbindingen, maar sluiten erop aan) of zijn alleen in de grote steden beschikbaar (tram, metro). Daarom kunnen zij niet als volwaardig substituut dienen voor de trein. Waar dit bij uitzondering wel het geval is, zoals in het geval van RandstadRail, is de schaal van dit alternatieve aanbod dusdanig klein dat de concessiehouder van het HRN hierdoor niet (in substantiële mate) gedisciplineerd kan worden.
- 133** Hetzelfde beeld geven de zogeheten 'multimodale concessies'. In dit geval krijgt een vervoerder het exclusief recht om meerdere vervoersmodaliteiten aan te bieden. Doorgaans is het doel van het gezamenlijk aanbesteden dat de verschillende modaliteiten goed op elkaar aansluiten en beter voldoen aan de behoeften van reizigers.¹²³ Zo omvat de Limburgse Concessie trein, bus en kleinschalig buurtbus-/taxivervoer. De verschillende modaliteiten zijn in essentie complementair aan elkaar uit het perspectief van de reiziger, en dus niet onderling inwisselbaar.
- 134** Behalve van openbaar vervoer kunnen reizigers gebruik maken van privaat vervoer. De belangrijkste vormen van privaat vervoer zijn de auto, fiets, brommer en taxi. De auto is het vervoermiddel dat voor langere afstanden het meest gebruikt wordt in Nederland.¹²⁴ Ook deze vormen van vervoer zijn volgens het Rapport niet een zodanig substituut voor het personenvervoer per spoor, dat zij tot dezelfde markt gerekend kunnen worden.
- 135** In eerdere besluiten concluderen zowel de ACM als buitenlandse mededingingsautoriteiten dat privaat vervoer en openbaar vervoer tot twee gescheiden markten behoren. Zo komt de ACM in het besluit *HTM/Novio*¹²⁵ tot deze afbakening vanwege de specifieke karakteristieken van openbaar

¹²⁰ Bron 258.1, p. 30 en 31.

¹²¹ <http://www.nrc.nl/nieuws/2015/11/24/flixbus-opent-netwerk-intercitybussen-in-nederland>.

¹²² <http://www.nrc.nl/next/2015/12/04/vertraagde-flixbus-heeft-gunfactor-1563655>, <http://fd.nl/ondernemen/1141215/flixbus-schrapt-alweer-eerste-buslijn-in-het-land>.

¹²³ *Kamerstukken II* 2011/12, 23645, 498.

¹²⁴ Bron 258.1, p. 13-16.

¹²⁵ Besluit 5159/12 van NMa van 18 november 2005, zaak 5159 (*HTM – Novio*), punt 9

(<https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/1711/HTM-mag-Novio-overnemen-concentratiebesluit/>).

respectievelijk privaat vervoer. Het gaat hierbij voornamelijk om het verschil in toegankelijkheid en het gezamenlijk gebruik. In de zaak *Arriva/Noordned* concludeert de ACM, net als de betrokken partijen, dat private vervoermiddelen niet tot dezelfde markt behoren als openbare vervoermiddelen.¹²⁶ In de concentratiezaak *Govia/TSGN* trekt de Britse CMA dezelfde conclusie, vanwege de beperkte substitueerbaarheid van privaat vervoer en openbaar vervoer.¹²⁷

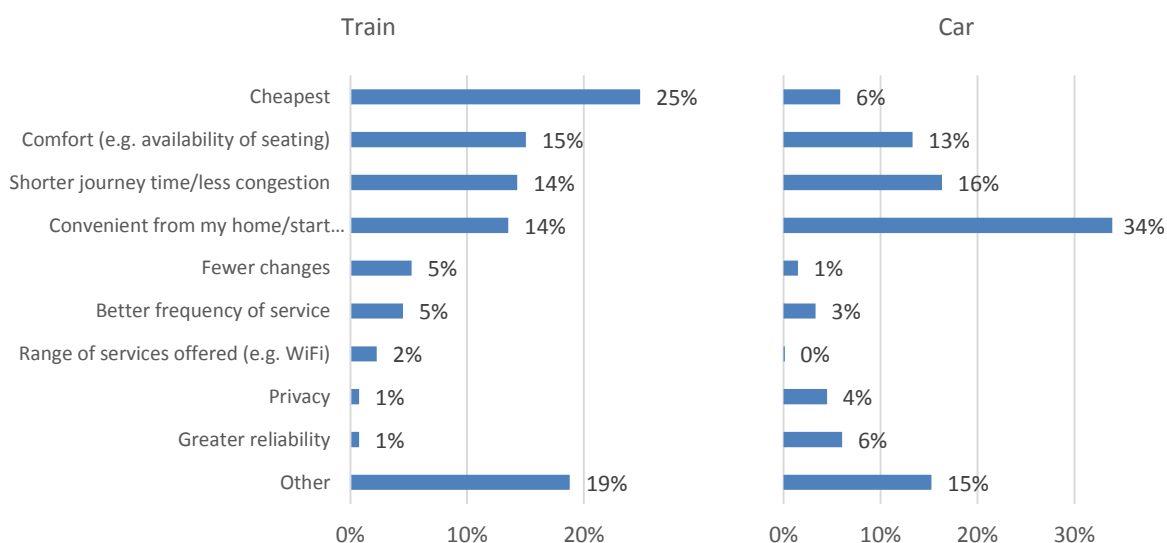
- 136** Ook Europe Economics concludeert in haar onderzoek dat de auto maar in beperkte mate als substituut dient voor de trein.¹²⁸ Dit valt met name te verklaren door het verschil in flexibiliteit wat betreft tijd en route: reizigers met de trein zijn gebonden aan een dienstregeling en aan het spoornetwerk. Dit geldt niet voor de auto. Daarnaast verschillen de gebruiksdoeleinden van de auto en trein. Reizigers maken vooral gebruik van de trein voor onderwijs of vanwege hun werk, terwijl het bij de auto vaak gaat om vrijetijdsbesteding en winkelen. Mensen die reizen voor hun werk krijgen dat vaak door hun werkgever vergoed, waardoor de prijselasticiteit van deze groep zeer laag is. De concurrentiedruk van de auto ten opzichte van treinvervoer is dus van hoogstens beperkte omvang, in ieder geval onvoldoende om vervoer per auto tot dezelfde markt te rekenen als personenvervoer per trein.
- 137** De reacties van afnemers die Europe Economics heeft bevestigd, laten hetzelfde beeld zien. De redenen waarom reizigers voor de auto of trein kiezen staan weergegeven in onderstaande figuur. Uit figuur 4 blijkt dat reizigers voornamelijk voor de trein kiezen omdat het de goedkoopste optie is (25%). Daarnaast kiezen zij vooral voor de trein vanwege het comfort (15%) en het gemak (14%). Reizigers die gebruik maken van de auto doen dit ook om deze redenen, maar voor hen is gemak de belangrijkste reden (34%). Slechts 6% kiest voor de auto omdat het de goedkoopste optie is. Het onderzoek van Europe Economics toont dan ook aan dat naar verwachting slechts een klein deel van de treinreizigers zou overstappen naar de auto bij een eventuele prijsstijging, niet voldoende om een 10% prijsstijging verliesgevend te maken.

¹²⁶ Besluit 3694/18 van de NMa van 28 november 2003, *Arriva-NoordNed*, punten 14 en 15 (<https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/1037/Concentratiebesluit-Arriva-NoordNed/>). Zie ook besluit 5480/18 van de NMa van 19 december 2006, *Connexion - GVU*, punt 10 (<https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/1958/Connexion---GVU-concentratiebesluit/>).

¹²⁷ Competition and Markets Authority (CMA), *Anticipated acquisition by Govia Thameslink Railway Limited of Thameslink, Southern and Great Northern Rail Franchise*, 7 november 2014 (https://assets.digital.cabinet-office.gov.uk/media/545c9240ed915d137d000021/Clearance_Decision_Final_for_publication.pdf). Zie ook Competition Commission (voorganger van de CMA), *Review of methodologies in transport inquiries*, 2007 (http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402141250/http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/our_role/analysis/review_of_methodologies_in_transport_inquiries.pdf_punt_14).

¹²⁸ De beperkte mate van substitutie blijkt uit het feit dat maar 4,1% van de reizigers zou overstappen van de trein op de auto bij een prijsstijging van 10%. Zie bron 258.1, p. 28-30.

Figuur 4: Redenen voor het kiezen voor de trein en de auto¹²⁹



- 138** Behalve op de substitutiemogelijkheden in verband met andere vervoersmodaliteiten, gaat het Rapport ook in op de vraag in hoeverre treinreizigers op het HRN het aanbod van andere spoorvervoerders als substituut beschouwen voor de diensten van de HRN-concessiehouder. In wezen betreft dit een onderzoek naar de *geografische dimensie* van de relevante markt.
- 139** Concessiegebieden zijn doorgaans geografisch van elkaar gescheiden, waardoor routes binnen de ene concessie niet als substituut kunnen dienen voor routes die deel uitmaken van een andere concessie. Treinreizigers op het HRN hebben dus over het algemeen niet de mogelijkheid om over te stappen naar een treinvervoerder die op grond van een regionale concessie actief is. Hierop bestaan twee uitzonderingen.
- 140** De eerste uitzondering betreft gebieden waar sprake is van Samenloop, in hoofdstuk 4 beschreven als de situatie waarbij twee of meer concessiehouders, waaronder NS als vervoerder op het HRN, het recht hebben om spoorvervoerdiensten aan te bieden tussen dezelfde, aan het HRN gelegen stations.
- 141** Het is niet waarschijnlijk dat er voldoende concurrentiedruk uitgaat van decentrale concessies op de concessie van het HRN, omdat de Samenloop zeer beperkt voorkomt. Op maar 6,6% van het totaal aantal Nederlandse treinstations is er sprake van Samenloop tussen NS en een regionale treinvervoerder.¹³⁰ Bovendien zijn de Samenloopovereenkomsten zo opgesteld dat concurrentie op het spoor wordt vermeden door onder andere afspraken over de frequentie waarmee de respectieve concessiehouders rijden.¹³¹ Voor zover er dan nog van concurrerende treindiensten op dezelfde verbinding sprake is, gaat het om stoptreinen tegenover intercity's. De langere reistijd van stoptreinen brengt mee dat zij in mindere mate een substituut voor de intercity's zijn.

¹²⁹ Bron 258.1, p. 29.

¹³⁰ Ecorys, "Beoordeling van gevolgen van veranderingen in de posities van relevante partijen op stations", 2 juli 2014, p. 19.

¹³¹ Artikel 2, vierde en vijfde lid, en artikel 12 van de Concessie voor het hoofdrailnet 2015-2025. Ecorys, "Onderzoek naar de reikwijdte van het hoofdrailnet en de ", 26 mei 2011, p. 20-21 en 26. Zie ook de nota 'Spoor in beweging. Kabinetsstandpunt naar aanleiding van het eindrapport van de evaluatie van de spoorwetgeving', 22 juni 2009, p. 56.

- 142 De tweede uitzondering betreft de mogelijkheid om via twee verschillende, maar parallelle routes te reizen tussen plaats van vertrek en plaats van bestemming. De reiziger kan kiezen tussen vervoer over het HRN en vervoer over een lijn die deel uitmaakt van een aangrenzend decentraal concessiegebied.¹³² Ook hier gaat het slechts om een beperkt aantal routes, zodat geen sprake is van wezenlijke concurrentiedruk. Bovendien kennen de alternatieve routes vaak een langere reistijd, waardoor reizigers dit in mindere mate als substituut zien.
- 143 Het Rapport concludeert dat de twee beschreven uitzonderingen zeer beperkt voorkomen en dus niet nopen tot een bredere marktafbakening.
- 144 Ook Europe Economics sluit voor de afbakening van de relevante geografische markt aan bij het concessiegebied van het HRN. De relevante geografische spoormarkt waarop NS actief is, is volgens Europe Economics (i) gelijk aan het HRN of (ii) nationaal van omvang. Volgens Europe Economics is de keuze tussen beide geografische afbakeningen van de spoormarkt waarschijnlijk niet van belang voor de uiteindelijke uitkomst van de dominantieanalyse. NS heeft namelijk in beide scenario's een zeer groot marktaandeel.¹³³ Het Rapport volgt de ruimere variant (heel Nederland) niet.
- 145 Gelet op het bovenstaande gaat het Rapport voor de beoordeling van de machtspositie uit van een relevante markt die bestaat uit het exploitatierecht op het vervoer op de HRN-concessie.

6.2.2 Zienswijze NS

- 146 NS verwijst in het algemeen naar de reactie die zij in de publieke consultatie van de studie van Europe Economics heeft gegeven (opgesteld door RBB Economics).
- 147 NS voert in het bijzonder aan dat de ACM heeft nagelaten te onderzoeken of het *gezamenlijk* effect van overstap naar alternatieve vervoersmogelijkheden (zoals bus en auto) bij een hypothetische duurzame geringe prijsverhoging NS zou kunnen disciplineren, omdat deze niet winstgevend is door te voeren.
- 148 Daarbij had de ACM aandacht moeten besteden aan verschillende groepen reizigers met verschillende prijselasticiteiten en aan het onderscheid tussen dal- en spitstarieven dat NS hanteert.
- 149 Daarnaast acht NS het niet aannemelijk dat de auto geen substituut zou vormen voor treinvervoer, gezien het beleid van het Ministerie van IenM om de trein aantrekkelijker te maken voor autoreizigers en het feit dat, omgekeerd, 30% van de treinreizigers voor de auto had kunnen kiezen. De conclusie dat de auto onvoldoende concurrentiedruk uitoefent, is door de ACM niet kwantitatief onderbouwd.
- 150 Daarbij wijst NS op de formulering in de studie van Europe Economics, dat een prijsverhoging van het personenvervoer per spoor "waarschijnlijk" winstgevend is, in weerwil van het feit dat NS deze verhoging in praktijk niet heeft doorgevoerd. De ACM had de winstgevendheid nader moeten onderzoeken en deze ongerijmdheid moeten verklaren.

¹³² Bijvoorbeeld de trajecten Roermond-Nijmegen en Apeldoorn-Zutphen.

¹³³ Bron 258.1, p. 33-36.

6.2.3 Beoordeling ACM

- 151 De ACM acht het onderzoek van Europe Economics voldoende diepgaand en de conclusies die Europe Economics trekt solide. De ACM acht het begrijpelijk dat Europe Economics deze conclusies met de nodige wetenschappelijke voorzichtigheid en reserves presenteert.¹³⁴
- 152 Tegen de gehanteerde methode en uitvoering van het onderzoek voert NS naar het oordeel van de ACM geen steekhoudende bezwaren aan. Ter toelichting: in het onderzoek maakt Europe Economics gebruik van de algemeen aanvaarde SSNIP-test (of hypothetische monopolist-test).¹³⁵ Zij hanteert daarbij de brutowinstmarges van vervoerders en de prijselasticiteit van zowel eerdere onderzoeken naar de openbaarvervoersector, alsook een door middel van eigen onderzoek bepaalde prijselasticiteit.¹³⁶ Daaruit volgt dat bij een geringe maar significante en duurzame prijsverhoging voor personenvervoer per spoor de verwachte overstap van treinreizigers naar andere vervoersmodaliteiten te beperkt is om de prijsverhoging verliesgevend te maken. Het punt waarop sprake is van een *'critical loss'* wordt niet bereikt. Volgens Europe Economics is er daarom sprake van een markt voor personenvervoer per spoor, waartoe andere vervoersmodaliteiten (zoals vervoer per auto, motor en bus) niet behoren.
- 153 NS stelt dat bij de vraag of een prijsverhoging winstgevend kan worden doorgevoerd, het *gezamenlijk effect* van de overstap naar verschillende vervoersmodaliteiten in ogenschouw moet worden genomen. Dat is echter precies wat Europe Economics doet. Voor de volledigheid geeft Europe Economics ook de afzonderlijke cijfers voor auto en bus, de in theorie meest aantrekkelijke alternatieven. Figuur 5 maakt dit inzichtelijk (met name kolom *Change in the demand for train*).¹³⁷

¹³⁴ Daar waar geen conclusies mogelijk zijn, gebruikt Europe Economics een andere formulering, bijvoorbeeld bij de vraag of NS een efficiëntievoordeel heeft door haar positie op het zeer dichte randstedelijke netwerk: “*while from the theoretical point of view economics of density are likely to exist in the railway sector, we do not have enough evidence to make any definitive statements*” (bron 258.1, p. 45).

¹³⁵ Dit betreft een *Small but Significant and Non-transitory Increase in Price*. Bij deze test wordt beoordeeld of een dergelijke prijsstijging winstgevend is voor een hypothetische monopolist. Zie Bekendmaking relevante markt, punt 17.

¹³⁶ Bron 258.1, p. 19-27.

¹³⁷ De ACM verwijst voor de gegevens over de *totale* overstap en de *critical loss*-berekening in het bijzonder naar bron 258.1, p. 20-21 en bron 258.2, p. 8-10 en 16-18.

Figuur 5: Percentage reizigers dat overstapt naar een andere vervoersmodaliteit na een 10% prijsstijging van trein¹³⁸

	Change in the demand for train (%)	Switching to car (%)	Switching to bus (%)
All - weighted average	-10.16 [-11.85; -8.75]	4.77 [4.43; 5.04]	0.21 [0.09; 0.32]
Commuters, business and education	-9.33 [-11.07; -7.91]	4.78 [4.39; 5.10]	0.02 [-0.01; 0.04]
Leisure	-11.81 [-13.41; -10.43]	4.74 [4.52; 4.92]	0.61 [0.29; 0.89]
Errands	-15.03 [-17.81; -12.65]	5.91 [5.14; 6.56]	0.42 [0.38; 0.46]

- 154** Ook het aspect van spits- en dalvervoer is hierbij betrokken.¹³⁹ Namens NS stelt RBB Economics in haar commentaar op de analyse van Europe Economics, dat aannemelijk is dat de vraag van dalreizigers elastischer is dan die van spitsreizigers.¹⁴⁰ Zelfs als dat juist zou zijn, diskwalificeert dat niet het onderzoek van Europe Economics dat naar de elasticiteit van de vraag van spits- en dalreizigers gezamenlijk kijkt. Bij een SSNIP-test komt het vaker voor dat verschillende groepen afnemers een verschillende prijsgevoeligheid kennen. RBB Economics maakt in ieder geval niet duidelijk waarom dat juist in de onderhavige zaak tot een foutieve marktafbakening zou leiden.
- 155** Met de stelling dat NS ondanks haar vermeende marktmacht niet daadwerkelijk een winstgevende tariefverhoging heeft doorgevoerd, miskent NS dat zij onderworpen is aan de beperkingen die de HRN-concessie oplegt.¹⁴¹ Deze vorm van tariefregulering via de concessie strekt juist ter beteugeling van de marktmacht van NS.
- 156** Dat de overheid beleid voert om de automobilist in de trein te krijgen – daargelaten de vraag of dit beleid succesvol is – acht de ACM geen argument voor de stelling dat sprake zou zijn van één markt. Het zegt immers niets over de hier relevante vraag welk percentage van de huidige treinreizigers bij een prijsverhoging van de trein zal overstappen op alternatieve vervoersmodaliteiten. Daarnaast is het percentage automobilisten dat kan overstappen op de trein hoogstens relevant voor de afbakening van de markt vanuit de auto gezien. Omdat de analyse beoogt de concurrentiedruk op personenvervoer op het spoor in kaart te brengen, bakent Europe Economics de markt terecht af door de trein als startpunt te nemen.
- 157** NS stelt op basis van een rapport uit 2013 dat 30% van de treinreizigers voor de auto had kunnen kiezen.¹⁴² Dit vormt echter geen indicatie dat NS niet in staat zou zijn een prijsstijging van 5 à 10% winstgevend door te voeren. Dit cijfer betekent immers dat voor 70% van de huidige treinreizigers de auto *geen* alternatief is; deze 70% zijn dus ‘captive’ treinreizigers.¹⁴³ Bij een prijsstijging van 5 à

¹³⁸ Bron 258.2, p. 16. Cijfers 2015 voor reizigers die hun reiskosten niet vergoed krijgen.

¹³⁹ Bron 258.1, paragraaf 2.2.3: "Our survey shows that travellers are unlikely to change transport mode if they had to make the trip during a different time; 70 per cent of peak travelers and 61 percent of off peak travelers stated that they would continue to use train if their trip was made at a different time."

¹⁴⁰ Bron 246, p. 6-7.

¹⁴¹ Bron 197, artikelen 54 en 55.

¹⁴² NS en ProRail, *Beter en meer. Werkdocument: concept operationele uitwerking van de Lange Termijn Spoor Agenda*, 20 december 2013 (<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2014/02/11/beter-en-meer>).

¹⁴³ Dit wordt door RBB Economics in haar commentaar op de studie van Europe Economics erkend in voetnoot 18 van het commentaar. Vgl. *Deutsche Bahn* (voetnoot 74), r.o. 57.

10% zal dus hoogstens een deel van de 30% niet-*captive* treinreizigers overstappen.¹⁴⁴ De ACM benadrukt nogmaals dat het bij de afbakening van de relevante markt niet gaat om de treinreizigers die ook *hadden kunnen* kiezen voor een alternatief, zoals de auto. Het gaat om het percentage treinreizigers dat *daadwerkelijk* zou overstappen bij een 5 à 10% prijsstijging van de trein – zoals onderzocht door Europe Economics – en dat is hoogstens een deel van de hierboven genoemde 30% niet-*captive* treinreizigers.

- 158** Voor het bepalen van de relevante productmarkt volstaat overigens het verrichte onderzoek naar vraagsubstitutie, aangezien aanbodsubstitutie – in de zin dat aanbieders van andere vervoersmodaliteiten onmiddellijk en zonder kosten zouden kunnen omschakelen naar het aanbieden van personenvervoer op het spoor – evident niet aan de orde is.
- 159** De geografische dimensie van de markt is (grotendeels) ‘gegeven’ met de wijze waarop trajecten en verbindingen in het wettelijk concessiestelsel zijn verdeeld of juist gebundeld. Zoals het Rapport vaststelt, heeft het zeer beperkte aanbod van overlappende of alternatieve vervoersdiensten vanuit decentrale concessiegebieden niet tot gevolg dat de markt ruimer is dan het HRN (hierboven weergegeven bij de randnummers 140-143). Ook is er geen aanleiding binnen het HRN onderscheid te maken tussen verschillende trajecten en verbindingen. NS moet immers, als houder van de HRN-concessie, treindiensten aanbieden op al deze trajecten en verbindingen op de voorwaarden zoals vastgelegd in de HRN-concessie. De bevindingen van het Rapport die betrekking hebben op de geografische dimensie van de markt zijn overigens niet door NS weersproken.

6.2.4 Conclusie

- 160** De relevante markt is de markt voor (het uitoefenen van) het exploitatierecht van de HRN-concessie.
- 161** Met deze definitie beoogt de ACM nadrukkelijk *niet* inhoudelijk af te wijken van de omschrijving in het Rapport, als vermeld bij randnummer 145. ‘HRN-concessie’ impliceert dat het bij de exploitatie om personenvervoer per trein gaat. De HRN-concessie bepaalt tevens de geografische omvang van de relevante markt. Waar in dit besluit wordt gesproken van “het HRN” wordt doorgaans ook op deze markt gedoeld, tenzij uit de context blijkt dat het bijvoorbeeld om het netwerk – de fysieke infrastructuur – gaat.
- 162** Met het oog op de toepassing van artikel 102 VWEU stelt de ACM vast dat deze relevante markt gezien de omvang en het economische belang ervan een wezenlijk deel van de interne markt vormt.

6.3 Economische machtspositie van NS

- 163** In de onderhavige zaak is er meer discussie over de economische machtspositie van NS dan over de marktafbakening. Op het eerste gezicht kan dit verbazing wekken, omdat de machtspositie van NS direct lijkt voort te vloeien uit het feit dat het personenvervoer op het HRN als de relevante markt moet worden beschouwd. In tegenstelling tot regionale openbaar-vervoerconcessies wordt de concessie voor het HRN onderhands gegund. De Wp2000 wijst NS aan als eerste concessiehouder (tot 2015) en verplicht niet tot openbare aanbesteding in de perioden daarna (zie paragraaf 4.1). NS beschikt in ieder geval nog tot 2025 over een exclusief exploitatierecht op basis van de huidige HRN-concessie en daarmee over 100% marktaandeel voor de betreffende dienstverlening op het HRN.

¹⁴⁴ Welk deel van die 30% zal overstappen, valt op basis van deze cijfers niet te zeggen. Ook al, omdat niet duidelijk is op welke wijze de genoemde 30% treinreizigers die kunnen kiezen, is bepaald. Het document waarnaar wordt verwezen, meldt slechts als bron NS.

164 De marktmacht van NS hangt echter ook af van andere factoren. Daarom gaat de ACM nog na in hoeverre sprake is van potentiële concurrentie om het HRN. Als er voor de gunning aan NS reële alternatieven waren en zijn voor de concessieverlener, en als de concessieverlener de prikkel en mogelijkheid heeft om kopersmacht uit te oefenen, gaat daarvan mogelijk een disciplinerend effect uit op de handelingsvrijheid van NS.¹⁴⁵

6.3.1 Rapport

165 Volgens het Rapport kan er in theorie zelfs in een systeem van onderhandse gunning concurrentiedruk zijn. NS wijst in haar reactie op de studie van Europe Economics al op deze mogelijkheid.¹⁴⁶ In de praktijk heeft NS echter geen concurrentiedruk van betekenis ondervonden bij de verwerving van de HRN-concessie. Dit blijkt uit de wijze waarop NS het exploitatierecht van de HRN-concessie 2015-2025 heeft verworven. Voor de verzelfstandiging van NS in 1996 had zij als staatsbedrijf automatisch het recht om het vervoer op het spoor in Nederland te verzorgen. Maar ook sinds de verzelfstandiging gunt de Staat de concessie voor het HRN steeds aan NS zonder concurrenten in staat te stellen dit recht te verwerven. NS zelf noemt de HRN-concessie “*beschermd*”.¹⁴⁷

166 Ook uitlatingen van Arriva wijzen op het ontbreken van concurrentie om de HRN-concessie. Arriva stelt dat zij geen echte kans krijgt om mee te dingen naar de vervoerconcessie voor het HRN.¹⁴⁸

167 Het Rapport overweegt dat het denkbaar is dat in de toekomst het beleid van de Staat met betrekking tot het HRN wijzigt. Zo is het mogelijk dat de HRN-concessie openbaar wordt aanbesteed, al dan niet in gedeelten. Echter, ten tijde van de Limburgse aanbesteding in 2014 is er in ieder geval geen sprake van een openbare aanbesteding van de HRN-concessie en wordt deze tot 2025 onderhands gegund aan NS.

168 Juist ook vanwege het beschermde, niet-betwistbare karakter van het HRN, acht NS zelf het behoud van haar positie op het HRN van grote waarde (zie hoofdstuk 7). Doordat NS de HRN-concessie exploiteert, is zij veruit de grootste aanbieder van openbaar personenvervoer per trein in Nederland.¹⁴⁹ Andere spoorwegondernemingen dan NS beschikken in Nederland niet over een soortgelijke positie op een beschermde markt. Integendeel, zij zijn in Nederland uitsluitend actief op regionale concessies, die openbaar worden aanbesteed.

169 Het Rapport oordeelt dat de Staat als concessieverlener tot op heden in de praktijk slechts beschikt over een beperkte mogelijkheid om (verdere) decentralisatie van het HRN aan te wenden als drukmiddel op NS. Ook dreiging daarmee is niet effectief.

170 In dit verband wijst het Rapport ook op de mogelijkheid dat NS haar invloed zal aanwenden om openbare aanbesteding in de toekomst te voorkomen, aangezien eerder is gebleken dat NS tot beïnvloeding van het overheidsbeleid in staat is.

¹⁴⁵ Eindgebruikers (treinreizigers of werkgevers die voor hun werknemers vervoersabonnementen inkopen) beschikken niet over noemenswaardige kopersmacht. Elke afnemer vertegenwoordigt maar een klein deel van de totale vraag naar personenvervoer per spoor. Bovendien hebben deze afnemers onvoldoende alternatieven om NS daadwerkelijk te disciplineren, zoals in de marktafbakening is aangetoond. Vgl. *Irish Sugar* (voetnoot 94), r.o. 97-98.

¹⁴⁶ Bron 246, paragraaf 2.1.

¹⁴⁷ Bron 193 (verslag RvC NS van 3 december 2014), agendapunt 12.

¹⁴⁸ Zie <http://www.ovpro.nl/special/2015/11/17/arriva-directeur-de-overheid-helpt-de-marktwerking-om-zeep>.

¹⁴⁹ Bron 258.1, p. 41. Het vervoer door NS op het HRN maakt hier veruit het grootste deel van uit, maar het aandeel van NS omvat ook gedecentraliseerde concessies die zij uitvoert, zoals de treindienst Alphen aan den Rijn-Gouda.

- 171 Het Rapport constateert dat de overheid geneigd is aan de belangen van NS tegemoet te komen, bij gebrek aan alternatieven. Het Rapport noemt als voorbeeld de integratie van de HSL-Zuid in het HRN, waardoor NS in feite beide concessies heeft behouden. Dit terwijl de High Speed Alliance, waarvan NS deel uitmaakte, de concessieovereenkomst voor de HSL-Zuid niet kon naleven en een faillissement dreigde. Daarmee samenhangend noemt het Rapport het akkoord van NS met de overheid naar aanleiding van het debacle met de Fyra-treinen die niet geschikt bleken om te rijden over de HSL-Zuid lijn. Een en ander blijkt uit het rapport van de parlementaire enquêtecommissie Fyra.¹⁵⁰
- 172 Dat de Staat voorwaarden aan de concessie verbindt, zoals kwaliteitseisen en maximale tariefverhogingen, doet niet af aan de economische machtspositie van NS. De sancties op niet-naleving zijn overigens beperkt.¹⁵¹
- 173 Voor de economische toetredingsbelemmeringen voor andere vervoerders wanneer zij de rol van NS zouden willen overnemen, verwijst het Rapport naar de studie van Europe Economics. In bepaalde mate is sprake van economische toetredingsdrempels voor partijen die de rol van NS zouden willen overnemen. Dit is volgens Europe Economics wel afhankelijk van de omvang van het HRN.¹⁵²
- 174 Samengevat stelt het Rapport: NS is in elk geval tot 2025 verzekerd van het exploitatierecht op het HRN. Deze concessie heeft NS via een onderhandse gunning – en dus niet in concurrentie – verkregen. Bij de huidige omvang van het HRN beschikt NS over een positie die het de Staat als afnemer moeilijker maakt om voor alternatieve vervoerders te kiezen. Reële kopersmacht ontbreekt. Op dit moment wordt NS derhalve niet gedisciplineerd door potentiële concurrentiedruk van andere spoorvervoerders en kan zij zich in grote mate onafhankelijk gedragen. Het Rapport concludeert dat NS daarom over een economische machtspositie op de relevante markt beschikt.

6.3.2 Zienswijze NS

- 175 Zoals eerder vermeld, wijst NS in de eerste plaats naar haar reactie op de studie van Europe Economics. NS stelt het volgende:
- Het tijdelijk monopolie dat verworven wordt dankzij de verkregen concessie, heeft niets van doen met een economische machtspositie. De regionale concessies worden verkregen in concurrentie *om* de markt, en de HRN-concessie gaat gepaard met veel regulering en voorwaarden.
 - De tegenmacht die de Staat kan uitoefenen (in relatie tot de opties waarover de Staat beschikte), is niet voldoende onderzocht.
 - Een hypothetische SSNIP-test is in de feitelijke marktorderingscontext niet relevant.
 - Hoge marktaandelen zijn voor Nederland als geheel niet van betekenis.

¹⁵⁰ Bron 247 (rapport parlementaire enquêtecommissie Fyra, 28 oktober 2015).

¹⁵¹ De totale boete bedraagt nooit meer dan 0,5% van de circa 21 miljard euro aan omzet die NS in de komende tien jaar zou behalen op het HRN en de HSL-Zuid (bron 197 (HRN-concessie), artikel 24 lid 4). Overigens noemt de Staatssecretaris van IenM de boetes aan NS een kwestie van 'vestzak-broekzak', omdat NS volledig eigendom is van de Staat, zie <http://www.nrc.nl/next/2016/02/18/dijksma-wil-boetes-voor-ns-opsparen-voor-leuke-din-1590440>.

¹⁵² Bron 256, p. 4: "The fact that the size of the core network reduces the number of outside options seems obvious: the larger the network (and the required investment) the fewer the number of potential bidding operators (the opposite is also true, breaking the concession into smaller operating units would encourage entry from more operators for which size is a restriction)."

- Ten onrechte is geen rekening gehouden met verschillende groepen reizigers met verschillende prijselasticiteiten.
- De gestelde toe- en uittredingsbelemmeringen en voordelen die NS ten opzichte van andere vervoerders zou hebben, zijn hypothetisch van aard.¹⁵³

176 In het kader van de onderhavige procedure bestrijdt NS in het bijzonder nog de conclusie dat de Staat niet over kopersmacht zou beschikken. NS acht deze slotsom hoogst twijfelachtig, omdat (i) NS een staatsbedrijf is, (ii) de HRN-concessie door de Staat wordt gegund, en (iii) de Staat de omvang van de concessie en de voorwaarden waaronder die mag worden uitgevoerd, bepaalt.

6.3.3 Beoordeling ACM

177 NS stelt dat een concessiehouder aan het verworven monopolie geen enkele marktmacht kan ontlenen, nadat er concurrentie *om* de markt is geweest. Zo algemeen en stellig als NS het verwoordt, gaat dit echter niet op. In welke mate de marktmacht hierdoor wordt beperkt hangt af van tal van factoren, waaronder aard, omvang en duur van de concessie en het aantal voldoende gekwalificeerde alternatieve gegadigden.

178 De stelling van NS gaat in ieder geval niet op wanneer geen sprake is van openbare aanbesteding maar, zoals bij de HRN-concessie, van onderhandse gunning.

179 Dat, zoals NS zonder nadere toelichting stelt, hoge marktaandelen voor Nederland als geheel niet van betekenis zijn, is een reactie op de mogelijkheid die Europe Economics nog open laat, dat de markt heel Nederland zou omvatten en niet enkel het HRN-concessiegebied. Dat NS in dat geval volgens Europe Economics nog steeds dominant zou zijn, is niet enkel gebaseerd op het marktaandeel. Omdat de ACM de relevante markt beperkt tot het HRN, behoeft dit argument van NS geen verdere bespreking.

180 In antwoord op het argument dat NS met betrekking tot de HRN-concessie geen marktmacht heeft omdat zij gereguleerd is en aan de concessie voorwaarden zijn verbonden, wijst de ACM erop dat NS een onjuist gezichtspunt kiest. Door Europe Economics is dit scherp onder woorden gebracht: *“In this situation an undertaking may still be considered to be dominant, although economic regulation may limit the extent to which that dominant position may be abused. Hence, it cannot be said that market power cannot exist when there is economic regulation; on the contrary, economic regulation exists precisely when there is deemed to be dominance.”*¹⁵⁴

181 De ACM vindt tevens steun bij de vaste Europese rechtspraak met betrekking tot wettelijke monopolies en exclusieve rechten (randnummers 82 en 83). Het Hof heeft vastgesteld dat artikel 102 VWEU evenzeer van toepassing is als de afwezigheid of beperking van de mededinging op een bepaalde markt wordt veroorzaakt of in de hand gewerkt door wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen. Artikel 102 VWEU is ook van toepassing wanneer de machtspositie niet te danken is aan de activiteit van de onderneming zelf, maar aan de omstandigheid dat wegens dergelijke bepalingen mededinging op die markt niet of slechts in zeer beperkte mate mogelijk is.¹⁵⁵

182 Ook de Memorie van Toelichting bij de Concessiewet personenvervoer per trein erkent dat de keuze voor “*een beperkte vorm van marktordening*”, te weten concurrentie om het spoor,

¹⁵³ Bron 246.

¹⁵⁴ Bron 256, p. 1.

¹⁵⁵ CBEM - *télémarketing/CLT en IPB* (voetnoot 73), r.o. 16-18.

“*monopolieposities*” in stand laat.¹⁵⁶ Dit gaat *a fortiori* op voor onderhandse gunning. Sturing door prestatieconcessies heft marktmacht dus niet op.

- 183** Bovenal is de regulering waaraan NS onderworpen is, niet alomvattend. Ten aanzien van de gedragingen die in de onderhavige zaak aan de orde zijn, laat deze regulering NS in ieder geval deels vrij (vgl. randnummer 80).
- 184** Dat NS voor 100% eigendom is van de Staat, staat evenmin in de weg aan de vaststelling van dominantie – of aan de toepassing van artikel 24, eerste lid, Mw en artikel 102 VWEU *tout court*. Ten eerste is het principieel onjuist om de invloed die een eigenaar in de onderneming uitoefent – of dit nu de overheid is of een private partij – te beschouwen in de sleutel van disciplinerende krachten die op de markt werkzaam zijn, zoals inkoopmacht. De ACM wijst in dit verband op het systeem van het VWEU dat veronderstelt dat de regels gelijkelijk op ondernemingen worden toegepast, ongeacht wie eigenaar is en ongeacht hun statuut. Uitdrukkelijk is bepaald dat de mededingingsregels toepassing vinden op openbare bedrijven en ondernemingen waaraan exclusieve rechten zijn toegekend (met name artikel 106, eerste en tweede lid, VWEU).
- 185** Ten tweede geldt met betrekking tot de invloed die de Staat als aandeelhouder binnen de onderneming uitoefent hetzelfde als met betrekking tot regulering: mogelijkerwijze wendt de Staat deze aan om het handelen van NS zodanig te beteugelen dat misbruik minder waarschijnlijk wordt, maar daarmee is misbruik niet uitgesloten – gezien artikel 106 VWEU en gegeven het feit dat er vele vormen van misbruik zijn. En hoe dan ook betekent het niet dat NS geen machtspositie meer kan hebben.
- 186** Voor zover nodig merkt de ACM op dat de invloed van de Staat als aandeelhouder ook niet zo ver gaat dat het NS-bestuur over geen enkele commerciële speelruimte beschikt. Die heeft zij juist in ruime mate.¹⁵⁷
- 187** Zoals het Rapport stelt, *beperkt* het aandeelhouderschap juist in een zeker opzicht de macht van de Staat over NS. Als de Staat immers NS zou beletten vrijelijk haar eigen commerciële belangen na te streven, zou de Staat daar zelf financieel nadeel van ondervinden.
- 188** Uit het bovenstaande volgt dat bij het beoordelen van de ‘compenserende afnemersmacht’ die de overheid kan uitoefenen, geabstraheerd moet worden van zowel het regulerend kader als de eigendomsrelatie. Het gaat zuiver om de vraag of de druk die de overheid bij het verlenen en tijdens het exploiteren van de HRN-concessie feitelijk uitoefent, voldoende is om de eerder geconstateerde machtspositie van NS te neutraliseren.¹⁵⁸ Volgens de ACM is er echter nimmer sprake geweest van een geloofwaardige dreiging dat bij de overheid andere gegadigden dan NS voor de HRN-concessie in beeld zouden zijn geweest. Ook was NS bij onderhandelingen over de voorwaarden niet te beschouwen als “onderliggende partij”.
- 189** De wetgever heeft gekozen voor het instrument van de concessie, omdat het bij openbaar vervoer gaat om een voorziening “*die door de overheid in het algemeen belang wordt begeerd als wenselijk*” en die daarom enerzijds bestaat uit het verlenen van een exclusief recht op exploitatie gedurende

¹⁵⁶ *Kamerstukken II 1999/2000, 27216, 3, p. 9.*

¹⁵⁷ Ministerie van Financiën, Nota deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2013, 18 oktober 2013, p. 20, 50 en 54-57. NS licht de verhoudingen toe en verwijst naar deze Nota in haar brief van 28 oktober 2016 met aanvullende zienswijze en beantwoording van vragen van de hoorcommissie, p. 3-5.

¹⁵⁸ Richtsnoeren artikel 102, punt 18.

een vastgestelde periode, en anderzijds – als *quid pro quo* – uit een verplichting voor de concessiehouder om de gewenste openbare diensten te leveren.¹⁵⁹

- 190** Hoewel geen sprake is van een civielrechtelijke overeenkomst, benadrukt de Memorie van Toelichting bij de Concessiewet personenvervoer per trein “*het consensuele karakter*” van de concessie.
- “Hoewel de concessie een eenzijdige beschikking is, zal een bestuursorgaan pas het besluit vaststellen, indien er over de inhoud consensus is bereikt met de geadresseerde. Dit wordt ingegeven door het feit dat de concessie een verplichting meebrengt tot het uitvoeren van een taak van algemeen, maatschappelijk nut. Het gaat om zaken die de overheid niet zelf uitvoert, maar waarvan de overheid wel de zekerheid wil hebben dát ze uitgevoerd worden. Voor een goede uitvoering van een dergelijke verplichting is de medewerking van de concessiehouder nodig.”* (onderstreping ACM)¹⁶⁰
- 191** Dit maakt duidelijk dat de overheid niet, zoals NS het doet voorkomen, de concessievoorwaarden aan NS oplegt en dat NS jegens de overheid wel degelijk over aanzienlijke onderhandelingsmacht beschikt. De onderhandelingen spelen zich bovendien niet af in de openbaarheid en dus onttrokken aan het zicht van andere mogelijke gegadigden. Europe Economics omschrijft het als volgt: *“Operators who are awarded concessions as a result of private negotiations avoid any competition with other operators.”*¹⁶¹
- 192** NS verwijt de ACM een inconsistentie, omdat het Rapport niet in aanmerking neemt dat een verdere decentralisatie de beweerde machtspositie van NS al ondermijnde of onhoudbaar maakte, terwijl het vermeende misbruik volgens het Rapport nu juist voortkwam uit de grote vrees van NS voor toekomstige afkalving van het HRN. Er is echter geen sprake van een tegenstelling. De ACM acht het toekomstige beleid van de overheid met betrekking tot de verdere decentralisatie van delen van het HRN nog te ongewis om aan te nemen dat dit NS al in 2014 zou disciplineren. De HRN-concessie loopt nog tot 2025. Begin 2017 is de overheid nog niet verder dan het verkennen van scenario's.¹⁶² De gedragingen van NS met betrekking tot de aanbesteding van de Limburgse Concessie laten zien dat het vooruitzicht van verdere decentralisatie NS er niet van heeft weerhouden om haar macht ‘strategisch’ aan te wenden, om deze concessie te winnen en daarmee de uitkomst van de *midterm review* in 2019 in haar voordeel te beïnvloeden en een mogelijke decentralisatie juist af te wenden.
- 193** Ten slotte vormen ook factoren als verticale integratie, schaalvoordelen en netwerkeffecten indicaties voor een economische machtspositie (randnummer 75). Europe Economics heeft daarom nog een aantal factoren onderzocht, die ondersteunen dat NS een economische machtspositie heeft.¹⁶³ Het gaat hier om verticale integratie, de grote omvang van haar activiteiten (die leiden tot

¹⁵⁹ *Kamerstukken II 1999/2000, 27216, 3, p. 8.* NS heeft overigens niet betoogd dat toepassing van de mededingingsregels de uitvoering van de haar in het algemeen belang toevertrouwde bijzondere taak zou verhinderen (met het oog op artikel 106, tweede lid, VWEU en artikel 35 Mw).

¹⁶⁰ *Kamerstukken II 1999/2000, 27216, 3, p. 9.* De MVT wijst in dit verband tevens op de noodzaak aan te sluiten bij het Europeesrechtelijke begrip “openbare-dienstcontract”, volgens Verordening (EEG) nr. 1191/69.

¹⁶¹ Bron 258.1, p. 45.

¹⁶² Artikel 19a Wp2000, artikel 57 Sw en de in de relevante periode geldende Beleidsregel internationaal personenvervoer per spoor, besluit NMa van 6 november 2012, *Stcrt.* 2012, 23298 (in 2016 vervangen door de Beleidsregel internationale passagiersvervoerdienst).

¹⁶³ Bron 258.1, p. 44-47.

economies of scale, scope and density), 'incumbency advantages' en barrières voor nieuwe toetreders.

- 194** In haar reactie in het kader van de consultatie stelde NS dat dit onderzoek te weinig diepgaand zou zijn om conclusies toe te laten. De ACM wijst er echter op dat bepaalde voordelen voor zich spreken. Zo beschikt NS al over tal van extra voorzieningen waarvan toetredende ondernemingen afhankelijk zijn of die zij in ieder geval op korte termijn niet zelf kunnen opbouwen.¹⁶⁴ Ook kunnen vervoerders die zonder concessie internationale verbindingen verzorgen, NS op het HRN geen concurrentie van betekenis aandoen, aangezien de ACM toetst of deze vervoerders het 'economisch evenwicht' van de HRN-concessie niet verstoren.¹⁶⁵ Een ander voordeel is bijvoorbeeld dat NS onmiddellijk beschikt over eigen materieel dat geschikt is voor gebruik op het Nederlandse spoor en aan nationale veiligheidseisen voldoet.
- 195** Op grond van het bovenstaande concludeert de ACM dat NS het in het Rapport neergelegde vermoeden dat NS over een machtspositie beschikt, niet weerlegt. De ACM stelt daarom vast dat NS een economische machtspositie heeft op de relevante markt die bestaat uit (het uitoefenen van) het exploitatierecht van het vervoer op de HRN-concessie.

6.4 Verband tussen betrokken markten

- 196** De gedragingen van NS die de ACM in dit besluit toetst, vinden niet plaats op de markt waarop NS haar economische machtspositie heeft. Deze paragraaf bespreekt daarom het verband tussen deze markt en de gedragingen.

6.4.1 Rapport

- 197** Het Rapport is gebaseerd op vaste rechtspraak die uitwijst dat het mogelijk is dat misbruikelijk gedrag door een dominante onderneming plaatsvindt op een andere markt dan waarop de onderneming beschikt over een economische machtspositie. Dit blijkt onder meer uit het arrest in de zaak *Tetra Pak II*.¹⁶⁶
- 198** Het gedrag en de economische machtspositie dienen volgens de jurisprudentie evenwel in bepaalde mate met elkaar verbonden te zijn. In *Tetra Pak II* wijst het Hof op het uitzonderlijke karakter van overhevelingsmisbruik en op de "bijzondere omstandigheden" die toepassing van artikel 102 VWEU kunnen rechtvaardigen. *Tetra Pak II* is een voorbeeld van een zaak waarin het gedrag van een onderneming ertoe leidt dat deze haar economische machtspositie overhevelt naar een andere markt waarop een dergelijke positie niet was vastgesteld (in dit geval van de markt voor aseptische verpakkingssystemen naar de markt voor niet-aseptische verpakkingssystemen). In de zaak *Microsoft* was eveneens sprake van overheveling van marktmacht (van de gedomineerde markt voor besturingssystemen naar de markt voor mediaplayers).¹⁶⁷
- 199** Het Rapport beschrijft daarnaast een andere situatie: het gedrag van de onderneming op de onderscheiden, maar verbonden markt kan ook als doel of gevolg hebben de economische machtspositie op de markt waarop zij al dominant was, te beschermen of versterken. Het Rapport noemt in dit verband de beschikking van de Commissie in de zaak *GVG/FS*.¹⁶⁸ In dat geval

¹⁶⁴ De toegang tot deze voorzieningen is aan de orde bij de beoordeling van het 'complex van gedragingen', als beschreven in hoofdstuk 9.

¹⁶⁵ Artikel 19a, tweede lid, Wp2000, en Beleidsregel Internationaal personenvervoer per spoor.

¹⁶⁶ *Tetra Pak II* (voetnoot 79), r.o. 21-32.

¹⁶⁷ Beschikking van de Commissie van 24 maart 2004, zaak COMP/C-3/37.792 (*Microsoft*), i.h.b. punten 530-534.

¹⁶⁸ Beschikking van de Commissie van 27 augustus 2003, zaak COMP/37.685 (*GVG/FS*).

beschikte de Ferrovie dello Stato (FS) over meerdere economische machtsposities, waaronder die op de markt voor treinvervoer op het Italiaanse deel van het traject Milaan-Bazel, waarop ook GVG als internationaal vervoerder actief wilde worden. FS verhinderde dit, onder meer door GVG geen mogelijkheid te geven diensten op het gebied van tractie van haar af te nemen voor gebruik op het Italiaanse deel van het traject. Ook op de relevante markt voor tractie had FS een machtspositie (feitelijk een monopolie). Dit gedrag kwalificeert de Commissie als misbruik van een economische machtspositie.

- 200** Ten slotte wijst het Rapport op de zaak *Flybe* in het Verenigd Koninkrijk. De toenmalige Britse mededingingsautoriteit, de OFT, beoordeelde daarin een klacht van Air Southwest tegen Flybe over roofprijzen die Flybe zou toepassen bij de toetreding tot een luchtvaarroute vanuit Plymouth Airport waarop Air Southwest al actief was. Als Air Southwest deze route zou moeten opgeven en Plymouth Airport zou moeten sluiten, zou het vervoer zich verplaatsen naar de routes vanuit Exeter Airport, waarop Flybe dominant was. De OFT analyseert of de feiten een dergelijke schadetheorie ondersteunen en beziet in dit licht of de gevonden verbanden tussen markten ‘*sufficiently proximate*’ zijn om te spreken van misbruik van een economische machtspositie.¹⁶⁹

6.4.2 Zienswijze NS

- 201** NS wijst er allereerst op dat het Hof slechts in een beperkt aantal gevallen heeft aangenomen dat van misbruik van machtspositie sprake kan zijn, ook al behaalt de onderneming voordeel of vindt het misbruik plaats op een andere markt dan waarop de machtspositie bestaat. De situatie dat het voordeel op een gerelateerde markt wordt behaald, deed zich voor in de zaken *Commercial Solvents* en *CBEM - télémarketing*.¹⁷⁰ De situatie dat het misbruik plaatsvindt op de aanpalende markt om de machtspositie op de gedomineerde markt te versterken, deed zich voor in de zaak *BPB Industries en British Gypsum*.¹⁷¹ Een derde variant betreft de situatie dat de onderneming een machtspositie heeft op de ene markt, maar zowel het misbruik als het voordeel dat daarmee wordt behaald zich voordoen op een aanpalende markt, zoals in de zaak *Tetra Pak II*.¹⁷²

- 202** NS haalt uit dit arrest onder meer de volgende passages aan (onderstrepingen van NS):¹⁷³

“Bij onderscheiden, doch met elkaar in verband staande markten, zoals in het onderhavige geval, kunnen slechts bijzondere omstandigheden rechtvaardigen dat artikel [102 VWEU] wordt toegepast op een gedraging die is vastgesteld op de verbonden, niet gedomineerde markt, die effecten heeft op deze markt zelf. [...]

Wegens haar nagenoeg totale beheersing van de aseptische markten, kon Tetra Pak ook op een bevoorrechte positie van de niet-aseptische markten rekenen. Dankzij haar positie op de aseptische markten, kon Tetra Pak haar inspanningen concentreren op de niet-aseptische markten en zich onafhankelijk van de andere marktdeelnemers gedragen.

Op basis van de hiervoor beschreven omstandigheden, in hun geheel en niet afzonderlijk beschouwd, kon het Gerecht, zonder dat het de dominantie van Tetra Pak op de niet-aseptische

¹⁶⁹ Office of Fair Trading, besluit van 5 november 2010, zaak MPINF-PSWA001-04 (*Alleged abuse of a dominant position by Flybe Limited*),

http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.oft.gov.uk/shared_of/ca98_public_register/decisions/OFT1286.pdf.

¹⁷⁰ HvJ EG 6 maart 1974, C-6/73 en C-7/73, ECLI:EU:C:1974:18, (*Instituto Chemioterapico Italiano en Commercial Solvents*) en *CBEM - télémarketing/CLT en IPB* (voetnoot 73).

¹⁷¹ GvEA 1 april 1993, T-65/89, ECLI:EU:T:1993:31 (*BPB Industries en British Gypsum*), r.o. 94-96.

¹⁷² Zienswijze NS, randnummers 187-193.

¹⁷³ Zienswijze NS, randnummers 194-195.

markten behoefde aan te tonen, aan deze onderneming een gedrag toeschrijven dat onafhankelijk was van de andere marktdeelnemers op deze markten.

Gelet op deze gegevens heeft het Gerecht terecht aanvaard dat in casu artikel [102 VWEU] van toepassing was, gelet op het feit dat Tetra Pak door haar leidende positie op de onderscheiden, doch nauw verbonden markten in de niet-aseptische sector in een situatie verkeerde die kan worden gelijkgesteld met een machtspositie op de relevante markten gezamenlijk.¹⁷⁴

- 203** De OFT hanteert in de zaak *Flybe*, in het Rapport genoemd, eveneens de criteria van “*closely associated markets*” en “*special circumstances*”. Volgens NS blijkt uit de beschikking van de Commissie in de zaak over de klacht van GVG tegen de Italiaanse FS, eveneens door het Rapport als voorbeeld genoemd, dat sprake moet zijn van een causaal verband tussen het misbruik en de machtspositie, waarbij bovendien van belang is dat concurrenten worden afgeschermd van (in dit geval) zowel de verbonden als de gedomineerde markt.¹⁷⁵
- 204** Volgens NS doet zich *in casu* geen situatie voor van “*overhevelingsmisbruik*”.¹⁷⁶ De ACM heeft geen bewijs geleverd van bijzondere omstandigheden en nauwe verbondenheid van markten – noch met betrekking tot de beweerdelijke rooiprijzen, noch met betrekking tot het complex van gedragingen. De ACM kan een dergelijk bewijs ook niet leveren, daar zij de andere, aanpalende markten dan de (volgens de ACM) gedomineerde markt niet eens afbakt. De ACM laat in het midden of de Limburgse Concessie een afzonderlijke markt is. Zij bakent ook geen markten voor aanvullende diensten en voorzieningen en rollend materieel af, hoewel een weigering om deze diensten te leveren enkel misbruik kan zijn als NS ook op die markten over een machtspositie beschikt.¹⁷⁷
- 205** NS stelt zich op het standpunt dat de exploitatie van de HRN-concessie en de exploitatie van de Limburgse Concessie zowel in commercieel als in technisch opzicht onafhankelijk van elkaar zijn. Ze worden niet voor niets afzonderlijk aanbesteed. Op totaal gescheiden markten kan eenvoudig geen sprake zijn van overhevelingsmisbruik. De Samenloop en het feit dat NS met haar strategische overwegingen zelf een verband legde tussen het behoud van haar positie op het HRN in de huidige omvang en het voorkomen dat de Limburgse Concessie in handen van concurrenten kwam, acht NS niet van belang.¹⁷⁸

6.4.3 Beoordeling ACM

- 206** De ACM constateert dat NS niet betwist dat artikel 24 Mw en 102 VWEU toepasbaar zijn op bijzondere gevallen waarin het misbruik of de gevolgen daarvan zich voordoen op een andere markt dan de gedomineerde markt, mits deze markten verwant of nauw verbonden zijn. De ACM neemt de vereisten die het Hof heeft geformuleerd in de zaak *Tetra Pak II* tot uitgangspunt bij de beoordeling. De discussie gaat ten eerste over de vraag welke bijzondere omstandigheden in aanmerking kunnen worden genomen en wat nodig is om aan te tonen dat van verbonden markten sprake is, meer in het bijzonder of het nodig is de betrokken markten precies af te bakenen. Ten tweede is de vraag of een dergelijke verbondenheid op basis van de feiten in de onderhavige zaak is aangetoond.
- 207** Wat de eerste vraag betreft, is de ACM van oordeel dat NS de lat te hoog legt, waar zij uit de beschikking GVG/FS afleidt dat “*sprake moet zijn van een causaal verband tussen het misbruik en*

¹⁷⁴ *Tetra Pak II* (voetnoot 79), r.o. 27 en 29-31.

¹⁷⁵ Zienswijze NS, randnummers 196-197.

¹⁷⁶ Verslag van de hoorzitting van 10 oktober 2016, p. 37.

¹⁷⁷ Verslag van de hoorzitting van 10 oktober 2016, p. 7-8 en zienswijze, randnummers 205-210.

¹⁷⁸ Verslag van de hoorzitting van 10 oktober 2016, p. 37-38.

de machtspositie”. De stelling dat het gebruik van een machtspositie alleen dan als een misbruik in de zin van artikel 102 VWEU kan worden gekwalificeerd wanneer de machtspositie het middel vormt waarmee het misbruik wordt gemaakt of wanneer het gebruik wordt bewerkstelligd met gebruikmaking van de economische macht welke men aan de machtspositie ontleent, is immers al in de zaak *Continental Can* naar voren gebracht en door het Hof verworpen. Het Hof overweegt dat *“het door verzoeksters opgeworpen vraagstuk van het causaal verband dat huns inziens moet bestaan tussen de machtspositie en het misbruik hiervan, niet van belang is, daar de versterking van de machtspositie ener onderneming, ongeacht de daartoe aangewende middelen of handelwijzen, misbruik kan opleveren en ingevolge artikel [102 VWEU] kan zijn verboden, zodra zij de bovenbeschreven effecten heeft.”*¹⁷⁹

- 208** Met “*de bovenbeschreven effecten*” doelt het Hof op de aantasting van de marktstructuur. Volgens het Hof moet dus, voor de toepassing van artikel 102 VWEU, wel het bestaan van een machtspositie worden aangetoond evenals een misbruik, maar dit misbruik hoeft niet te bestaan in een gedraging die een gebruik van de machtspositie noodzakelijkerwijze impliceert.
- 209** Hierbij tekent de ACM aan dat de historische positie van NS (als ‘*incumbent*’), die beschikt over tal van eigen diensten en voorzieningen, in ieder geval bij de gedragingen die deel uitmaken van het complex van gedragingen, heeft bijgedragen aan de mogelijkheid voor NS om te handelen op een wijze die niet strookt met een op basis van ondernemersprestaties berustende normale mededinging.
- 210** Voor alle duidelijkheid preciseert de ACM dat zij de gedragingen van NS niet typeert als ‘overhevelingsmisbruik’ in de zin dat NS haar machtspositie op het HRN als hefboom gebruikt om een machtspositie te verwerven met betrekking tot de exploitatie van de Limburgse Concessie of andere decentrale concessiegebieden. Hier is aan de orde dat NS haar machtspositie op het HRN trachtte te beschermen door concurrenten niet de kans te geven om de Limburgse Concessie – als ‘proeftuin’ voor Samenloop – te exploiteren en daarmee het pad te effenen voor verdere decentralisatie van het HRN, waarmee deze concurrenten toegang zouden krijgen tot (delen van) het HRN. De gedragingen van NS hadden derhalve in potentie zowel gevolgen voor de concurrentie in het kader van de aanbesteding van de Limburgse Concessie en de uitkomst daarvan, als voor de mogelijke betwistbaarheid van (delen van) het HRN in de toekomst.
- 211** Wat de relatie tussen de markten betreft, is de onderhavige zaak dus eerder vergelijkbaar met de casus in de zaak *BPB Industries en British Gypsum*,¹⁸⁰ die NS ook aanhaalt, en met de zaak *AKZO*.¹⁸¹ In de eerstgenoemde zaak was British Gypsum in staat om, door een misbruik op de gipsmarkt (in de vorm van een verlenging van de leveringstermijnen) haar machtspositie op de markt voor gipsplaat te versterken. In de tweede zaak maakte AKZO zich schuldig aan misbruik op de markt voor meeladditieven, teneinde haar machtspositie te behouden op een onderscheiden – en voor AKZO veel belangrijker – markt, namelijk die voor organische peroxyden.
- 212** Tot op zekere hoogte vertoont de onderhavige zaak ook overeenkomsten met de zaken *GVG/FS en Flybe*. In de eerste zaak kon FS door op de markt van tractie niet tegemoet te komen aan de behoefte van GVG haar machtspositie veilig stellen op de markt voor personenvervoer op het Italiaanse deel van het traject Basel-Milaan. Verschil is wel dat in die zaak werd vastgesteld dat FS óók op de markt voor tractie over een machtspositie beschikte (en ook nog eens met betrekking tot

¹⁷⁹ *Continental Can* (voetnoot 78), r.o. 27.

¹⁸⁰ *BPB Industries en British Gypsum* (voetnoot 171), r.o. 94-96.

¹⁸¹ *AKZO* (voetnoot 68), r.o. 35-47.

toegang tot de infrastructuur). In *Flybe* was de schadehypothese – waarvoor de OFT overigens onvoldoende bewijs vond – dat Flybe door toepassing van rooftprijzen een rendabele exploitatie van vluchten vanuit Plymouth voor haar concurrent onmogelijk maakte, om vervolgens het betreffende personenvervoer naar haar bestaande ‘machtsbasis’, Flybe’s vluchten vanuit Exeter, toe te kunnen trekken.

- 213** Uit de jurisprudentie blijkt niet dat het nodig zou zijn nog andere markten af te bakenen dan de relevante markt die wordt bepaald om een machtspositie vast te stellen. Het gaat er vooral om te laten zien hoe, indien het misbruik zich buiten de relevante markt afspeelt, dat misbruik niettemin samenhangt met de machtspositie en waarom in de specifieke context van het geval nadeel wordt toegebracht aan het concurrentieproces en/of de concurrentiestructuur op de relevante markt of de verwante markt(en). In dit geval is duidelijk dat NS beoogde dat haar gedragingen bij de Limburgse aanbesteding bijdroegen aan de bescherming van haar machtspositie. NS zag hierin juist de “strategische rationale” van haar risicovolle bieding (zie hoofdstuk 7, in het bijzonder paragraaf 7.3.4).
- 214** De ACM acht het voor de verwantschap tussen de betrokken markten mede van belang dat de ondernemingen die meedongen naar de Limburgse Concessie op dat moment potentieel ook tot de gegadigden behoorden voor concessies die voort zouden vloeien uit verdere openstelling van het HRN.¹⁸²
- 215** De ACM ziet niet in waarom het nodig zou zijn om vast te stellen dat het personenvervoer per spoor op grond van de Limburgse Concessie een afzonderlijke markt vormt en niet deel uitmaakt van een ruimere markt. Ook als er sprake zou zijn van een ruimere markt, is duidelijk dat de verstoring van de concurrentie bij de aanbesteding van de Limburgse Concessie verband hield met de machtspositie van NS op het HRN. Juist deze concessie vormde immers de mogelijke wegbereider voor verdere decentralisatie van het HRN, ten koste van de positie van NS op het HRN.
- 216** NS licht overigens niet toe welke ruimere markt zij op het oog heeft. Tussen de verschillende decentrale concessies bestaan belangrijke verschillen. Het kan, dunkt de ACM, niet gaan om een markt die bestaat uit het HRN tezamen met de decentrale concessiegebieden en die dus heel Nederland omvat, omdat in dat geval de kwestie van verschillende markten voor de machtspositie en het misbruik helemaal niet meer aan de orde is.¹⁸³
- 217** De ACM ziet evenmin in waarom het nodig zou zijn markten af te bakenen voor de aanvullende voorzieningen en diensten, en voor het rollend materieel waarvoor Veolia en Arriva NS benaderden. Het gaat in deze zaak niet om een typisch geval van leveringsweigering, of van ‘constructieve’ leveringsweigering van essentiële voorzieningen die voor de concurrenten van NS onmisbaar zijn om tot een ‘stroomafwaartse’ markt, waarop de verticaal geïntegreerde NS al actief is, toe te treden. Hoewel de situatie wel enkele kenmerken van dit archetype¹⁸⁴ vertoont, is niet van belang of NS een bestaande machtspositie voor, bijvoorbeeld, pauzelocaties, servicepunten, noodknopvoorzieningen

¹⁸² Vgl. *Tetra Pak II* (voetnoot 79), r.o. 29. Pas naderhand, per 11 december 2016 heeft Veolia haar OV-activiteiten in Nederland beëindigd; de lopende activiteiten zijn overgenomen door haar groepsmaatschappij Connexxion.

¹⁸³ De ACM brengt in herinnering dat Europe Economics de mogelijkheid open laat dat het personenvervoer per spoor *in geheel Nederland* als relevante markt zou kunnen worden beschouwd, dat wil zeggen zonder onderscheid tussen HRN en decentrale concessiegebieden (zie randnummer 144). Hoewel de ACM in dit besluit wel van onderscheiden markten uitgaat, zou Europe Economics met deze mogelijkheid geen rekening hebben gehouden als geen sprake was van een zekere verwantschap of verbondenheid tussen dienstverlening op en buiten het HRN.

¹⁸⁴ Richtsnoeren artikel 102, punt 79.

of lease van dieseltreinen benutte om een machtspositie te veroveren of te behouden voor het openbaar vervoer in Limburg. Het relevante verband is dat tussen de machtspositie op het HRN en het gedrag met betrekking tot de aanbesteding van de Limburgse Concessie.

- 218** Het verweer van NS dat de exploitatie van het HRN en de exploitatie van de Limburgse Concessie zowel in commercieel als in technisch opzicht los van elkaar staan, kan de ACM niet overtuigen. Het enige argument dat NS daarvoor aanvoert, betreft het feit dat zij afzonderlijk worden aanbesteed. Echter, dat zij afzonderlijk worden aanbesteed vloeit juist niet voort uit een technische of commerciële *noodzaak*, maar uit een *politieke keuze* van de overheid. De overheid streeft naar een optimale indeling van concessiegebieden, maar stuit daarbij op beperkingen en complexe samenhangen die de afweging bemoeilijken. Met het onderbrengen van extra stoptreinverbindingen in de concessie voor het Limburgse openbaar vervoer wilde de overheid proefondervindelijk nagaan of – naast voordelen voor de Limburgse reizigers – Samenloop op trajecten van aanzienlijke lengte succesvol zou zijn.
- 219** De ACM concludeert dat, gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval, voldoende nauw verband bestaat tussen de relevante markt waarop NS over een machtspositie beschikt, en de markt(en) die betrokken waren bij de gedragingen van NS met betrekking tot de aanbesteding van de Limburgse Concessie.

6.5 Conclusie economische machtspositie

- 220** In dit hoofdstuk stelt de ACM vast dat NS een economische machtspositie heeft op de markt voor (het uitoefenen van) het exploitatierecht van de HRN-concessie.
- 221** De ACM stelt ook vast dat voldaan is aan het vereiste dat er een voldoende nauw verband bestaat tussen deze markt en de markt(en) die betrokken waren bij de gedragingen van NS met betrekking tot de aanbesteding van de Limburgse Concessie.

7 Totstandkoming van bod van NS op Limburgse Concessie

222 In dit hoofdstuk beschrijft de ACM de totstandkoming van het bod van NS op de Limburgse Concessie. Hieruit blijkt onder meer:

1. Het bod voldeed voor Abellio Limburg (de NS-dochter die de concessie zou uitvoeren) niet aan de eigen rendementseis van NS. Voor NS als geheel, inclusief de groeieffecten, was het bod financieel ternauwernood aanvaardbaar en ontbrak op het punt van reizigersgroei een deugdelijke onderbouwing.
2. Binnen NS werd meerdere malen gewaarschuwd tegen het bod, vanwege onder meer de kleine marge boven de rendementseis voor NS als geheel en de grote risico's.
3. Bij het doorzetten van het bod speelde de 'strategische rationale' een cruciale rol. Deze was er met name op gericht te voorkomen dat een concurrent van NS in Limburg kon aantonen dat Samenloop succesvol kon zijn, en daarmee de kans te verkleinen dat het HRN verder gedecentraliseerd zou worden.

223 Op basis van de feiten in dit hoofdstuk stelt de ACM in hoofdstuk 8 vast dat NS haar economische machtspositie heeft misbruikt door een verlieslatend bod neer te leggen en daarmee een rooiprijs te hanteren. Deze feiten vormen mede de context voor de beoordeling van het complex van gedragingen in hoofdstuk 9. Deze gedragingen waren er op gericht Abellio te bevoordelen en de concurrerende bidders, Veolia en Arriva, te frustreren bij het bieden op de Limburgse Concessie. Deze gedragingen gezamenlijk vormen, evenals het verlieslatende bod, misbruik van een economische machtspositie.

224 Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd:

- paragraaf 7.1: de rendementscriteria die NS zelf hanteert voor haar bod;
- paragraaf 7.2: de voorbereiding van het bod;
- paragraaf 7.3: de besluitvorming over het bod door de ExCo, inclusief de advisering door CpC en het vastleggen van de strategische rationale;
- paragraaf 7.4: de informatieverstrekking over het bod door NS aan het Ministerie van Financiën in haar aandeelhoudersrol;
- paragraaf 7.5: de besluitvorming door de RvC;
- paragraaf 7.6: de finalizering van het bod, inclusief discussies met het Ministerie van Financiën over de inzet van NSFSC bij de Limburgse Concessie;
- paragraaf 7.7: de uitkomst van de aanbestedingsprocedure en de discussie met het Ministerie over de inzet van NSFSC;
- paragraaf 7.8: conclusie.

7.1 Rendementscriteria van concessiebodden volgens NS

225 Het verwachte rendement van de Limburgse Concessie is voor NS een belangrijk element bij het beoordelen van de business case van haar bod, dat wil zeggen het financiële model waarin NS de verwachte kosten en opbrengsten van het uitvoeren van de concessie analyseert. De financiële afdeling van NS, CpC, heeft een intern 'investeringsmanual' opgesteld, met daarin onder meer de criteria die NS hanteert bij het opstellen en beoordelen van investeringsvoorstellen. NS beschouwt het afsluiten van een (meerjarig) contract met omvangrijke financiële gevolgen, zoals een openbaar- vervoerconcessie, als vergelijkbaar met het doen van een investering. Bij de beoordeling hanteert zij

daarom dezelfde criteria.¹⁸⁵ Deze criteria spelen een grote rol bij de totstandkoming en de beoordeling van het bod door de ACM.

- 226** Ten tijde van de beoordeling en indiening van het bod geldt de versie van het investeringsmanual van 1 juli 2014. NS wijzigt haar rendementseis voor investeringen en concessies in augustus 2014. Deze gewijzigde rendementseis is van toepassing op het bod voor de Limburgse Concessie. De ACM gaat daarom bij haar beoordeling uit van het investeringsmanual van 1 juli 2014, gecorrigeerd voor de rendementseis van augustus 2014 (hierna: het Investeringsmanual).¹⁸⁶
- 227** Volgens het Investeringsmanual beoordeelt NS investeringsvoorstellen, waaronder concessieboddingen, vanuit zowel kwalitatieve als kwantitatieve invalshoeken, zoals rendement, *strategic fit* en risico's.¹⁸⁷ Als rendementscriteria hanteert NS de netto contante waarde (NCW) van de toekomstige kasstromen van de concessie op het moment van het bod. Daarnaast hanteert NS het interne rendement (ofwel *internal rate of return*, IRR) van de concessie. NS gebruikt hierbij haar vermogenskostenvoet (ofwel *weighted average cost of capital*, WACC). De volgende paragraaf licht deze begrippen en de wijze van hun totstandkoming toe.

7.1.1 NCW en IRR van concessieboddingen

- 228** Allereerst bepaalt NS welke kasstromen in de business case moeten worden opgenomen. Het Investeringsmanual licht de belangrijkste uitgangspunten toe van de kasstroomberekening.¹⁸⁸ Het gaat daarbij om de incrementele inkomsten en uitgaven die daadwerkelijk het gevolg zijn van de investering:

“Investeringsbeslissingen worden geanalyseerd met behulp van kasstromen, die direct zijn toe te schrijven aan de betreffende investeringen. Deze kasstromen bestaan uit de incrementele kasstromen die in de toekomst het gevolg zijn van de beslissing om de investering te doen (Total Cost of Ownership). De kasstromen bestaan uit additionele ingaande en uitgaande kasstromen ten opzichte van de bestaande situatie / toekomstperspectieven.”¹⁸⁹

- 229** Het Investeringsmanual verlangt een heldere en eenduidige vastlegging van de gehanteerde aannames in de business case en een duidelijke beschrijving bij elke aanname waarop deze is gebaseerd. De aannames moeten verder realistisch zijn.¹⁹⁰ [Medewerker Abellio Nederland], verantwoordelijk voor het opstellen en beheren van de business case van de Limburgse Concessie, benadrukt het belang hiervan tijdens zijn verhoor door de ACM, omdat anders (in theorie) de business case altijd winstgevend gemaakt kan worden:

“Kijk uiteindelijk, in theorie, los even van wat in de praktijk gebeurt, is, kan je ... het model aanpassen dat het altijd winstgevend is. De vraag is of dat ... de realiteitstoets doorstaat. Laten wij zeggen, ik kan een celletje in Excel invullen en daar komt een positief model uit, maar dat is natuurlijk een business case van niks.”¹⁹¹

¹⁸⁵ Bron 59, p. 2-3. Dit document heeft als titel 'Reporting Manual, hoofdstuk M – Investeringen'.

¹⁸⁶ De nieuwe rendementseis is opgenomen in de versie van het investeringsmanual van 3 december 2014 (bron 191). Met uitzondering van de rendementseis is deze versie nagenoeg gelijk aan de versie van 1 juli 2014 (bron 59).

¹⁸⁷ Bron 59, p. 15.

¹⁸⁸ Bron 59, p. 17 tot en met 20.

¹⁸⁹ Bron 59, p. 17.

¹⁹⁰ Bron 59, p. 2, 15 en 20.

¹⁹¹ Bron 254, p. 5.

- 230** De NCW toont de verwachte waarde van de uit de investering voortvloeiende kasstromen op het moment van de investering.¹⁹² Voor de Limburgse Concessie berekent NS daartoe de waarde van de investeringsuitgaven die nodig zijn voor de concessie, de exploitatie-uitgaven en -inkomsten gedurende de concessie, en de eventuele restwaarde van de investeringen in bijvoorbeeld materieel. Deze toekomstige kasstromen worden contant gemaakt, dat wil zeggen met een disconteringspercentage omgerekend naar de waarde die zij hebben op het moment van het bod. Als disconteringspercentage gebruikt NS de WACC. De WACC geeft aan wat de vermogenskosten zijn van een onderneming. Deze bestaan uit rendementseisen van verschafters van eigen vermogen en vreemd vermogen op het moment van vaststelling van de WACC. De WACC kan daardoor afwijken van de daadwerkelijke kosten van het op dat moment aanwezige vermogen, aangezien dat vermogen eerder kan zijn aangetrokken. Paragraaf 7.1.2 beschrijft de hoogte van de WACC van NS ten tijde van het bod op de Limburgse Concessie.
- 231** Het Investeringsmanual schrijft voor dat de NCW van een investering minimaal positief dient te zijn. In dat geval zijn de opbrengsten van die investering hoger dan de kosten daarvan, inclusief de vermogenskosten. In dat geval creëert de investering waarde. Omgekeerd is bij een negatieve NCW sprake van kapitaalvernietiging:
- “Als beslissingsregel vanuit financieel perspectief geldt, dat een project minimaal een positieve NCW moet hebben. In dat geval worden de vermogenskosten (die gelijk zijn aan de disconteringsvoet) goedge maakt en wordt met de investering financieel-economische waarde gecreëerd.*
- Als disconteringspercentage geldt de gewogen gemiddelde vermogenskostenvoet (WACC = weighted average cost of capital). Dit is het gemiddelde van de rendementseisen van verschafters van eigen en vreemd vermogen – na belastingen en rekening houdend met inflatie. Wanneer de NCW na discontering tegen de WACC kleiner is dan nul, betekent dit dat er kapitaal wordt vernietigd.”¹⁹³*
- 232** De IRR geeft de rentabiliteit aan van een investering. De NCW en de IRR zijn rechtstreeks met elkaar verbonden, aangezien de IRR wordt berekend door na te gaan bij welke disconteringsvoet de NCW gelijk is aan nul. Volgens het Investeringsmanual moet de IRR minimaal gelijk zijn aan de WACC.¹⁹⁴ In dat geval is de NCW van de investering positief (of nul, als de IRR en de WACC precies gelijk zijn). De rendementscriteria dat een investering (a) een positieve NCW moet hebben en (b) een IRR moet hebben die minimaal gelijk is aan de WACC, komen dus rekenkundig op hetzelfde neer: als aan het ene criterium is voldaan, is ook aan het andere voldaan.
- 233** [Lid bestuur NS], [lid management F&A] en een CPC-medewerker bevestigen tegen de ACM dat de NCW bij elk concessiebod van NS op zijn minst positief dient te zijn en de IRR dus minimaal gelijk moet zijn aan de WACC.¹⁹⁵
- 234** Daarnaast weegt NS volgens het Investeringsmanual bij de beoordeling van investeringen de terugverdiendtijd mee, dat wil zeggen de periode die verstrijkt totdat de oorspronkelijke investering wordt terugverdiend met de kasstromen die uit de investering voortvloeien. Bij een concessie geldt dat, naarmate de terugverdiendtijd en de looptijd dichter bij elkaar liggen, de investering kritischer wordt gezien.¹⁹⁶ Het Investeringsmanual refereert ook aan de ‘EBIT’ (*earnings before interest and*

¹⁹² Bron 59, p. 16.

¹⁹³ Bron 59, p. 16.

¹⁹⁴ Bron 59, p. 16.

¹⁹⁵ Respectievelijk bron 259, p. 9 en 10, bron 251, p. 4, en bron 252, p. 12.

¹⁹⁶ Bron 59, p. 16.

tax) van een investering, dat wil zeggen de winst voor aftrek van rente en belastingen, maar gebruikt dit niet als rendementscriterium. De terugverdientijd en EBIT worden beide genoemd door NS-medewerkers in de besluitvorming over het bod op de Limburgse Concessie.

7.1.2 WACC van NS

235 Zoals hierboven aangeduid, bestaat de WACC uit de kosten van eigen vermogen en vreemd vermogen. Voor NS is het normrendement voor investeringen gelijk aan de (afgeronde) WACC. Kort voor de besluitvorming over het bod verlaagt NS haar WACC van [vertrouwelijk]% naar [vertrouwelijk]%. De RvC stemt hiermee in op 14 augustus 2014 op basis van een notitie van de RvB.¹⁹⁷ De ACM licht dit hieronder toe.

Kosten eigen vermogen

236 De kosten van eigen vermogen vormen één van de bouwstenen voor de WACC. Aangezien NS maar één aandeelhouder heeft, is de vergoeding die de Staat rekent voor de verschaffing van eigen vermogen (met andere woorden, het rendement dat zij eist) van groot belang voor de hoogte van de WACC.

237 Uit de hiervoor genoemde RvB-notitie (zie randnummer 235) blijkt dat NS in de eerste helft van 2014 met haar aandeelhouder overlegt over het normrendement op eigen vermogen. Dit overleg komt voort uit de nota over het staatsdeelnemingenbeleid van het Ministerie van Financiën uit oktober 2013, waarin staat dat het Ministerie voor iedere staatsdeelneming afzonderlijk een specifiek normrendement zou vaststellen. Het Ministerie bepaalt dit normrendement op basis van het 'Capital Asset Pricing Model' (CAPM).¹⁹⁸ Gegeven die instructie stelt NS in augustus 2014 het normrendement op eigen vermogen vast op 7%.

238 Naar aanleiding van Kamervragen over de gunning van de Limburgse Concessie aan NS meldt de Minister van Financiën het rendement van 7% op 18 maart 2015 aan de Kamer. De Minister bevestigt daarbij dat NS minimaal de vermogenskosten moet terugverdienen, inclusief het vereiste normrendement op eigen vermogen van 7%.¹⁹⁹

239 De kosten voor eigen vermogen (K_{ev}) berekent NS door de risicovrije rente (R_f) op te tellen bij de marktrisicopremie (R_m), die wordt vermenigvuldigd met een maatstaf voor het systematische risico van het eigen vermogen (β): $K_{ev} = R_f + (\beta * R_m)$.

240 Voor de risicovrije rente sluit NS vanaf augustus 2014 aan bij de wijze waarop de aandeelhouder deze berekent. Deze hanteert [vertrouwelijk]. Die bedraagt [vertrouwelijk]%. Dit wijkt af van de manier waarop NS zelf voorheen de risicovrije rente berekende, waarbij NS uitging van [vertrouwelijk].²⁰⁰

241 De marktrisicopremie is de gemiddelde vergoeding voor het risico in Nederlandse investeringen. Vanaf augustus 2014 maakt NS voor de marktrisicopremie eveneens gebruik van de inschattingen van de aandeelhouder, die volgens NS worden gedeeld door de meeste consultants op het gebied

¹⁹⁷ Bron 71, p. 3, en bron 267, bijlage 2.

¹⁹⁸ Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2013, 18 oktober 2013, p. 41

(<https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/staatsdeelnemingen/documenten/beleidsnota-s/2013/10/18/nota-deelnemingenbeleid-rijksoverheid-2013>).

¹⁹⁹ Bron 216, p. 1.

²⁰⁰ In 2013 berekent NS de risicovrije rente op [vertrouwelijk]% en in augustus 2014 zou dit [vertrouwelijk]% zijn geweest. Hierna geeft de ACM aan wat dit betekent voor de WACC-berekening (voetnoot 205).

van waarderingen. De aandeelhouder hanteert [vertrouwelijk]. Dit leidt tot een marktriscopremie van [vertrouwelijk]%. NS zelf hanteerde voorheen een aanzienlijk hogere theoretische *embedded* marktriscopremie van [vertrouwelijk].²⁰¹

242 NS hanteert vanaf augustus 2014 een β van [vertrouwelijk]. Hiermee brengt NS tot uitdrukking dat de systematische risico's voor de verschaffer van het eigen vermogen lager zijn dan gemiddeld. In overleg met de aandeelhouder past NS het mandje met referentiebedrijven aan door daar [vertrouwelijk] uit te verwijderen.²⁰²

243 De kosten van eigen vermogen bedragen dus 7,0% (namelijk [vertrouwelijk]% + ([vertrouwelijk] * [vertrouwelijk]%).

Kosten vreemd vermogen

244 De kosten van vreemd vermogen (K_{vv}) zijn samengesteld uit de risicovrije rente (R_f) en een risico-opslag (p): $K_{vv} = R_f + p$.

245 De risicovrije rentevoet bedraagt vanaf augustus 2014 [vertrouwelijk]% (zie randnummer 240). NS hanteert een risico-opslag van [vertrouwelijk]%, die [vertrouwelijk].

246 De kosten van vreemd vermogen bedragen dus [vertrouwelijk]% (namelijk [vertrouwelijk] % + [vertrouwelijk]%). Aangezien NS haar WACC bepaalt na belastingen, trekt zij van deze kosten een belastingpercentage van [vertrouwelijk]% af.

Vaststelling en toepassing WACC

247 Met deze onderdelen en de verhouding eigen en vreemd vermogen (de *gearing*) kan NS de WACC berekenen. De WACC is immers het gewogen gemiddelde van de vermogenskosten. NS bepaalt de *gearing* "[o]p basis van [vertrouwelijk]".²⁰³ Aan het eind van 2013 bestond het totale geïnvesteerde vermogen van NS voor [vertrouwelijk]% uit eigen vermogen en voor [vertrouwelijk]% uit vreemd vermogen.²⁰⁴

248 NS berekent vervolgens een WACC (na belastingen) van [vertrouwelijk]% (namelijk [vertrouwelijk]% * [vertrouwelijk]% + [vertrouwelijk]% * [vertrouwelijk]% * ([vertrouwelijk]%-[vertrouwelijk]%).

249 NS rondt deze WACC af naar een normrendement voor investeringen van [vertrouwelijk]%. Dit is lager dan de WACC volgens de eerdere methodiek en lager dan het normrendement van [vertrouwelijk]% in 2013.²⁰⁵ Voorts vervalt [vertrouwelijk]. In plaats daarvan behoudt de RvB zich het recht voor om bij investeringen met een [vertrouwelijk] risicoprofiel een [vertrouwelijk] WACC te

²⁰¹ Deze bedroeg in 2013 [vertrouwelijk]% en zou in augustus 2014 [vertrouwelijk]% zijn geweest.

²⁰² In 2013 was de β [vertrouwelijk] en in augustus 2014 zou deze [vertrouwelijk] zijn geweest.

²⁰³ Bron 267, bijlage 2, bijlage 1.

²⁰⁴ In 2013 was de *gearing* [vertrouwelijk]% en [vertrouwelijk]% (gebaseerd op [vertrouwelijk]).

²⁰⁵ Ook bij deze WACC-cijfers zou het bod van NS kwalificeren als misbruikelijk, gezien de IRR die de ACM in paragraaf 9.4 vaststelt. Immers, als NS in augustus 2014 haar WACC opnieuw zou hebben vastgesteld volgens de methodiek die zij eerder hanteerde, zou deze (onafgerond) [vertrouwelijk]% zijn geweest. Dit is opgebouwd uit de eigen-vermogencomponent ([vertrouwelijk]% * ([vertrouwelijk]% + ([vertrouwelijk] * [vertrouwelijk]%) =) [vertrouwelijk]%) en de vreemd-vermogencomponent ([vertrouwelijk]% * ([vertrouwelijk]% + [vertrouwelijk]%) =) [vertrouwelijk]% * ([vertrouwelijk]%-[vertrouwelijk]%). De WACC vóór augustus 2014 bedroeg onafgerond [vertrouwelijk]%, opgebouwd uit de eigen-vermogencomponent ([vertrouwelijk]% * ([vertrouwelijk]% + ([vertrouwelijk] * [vertrouwelijk]%) =) [vertrouwelijk]%) en de vreemd-vermogencomponent ([vertrouwelijk]% * ([vertrouwelijk]% + [vertrouwelijk]%) =) [vertrouwelijk]% * ([vertrouwelijk]%-[vertrouwelijk]%). NS rondde dit af op een normrendement van [vertrouwelijk]%).

hanteren dan [vertrouwelijk]% dan wel een [vertrouwelijk] NCW te eisen bij een WACC van [vertrouwelijk]%.²⁰⁶

- 250** In de notitie voor de RvC beschrijft de RvB ook de overwegingen voor de verlaging van de WACC van [vertrouwelijk]% naar [vertrouwelijk]%. Naast het aansluiten bij de manier waarop het Ministerie van Financiën het normrendement op eigen vermogen berekent, benadrukt de RvB de noodzaak van een marktconforme rendementseis zodat NS competitief kan bieden:

“Bij competitieve biedingen is het noodzakelijk dat NS een marktconforme vermogenskostenvoet/investeringseis hanteert, anders is het risico aanwezig dat NS geen concurrerende bieding kan neerleggen en verlaagt NS haar winkansen alsmede is het beter in staat om concurrerende investeringsprojecten (o.a. ten behoeve van rollend materieel en vastgoed) uit te voeren.”²⁰⁷

- 251** De RvC stemt op 14 augustus 2014, op advies van haar auditcommissie, in met het voorstel tot verlaging van de WACC. De RvC stelt vast dat het uitgangspunt voor investeringsbeslissingen daardoor een WACC van [vertrouwelijk]% is en dat vervolgens per investering wordt onderzocht of er aanleiding bestaat voor een risico-opslag.²⁰⁸ De nieuwe methodiek geldt vanaf augustus 2014 en dus ook voor het bod op de Limburgse Concessie. Ook in de communicatie met de aandeelhouder over biedingen op concessies hanteert NS de WACC van [vertrouwelijk]%.²⁰⁹

- 252** De uitvoering van deze beslissing staat op de agenda van het zogenoemde ‘CFO-Team Operationeel-overleg’ op 8 september 2014.²¹⁰ In een notitie bespreekt CpC de vertaling van de nieuwe WACC naar een nieuwe rendementseis.²¹¹

- 253** [vertrouwelijk]²¹² [vertrouwelijk]

- 254** Gezien de beperkte verschillen tussen de rendementseisen, stelt CpC voor dat NS voor [vertrouwelijk] investeringen een [vertrouwelijk] rendementseis hanteert van [vertrouwelijk]%.²¹³ Dit voorstel wordt aangenomen en vanaf dat moment gehanteerd. De [vertrouwelijk] rendementseis wordt vastgelegd in het Investeringsmanual.²¹⁴

- 255** CpC benadrukt dat NS, bovenop de [vertrouwelijk] rendementseis van [vertrouwelijk]%, een risico-opslag kan hanteren voor risicovolle investeringen. CpC noemt daarbij ook concessiebiedingen in Nederland:

“Vanzelfsprekend blijft het altijd ter discretie van de ExCo om een [vertrouwelijk] rendement te eisen voor specifieke investeringen en concessiebiedingen in binnen- en buitenland.”²¹⁵

- 256** Dit komt later tot uitdrukking in de CpC-advisering over het voorgenomen bod op de Limburgse Concessie (zie bijvoorbeeld paragraaf 7.3.2). Verder benadrukken zowel een CpC-medewerker als

²⁰⁶ Bron 267, bijlage 2, p. 1 en 2.

²⁰⁷ Bron 267, bijlage 2, p. 2.

²⁰⁸ Bron 71, p. 3.

²⁰⁹ Onder meer bron 202.

²¹⁰ Bron 77.

²¹¹ Bron 77, bijlage bij agendapunt 6.

²¹² Voor openbaar vervoer ging [vertrouwelijk].

²¹³ Een uitzondering geldt voor [vertrouwelijk] waarvoor een rendementseis van [vertrouwelijk]% geldt.

²¹⁴ Investeringsmanual van 3 december 2014, bron 191, p. 17.

²¹⁵ Bron 77, bijlage bij agendapunt 6, p. 3.

[lid management F&A] het belang van een [vertrouwelijk] rendementseis voor [vertrouwelijk] investeringen tijdens hun verhoor door de ACM.²¹⁶

7.1.3 Conclusie

257 Ten tijde van de besluitvorming over haar bod op de Limburgse Concessie hanteert NS als voornaamste financiële beoordelingscriteria:

- dat het bod een IRR moet hebben die minimaal gelijk is aan de rendementseis van [vertrouwelijk]%, die is gebaseerd op de vermogenskostenvoet (WACC) van [vertrouwelijk]%, waarbij bij een risicovolle investering een afweging plaatsvindt of een risico-opslag nodig is, en
- dat de NCW van het bod positief moet zijn.

7.2 Voorbereiding van het bod op de Limburgse Concessie

258 Deze paragraaf behandelt de fase van de voorbereiding van het bod op de Limburgse Concessie tot de vergadering waarin de ExCo op 29 september 2014 het bod goedkeurt.

- Paragraaf 7.2.1: de informatieverstrekking aan de ExCo, RvC en Centrale Ondernemingsraad (COR) over de aankomende aanbesteding. Daaruit blijken onder meer de overwegingen van verschillende NS-onderdelen bij het bod.
- Paragraaf 7.2.2: de opstelling van de business case door het biedingsteam.
- Paragraaf 7.2.3: de bepaling door NS van de prognose van de reizigersopbrengsten.

259 In januari 2014 start het biedingsteam van Abellio Nederland met de voorbereiding van de aanbesteding. [Lid directie Abellio Nederland] krijgt de leiding over het biedingsteam. [Lid directie Abellio Nederland] is eindverantwoordelijk voor het voorbereiden van het bod.²¹⁷ Het biedingsteam bestaat feitelijk vooral uit medewerkers van Abellio Nederland en Qbuzz.

7.2.1 Informeren ExCo, RvC en Centrale Ondernemingsraad

260 Het grote belang van de Limburgse Concessie komt aan de orde tijdens de vergadering van de Groepsraad op 16 december 2013 in de context van een mogelijke bieding door NS in de aanbesteding van de treindienst Alphen aan den Rijn-Gouda.²¹⁸ Het behandelingsvoorstel voor dit onderwerp verwijst naar de Limburgse Concessie en wijst op het strategische belang van NS daarbij: “wij [hebben] *daar strategisch belang om samenloop op HRN te voorkomen.*”²¹⁹ In Limburg ontstaat Samenloop op de trajecten Roermond-Maastricht, respectievelijk Randwyck en Sittard-Heerlen (zie verder paragraaf 4.3). Bij de besluitvorming over het bod komt dit strategische belang steeds terug.

261 Een latere versie van dit behandelingsvoorstel²²⁰ wordt besproken in de Groepsraad van 3 februari 2014.²²¹ In de aanloop naar deze vergadering wijst [lid bestuur NS] specifiek op het belang van de Limburgse Concessie vanwege Samenloop. Hij legt een verband tussen het succes van deze Samenloop en het in stand houden van het HRN:

²¹⁶ Bron 250, p. 10, respectievelijk bron 251, p. 8.

²¹⁷ Bron 44, p. 8.

²¹⁸ Bron 15, p. 3-4. De Groepsraad is de voorganger van de ExCo.

²¹⁹ Bron 16, p. 6.

²²⁰ In deze versie komt dit citaat (met enkele wijzigingen) voor. Bron 26, p. 4 en 8-9.

²²¹ Bron 25.

*“LIMBURG. Vraag is of we daar moeten aanbieden? Vanwege samenloop zeg ik ja, want als het daar kan is dat het begin van de houtrot in het HRN.”*²²²

- 262** Op 31 maart 2014 staat een memo over de aanbesteding op de agenda van de ExCo. Het memo beschrijft onder meer de door Abellio Nederland geïdentificeerde “*winning themes*” en de aanpak tijdens de aanbestedingsfase. Uit het memo blijkt ook dat Abellio Nederland met name van Arriva een scherp bod verwacht, mede omdat deze het succes van Samenloop wil bewijzen.²²³
- 263** Het verslag van deze vergadering bevestigt dat NS volgens de Lange Termijn Spooragenda (LTSA) mag bieden op de Limburgse Concessie vanwege Samenloop.²²⁴ Zoals beschreven in randnummers in paragraaf 4.2, heeft NS zelf bijgedragen aan de passage in de LTSA waarin dit haar werd toegestaan. Het verslag maakt ook duidelijk dat NS de concessie wil winnen. Dit wordt herhaald op de RvC-vergadering op 10 april 2014.²²⁵
- 264** Abellio Nederland bespreekt de Limburgse Concessie vanaf januari 2014 maandelijks in haar overleg met Abellio Holding. Tijdens de vergadering van 13 mei 2014 zegt [lid directie Abellio Nederland] dat er voor Abellio Nederland geen reden bestaat voor een scherp bod, maar vanuit het perspectief van NS mogelijk wel.²²⁶ Abellio Nederland zal dit meerdere malen herhalen, zoals hieronder blijkt.
- 265** Op 21 juli 2014 staat de Limburgse Concessie wederom op de agenda van de ExCo. Een memo van Abellio Nederland behandelt verschillende aspecten, waaronder de strategie om te winnen, financiering, afstemming binnen het NS-concern en risico's.²²⁷ Het memo besteedt aandacht aan de relatie tussen de kosten voor de concessie en de rendementseis. Abellio Nederland stelt dat het niet duidelijk is of een bod aan de op dat moment geldende WACC van [vertrouwelijk]% kan voldoen en dat het daarom verstandig is dat NS op korte termijn een besluit neemt over de hoogte van de WACC. Ook Abellio Nederland noemt dat NS de concessie om strategische redenen wil winnen.²²⁸
- 266** Op 21 juli 2014 bespreekt de ExCo het strategische en financiële belang van het winnen van de Limburgse Concessie. Het strategisch belang bestaat mede uit het voorkomen van “*uitholling*” van het HRN. Gunning van de concessie aan een concurrent van NS kan daartoe leiden. Dit stemt overeen met de eerdere opmerking van [lid bestuur NS] dat ‘succesvolle Samenloop zou leiden tot “*het begin van de houtrot in het HRN*” (zie randnummer 261). De ExCo bevestigt het belang van de verlaging van de WACC voor het winnen van de concessie. Het volgende citaat is illustratief:
- “ 1) *Wat maakt Limburg voor NS een strategische concessie?*
[...]
c. *Gunning aan een regionale vervoerder vormt een mogelijke aanzet tot (nadere) uitholling van het HRN.*
2) *Wat is het financiële belang?*
Het vermoeden bestaat dat regionale vervoerders bereid zijn scherp in te schrijven. Ook al wordt de concessie niet louter gegund op basis van prijs; het te verwachten rendement is beperkt. Een eventuele aanpassing van de WACC, die thans onafhankelijk van dit

²²² Bron 28.

²²³ Bron 44, p. 4.

²²⁴ Bron 45

²²⁵ Bron 49, p. 2-3.

²²⁶ Bron 51, p. 2.

²²⁷ Bron 64 en 66 gezamenlijk.

²²⁸ Bron 64, p. 2.

*concessietraject wordt onderzocht, zou de winstkans vergroten. Op 14 augustus a.s. wordt hierover gesproken in de RvC.*²²⁹

- 267** Op 14 augustus 2014 stemt de RvC in met de verlaging van de WACC (zie paragraaf 7.1.2). De RvC bespreekt dan ook de aanbesteding van de Limburgse Concessie aan de hand van een notitie van de RvB. Uit die notitie blijkt dat er eind juli 2014 nog geen “*stabiele business case*” is. De notitie stelt als uitgangspunt dat het bod op de concessie dient te voldoen aan de WACC van NS Groep. Als blijkt dat een winnend bod daaraan niet voldoet, zal de RvB zich daar nader over beraden. De RvB noemt specifiek de reizigersopbrengsten als risico. Daarnaast stelt de RvB dat concurrenten NS mogelijk zullen beschuldigen van kruissubsidie.²³⁰
- 268** Uit de notulen van deze RvC-vergadering blijkt dat “*de belangrijkste reden om deel te nemen aan de aanbesteding een strategische is*”.²³¹ Het is aannemelijk dat wordt bedoeld op het voorkomen van uitholling van het HRN.²³²

De adviesaanvraag aan de COR

- 269** Bij een bod van deze omvang heeft de COR adviesrecht. De bieding wordt mede daarom ook besproken met de COR. Na overleg met [lid directie Abellio Nederland] stuurt de COR op 4 september 2014 een lijst met aandachtspunten naar [lid bestuur NS]. De COR benadrukt onder meer het belang van een verlaging van de WACC.²³³
- 270** Op 9 september 2014 dient de RvB de adviesaanvraag in.²³⁴ Onder meer noemt de notitie als reden om mee te dingen het risico op het ontstaan van Samenloop en daarmee het potentieel dichterbij komen van een besluit het HRN in onderdelen aan te besteden. De ACM merkt op dat de notitie invulling geeft aan de termen “*houtrot in het HRN*” en “*uitholling van het HRN*” die eerder in 2014 zijn genoemd (randnummers 261 en 266 hierboven). Dit is niet alleen de strategische rationale om mee te dingen, maar ook de reden dat concurrenten van NS de concessie willen winnen. Het volgende citaat maakt dat duidelijk:

“De directie van NS heeft het voorgenomen besluit om via Abellio Nederland mee te dingen naar de gunning van de concessie openbaar vervoer provincie Limburg, onder de voorwaarde dat de bieding voldoet aan de rendementseis van NS

Motieven

Voorafgaand aan het voorgenomen besluit heeft de directie van NS gesproken over de strategische rationale om mee te dingen naar deze concessie. Vervolgens is gesproken over de wijze waarop wij het meest kansrijk zijn om de provincie Limburg te overtuigen om de concessie aan ons te gunnen. [...]

Strategische rationale

De concessie Limburg is om twee redenen belangrijk voor NS Groep. Enerzijds ontstaat er samenloop op het HRN indien de concessie aan een andere partij dan NS of een dochter wordt gegund. Dit kan ertoe leiden dat de drempel voor aanbestedingen van lijnen met samenloop kleiner

²²⁹ Bron 65, p. 4.

²³⁰ Bron 72.

²³¹ Bron 71, p. 4.

²³² De andere strategische overwegingen uit het verslag van de ExCo-vergadering komen namelijk afzonderlijk aan de orde in de RvC-vergadering (het opdoen van ervaring “*met een geïntegreerd vervoersmodel*” en “*het integrale karakter*” van het bod van NS voor reizigers) (bron 71, p. 4). Zie ook randnummer 266.

²³³ Bron 75, p. 1

²³⁴ Bron 78.

wordt. Uiteindelijk komt daarmee het besluit om het HRN in onderdelen aan te besteden potentieel dichterbij. Anderzijds vraagt Limburg een geïntegreerd aanbod aan klanten in Limburg. Dit past precies bij de deur tot deur strategie van NS. De uitwerking van 'minder tijd, geld en gedoe voor klanten' als ze gebruik maken van het openbaar vervoer in Limburg kan bij succes worden door gekopieerd naar andere regio's en [vertrouwelijk].

Maximale kans op gunning van de concessie

[...] De belangrijkste concurrenten voor verwerving van deze concessie zijn Deutsche Bahn (via haar dochter Arriva Nederland), SNCF (via Keolis en Syntus) en Transdev/Veolia (via Connexion of Veolia Limburg). Er lijkt de concurrentie veel aan gelegen de concessie te winnen omdat daarmee bewijs kan worden geleverd voor betere prestaties van regionaal spoor door aanbesteding en voor een succesverhaal van regionaal spoor ook als er sprake is van samenloop tussen twee vervoerders op het hoofdrailnet.²³⁵

- 271** De COR adviseert op 18 september 2014. De COR onderschrijft onder meer de strategie om het HRN te beschermen, maar stelt daarbij wel als voorwaarde dat het bod op de Limburgse Concessie op basis van realistische veronderstellingen dient te voldoen aan de rendementseisen van NS:

“De COR onderschrijft de strategie om het hoofdrailnet te beschermen en te investeren in regionale concessies. Dit onder de voorwaarde dat wordt voldaan aan de rendementseisen van NS Groep. De COR constateert tevens dat het daarbij vooralsnog ontbreekt aan een heldere visie hoe deze ambities te realiseren. [...]”

De COR adviseert de directie om de bieding niet door te zetten indien op basis van realistische veronderstellingen de Business Case niet voldoet aan de geldende financiële eisen van NS Groep. Indien blijkt dat in het uit te brengen bod niet kan worden voldaan aan de financiële eisen dan dient de directie opnieuw in overleg te treden met de COR.”²³⁶

7.2.2 Opstellen business case

- 272** In de periode tot de ExCo-vergadering van 29 september 2014 en tussen de ExCo-vergadering en de RvC-vergadering van 8 oktober 2014 wijzigt de business case regelmatig. Regelmatig duikt de business case onder de financiële grens die NS zelf hanteert. Volgens NS moet een concessiebieding een positieve NCW hebben en een IRR die minstens gelijk is aan de WACC (paragraaf 7.1.1). Mede hierom zijn er intensieve contacten tussen onder meer het biedingsteam, Abellio Holding, Abellio Nederland, CpC en de RvB. Relevante parameters zijn daarbij: de post onvoorzien, de interne prijs van NSFSC voor het leasen van treinen, en aanvullend rendement bij NedTrain en NSFSC. In deze periode wordt duidelijk dat de business case op het niveau van NS als geheel beoordeeld moet worden. Daarbij stemt [lid bestuur NS] in met een NCW van nul gezien het strategische belang voor NS. Vanwege het belang van de reizigersopbrengsten voor uitkomsten van de business case behandelt de ACM in paragraaf 7.2.3 de totstandkoming van de prognose voor de reizigersopbrengsten en de onderbouwing daarvan.
- 273** [Medewerker Abellio Nederland] is verantwoordelijk voor het opstellen en beheren van de business case.²³⁷ De business case bevat alle verwachte uitgaven en inkomsten (kasstromen of *cashflows*) voor de exploitatie van de concessie. Conform het Investeringsmanual zijn dit alleen uitgaven en

²³⁵ Bron 78, p. 2.

²³⁶ Bron 94, p. 1-2 en 6.

²³⁷ Bron 44, p. 7 en bron 254, p. 2.

inkomsten die NS realiseert indien zij de concessie Limburg wint (zie randnummer 228).²³⁸ De ACM meldt ten overvloede dat een investeerder bij het opstellen van een business case reële aannames moet hanteren, omdat anders in theorie het model zo aangepast kan worden dat het altijd winstgevend is.²³⁹

- 274** Vanaf de publicatie van het Programma van Eisen op 26 juni 2014 start Abellio Nederland met het opstellen van de business case.²⁴⁰ Op 27 augustus 2014 resulteert dit in een eerste versie. Abellio Nederland past vervolgens de business case voortdurend aan tot aan de indiening van het bod op 3 november 2014. De aanpassingen volgen uit nieuwe (financiële) informatie en keuzes die Abellio Nederland en NS maken. De aanpassingen worden bijgehouden in een logboek in het Excel-bestand met de business case.²⁴¹
- 275** Op 13 september 2014 waarschuwt [medewerker Abellio Nederland] voor de negatieve NCW van de business case. Gezien de eis van een positieve NCW is dit zorgwekkend. Die negatieve waarde is met name het gevolg van [vertrouwelijk]:
- “[vertrouwelijk]”²⁴²
- 276** Na overleg met [lid directie Abellio Nederland]²⁴³ past [medewerker Abellio Nederland] de business case aan. Op 15 september 2014 mailt hij dat hierdoor weliswaar de NCW is verbeterd, maar dat deze negatief blijft:
- “[vertrouwelijk]”²⁴⁴
- 277** In de dagen daarna voert Abellio Nederland met regelmaat mutaties door. De grootste is een aanpassing van de WACC van [vertrouwelijk]% naar [vertrouwelijk]%.²⁴⁵ Hierdoor stijgt de NCW van de business case met circa [vertrouwelijk] euro en wordt de business case positief. Diezelfde dag neemt Abellio Nederland een post ‘onvoorziene kosten’ op, waardoor de NCW verslechtert met circa [vertrouwelijk]euro, maar positief blijft.²⁴⁶ Dit illustreert het grote effect op de business case van de verlaging van de WACC.
- 278** Op 18 september 2014 voert Abellio Nederland echter een veelvoud aan kosten door, waardoor de NCW met circa [vertrouwelijk]euro verslechtert en de business case negatief wordt.²⁴⁷ Abellio Nederland corrigeert dit door de post ‘onvoorziene kosten’ alsnog te verwijderen, waardoor de business case aan het eind van die dag weer positief is.²⁴⁸ NS bevestigt in reactie op vragen van de ACM dat de post onvoorzien op dat moment uit haar business case is verwijderd. NS heeft de reden hiervoor niet kunnen achterhalen, aangezien de betrokken medewerkers niet meer bij haar

²³⁸ Een uitzondering hierop zijn mogelijk [vertrouwelijk]. Voor zover die in het bod zijn opgenomen, zijn zij [vertrouwelijk] (bron 250, p. 48).

²³⁹ Zie ook de eerder aangehaalde verklaring van [medewerker Abellio Nederland] (randnummer 229).

²⁴⁰ Bron 254, p. 23-24.

²⁴¹ Bron 178, werkblad ‘I. Logboek’ (hierna: Logboek).

²⁴² Zie bron 83. Uit het Logboek blijkt dat inderdaad alleen al een dag eerder de NCW met circa [vertrouwelijk] euro is verslechterd (regels 41 tot en met 60), onder meer door hogere kosten voor aanschaf, inzet en onderhoud van treinen en bussen. Dit correspondeert met de toelichting van [medewerker Abellio Nederland].

²⁴³ Bron 83.

²⁴⁴ Bron 87.

²⁴⁵ Logboek, regel 87. Zie paragraaf 7.1.2.

²⁴⁶ Logboek, regel 88.

²⁴⁷ Logboek, regels 89 tot en met 119.

²⁴⁸ Logboek, regel 120: “onvoorzien eruit”.

werkzaam waren toen zij de vragen van de ACM beantwoordde.²⁴⁹ CpC noemt in haar advies aan de ExCo van 28 september 2014 het ontbreken van een post onvoorzien een risico (randnummer 330). In oktober 2014 lijkt er wel weer een post onvoorzien aan het bod te zijn toegevoegd (zie verder randnummer 381).

- 279** Op 15 september 2014 stuurt [lid directie Abellio Nederland] een investeringsvoorstel op basis van de business case naar [leden directie Abellio Holding].²⁵⁰ Op verzoek stuurt hij zijn e-mail door naar de RvB. [Lid directie Abellio Nederland] mailt een opsomming van de sterkste punten van het bod die Abellio Nederland de sterke overtuiging geven dat zij de concurrentie zal verslaan (de "winning themes"). Vervolgens stelt hij dat er geen kosten uit de business case kunnen zonder deze *winning themes* aan te tasten.
- 280** [Lid directie Abellio Nederland] vervolgt met een uiterst kritische toelichting op de financiële parameters van de business case. Weliswaar heeft de business case een positieve NCW, maar als [lid directie] van alleen Abellio Nederland zou hij nooit met het bod instemmen. Daarvoor is de netto winst in vergelijking met de grote investering te laag, evenals het feit dat de NCW al bij een iets lagere groei in de reizigersopbrengsten negatief is, naast een aantal andere risico's. Hij verwijst in dat kader naar "[vertrouwelijk]", de risicoanalyse die NS uitvoert om het risicoprofiel van een bieding in kaart te brengen (zie randnummer 327). Hij adviseert de financiële kant van het bod voor Abellio Nederland te verbeteren door de interne prijs van NSFSC voor het leasen van treinen aan Abellio Nederland te verlagen. [Lid directie Abellio Nederland] schrijft:
- "De NCW bij een WACC van [vertrouwelijk]% bedraagt Euro [vertrouwelijk]. Daarmee voldoet het bod aan de rendementseis van NS. Deze NCW is uiteraard berekend op EBIT. De nettowinst over de looptijd bedraagt slechts Euro [vertrouwelijk] bij een investering in 2016 van Euro [vertrouwelijk], in 2020 [vertrouwelijk]. Dat brengt de totale investering op Euro [vertrouwelijk].*
- Als [lid directie] van alleen Abellio NL zou ik nooit instemmen met dit bod. Een kleine neerwaartse aanpassing van de reizigersopbrengstengroei leidt tot negatieve NCW. Dat zal ook blijken uit de [vertrouwelijk] berekening op de vijf belangrijkste variabelen ([vertrouwelijk])."*²⁵¹
- 281** Uit de hierop volgende discussie binnen de bestuurlijke top van NS en Abellio Holding blijkt dat NSFSC haar prijs voor treinen aan Abellio Nederland niet zal verlagen en dat het rendement voor Abellio Nederland daarmee niet wordt verhoogd. [Lid bestuur NS] mailt op 17 september 2014 aan [lid directie Abellio Holding] dat het niet mogelijk is dat NSFSC haar prijs voor Abellio Nederland verlaagt, omdat NSFSC al op dezelfde basis prijzen voor de Limburgse aanbesteding heeft geoffreerd aan concurrenten Arriva en Veolia.²⁵² Hij schrijft verder dat de integrale business case van NS Groep van belang is en dat de verdeling van de resultaten tussen verschillende NS-onderdelen secundair is.²⁵³ [Lid bestuur NS] schrijft later die dag dat NS zich dient te concentreren op het uitbrengen van een winnend bod op de Limburgse Concessie en dat [lid bestuur NS] de posities van de verschillende NS-onderdelen zal bepalen.
- 282** Op 18 september 2014 bevestigt [lid bestuur NS] aan de directie van Abellio Holding en [lid directie Abellio Nederland] dat de business case voor het bod integraal berekend moet worden op het niveau van NS Groep, en op basis van de WACC van [vertrouwelijk]%. Mits het risicoprofiel redelijk

²⁴⁹ Bron 267, p. 7.

²⁵⁰ Bron 89.

²⁵¹ Bron 89.

²⁵² NSFSC verstuurt op 15 september 2014 offertes aan Arriva en Veolia voor het leasen van treinen (zie verder paragraaf 9.3).

²⁵³ Bron 90.

is, zou er volgens [lid bestuur NS] een bod gedaan kunnen worden met een NCW van nul gezien het strategische belang.²⁵⁴

283 Op 19 september 2014 benadrukt [lid directie Abellio Nederland] in een bijeenkomst met de directie van Abellio Holding wederom dat hij het bod vanuit alleen Abellio Nederland bezien financieel niet goed vindt.²⁵⁵ Hij wijst (onder meer) op lage winst over de gehele looptijd en het gegeven dat de concessie pas vanaf jaar [vertrouwelijk] van de 15-jarige looptijd winst zal maken. Hierom zou het bod vanuit de gehele NS Groep moeten worden beoordeeld. Hij wijst daarbij op het rendement dat NSFSC behaalt met het leasen van treinen voor Limburg.

284 De daaropvolgende week past Abellio Nederland de business case voortdurend aan op basis van nieuwe inzichten en discussies met CpC, in de aanloop naar de ExCo-vergadering van 29 september 2014. Op 24 september 2014 mailt [lid directie Abellio Nederland] het behandelingsvoorstel voor de ExCo in concept naar de directieleden van Abellio Holding. Hij benadrukt dat de IRR voor Abellio Nederland is verslechterd van [vertrouwelijk]% naar [vertrouwelijk]%, hetgeen een negatieve NCW oplevert gezien de WACC van [vertrouwelijk]%.²⁵⁶

285 Op 26 september 2014 geeft [lid directie Abellio Nederland] in een e-mail aan [lid directie Abellio Holding] aan hoe hij het biedingsvoorstel ziet. Hij herhaalt dat het vanuit Abellio Nederland bezien financieel geen goed idee is om het bod te doen. Het is daarnaast te laat om de winstgevendheid van het bod te verhogen zonder de winkansen significant aan te tasten. Hij stelt verder dat hij het bod voor NS Groep wel goed vindt gezien de strategische argumenten en omdat voor NS Groep als geheel wel aan de rendementseis wordt voldaan. Als eerste, “defensief” strategisch argument noemt hij opnieuw (zie ook paragraaf 7.2.1) het voorkomen van Samenloop en de daaruit volgende betere uitgangspositie voor het in standhouden van het HRN na 2024 (als de HRN-concessie afloopt):

“Je vertelde dat je morgen overlegt met [leden bestuur NS] over de inschrijving Limburg. Ik heb enkele overwegingen voor de discussie:

/ zou ik mijn eigen geld in deze business case stoppen: nee. De terugverdientijd is te lang en het duurt te lang voordat Abellio NL winst gaat maken

/ vind ik het dan vanuit Abellio NL stand alone een goed idee: nee, de kapitaalintensiteit van deze aanbesteding is enorm in vergelijking tot andere aanbestedingen. Te late winstvorming, zeker in het model waarin NSFSC is betrokken en de winst daar wordt afgeroomd.

/ kan er een hoger rendement uitkomen: ja, maar dan verlies je essentiële winning themes en wordt de kans op winst veel geringer. Is nu ook te laat omdat we dan de essentialia van de storyline die door het gehele bod lopen moeten aanpassen.

/ vind ik het vanuit NS Groep een goed idee: ja omdat je zowel defensief (geen samenloop, dus betere uitgangspositie voor HRN in stand houden na 2024) als offensief (bewijs voor toegevoegde waarde van deur tot deur concept dat makkelijk kopieerbaar is [vertrouwelijk] met als effect een substantiële verbetering van de concurrentiepositie van het openbaar vervoer in de totale mobiliteit) een argument hebt om deze concessie te willen hebben. En die concessie voldoet aan de rendementseis die je hebt gesteld.”²⁵⁷

²⁵⁴ Bron 92.

²⁵⁵ Bron 95, p. 2. [Lid directie Abellio Nederland] herhaalt daarmee zijn mail van 15 september 2014 (randnummer 280).

²⁵⁶ Bron 98.

²⁵⁷ Bron 100.

- 286** Eerder op 26 september 2014 stuurt een CpC-medewerker zijn bevindingen over het verwachte aanvullende rendement van andere NS-onderdelen per e-mail naar [lid bestuur NS] en [lid directie Abellio Holding] en enkele andere CpC-medewerkers.²⁵⁸ Door dit aanvullende rendement heeft het voorgestelde bod voor NS Groep als geheel een positief rendement, ondanks het feit dat Abellio Nederland onvoldoende resultaat haalt. Dit aanvullende rendement wordt behaald bij NedTrain en NSFSC.
- 287** De bijdrage aan de IRR door NedTrain bedraagt [vertrouwelijk]% en is het gevolg van de onderhoudswerkzaamheden die NedTrain in Limburg zou uitvoeren voor Abellio Nederland. CpC merkt daarbij op dat deze IRR-bijdrage van [vertrouwelijk]% indicatief is, omdat de uiteindelijke business case uitgaat van iets ander treinmaterieel.²⁵⁹ De IRR-bijdrage vanuit NSFSC bedraagt [vertrouwelijk]%.²⁶⁰ Dit bestaat uit het belastingvoordeel dat NS behaalt door de treinen fiscaal te leasen vanuit Ierland.²⁶¹
- 288** De CpC-medewerker stelt voorts dat het rendement van NS Reizigers en NS Stations bewust niet is meegerekend bij de vaststelling van de IRR van het bod, mede omdat dezelfde diensten van deze bedrijfsonderdelen ook aan concurrenten van Abellio Nederland zijn geboden.²⁶² NS bevestigt in reactie op vragen van de ACM dat NS voor haar bod alleen heeft gerekend met de dekkingsbijdrage van NedTrain en het belastingvoordeel van NSFSC, en niet met het rendement dat NS Reizigers en NS Stations zouden behalen in Limburg.²⁶³
- 289** Eind oktober 2014, kort voor het indienen van het bod, blijkt echter dat Abellio Nederland de treinen mogelijk zal laten onderhouden door een concurrent van NedTrain, [vertrouwelijk] (zie randnummers 382 en 387). Daarnaast blijkt uit interne documenten dat NedTrain treinen van de Limburgse Concessie mogelijk ook kan onderhouden als een concurrent van NS de aanbesteding wint.²⁶⁴ Als NedTrain ook het onderhoud zou verrichten bij winst van een concurrent van NS, kan voor NedTrain hetzelfde gelden als voor NS Reizigers en NS Stations, namelijk dat het aanvullend rendement niet kan worden meegerekend in de analyse van het bod (zie verder paragraaf 8.3.3).
- 290** Op 26 september 2014 resulteert het model in een *silver run*-versie van de business case. Die versie van de business case, aangevuld met het rendement van NedTrain en het belastingvoordeel van NSFSC, gebruikt Abellio Nederland voor haar biedingsvoorstel aan de ExCo. Dit wordt besproken in paragraaf 7.3.1.

7.2.3 Prognose reizigersopbrengsten

- 291** De reizigersopbrengsten vormen ongeveer twee derde van de totale inkomsten van de Limburgse Concessie.²⁶⁵ Hoewel ze onzeker zijn, kan NS ze – in elk geval deels – beïnvloeden. Dat geldt niet voor de overige inkomsten. Deze bestaan bijna geheel uit de exploitatiebijdrage van de provincie

²⁵⁸ Bron 102.

²⁵⁹ Bron 102, bijlage, p. 1 en vergelijking van de IRR van het bod met en zonder NedTrain in paragraaf 1.3.

²⁶⁰ Bron 102, vergelijking van de IRR van het bod met en zonder lease in paragraaf 1.3.

²⁶¹ Bron 250, p. 51.

²⁶² Bron 102, p. 2.

²⁶³ Bron 267, p. 10-11.

²⁶⁴ [Lid bestuur NS] stelt op 28 september 2014 dat NedTrain ook concurrenten van NS kan bedienen (zie randnummer 342). Verder schrijft [lid management NS Reizigers] op 2 november 2014 aan onder meer [lid management NedTrain], [lid bestuur NS] en CpC dat als een concurrent wint “*dan is samenwerking met die partij op het vlak van onderhoud nog steeds een goede mogelijkheid*” (bijlage bij bron 166, p. 3).

²⁶⁵ Bron 282, bijlage 1, tabblad ‘C. Financieel’, rijen 43-52.

Limburg, die gedurende de concessie vastligt (paragraaf 4.3). De inschatting van de reizigersopbrengsten is daarmee erg belangrijk voor het bod. Immers, indien een inschrijver hoge reizigersopbrengsten voorspelt, wordt de business case positiever en kan hij meer kosten dragen. Een inschrijver kan dan ‘scherper’ inschrijven. Omgekeerd leidt een lagere inschatting van de reizigersopbrengsten tot een slechtere business case, waardoor de inschrijver gedwongen wordt tot een conservatiever aanbod. De top van NS onderkent dit grote belang.²⁶⁶

Wijze van vaststelling van de prognose door NS

- 292** Gedurende de eerste helft van 2014 werkt een commercieel specialist binnen het biedingsteam aan een prognose van de reizigersopbrengsten.²⁶⁷ Hij verzamelt historische data, zoals de mate van openbaar-vervoergebruik in Limburg en eerdere opbrengstengroei cijfers. Deze opbrengstengroei cijfers hebben betrekking op de bus- en treinverbindingen van de concessies die Veolia op dat moment in Limburg uitvoert, en de HRN-treinverbindingen die deel uit gaan maken van de nieuwe Limburgse Concessie.²⁶⁸ Daarnaast verzamelt hij economische en demografische data van de Provincie Limburg, zoals prognoses van de bevolkingskrimp door [vertrouwelijk].²⁶⁹
- 293** Vervolgens stelt de commercieel specialist een opbrengstenmodel op met de prognose van de reizigersopbrengsten voor de gehele concessieduur. In antwoord op vragen van de ACM licht NS toe dat deze prognose zowel op [vertrouwelijk] is gebaseerd als op [vertrouwelijk], waarbij NS gebruik heeft gemaakt van de kennis en ervaring van de verschillende leden van het biedingsteam.²⁷⁰ Deze prognose wordt in het tweede en derde kwartaal van 2014 besproken binnen het biedingsteam en met [vertrouwelijk].²⁷¹
- 294** [vertrouwelijk]²⁷²
- 295** Voorts verklaart de vervoerkundige van het biedingsteam desgevraagd dat hij voor het ontwerpen van een vervoerplan met dienstregelingen ook een prognose heeft moeten maken van de verwachte reizigersstromen. Dit is nodig om te bepalen hoe zoveel mogelijk reizigers kunnen worden vervoerd. In antwoord op een vraag naar consistentie van de prognoses van reizigersstromen in het vervoerplan met de prognoses van de groei van reizigersopbrengsten voor de business case, verklaart de vervoerkundige dat het gaat om “*echt onderbuikgevoel en inschatten*” en dat de prognoses “*boven over*” gaan. Het biedingsteam bediscussieert of zij groei verwacht en zo ja, of dat dan bijvoorbeeld “[vertrouwelijk]” zal zijn, “*daar zit echt geen wiskunde achter*”. Volgens de vervoerkundige blijven de inschattingen “*bij zulke vaagheden*”. De vervoerkundige bevestigt dat de inschatting van de reizigersstromen is gebaseerd op een *expert opinion*.²⁷³

²⁶⁶ Onder meer [lid bestuur NS] (bron 103, punt 5), [lid management NS Stations] (bron 113, punt 2.b) en [lid directie Abellio Nederland] (bron 89 en bron 249, p. 28-30).

²⁶⁷ Bron 262, bijlage 5a.

²⁶⁸ Bron 262, bijlagen 4 en 7.

²⁶⁹ Bron 262, p. 8.

²⁷⁰ Bron 262, p. 7-9, en bron 267, p. 2

²⁷¹ [vertrouwelijk]. Bron 262, p. 7 tot en met 9 en bijlagen 5 en 6. Deze informatie deelt de RvB ook met de RvC, zie randnummer 267.

²⁷² Bron 267, p. 3.

²⁷³ Bron 253, p. 9-12.

Onderbouwing van prognose

- 296** Het opbrengstenmodel bevat prognoses uitgesplitst naar onder meer busvervoer en treinvervoer, verschillende spoorlijnen en individuele jaren van de concessieperiode.²⁷⁴ Vier parameters bepalen in het opbrengstenmodel de groei van de reizigersopbrengsten: 'populatie', 'verbetering reissnelheid', 'marketing' en 'infrastructuur'. De ACM beschrijft deze parameters hierna.
- 297** De parameter 'populatie' toont dat de krimpende bevolking van Limburg leidt tot een daling van de reizigersopbrengsten met [vertrouwelijk]% per jaar in 2015 oplopend tot [vertrouwelijk]% per jaar in 2031.²⁷⁵ Dit effect gaat volgens het model gelijk op voor het bus- en treinvervoer. Deze krimp is gebaseerd op de eerder genoemde prognoses van [vertrouwelijk] en het [vertrouwelijk] economisch onderzoeksbureau [vertrouwelijk].²⁷⁶
- 298** De parameter 'verbetering reissnelheid' laat zien dat NS vanwege een verbetering van de reissnelheid een groei van de reizigersopbrengsten voor busvervoer prognosticeert van [vertrouwelijk]% in 2017, [vertrouwelijk]% in zowel 2018 als 2019 en jaarlijks [vertrouwelijk]% vanaf 2020 tot het einde van de concessie in 2031. Het opbrengstenmodel voorspelt [vertrouwelijk] opbrengstengroei door verbetering van de reissnelheid voor treinvervoer.²⁷⁷
- 299** Desgevraagd kan NS de onderbouwing van dit effect van de reissnelheid op reizigersopbrengsten niet achterhalen. De commercieel specialist werkt op het moment dat NS de vragen beantwoordt niet meer bij NS. Wel meent NS dat het ontbreken van reizigersgroei per trein onder deze noemer "*verklaard zou kunnen worden*" uit het zeer kleine verschil in reistijd tussen de dienstregeling in 2014 en het bod. Een prognose van de dienstregelingeffecten door de NS-afdeling Marktonderzoek en Analyse liet zien dat [vertrouwelijk].²⁷⁸
- 300** De derde parameter, 'marketing', levert [vertrouwelijk] de groei van reizigersopbrengsten per trein. In het model levert deze parameter een reizigersgroei voor treinvervoer van jaarlijks [vertrouwelijk]% voor zowel 2017, 2018 als 2019, en tussen 2020 en 2031 een groei van jaarlijks [vertrouwelijk]%. Tijdens de looptijd van de concessie betekent dit een cumulatieve groei van de reizigersopbrengsten van ruim [vertrouwelijk]% voor het treinvervoer. Het effect van de parameter 'marketing' op het busvervoer is [vertrouwelijk]: een groei van [vertrouwelijk]% in 2017 en een jaarlijkse groei van [vertrouwelijk]% vanaf 2018 tot en met 2031. Dit resulteert in een cumulatieve groei van de reizigersopbrengsten per bus van ruim [vertrouwelijk]% tijdens de looptijd van de concessie.²⁷⁹
- 301** Desgevraagd licht NS toe dat er geen onderliggende berekeningen bestaan voor de opbrengstengroei door marketing.²⁸⁰ Deze groei is ingeschat door het biedingsteam. NS verwijst naar de groei die historisch is gegenereerd bij decentralisatie van trajecten van het HRN naar een regionaal net. Uit een document dat bij het maken van de prognose is gebruikt, blijkt dat niet alleen Veolia al aanzienlijke reizigersgroei had gerealiseerd in Limburg (tussen 2009 en 2013 [vertrouwelijk]% voor trein en [vertrouwelijk]% voor bus, exclusief studenten), maar ook dat

²⁷⁴ Bron 157. Dit is de meest recente versie van het opbrengstenmodel (bron 262, p. 7). Het dateert van 27 oktober 2014, slechts enkele dagen voordat op 3 november 2014 NS haar bod indiende.

²⁷⁵ Bron 157, rij 2 van werkblad 'Bus' en rijen 2, 9, 16 en 23 van werkblad 'Trein'

²⁷⁶ Bron 262, bijlage 7, p. 7.

²⁷⁷ Bron 157, rij 3 van werkblad 'Bus' en bron 157, rijen 3, 10, 17 en 24 van werkblad 'Trein'.

²⁷⁸ Bron 267, p. 3-4 en p. 6

²⁷⁹ Bron 157, rijen 4, 11, 18 en 25 van werkblad 'Trein' en bron 157, rij 4 van werkblad 'Bus'.

²⁸⁰ Bron 267, p. 2-3.

- [vertrouwelijk].²⁸¹ De geplande continue marketinguitgaven voor de Limburgse Concessie leiden volgens NS tot een structurele jaarlijkse groei. NS geeft echter ook aan dat zij ten tijde van haar bod geen zicht had op de specifieke marketingstrategie en de timing van specifieke marketingacties. NS wijst tot slot op de impact van nieuwe treinstellen, maar werkt dit niet uit.²⁸²
- 302** Ten slotte geeft de parameter 'infra' het effect weer van infrastructurele wijzigingen. Het biedingsteam verwacht een eenmalige krimp van de reizigersopbrengsten voor treinvervoer van [vertrouwelijk]% in 2017 en een eenmalige groei van [vertrouwelijk]% in 2020. Voor het busvervoer zorgen infrastructurele wijzigingen voor een eenmalige krimp van [vertrouwelijk]% in 2017.²⁸³
- 303** Ook de onderbouwing van de parameter 'infra' kan NS niet geven.²⁸⁴ Voor treinvervoer veronderstelt NS dat het mogelijk gaat om het effect van de elektrificatie van twee trajecten, de Maaslijn (Roermond-Nijmegen) en het traject Heerlen-Aken. De ACM acht een verband met elektrificatie van de Maaslijn aannemelijk, aangezien deze elektrificatie volgens het Programma van Eisen gereed moest zijn in 2020. Dit geldt niet voor elektrificatie van het traject Heerlen-Aken, aangezien deze al in 2017 gereed zou zijn.²⁸⁵
- 304** NS hanteert in het opbrengstenmodel verschillende groeiprognozes voor het trein- en het busvervoer. NS acht echter de effecten van alle vier bovenstaande parameters exact hetzelfde voor alle individuele verbindingen. NS maakt bijvoorbeeld geen onderscheid tussen treindiensten die bij de start van de concessie worden gedecentraliseerd en treindiensten die al in 2006 zijn gedecentraliseerd. Volgens NS kan dit het gevolg zijn van een pragmatisch besluit om met een gemiddelde te rekenen voor alle diensten. NS heeft niet kunnen achterhalen hoe de generieke prognoses tot stand zijn gekomen.²⁸⁶
- 305** Volgens het opbrengstenmodel compenseert het effect van de parameters 'verbetering reissnelheid' en 'marketing' ruimschoots de verwachte krimp door de parameter 'populatie'. Voor het treinvervoer bepaalt de parameter 'marketing' vrijwel volledig de cumulatieve groei voor de gehele concessieperiode. Voor het busvervoer is dat de combinatie van 'marketing' met de parameter 'verbetering reissnelheid'. Per saldo bedraagt de cumulatieve groei van 2016 tot en met 2031 [vertrouwelijk]% voor het treinvervoer en [vertrouwelijk]% voor het busvervoer.²⁸⁷

Conclusie

- 306** NS prognosticeert een hoge groei van reizigersopbrengsten in het bod. De onderbouwing hiervan is echter op veel punten onduidelijk of afwezig. Meerdere bestuurders en medewerkers binnen NS plaatsen tijdens de besluitvorming over het bod grote vraagtekens bij de prognoses. De ACM beoordeelt in paragraaf 8.3.5 of deze groeiverwachting terecht in aanmerking is genomen bij het bod.

²⁸¹ Bron 262, p. 7, en bijlage 4, punt 5. Dit document noemt de volgende groeipercentages na decentralisatie: Vechtdallijn [vertrouwelijk]% in twee jaar, Merwedelingelijn [vertrouwelijk]% in zeven jaar, Valleilijn [vertrouwelijk]% in drie jaar en traject Nieuweschans-Groningen [vertrouwelijk]% in één jaar (bron 262, p. 7, en bijlage 4, punt 5). Dit effect was – voor de reeds gedecentraliseerde lijnen – dus al opgetreden. Zie verder paragraaf 8.3.5.

²⁸² Bron 262, p. 8-9.

²⁸³ Bron 157, rijen 5, 12, 19 en 26 van werkblad 'Trein' en Bron 157, rij 5 van werkblad 'Bus'.

²⁸⁴ Bron 267, p. 4-5.

²⁸⁵ Bron 57, p. 86-89.

²⁸⁶ Bron 267, p. 5.

²⁸⁷ Dit is exclusief opbrengsten van de studenten-OV-chipkaart, waarvan de groei is gebaseerd op de verwachte ontwikkeling van het aantal rechthebbende studenten (bron 262, p. 8).

7.3 Besluitvorming ExCo

307 De ExCo besluit op 29 september 2014 over het bod. De voorbereiding van de besluitvorming is complex en het behandelingsvoorstel voor het bod levert een hoop discussie op. Verschillende ExCo-leden, waaronder de RvB, en CpC bemoeien zich in het weekend voorafgaande aan de ExCo-vergadering intensief met het bod. Het blijkt dat het voorstel zonder een strategische rationale niet op goedkeuring van CpC en enkele ExCo-leden kan rekenen. Paragraaf 7.3.1 bespreekt het behandelingsvoorstel voor de vergadering. Vervolgens beschrijven de paragrafen 7.3.2 en 7.3.3 het financiële advies van CpC aan de ExCo. Paragraaf 7.3.4 geeft weer welke strategische rationale is uitgeschreven voor het bod. Ten slotte bespreekt paragraaf 7.3.5 de besluitvorming in de ExCo-vergadering.

7.3.1 Behandelingsvoorstel

308 Op vrijdag 26 september 2014 stuurt Abellio Holding het behandelingsvoorstel (het bod met toelichting) naar de secretaris van de ExCo.²⁸⁸ Gedurende het weekend wordt het behandelingsvoorstel nog aangepast en deze aangepaste versie ligt voor in de ExCo-vergadering.²⁸⁹

309 Het voorstel bevat het verzoek aan de ExCo het voorgestelde bod goed te keuren onder de voorwaarde dat het bod een IRR heeft van minimaal [vertrouwelijk]%, exclusief “groepseffecten”.²⁹⁰ Een begeleidende brief wijst op de risico's van het bod. Door groepseffecten (het aanvullende rendement van NSFSC en NedTrain) stijgt de IRR naar [vertrouwelijk]%, waardoor de integrale business case voldoet aan de WACC van [vertrouwelijk]%. Er is een reële kans op additionele verliezen en mogelijk een verlieslatend contract:

“1. In het investeringsvoorstel wordt akkoord gevraagd op een irr van [vertrouwelijk]%. Op basis van door F&A [CpC] verzamelde informatie van rendementen bij groepsmaatschappijen (NSfsc ([vertrouwelijk]%) en Nedtrain ([vertrouwelijk]%) kan hier [vertrouwelijk]% aan worden toegevoegd, waardoor de integrale businesscase met een irr van [vertrouwelijk]% voldoet aan de investeringscriteria.

2. Zoals bekend wordt bij het investeringsvoorstel uitgegaan van koop en afschrijving, zodat de irr zuiver bepaald kan worden. Het voorstel impliceert negatieve netto resultaten tot [vertrouwelijk]. De cumulatieve nettoresultaten zijn vanaf [vertrouwelijk] positief.

In de praktijk zullen bussen en treinen geleasd worden en dit zal de case (door treinenlease bij NSfsc) verslechteren. Echter de resultaatontwikkeling zoals getoond in de winst- en verliesrekening van Door Limburg B.V. [het biedingsvehikel van NS] zal hierdoor verslechteren, negatieve nettoresultaten tot [vertrouwelijk] en de cumulatieve nettoresultaten zijn vanaf [vertrouwelijk] positief.

De cumulatieve ebit marge komt hiermee uit op [vertrouwelijk]%, wat lager is dan de gebruikelijk door Abellio gehanteerde marges. Aan de hand van de [vertrouwelijk] analyse blijkt dat het reëel is te veronderstellen dat een negatieve afwijking ten opzichte van de base-case zich voordoet. Dit leidt tot additionele verliezen en mogelijk zelfs tot een verlieslatend contract. Het gevolg zou dan zijn dat alle toekomstige verliezen in eenmaal moeten worden genomen. Naast de gevraagde kapitaalstorting moet de aandeelhouder NS bereid zijn om indien nodig, additioneel kapitaal te verstrekken om zo de continuïteit van Door Limburg BV te garanderen.”²⁹¹

²⁸⁸ Bron 106 en 110.

²⁸⁹ Bron 107.

²⁹⁰ Bron 106.

²⁹¹ Bron 106, brief Abellio Holding, opgenomen na bijlage 3.

- 310** Op zaterdagochtend geeft [lid bestuur NS] een initiële reactie op het behandelingsvoorstel. Hij gaat daarbij onder meer in op de door hem waargenomen inconsistenties in de risicoanalyses.²⁹²

“Het voornaamste punt dat eruit springt is de schijnbare discrepantie in de risicoanalyse. [...]”

De verschillen in risico analyse zijn in mijn beleving als volgt:

- enerzijds de [vertrouwelijk] uitkomsten ([vertrouwelijk]) plus de lijst met upsides en downsides die op verzoek van [lid directie Abellio Holding] gisteravond gedeeld zijn (waaruit blijkt dat er meer upside dan down side is). Dit zou betekenen dat de Limburg concessie MINDER risicovol is dan de meeste andere biedingen van Abellio bijv in [vertrouwelijk] waar er meestal een grotere kans is op een groter verlies.

- anderzijds de lijst met gekwantificeerde risico's zoals opgenomen in het Abellio voorstel leidend tot de concept CPC conclusie dat deze concessie een zodanig HOOG risico profiel heeft dat CPC (nog?) niet tot een positief advies op de buca komt. Er zijn kennelijk een aantal risico's met een gemiddelde tot hoge waarschijnlijkheid die ieder individueel tot een verlies van meer dan € [vertrouwelijk] per jaar en sommige meer dan € [vertrouwelijk] per jaar. Daarnaast is de cumulatieve cashflow in de base case pas na [vertrouwelijk] van de 15 jaar positief.

Ik zou [lid directie Abellio Holding] (met Qbuzz) en CPC willen vragen te proberen de analyse te verdiepen en waar mogelijk tot een consistente presentatie te komen. Waarbij vanzelfsprekend ieder vanuit zijn eigen perspectief tot een afweging en eigen advies kan komen.”²⁹³

- 311** [Lid bestuur NS] wijst onder meer op het risico van de restwaarde van de treinen en wil uitgewerkt zien hoe de RvC van Abellio Limburg minder beslissingsbevoegdheid kan krijgen. Ook plaatst hij vraagtekens bij de groei prognoses van het reizigersvervoer. Dit aspect acht hij essentieel om te verduidelijken, zeker gezien de schijnbaar relatief lage groei in Limburg:

“5. De voornaamste driver van de resultaten is de groei in reizigersopbrengsten. Daar zitten 2 key aannames in. Een groei van meer dan [vertrouwelijk] % per jaar over meerdere jaren ([vertrouwelijk] als ik me goed herinner, is dit voor alle ? treinen, ook voor de bussen?) (NB CPC advies zou gelezen kunnen als [vertrouwelijk] % over een periode van [vertrouwelijk] jaar: gaarne checken) en daarnaast een groei van zo'n [vertrouwelijk] tot [vertrouwelijk] % per jaar over de hele 15 jaar looptijd. Het lijkt mij essentieel om duidelijk te maken in het voorstel wat de achterliggende aannames zijn (met name in een regio die minder lijkt te groeien) en deze te vergelijken met historische cijfers en aannames van NSR op het hoofdrail net.”²⁹⁴

- 312** Al eerder, op 23 september 2014, plaatste een CpC-medewerker in een e-mail aan [lid directie Abellio Holding] grote vraagtekens bij deze prognoses en bij de marge die mede hierdoor zou ontstaan:

“Opvallend is de hoge EBIT vanaf 2023 e.v. waarbij [vertrouwelijk]%-[vertrouwelijk] % marge wordt verondersteld! dit is onwaarschijnlijk hoog en komt vooral door continue omzet stijging icm met dalende voertuigkosten en afschrijvingen. Ik zie een enorme trendbreuk tussen historische groei ([vertrouwelijk]%) en toekomstige groei ([vertrouwelijk]%) die veel vragen oproept bij zowel trein als bus proposities.”²⁹⁵

²⁹² Hij reageert mede naar aanleiding van het CpC-advies van 26 september 2014, zie hierna paragraaf 7.3.2.

²⁹³ Bron 112.

²⁹⁴ Bron 112.

²⁹⁵ Bron 96.

- 313 Omdat [lid management NS Stations] in eerste instantie niet aanwezig kan zijn bij de ExCo-vergadering, mailt hij zijn opmerkingen naar de RvB en [lid directie Abellio Holding]. [Lid management NS Stations] is zeer kritisch, onder meer over de gevoeligheid van de business case voor kleine variaties in de reizigersopbrengsten. Hij wijst voorts op de lange lijst met risico's en de opmerking van [lid directie Abellio Holding] dat het reëel is dat zich een negatieve afwijking van de business case voordoet. Hij concludeert door te stellen dat hij niet goed kan invoelen waarom NS een investering met dit rendement en deze risico's zou willen doen. Ook als de concessie wellicht instrumenteel is voor het behoud van het HRN in 2025.²⁹⁶
- 314 Op 27 september 2014 reageert [lid directie Abellio Nederland] op de opmerkingen van [lid management NS Stations]:
- [Opmerking lid management NS Stations:] *“a. In algemene zin zie ik een ncw die alleen door een fiscaal voordeel nét boven de onlangs verlaagde wacc van [vertrouwelijk] % uit komt.”*
- [Reactie lid directie Abellio Nederland:] *“Het voorstel voldoet op groepsniveau aan de eisen van NS.”*
- [Opmerking lid management NS Stations:] *“b. Ik ken de gehanteerde aannames niet tav omzetgroei, kn ontwikkeling etc. Ik zie wel dat de buca zeer gevoelig blijkt voor kleine variaties in omzetaannames.”*
- [Reactie lid directie Abellio Nederland:] *“In de [vertrouwelijk] is hierop gemodelleerd. Zoals in iedere business case voor openbaar vervoer is omzetgroei een belangrijke variabele voor de toekomstige cash flow. De aannames voor omzetgroei zijn met revenu specialisten vanuit Qbuzz en Abellio Transport Holding gevalideerd. In vergelijking tot gerealiseerde omzetgroei en tot eerdere biedingen, ook van concurrenten, zijn geen progressieve aannames gebruikt.”*
- [Opmerking lid management NS Stations:] *“c. Tvt [terugverdiëntijd] is lang, pas tegen het einde van het contract na [vertrouwelijk] jaar, dwz va 01/01/20[vertrouwelijk] is de investering terug verdiend.”*
- [Reactie lid directie Abellio Nederland:] *“Dit klopt en is precies de reden dat er een strategische rationale moet zijn om dit te willen.”*
- [Opmerking lid management NS Stations:] *“d. De lijst met risico's is lang, hetgeen versterkt wordt door opm [lid directie Abellio Holding] dat het reëel is te veronderstellen dat zich een negatieve afwijking van de business case voordoet.”*
- [Reactie lid directie Abellio Nederland:] *“Er is een gebalanceerd evenwicht aangebracht tussen kansen en risico's. Het is de taak van CPC om de focus meer op de risico's dan de kansen te hebben. Uiteindelijk is het management judgement dat we hier zowel upward potential hebben als downward risk en dat deze met elkaar in evenwicht zijn.”*
- [Opmerking lid management NS Stations:] *“e. Ebit van deze concessie is de eerste jaren negatief en legt iig in [vertrouwelijk] het doel van [vertrouwelijk] mln nóg verder weg.”*
- [Reactie lid directie Abellio Nederland:] *“Is groepsdiscussie over prioriteiten. Hier komt opnieuw de strategische rationale om de hoek. Hoe belangrijk is het voor NS Groep om samenloop te voorkomen en hoe kijken we aan tegen partnership versus zelf doen.”*
- [Opmerkingen lid management NS Stations:] *“f. Niet duidelijk is wat een inv van [vertrouwelijk] mln betekent voor resterende capexruimte tbv andere investeringen, met wellicht hogere ncw?
g. Evenzeer zou ingegaan kunnen worden welke andere kansrijke vervoersconcessies zich in de nabije toekomst aandienen die ook beslag op capex doen?
h. Concessie limburg behelst bus en 4 treindiensten. Wat is strategische overweging die maakt dat wij [vertrouwelijk] mln in behoud 4 decentrale treindiensten en acquisitie busvervoer in Limburg*

²⁹⁶ Bron 113.

willen investeren? Zou bus [vertrouwelijk] kunnen worden? Omgekeerd, zou een winst van bijv DB/Arriva in Limburg ons in bijv Duitsland kunnen helpen?"

[Reactie lid directie Abellio Nederland:] *Zie e.*

[Conclusie lid management NS Stations:] *"Alles lezende, kan ik obv de tekst van dit voorstel niet goed invoelen waarom NS een investering van deze omvang, dit verwacht rendement en deze risico's zou willen doen. Ook als overwogen wordt dat deze concessie wellicht instrumenteel is voor behoud HRN in 2025, twijfel ik zeer of wij als exco ja moeten zeggen. Ik denk (en hoop) dat we betere, klant en financieel, investeringen kunnen verwachten."*

[Reactie lid directie Abellio Nederland:] *"Is management judgement."*²⁹⁷

- 315** Uit het voorgaande blijkt het belang van de strategische rationale. Of NS wellicht niet zou moeten bieden, zelfs als het behoud van het HRN wordt meegewogen, is volgens [lid directie Abellio Nederland] een *"management judgement"*.
- 316** Op zaterdag verwerken Abellio Holding en Abellio Nederland de opmerkingen van de [lid bestuur NS]. De aangepaste versie van het behandelingsvoorstel ligt voor tijdens de ExCo-vergadering.²⁹⁸ In deze versie zijn met name de financiële onderdelen van het bod verduidelijkt en uitgebreid.²⁹⁹ Ook bevat het voorstel een toelichting van de inschatting van de toekomstige reizigersopbrengsten, maar deze blijft uiterst summier en algemeen:
- "Met name in de beginjaren wordt een flinke groei van de omzet voorzien. De gemiddelde reizigersgroei over de looptijd voor treinreizigers bedraagt [vertrouwelijk]%, voor busreizigers [vertrouwelijk]%. Dit wordt onder meer gerealiseerd door [vertrouwelijk]*
- Met name in het trein vervoer liggen groeikansen. De treinen op de [vertrouwelijk] zitten op dit moment overvol, en [vertrouwelijk]. De huidige capaciteit vormt een rem op de groei. Daarnaast leert het verleden dat zodra NSR lijnen worden gedecentraliseerd de nieuwe vervoerders door focus veel groei weten te realiseren. De groei in treinreizigers bedraagt in de beginjaren 2017-2020 [vertrouwelijk]. In de jaren erna daalt de groei over de resterende looptijd van [vertrouwelijk]% naar [vertrouwelijk]% per jaar."*³⁰⁰
- 317** Het aangepaste behandelingsvoorstel licht ook toe dat de bieding risicovol is, ondanks het feit dat er niet of nauwelijks kans bestaat op een negatieve EBIT. Dit komt onder meer door de zeer lange terugverdiertijd en het aantal risico's dat misschien niet kan worden gemitigeerd.³⁰¹

7.3.2 Conceptadvies van CpC van 26 september 2014

- 318** Op 26 september 2014 adviseert ook CpC op de stukken voor de ExCo. CpC stuurt haar conceptadvies naar de directies van Abellio Holding en Abellio Nederland en verzoekt eventuele feitelijke onjuistheden aan te geven.³⁰² Deze directies bevestigen dat het conceptadvies geen feitelijke onjuistheden bevat.³⁰³ CpC constateert in het advies dat het integrale bod, inclusief rendement van NSFSC en NedTrain, weliswaar de WACC van [vertrouwelijk]% overstijgt, maar dat andere financiële waarden ongunstig zijn en het risicoprofiel erg hoog is. CpC noemt ook dat de

²⁹⁷ Bron 118.

²⁹⁸ Bron 107.

²⁹⁹ Bron 106 en 110.

³⁰⁰ Bron 107, p. 5.

³⁰¹ Bron 107, p. 7. Bijlage 3 bij bron 106 geeft de risico's weer.

³⁰² Bron 111.

³⁰³ Bron 115.

winst sterk afhankelijk is van de voorspelde reizigersgroei. CpC adviseert de ExCo niet akkoord te gaan met het voorgestelde bod:

“Vanuit bedrijfseconomisch perspectief adviseert CpC op dit moment om niet akkoord te gaan met het indienen van de huidige bieding voor de Limburg-concessie gegeven het onaantrekkelijke financiële risico-rendement profiel in combinatie met de potentiële reputatie risico’s.”³⁰⁴

- 319** CpC adviseert de ExCo een risico-opslag te overwegen op de [vertrouwelijk] verdisconteringsfactor (rendementseis) van [vertrouwelijk]%. Dit is in overeenstemming met de besluitvorming bij de aanpassing van de WACC: per investering wordt onderzocht of er aanleiding bestaat voor een risico-opslag (randnummers 249 en 251). Een kleine risico-opslag van [vertrouwelijk]% of meer leidt er al toe dat het voorgestelde bod niet meer voldoet aan de rendementseis van [vertrouwelijk]%. CpC concludeert dat alleen “*zwaarwegende niet financiële gronden*” het uitbrengen van het bod kunnen rechtvaardigen.³⁰⁵
- 320** Vervolgens stuurt CpC het conceptadvies naar [lid bestuur NS] voor commentaar.³⁰⁶ De reactie van [lid bestuur NS] is hierboven beschreven (randnummers 310-311).
- 321** Op zaterdagmiddag stuurt een CpC-medewerker het aangepaste concept naar [lid bestuur NS], [lid management F&A] en een aantal CpC-medewerkers. Een CpC-medewerker merkt vervolgens op dat [lid bestuur NS] niet heeft aangegeven of hij het advies om een risico-opslag te overwegen overneemt. Verder vindt de medewerker het risicovol om het belastingvoordeel van NSFSC geheel mee te rekenen in het bod op Limburg, gelet op de discussie met het Ministerie van Financiën over de inzet van NSFSC. De medewerker merkt op dat ook [lid directie Abellio Holding] dit als risico heeft genoemd.³⁰⁷
- 322** Deze CpC-medewerker en [lid management F&A] lichten in het verhoor door de ACM hun overwegingen over de risico-opslag toe. Volgens de CpC-medewerker is de risico-opslag van belang, omdat op dat moment nog niet duidelijk is hoe strategisch belangrijk de bieding op de Limburgse Concessie is. Nadat het strategische belang bekend was, wordt een risico-opslag van minder belang.³⁰⁸ [Lid management F&A] wijst er op dat NS de WACC van [vertrouwelijk]% voor [vertrouwelijk] investeringen gebruikt en dat deze WACC [vertrouwelijk]. Bij de vaststelling van de [vertrouwelijk] WACC van [vertrouwelijk]%, bepaalden de RvB en de RvC om die reden dat bij risicovolle investeringen een risico-opslag nodig kan zijn (paragraaf 7.1.2). Ter toelichting op het conceptadvies van CpC over de risico-opslag (zie randnummer 319) bevestigt [lid management F&A] dat [lid management F&A] de WACC van [vertrouwelijk]% mager vond gezien het hoge risicoprofiel van het bod.³⁰⁹
- 323** Op zaterdag vindt een telefonische conferentie plaats tussen in ieder geval de RvB en [lid directie Abellio Holding]. Uit een terugkoppeling door [lid management F&A] later die avond blijkt dat de deelnemers aan de telefonische conferentie op dat moment geen ja kunnen zeggen tegen het voorgestelde bod. Om die reden vragen zij de [lid management Communicatie & Strategie] de strategische overwegingen uit te werken voor de ExCo-vergadering (zie paragraaf 7.3.4). De

³⁰⁴ Bron 111, bijlage, p. 4.

³⁰⁵ Bron 111, p. 4.

³⁰⁶ Bron 112.

³⁰⁷ Bron 116.

³⁰⁸ Bron 250, p. 24.

³⁰⁹ Bron 251, p. 8. [Lid management F&A] verwijst naar de lange looptijd van de concessie. Ook wijst [lid management F&A] op het feit dat het hanteren van een risico-opslag gevolgen heeft voor de rendementseis.

strategische rationale moet voldoende sterk zijn om tot een positief advies te kunnen komen. [Lid management F&A] schrijft het volgende:

“Voor ons advies moet het volgende gebeuren:

[...]

5) dat in het huidige iv [investeringsvoorstel] de strategische rationaal onvoldoende opgenomen is en dat onze conclusie derhalve is dat we aanbevelen dat deze strategische rationaal alsnog onderbouwd wordt. en dan vervolgens dat De strategische rationaal moet voldoende sterk zijn om tot een positief advies te kunnen komen.

daarmee adviseren we nu niet negatief maar geven dat impliciet wel aan: pas als er de strategische rationaal voldoende onderbouwd is dan kunnen we tot advies komen.”³¹⁰

- 324 Uit een e-mailwisseling op zondag over de aanpassingen blijkt onder meer dat een CpC-medewerker de eerdere kritiek van [lid management NS Stations] deelt.³¹¹

7.3.3 Definitief CpC-advies van 28 september 2014

- 325 Op zondag stuurt CpC haar definitieve advies aan de ExCo. Het advies beschrijft eerst de voorwaarden (“*boundary conditions*”) waarbinnen Abellio Holding goedkeuring vraagt. Dit omvat mede dat de IRR van het bod minimaal [vertrouwelijk]% is, exclusief groepeffecten. CpC beschrijft verder de strategische rationale van NS om een winnend bod uit te brengen, waarbij het voorkomen van een aanbesteding met succesvolle Samenloop voorop staat. Het volgende citaat toont dat aan:

“**Strategische rationale**

- Zowel de ExCo als de RvC hebben in een eerder stadium aangegeven graag een winnend bod uit te willen brengen om zo de concurrentie geen kans te geven zich te bewijzen in Limburg.

- Er lijkt de concurrentie veel aan gelegen de concessie te winnen omdat daarmee bewijs kan worden geleverd voor betere prestaties van regionaal spoor door aanbesteding en voor een succesverhaal als er sprake is van samenloop tussen twee vervoerders op het hoofdrailnet.

- Indien NS niet biedt op deze regionale concessie ontstaat een reputatierisico: stakeholders en overige vervoerders kunnen dit aangrijpen als argument om te stellen dat NS niet geïnteresseerd is in regionale concessies met een marginaal rendement.”³¹²

- 326 CpC wijst erop dat het bod voor Abellio Nederland met [vertrouwelijk]% IRR niet voldoet aan “de NS hurdle rates”. Dat wil zeggen de minimale financiële vereisten van een positieve NCW en een IRR die hoger is dan de WACC van [vertrouwelijk]%. Het bod voldoet alleen aan deze vereisten als tenminste een deel van het materieel geleased wordt. CpC constateert daarbij wel dat de concessie “zeer backloaded” is, hetgeen volgens het Investeringsmanual betekent dat de investering kritisch moet worden bezien (zie randnummer 257 hierboven).³¹³

- 327 Het advies besteedt veel aandacht aan de risico's van het bod. CpC wijst op de resultaten van de zogenoemde ‘[vertrouwelijk]-analyse’ “om het risico profiel van de bieding in kaart te brengen”. Abellio Nederland heeft hiervoor het risico ingeschat dat de voor het bod belangrijkste opbrengsten

³¹⁰ Bron 114.

³¹¹ Bron 117.

³¹² Bron 108, p. 1-2.

³¹³ Bron 108, p. 2.

en kosten (bijvoorbeeld reizigersgroei) afwijken van de 'base case' waar het bod van uitgaat.³¹⁴ De uitkomst van deze risicoanalyse wordt aangeduid als de 'mean case'.³¹⁵ Uit de risicoanalyse blijkt een kans van [vertrouwelijk]% dat het bod een lagere uitkomst behaalt dan voorzien in de base case. In deze mean case komt de IRR uit op [vertrouwelijk]%. Samen met de groepseffecten van [vertrouwelijk]% geeft de mean case voor NS als geheel een IRR van [vertrouwelijk]%.³¹⁶

- 328** Het advies presenteert daarnaast de uitkomst van twee 'stresstesten' die uitgaan van een lagere groei van de reizigersopbrengsten. Hieruit blijkt dat mogelijke tegenvallers een grote negatieve impact hebben op de business case.³¹⁷ Het eerste scenario van de stresstesten gaat ervan uit dat Abellio Nederland in de beginjaren geen hoge reizigersgroei voor treinvervoer realiseert van circa [vertrouwelijk]% tot [vertrouwelijk]%. In plaats daarvan rekent NS met een groei van circa [vertrouwelijk]% per jaar voor de gehele concessieperiode, inclusief de beginjaren. Voor het busvervoer gaat NS eveneens uit van een vlakke jaarlijkse groei, zonder de hogere groei in de beginjaren. Deze aanpassingen resulteren in een daling van de IRR met [vertrouwelijk]% dan wel [vertrouwelijk]% in respectievelijk de base case en de mean case.³¹⁸
- 329** Het tweede scenario bevat een neerwaartse aanpassing van de reizigersopbrengstengroei met [vertrouwelijk] over de gehele concessieperiode. Dit resulteert in een daling van de IRR met [vertrouwelijk]% dan wel [vertrouwelijk]% in respectievelijk de base case en de mean case.³¹⁹
- 330** Vervolgens vermeldt het CpC-advies de tien voornaamste risico's van het bod. Dit zijn onder meer lagere reizigersopbrengsten en hogere kosten. Uit onderstaande opsomming blijkt het hoge risicoprofiel van het bod:

³¹⁴ Het risico dat NS haar Ierse belastingconstructie NSFSC niet kan inzetten voor Limburg is niet meegenomen in de [vertrouwelijk]-analyse en is evenmin op andere wijze in de risicoanalyses gekwantificeerd (bron 250, p. 26 en 27).

³¹⁵ De mean case staat voor het gemiddelde verwachte resultaat van het bod bij het doorrekenen van een groot aantal mogelijke uitkomsten. De resultaten van de base case en de mean case komen in meer detail aan de orde in paragraaf 8.3.2.

³¹⁶ Bron 106, bijlage 2.

³¹⁷ Bron 108, p. 3.

³¹⁸ Bron 106, bijlage 2, punt 4 (exclusief gebruikers studenten-OV-kaart).

³¹⁹ Bron 106, bijlage 2, punt 5 (exclusief gebruikers studenten-OV-kaart).

“CpC ziet de volgende risico’s als de meest voornaamste:

- *Reputatierisico: vele jaren slechte resultaten voor ‘Door Limburg’ kunnen grote reputatie schade met zich meebrengen mede doordat de concessie zelfstandig een jaarverslag deponereert.*
Mogelijke negatieve effecten:
 - o *Aantijgingen door concurrenten over NS-handelswijze bij media, politiek en van juridische aard (ACM discussie, 2e kamer vragen etc.);*
 - o *relatie belangrijke stakeholders MinFin en IenM (Governance NS, HRN discussie, etc.);*
 - o *relatie provincie Limburg en eventuele tussentijdse beëindiging van de concessie na 10 jaar betwisten aanbestedingsprocedure;*
 - o *De zelfstandige governance van ‘Door Limburg’;*
- [vertrouwelijk]³²⁰

- 331** Op grond hiervan kan CpC niet positief adviseren. Weliswaar voldoet het bod in twee varianten aan de WACC van [vertrouwelijk]%, maar het heeft een onaantrekkelijk risico-rendementprofiel met veel onzekerheden en risico’s. Dit noodzaakt tot een zwaarwegende strategische rationale:

“Advies

Vanuit bedrijfseconomisch groepspectief voldoen variant III en IV aan de hurdle rate van [vertrouwelijk]%. Echter, de concessie kent een onaantrekkelijk risico-rendement profiel (zeer lange terugverdientijd van [vertrouwelijk] jaar, erg backloaded, afhankelijkheid van restwaarde en sterke afhankelijkheid van de te realiseren reizigersgroei CAGR [vertrouwelijk]%) met relatief veel onzekerheden en risico’s (o.a. reputatie risico). Dit noodzaakt tot een zwaarwegende strategische rationale om tot een positief oordeel te komen. Deze strategische rationale ontbreekt volgens CpC vooralsnog in het investeringsvoorstel en derhalve kunnen wij op dit moment niet positief adviseren. CpC beveelt aan om de strategische rationale verder uit te werken.

Daarnaast benadrukt CpC dat een voor lange tijd verlieslatende concessie ook negatieve gevolgen kan hebben voor de reputatie van NS, en er een reële kans bestaat op een voorziening verlieslatend contract.”³²¹

- 332** [Lid management F&A] bevestigt in [vertrouwelijk] verhoor dat het voorgestelde bod op financiële gronden niet voldoet, ondanks het feit dat het de rendementseis haalt. [Lid management F&A] geeft aan wel “begrip” te hebben voor het feit dat er uiteindelijk toch geboden wordt vanwege het strategisch belang. Deze term komt terug in een CpC-advies van 3 oktober 2014 (zie randnummer 367).³²²

7.3.4 Strategische rationale

- 333** Bij de besluitvorming over het voorgestelde bod is de “strategische rationale” derhalve van groot belang. [Lid management afdeling Communicatie & Strategie] krijgt na de telefonische conferentie van 27 september 2014 de opdracht deze uit te schrijven (zie randnummer 323). Een concept is er op zondag.³²³

³²⁰ Bron 108, p. 3-4.

³²¹ Bron 108, p. 4.

³²² [Lid management F&A] spreekt in het verhoor over het conceptadvies van 26 september 2014, maar op essentiële onderdelen verschilt dit concept niet van het definitieve advies van 28 september 2014. Bron 251, p. 6 en 15. Het conceptadvies wordt na het besluit van de ExCo aangepast voor de RvC.

³²³ Bron 109.

- 334** Het concept stelt centraal dat succesvolle Samenloop in Limburg kan leiden tot afbrokkeling van het HRN door verdere decentralisatie en aanbesteding van regionale treinverbindingen, waardoor de positie van NS onder druk komt te staan. Deze formulering komt overeen met eerdere NS-documenten die refereren aan “houtrot in het HRN” en “uitholling van het HRN” (randnummers 261, 266, 270 en 285). De ACM ziet in het document de uitwerking van het strategisch belang dat NS voortdurend voor ogen heeft bij de voorbereiding van haar bod op de Limburgse Concessie. Het volgende citaat legt het verband met de *midterm review*, (het risico van) opsplitsing van het HRN en aanbesteding daarvan:
- “Onderstaand de strategische rationale om een winnend bod uit te brengen op de door de provincie Limburg uitgevraagde concessie. De situatie in Limburg is de eerste onder de nieuwe HRN Concessie waarbij op 2 Limburgse treintrajecten sprake is van complete samenloop met de (overblijvende) intercity’s van NS. Deze situatie maakt dat partijen als DB (via Arriva), SNCF (via Keolis) en Transdev (via Veolia/Connexion) willen bewijzen dat deze vorm van samenloop werkt. Met als doel om bij evaluatie in 2019 te eisen dat NS op meer trajecten stoptreininlijnen moet afstoten aan provincies om zo hun marktpositie te versterken. Uiteindelijke doel is aanbesteding (na verdere opsplitsing) van het resterende hoofdrailnet waarbij er een compleet geliberaliseerd treinenlandschap in Nederland ontstaat.”³²⁴*
- 335** Onder het kopje “HRN is één geheel” staat het belang van een geïntegreerd HRN vanuit vervoerkundig, logistiek en commercieel oogpunt. Daarbij vereist de “samenhang in vervoersstromen” een “integrale treindienstontwikkeling” van intercity’s en stoptreinen voor een optimaal vervoersaanbod voor reizigers. Onder meer afstemmingskosten kunnen stijgen bij verdere decentralisatie.³²⁵
- 336** Vervolgens staat onder het kopje “Regionale aanbestedingen zijn succesvol” dat regionale overheden zich steeds bewuster worden van hun rol in het ontwikkelen van een visie op het openbaar vervoer in hun regio, inclusief het spoorvervoer. Zij zijn bedreven geraakt in het aanbesteden van contracten voor openbaar vervoer. Regionale aanbestedingen zijn succesvol.
- 337** Het kopje “Successen regionale overheden op niet gewenste manier”, stelt dat de bezuinigingen die zijn doorgevoerd bij regionale aanbestedingen, “niet realiseerbaar of niet wenselijk op het HRN” zijn. Hiervoor zijn verschillende redenen, waaronder het feit dat regionale vervoerders gebruik maken van reservematerieel en diensten voor het HRN, zoals reisinformatie. Het stuk vermeldt dat regionale overheden gewend zijn geraakt aan dienstbare uitvoerders van hun openbaarvervoercontracten en noemt dit “bedreigend voor een bedrijf als NS dat gewend is aan een hoge mate van autonomie en bedreven is in het in eigen regie ontwikkelen van het aanbod en dat mede daardoor niet tegen de laagste kosten kan (en wil) werken”.
- 338** Het stuk eindigt met een vooruitblik op de mogelijke gevolgen van het niet winnen van de Limburgse Concessie. Als een concurrent de concessie wint zal deze daar een succes van maken. Daardoor neemt de roep om verdere decentralisatie toe. Daardoor brokkelt de samenhang van het resterende HRN steeds verder af en komt NS verder onder druk te staan. Dit zal leiden tot een “ongewenst ‘boktor’ effect” bij de drie belangrijkste bedrijfsonderdelen van NS, namelijk reizigersvervoer (NS Reizigers), stations (NS Stations) en treinonderhoud (NedTrain):

³²⁴ Bron 109, bijlage, p. 1.

³²⁵ Bijlage bij bron 109, p. 1-2.

“4. NS als kaartenhuis

Het gevolg nu van een situatie waarin een andere vervoerder dan NS de Limburgse lijnen in exploitatie zal nemen kan verstrekkende gevolgen hebben voor NS. Regionale vervoerders zullen met regionale overheden een succes maken van de exploitatie van deze lijnen en NS zal zich gedwongen zien, met name doordat NS zelf ook het reizigersbelang voorop zal willen stellen maar ook door politieke en publieke druk, aan dit succes mee te werken.

De roep om decentralisatie van meer stoptreindiensten op het HRN zal toenemen. Hierboven is al geschetst dat daardoor de samenhang van het resterende HRN steeds verder zal afbrokkelen: synergiën kunnen niet meer worden gerealiseerd, kosten zullen toenemen (exploitatiekosten, infrastructuurkosten en beheers- en bestuurskosten) en opbrengsten zullen sterk afnemen (verbroken doorgaande reizigersstromen, afromen overwinsten IC's [intercity's] en dalende subsidies voor stoptreindiensten). Tegelijkertijd zal een manier van exploiteren de norm worden die ver af staat van het huidige NS. NS zal een groot deel van zijn autonomie verliezen.

Gevolg van bovenstaande tendens is dat NS als geheel verder onder druk komt te staan. Verdere decentralisatie leidt tot een ongewenst 'boktor' effect bij de drie kernbedrijfsonderdelen.

NS Reizigers dient lijnen en de daarbij horende opbrengsten (in de vorm van een hogere concessiefee, want er wordt immers een verlieslatende lijn naar de markt gebracht die NS niet meer hoeft te betalen) af te staan. Dat leidt tot een verschraling van het NS-aanbod, minder ontwikkelmogelijkheden in de dienstregeling omdat regionale concessies hun eigen – regionaal geoptimaliseerde – dienstregeling kennen.

Maar ook voor andere bedrijfsonderdelen heeft dit effecten: de legitimiteit van NS Stations als de partij die in Nederland beheer en ontwikkeling van stations voor zijn rekening neemt komt (verder) onder druk te staan. Dat kan leiden tot een intensivering van de politieke discussie om dit onderdeel af te splitsen van NS.

Bij NedTrain blijft [vertrouwelijk] een belangrijk gegeven om landelijk dekkende diensten te kunnen blijven leveren aan NS. [vertrouwelijk] Dat zet de locatiestrategie van het onderhouds- en servicebedrijf onder druk. Maar ook de [vertrouwelijk].”³²⁶

339 [Lid directie Abellio Holding], [lid bestuur NS] en CpC reageren op zondag op het concept. Zij vinden het te defensief en te veel op NS zelf gericht. Zoals uit het navolgende blijkt, betwisten zij niet de juistheid van het strategisch belang zoals vastgelegd in het concept.

340 Zo vindt [lid directie Abellio Holding] de marginale business case van het bod van ondergeschikt belang als het document de voordelen voor de reiziger overtuigend laat zien:

“Prima geschreven toelichting op de strategische rational maar 1 ding valt mij (weer) onmiddellijk op. Ook dit document gaat vooral over de belangenconsequenties en implicaties van NS. Klant op 1,2 en 3 spat er niet vanaf. Dat is een issue omdat in het laatste CPC advies er nadrukkelijk wordt verwezen naar een overtuigende strategische rationaal. Omdat ik mij realiseer dat dit een 1^e draft is zou mijn voorstel zijn om het document te beginnen met een sommatie van klant-reiziger voordelen ipv vervoerkundige en logistieke samenhang. Mind you, ook zeer belangrijk en heeft wellicht ook invloed op reizigersgemak en comfort maar we hebben factual bewijs nodig om de klant 1,2 en 3 belangen voorop te stellen.

Kort door de bocht – kan dit document door de lens van de klant-reiziger worden geschreven.....Als

³²⁶ Bijlage bij bron 109, p. 3.

*we dit overtuigend hebben dan is een marginale business case zoals die nu staat (!) van onderschikt belang.*³²⁷

- 341** Voor [lid bestuur NS] ligt het belang van het meedoen met de aanbesteding echter niet primair in het reizigersbelang:

*“Je hebt op zich gelijk maar daarvoor hoeven we niet primair mee te doen met Limburg. Vanuit NL perspectief heb je een punt.”*³²⁸

- 342** Later die dag reageert ook [lid bestuur NS]. Hij onderschrijft tegen [lid bestuur NS] de stelling van [lid directie Abellio Holding] dat het krachtiger is als zou kunnen worden aangetoond dat verdere decentralisatie slechter is voor de reiziger, Nederland en de aandeelhouder. Hij is niet overtuigd van het risico voor NS-onderdelen. Als voorbeeld stelt hij dat NedTrain ook concurrenten van NS kan bedienen:

*“Om eerlijk te zijn ik mis een killer argument in bijgaande notitie. Het is een nogal uitgebreid, logistiek verhaal dat moeilijk in een paar zinnen is uit te leggen aan bijv RvC of aandeelhouder. Het klinkt ook nogal defensief, namelijk decentralisatie zou weleens succesvol kunnen zijn. Dat is nadelig voor NS. (dat dit nadelig is voor Ns wordt m.i. Ook nog niet overtuigend uit eengezet. In een [vertrouwelijk] zou best nog ruimte zijn voor uitoefenen van bepaalde taken door NS zoals onderhoud door Nedtrain). De conclusie dat we decentralisatie absoluut moeten voorkomen is nog onvoldoende duidelijk. Daarnaast ook dat het winnen van Limburg door Arriva tot de gevreesde uitholling van HRN leidt. Is dat echt zo, of een "geloof". Hoe erg is het echt als NS niet wint? Het zou krachtiger zijn als we aan konden tonen dat verdere decentralisatie slecht is voor de reiziger (het punt dat [lid directie Abellio Holding] maakt) en voor de BV Nederland en ook kwatificeerbaar nadeel voor minfin als aandeelhouder oplevert. Dat springt er nog niet van af. Ik denk dat we de komende dagen moeten exploreren of de tekst nog verder aan kunnen scherpen.”*³²⁹

- 343** Op maandag, voorafgaand aan de ExCo-vergadering, schrijft [lid management F&A] dat ook CpC het reizigersbelang duidelijker naar voren wil laten komen. CpC stelt verder voor aan te geven wat het voordeel is als NS wint. Daarnaast suggereert CpC het bod minder scherp ofwel meer conservatief te maken, hoewel dat de winkans van NS kan verkleinen.³³⁰

- 344** Later die dag, na de ExCo-vergadering, stuurt [lid management F&A] commentaar naar [lid management afdeling Communicatie & Strategie]. Uit de e-mailwisseling blijkt dat op dat moment al een nieuwe versie van de strategische rationale is uitgewerkt of dat daar aan wordt gewerkt.³³¹

- 345** [Lid management afdeling Communicatie & Strategie] verspreidt op 29 september 2014 's-avonds een nieuwe versie van de strategische rationale.³³² De RvB en [leden directie Abellio Holding] ontvangen de definitieve versie in de ochtend van 30 september 2014. Het document is, nu de ExCo-vergadering heeft plaatsgevonden, gericht op de RvC.

- 346** De “managementsamenvatting” vermeldt het volgende:

³²⁷ Bron 119.

³²⁸ Idem.

³²⁹ Bron 120.

³³⁰ Bron 121.

³³¹ Bron 104.

³³² Bron 105.

“De situatie in Limburg is de eerste onder de nieuwe hoofdrailnet concessie waarbij op 2 Limburgse treintrajecten sprake is van complete samenloop met de (overblijvende) intercity’s van NS. Deze situatie maakt dat de concurrenten willen bewijzen dat deze vorm van samenloop werkt. Met als doel om bij evaluatie in 2019 te eisen dat NS op meer trajecten stoptreininlijnen moet afstoten aan provincies om zo hun marktpositie te versterken.

De aanbesteding Limburg biedt een goede kans om te laten zien dat de beloften van NS uit de nieuwe strategie serieus zijn: de reiziger op 1,2 en 3. Met het meebieden in Limburg doet NS ervaringen op die wellicht kunnen worden overgebracht en opgeschaald naar het hoofdrailnet. Zo kan Limburg dienen als vliegwiel voor noodzakelijke cultuur- en productveranderingen op het hoofdrailnet. Maar ook indien in de toekomst mogelijk verdere decentralisaties plaatsvinden, is NS hierop voorbereid door nu mee te doen.

Gevolg van verlies van NS in Limburg kan zijn dat NS als geheel verder onder druk komt te staan omdat het waarschijnlijk bijdraagt aan de roep om verdere decentralisatie. Grootschalige decentralisatie leidt tot een ongewenst uithollingseffect bij NSR, NS Stations en NedTrain en daarbij tot waardeverlies voor de Nederlandse Staat als aandeelhouder van NS. Daarnaast leidt een meer verbrokkelde aansturing en samenloop tot meer interfaces in het vervoersproces met een risico voor een slechtere dienstverlening aan de 1,1 miljoen reizigers die dagelijks reizen op het hoofdrailnet.”³³³

- 347** Het document noemt (net als het concept) het gevaar van “een ongewenst uithollingseffect” als belangrijk aspect van de strategische rationale. Verlies van de aanbesteding kan tot deze uitholling leiden. In lijn met de suggestie van [lid bestuur NS] vermeldt het document ook dat dit tot waardeverlies leidt voor de Nederlandse Staat als aandeelhouder van NS. Verder noemt het document dat NS door mee te doen ervaring krijgt met aanbestedingen en dat bij winst NS de concessie kan gebruiken “als vliegwiel” voor verbeteringen in het uitvoeren van het HRN.
- 348** NS gebruikt deze strategische rationale vervolgens voor het informeren van het Ministerie van Financiën (zie randnummer 355), en voor de RvC (zie randnummer 364).
- 349** Deze strategische rationale wordt bevestigd door verklaringen van [leden directie Abellio Nederland]. [Lid directie Abellio Nederland] wijst in zijn verhoor, in antwoord op de vraag waarom het winnen van de Limburgse Concessie zo belangrijk was voor NS, op het belang van het voorkomen van succesvolle Samenloop om op die manier de positie van NS op het HRN te beschermen:
- “NS, ik bedoel NSR en NS Groep, wilde voorkomen dat er andere vervoerders op hetzelfde spoor zouden rijden als waar NS rijdt met haar hoofdrailnetconcessie. Daarmee zou NS kunnen voorkomen dat concurrenten zouden aantonen dat gezamenlijk gebruik van spoor geen probleem is. Op dat moment, en ook nu nog, maakt alleen NS gebruik van het hoofdrailnet. NS haar monopolie op het hoofdrailnet beschermen. Dat ging specifiek om de concessie Limburg en de concessie Zwolle-Enschede. Indien NS die twee concessies zou winnen zou het monopolie van NS nog vele jaren gewaarborgd zijn. Er was NS daarom veel aan gelegen om die twee concessies te winnen.”³³⁴*
- 350** Ook [lid directie Abellio Nederland] wijst op het grote strategische belang dat NS aan het winnen van de Limburgse Concessie hecht:

³³³ Bijlage bij bron 125, p. 1.

³³⁴ Bron 238, p. 7.

“Normaal maakt het bestuur van Qbuzz een keuze, maar nu lag het besluit om in te schrijven bij NS. Het strategisch belang was enorm groot. [...] De NS wilde Limburg perse winnen omdat als een andere vervoerder zou winnen dan aangetoond zou kunnen worden dat samenloop in een regio mogelijk zou zijn. Met samenloop bedoel ik dat meerdere vervoerders in een regio succesvol gebruik zouden kunnen maken van hetzelfde spoor. Er waren drie trajecten waar dit nog aangetoond zou kunnen worden. Limburg was de grootste regio. [...] Als samenloop in de regio's mogelijk is dan betekent dat dat samenloop op het hoofdnet misschien ook mogelijk zou kunnen zijn. Dit was en is een bedreiging voor de monopoliepositie van de NS op het hoofdnet. [...] De samenloop was de strategische rationale om in te schrijven op Limburg.”³³⁵

7.3.5 Vergadering ExCo

- 351** Op 29 september vergadert de ExCo over het bod op de Limburgse Concessie. Ook [lid directie Abellio Nederland] en [lid directie Abellio Holding] zijn aanwezig, evenals [lid management F&A].³³⁶ Uit de notulen blijkt dat de ExCo bespreekt dat het bod voldoet aan de rendementseis van NS, maar wel risicovol is met *“meer downside dan upside potential”* en een lange terugverdientijd. Specifiek wordt de groei van de reizigersopbrengsten genoemd als risico, aangezien lagere dan de voorspelde groei *“automatisch tot een negatief resultaat”* leidt. De notulen vermelden het volgende:
- “De verwachting is dat (met name) [vertrouwelijk] scherp zal inschrijven. Bij de inrichting van het bod van Door Limburg B.V. [de NS-entiteit] is daarmee rekening gehouden. Het NS-bod is kwalitatief sterk en scherp geprijsd, maar past wel binnen de reguliere investeringscriteria. [Leden directie Abellio Holding] en [lid directie Abellio Nederland] dichten NS op basis daarvan een goede kans toe.*
- Het bod gaat uit van [vertrouwelijk] en een gemiddelde jaarlijkse reizigersgroei over de looptijd van de concessie van [vertrouwelijk]% voor trein en [vertrouwelijk]% voor bus. De frequentieverhoging en upgrade van het materieel dragen bij aan de realisatie daarvan. Wordt de geprognosticeerde reizigersgroei niet gerealiseerd dan leidt dat niet automatisch tot een negatief resultaat. Het is echter wel risicovol in combinatie met andere risicofactoren. De IRR in de base case bedraagt [vertrouwelijk]% op groepsniveau, met meer downside dan upside potential. De terugverdientijd is lang. Er is een investering benodigd van EUR [vertrouwelijk] miljoen. De funding peak ligt op EUR [vertrouwelijk] miljoen.”³³⁷*
- 352** De ExCo stemt na bespreking van *“[d]e diverse argumenten voor en tegen deelname [...] in overgrote meerderheid”* in met het voorgestelde bod conform de variant waar CpC een voorkeur voor uitsprak (variant IV), onder voorwaarde van goedkeuring door de RvC. Eveneens op 29 september 2014 neemt de RvB formeel dit besluit.³³⁸
- 353** Op 30 september 2014 doet een CpC-medewerker verslag aan een collega. Het verslag is gebaseerd op informatie van [lid management F&A]³³⁹ Dit verslag bevestigt dat de ExCo besproken heeft dat het bod voldoet aan de rendementseis, maar wel een hoog risicoprofiel heeft. Ook de strategische rationale is besproken (zie randnummer 345-346). Het verslag luidt als volgt:
- “Limburg is goedgekeurd - men gaat voor variant 4.*
- Alle excoleden stemden voor (na 1,5u discussie) met uitzondering van [lid management NS Stations]. Gedachtelijnen in exco: [lid bestuur NS] wil perse bieden en perse een winnend bod. In*

³³⁵ Bron 230, p. 5-6.

³³⁶ Bron 251, p. 32-33.

³³⁷ Bron 122.1.

³³⁸ Bron 122.1 en 122.2.

³³⁹ Bron 252, p. 4.

discussie gesproken over rendement: integraal [vertrouwelijk]% irr. Dit is voldoende. Risicoprofiel is hoog en backloaded. Echter, [...] [lid directie Abellio Nederland] heeft sterk betoog gehouden in exco over de winkans en positieve aspecten van bieding. Strategische rationale om te bieden en willen winnen is leren van regionale concessie voor toekomst hrn en toekomstige regionale concessies. En aantonen dat Ns goed is in samenloop van treinen en derden geen kans geven dit aan te kunnen tonen.

Abellio herschrijft investeringsvoorstel op dit moment. Deadline morgen (in principe in de ochtend). Strategische rationale wordt verbeterd obv input [lid management afdeling Communicatie & Strategie]. Abellio maakt concreet dat ze voor t scenario gaan om [vertrouwelijk] te leasen [d.w.z. variant IV].³⁴⁰

- 354** [Lid bestuur NS] verklaart tegenover de ACM geen herinnering te hebben aan de ExCo-vergadering.³⁴¹ Hoewel ook [lid bestuur NS] zich niet veel meer herinnert van de vergadering, verklaart hij wel dat [lid directie Abellio Nederland] het voorstel heeft toegelicht en dat in de ExCo is gesproken over rendement, risico's en strategische rationale van het bod.³⁴² Ook verklaart hij dat [lid management NS Stations] in de vergadering vraagtekens bij het bod heeft geplaatst, maar dat de meerderheid van de ExCo-leden met het bod heeft ingestemd.³⁴³ Ook [lid management F&A] en [lid directie Abellio Nederland] beschrijven slechts in algemene termen het verloop van de vergadering. Deze verklaringen stemmen echter overeen met bovenstaande weergaven.³⁴⁴

7.4 Verzoek om goedkeuring van de aandeelhouder

- 355** [Lid bestuur NS] informeert op 1 oktober 2014 per e-mail de Directeur Deelnemingen van het Ministerie van Financiën, dat de aandeelhoudersrol van de Staat vervult, over het voorgenomen bod op de Limburgse Concessie.³⁴⁵ Hij hecht een notitie aan met de managementsamenvatting van het stuk over de strategische rationale³⁴⁶ voor een uiteenzetting van het strategisch belang van de concessie voor NS. De notitie bevat ook de financiële consequenties van het voorgenomen bod. NS legt daarin uit hoe de lease van treinen en bussen plaatsvindt en geeft aan dat zij een "significante besparing" zal realiseren door gebruik te maken van het Ierse belastingregime middels haar dochter NSFSC.
- 356** NS meldt voorts dat de IRR van het bod van [vertrouwelijk]% hoger ligt dan de WACC van [vertrouwelijk]%, de NCW daardoor positief is en de investering dus voldoet aan de financiële criteria van NS Groep. De notitie vermeldt niet dat het bod risicovol is en beschrijft geen enkel risico.³⁴⁷ NS vraagt het Ministerie om op korte termijn, maar uiterlijk op 27 oktober 2014, aan te geven of het kan instemmen met het voorgenomen bod.
- 357** Op 7 oktober 2014 overleggen CpC-medewerkers op ambtelijk niveau met het Ministerie van Financiën.³⁴⁸ Op de agenda staan onder meer de Limburgse Concessie en de inzet van NSFSC. Uit het verslag van het overleg blijkt dat NS vragen over het voorgenomen bod heeft beantwoord.

³⁴⁰ Bron 127. Deze beschrijving van de strategische rationale komt overeen met de versie zoals die na de ExCo-vergadering is verspreid (randnummers 346-348).

³⁴¹ Bron 260, p. 18.

³⁴² Bron 259, p. 28-29.

³⁴³ Bron 259, p. 24.

³⁴⁴ Bron 251, p. 33-36 en bron 249, p. 33-34.

³⁴⁵ Bron 128.

³⁴⁶ Zie randnummers 346-348.

³⁴⁷ De notitie noemt geen van de risico's die CpC in haar advies van 28 september 2014 signaleert (zie randnummer 330).

³⁴⁸ Bron 142.

Ambtenaren van het Ministerie kondigen aan nog nadere vragen te zullen stellen om een notitie voor de Minister voor te bereiden.³⁴⁹ Het verslag geeft verder aan dat het Ministerie op dat moment de toekomst van NSFSC onderzoekt, waarbij onder meer politieke overwegingen een rol spelen.³⁵⁰

- 358** Zoals afgesproken in het overleg, stuurt NS diezelfde dag het behandelingsvoorstel van het voorgenomen bod naar het Ministerie.³⁵¹ Dit behandelingsvoorstel bevat, anders dan de notitie van 1 oktober 2014, wel een aantal risico's, maar niet het CpC-oordeel over het hoge risicoprofiel.
- 359** Ambtenaren van het Ministerie van Financiën stellen op 8 oktober 2014 vragen over het voorgenomen bod van NS, zodat zij aan de Minister kunnen vragen *“of hij als aandeelhouder het besluit van de directie en RvC steunt”*.³⁵² Zij vragen onder meer wat het effect is als NS de aanbesteding verliest en waar precies de *“cliff edge”* ligt voor de schaalnadelen die NS zou kunnen ondervinden door een kleiner HRN. NS antwoordt daarop dat de financiële gevolgen [vertrouwelijk]. NS waarschuwt echter voor het potentiële langetermijneffect dat het verlies van de Limburgse aanbesteding kan leiden tot verdere decentralisatie. Daarbij herhaalt NS de tekst uit de strategische rationale over een waardeverlies voor de aandeelhouder en een risico van een slechtere dienstverlening voor de reiziger. NS geeft niet aan welke mate van decentralisatie significante schaalnadelen zou opleveren en evenmin een kwantificering van die nadelen.
- 360** Naar aanleiding van het behandelingsvoorstel voor de RvC vraagt het Ministerie verder naar het financiële effect van het meest negatieve (*“worst case”*) scenario en wat de IRR zou zijn zonder de inzet van NSFSC. NS geeft aan dat de rendementseis [vertrouwelijk]% is en antwoordt dat de IRR van de bieding zonder NSFSC zou dalen naar [vertrouwelijk]%. NS licht niet toe wat het effect op de IRR zou zijn in het meest negatieve scenario. NS beschrijft voor dat negatieve scenario wel de effecten op de EBIT en het dividend.
- 361** Alvorens deze antwoorden te sturen, stemt de CpC-medewerker deze af met onder meer [lid management F&A] en met [lid bestuur NS]. Er zijn enkele *“Haagse’ vragen”* gesteld waar hij *“Haagse’ antwoorden”* op geeft *“die hopelijk afdoende helderheid geven”*. [Lid bestuur NS] en de directieleden van Abellio Nederland stemmen in met de antwoorden.³⁵³
- 362** Het Ministerie van Financiën geeft vervolgens geen oordeel over het voorgenomen bod. Wel vinden gesprekken plaats over de inzet van NSFSC door NS bij zowel het HRN als bij aanbestedingen van concessies (zie hierna paragraaf 7.6.2 en 7.7.2).

7.5 Aanpassingen na ExCo-vergadering en besluitvorming RvC

- 363** Op 30 september 2014 verlengt de Provincie Limburg de inschrijvingstermijn voor de aanbesteding van 11 oktober 2014 naar 3 november 2014 (zie randnummer 64). Hoewel dat NS meer voorbereidingstijd geeft, houdt NS vast aan haar planning om de bieding op 8 oktober 2014 voor te leggen aan de RvC.
- 364** Abellio Nederland stuurt een nieuwe versie van het behandelingsvoorstel op 2 oktober 2014 naar de [lid bestuur NS].³⁵⁴ Deze stuurt het voorstel dezelfde dag naar de secretaris van de RvC als het

³⁴⁹ Bron 142, p. 2.

³⁵⁰ Bijlage bij bron 142, p. 3.

³⁵¹ Bron 141. Het betreft de versie voor de RvC-vergadering van 8 oktober 2014 (zie paragraaf 7.5).

³⁵² Bron 143.

³⁵³ Idem.

³⁵⁴ Het *“investeringsvoorstel”*, bron 130.

“finale voorstel limburg bieding rvc”.³⁵⁵ Ten opzichte van het behandelingsvoorstel voor de ExCo is onder meer de strategische rationale opgenomen.³⁵⁶

- 365** Deze paragraaf beschrijft verder op welke wijze het CpC-advies wordt aangepast en de beslissing van de RvC. Hieruit blijkt ook in deze fase de intensieve bemoeienis van de RvB met de financiële advisering.
- 366** Op 1 oktober 2014 start CpC met het aanpassen van haar advies voor de RvC.³⁵⁷ [Lid management F&A] geeft op 2 oktober 2014 [vertrouwelijk] opmerkingen op een nieuwe versie. [Lid management F&A] merkt daarbij op dat CpC in haar aangepaste advies spreekt over “*begrip*” en vindt dat “*per saldo een elegante formulering*”. Uit een daaropvolgende versie blijkt ‘begrip’ te zien op het besluit van de ExCo om het bod ondanks het hoge risicoprofiel door te zetten gelet op het strategische belang van de Limburgse Concessie:

*“Mede door het hoge risico profiel verlangt deze investering een zwaarwegende strategische rationale om positief te kunnen instemmen. Gelet op het strategisch belang van deze bieding heeft CPC begrip voor het positieve besluit door de ExCo.”*³⁵⁸

- 367** Deze formulering komt terug in het definitieve CpC-advies aan de RvC.³⁵⁹ Hoewel CpC niet positief adviseert, is de gekozen formulering minder negatief dan in het eerdere advies aan de ExCo. Dat komt door de strategische rationale. [Lid management F&A] licht in het verhoor door de ACM als volgt toe hoe de strategische overwegingen om een bod te doen op de Limburgse Concessie hebben meegewogen in het bedrijfseconomische advies van CpC:

“ACM: [...] dat begrip begrijp ik dan als volgt. Op financiële gronden zouden wij het als CPC niet doen, aan de andere kant, wij gaan niet over het uiteindelijk indienen van het bod, daar zijn ook andere redenen voor en wij hebben er op zich begrip voor dat die andere redenen de doorslag hebben gegeven.

***[Lid management F&A]:** Ja, dat is goed verwoord zo, waarbij ik nog wel wil benadrukken dat deze bieding dus wel de hurdle haalde. Als hij de hurdle niet gehaald had, dan hadden we misschien wel weer iets heel anders opgeschreven. Dat vind ik wel belangrijk dat u dat in ogenschouw neemt, dat deze investering haalde op zichzelf wel de hurdle van [vertrouwelijk]%. Maar wat u zei, daarvoor, dat klopt. Wij kunnen inderdaad begrip hebben voor het feit dat er geboden wordt, want uiteindelijk is de wereld niet zwart-wit en gaat het niet alleen om financiële gronden.*

***ACM:** Ja, dus u zegt dat wij hebben er begrip voor, we gaan er niet voorliggen want er is blijkbaar nog een andere reden, niet bedrijfseconomisch om het toch te willen.*

***[Lid management F&A]:** Ja. Nou ja, voor zover wij ergens voor kunnen gaan liggen, want ik ben alleen maar adviserend, dus ook als ik hem zwaar negatief, ook al zou ik twintig pagina’s volschrijven met u moet het niet doen en de ExCo doet het wel, ja, dan is het hun besluit want ik ben alleen maar adviserend.*

³⁵⁵ Bron 136, bron 145 en bron 146.

³⁵⁶ Bron 145, p. 2-3; zie randnummers 346-348.

³⁵⁷ Bron 129.

³⁵⁸ Bron 131 en 133, bijlage 1, p. 5. [Lid management F&A] mailt op 2 oktober 2014 per abuis de versie van het CpC-advies van 26 september 2014. Daarin komt de term ‘begrip’ nog niet voor.

³⁵⁹ Bron 147, p. 5.

ACM: *Begrip. Dan zal ik het inkorten want er voor liggen dat kunt u inderdaad dan niet als er toch anders wordt besloten, maar dat begrip ziet er vooral op dat u snapt dat er gewoon een andere reden is, naast bedrijfseconomische gronden.*

[Lid management F&A]: *Precies. Exact. Ja.*

ACM: *[...] U zegt, ik ben alleen adviserend. Ik ben ook niet in de positie om er voor te gaan liggen, om het zo uit te drukken, dus mijn vraag is dan wat is dan de relevantie van de formulering dat u begrip heeft voor de beslissing?*

[Lid management F&A]: *Nou, de relevantie is dat ik het voor een ExCo wel een verschil vindt of daar een advies ligt dat gewoon zwaar negatief is of dat er gezegd wordt, nou wij vinden het op bedrijfseconomische gronden negatief, maar we kunnen er wel begrip voor hebben dat u dit wel wilt doen.*

ACM: *Oké, dat is dan de, zeg maar, de gradatie in de marginale strategische beoordeling die u maakt.*

[Lid management F&A]: *Exact.*³⁶⁰

- 368** [Lid management F&A] verklaart daarnaast dat het uiteindelijk niet tot een duidelijk positief advies is gekomen, omdat CpC niet positief kan adviseren op een bieding met een dusdanig hoog risicoprofiel, ondanks het feit dat de bieding de WACC van [vertrouwelijk]% haalt. Het volgende citaat is helder:
- “het is uiteindelijk ook niet gekomen tot een positief advies, omdat ik gewoon vind dat ik niet positief kan adviseren op een dusdanige casus met een zo hoog risicoprofiel en dan weliswaar de hurdle halend, maar marginaal rendement.”*³⁶¹
- 369** Op 2 oktober 2014 stuurt CpC de aangepaste versie van haar advies naar [lid bestuur NS]. [Lid bestuur NS] deelt dit met [lid bestuur NS], die de risico's in het advies van CpC een “*beetje zwaar aangezet*” vindt. [Lid bestuur NS] stelt CpC voor om deze opmerking mee te wegen bij haar finale advies.
- 370** [Lid management F&A] bespreekt echter met [vertrouwelijk] medewerkers dat [lid management F&A] het advies bij voorkeur niet wil aanpassen, omdat CpC haar eigen oordeel moet vormen:
- “[Lid management F&A]: Ik wil bijvoorkeur geen aanpassingen maken: dit is het professionele oordeel van ons. Ik stel voor dat ik [lid bestuur NS] morgenochtend even bel.*
- [...]
- [Medewerker CpC:] Eens zo min mogelijk aanpassingen. Meeste risico's stonden al in Exco versie en we hebben geen aanleiding om hier sterk van af te wijken.”*³⁶²
- 371** Later die avond stuurt [lid bestuur NS] zijn reactie op het conceptadvies naar onder meer CpC en [lid bestuur NS] en geeft daarbij concrete tekstvoorstellen:
- “1. Zou het wat neutraler op schrijven en bepaalde bijvoeglijke naamwoorden weglaten : reputatie risico ipv groot risico, kans op verlieslatend contract ipv reele kans (staat er een paar keer), risico-*

³⁶⁰ Bron 251, p. 15-16 en 25.

³⁶¹ Bron 251, p. 13.

³⁶² Bron 132.

rendementsprofiel met diverse onzekerheden en risico's ipv onaantrekkelijk risico rendement profiel etc..

2. In de conclusie zou ik toevoegen dat .. "Weliswaar zijn er diverse downside risico's, maar anderzins blijkt uit de analyses dat er een slechts zeer geringe kans is op een negatieve cumulatieve EBIT voor de NS groep. " Vind ik toch wel een positieve factor om te vermelden, aangezien dit niet noodzakelijkerwijs zo is bij alle concessies.

3. Ergens staat: marginaal rendement Nedtrain, ik zou zeggen bescheiden rendementsbijdrage van Nedtrain.

[...]

Dit is wat mij opviel.

*Vanzelfsprekend blijft het een CPC advies en moeten jullie je eigen onafhankelijke opinie vormen.*³⁶³

- 372** [Lid management F&A] vindt de concrete voorstellen bij nader inzien akkoord, omdat ze geen afbreuk doen aan het onafhankelijk oordeel van CpC.³⁶⁴
- 373** De volgende ochtend, op 3 oktober 2014, stuurt een CpC-medewerker een aangepast advies naar zijn collega's. In dat advies zijn de voorstellen van [lid bestuur NS] maar deels verwerkt. Zo is de CpC-medewerker van mening dat het advies van CpC aan kracht en oordeelsvorming verliest als CpC niet zou zeggen dat de kans op een verlieslatend contract "reëel" is:
- "De verschillende voorbeelden bij punt 1 om bijvoeglijke naamwoorden weg te laten, heb ik maar deels verwerkt. Ik ben eigenlijk van mening dat ons advies aan kracht en oordeelsvorming inboet wanneer we bij in de zin 'reële kans op verlieslatend contract' het woord reële zouden weglaten. Als we slechts zouden melden dat er een kans is zegt dit weinig en laten we ons oordeel over de kans hierop juist achterwege."*³⁶⁵
- 374** Later op de ochtend van 3 oktober 2014 stuurt een andere CpC-medewerker een nieuwe versie van het advies naar [lid bestuur NS].³⁶⁶ Daarin is aan de conclusie onder meer toegevoegd, conform het voorstel van [lid bestuur NS], dat er een "zeer geringe kans [is] op een negatieve cumulatieve EBIT voor de groep". In de zinsnede over "een voorziening verlieslatend contract" is "een reëel risico" vervangen door "circa [vertrouwelijk] % kans" met een verwijzing naar de risicoanalyse. Daarentegen is de zinsnede "onaantrekkelijk risico-rendement profiel" onveranderd ondanks het voorstel van [lid bestuur NS] dit neutraler op te schrijven.³⁶⁷
- 375** [Lid bestuur NS] stemt daarmee in en vraagt CpC de finale versie van haar advies zo snel mogelijk naar de secretaris van de RvC te sturen.³⁶⁸ CpC doet dit later die dag.³⁶⁹ Op 6 oktober 2014

³⁶³ Bron 134.

³⁶⁴ Bron 137.

³⁶⁵ Idem.

³⁶⁶ Bron 138.

³⁶⁷ Bron 138, bijlage 'compare versie advies 3 vs 2 oktober', p. 4-5.

³⁶⁸ Bron 139.

³⁶⁹ Bron 140; het CpC-advies aan de RvC is ook opgenomen als bron 147. In de aanhef van dit CpC-advies staat dat het gericht is aan de ExCo (bijlage bij bron 140, en bron 147, p. 1). [Lid management F&A] verklaart tijdens [vertrouwelijk] verhoor dat het advies inderdaad is gericht aan de ExCo, die heeft beslist dit door te sturen naar de RvC (bron 251, p. 27-30). [Lid bestuur NS] verklaart daarentegen tijdens zijn verhoor dat het wel vaker voorkomt dat abusievelijk een document nog aan de ExCo is gericht, terwijl het is bedoeld ter ondersteuning van de RvC (bron 259, p. 46). Gelet op deze laatste verklaring en het feit dat het advies

ontvangen ook de directieleden van Abellio Nederland en Abellio Holding dit aangepaste CpC-advies.³⁷⁰

- 376** In haar vergadering op 8 oktober 2014 neemt de RvC het besluit in te stemmen met indiening van het bod op de Limburgse Concessie “*binnen de randvoorwaarden als opgenomen in het investeringsvoorstel*”.³⁷¹ Hieronder is begrepen dat de IRR van het bod minimaal [vertrouwelijk]% is.³⁷²

7.6 Verdere uitwerking van het bod van NS op de concessie Limburg

- 377** Na de goedkeuring van de RvC werkt NS haar bod verder uit tot de definitieve versie, de zogenoemde ‘*gold run*-versie’.³⁷³

7.6.1 Finalisering van het bod

- 378** Medio oktober 2014 berekent Abellio Nederland de *gold run* van de business case. [Lid directie Abellio Nederland] stuurt de *gold run* op 21 oktober 2014 aan [lid directie Abellio Holding] met een overzicht van verschillen met de *silver run*. De uitkomsten van de *gold run* verschillen niet wezenlijk van de *silver run* die aan de ExCo en RvC is voorgelegd.³⁷⁴ Het bod valt daarmee binnen de randvoorwaarden van de RvC.
- 379** In reactie op vragen van [lid bestuur NS] en [lid directie Abellio Holding] bevestigt CpC op dezelfde dag dat de IRR van het bod nog steeds hoger is dan de WACC van [vertrouwelijk]%. Er is echter ook nog steeds sprake van een lange terugverdientijd en aanloopverliezen (zie randnummer 376).³⁷⁵
- 380** Op 22 oktober 2014 vergaderen Abellio Nederland en Abellio Holding over het bod.³⁷⁶ Uit de notulen blijkt onder meer dat [lid directie Abellio Nederland] toelicht dat de *gold run* van het bod weliswaar verschilt van de *silver run*, maar dat de NCW nagenoeg gelijk blijft op [vertrouwelijk] euro negatief. Dat betekent een IRR van ongeveer [vertrouwelijk]% voor Abellio Nederland.³⁷⁷ [Lid directie Abellio Nederland] legt verder uit dat NS de verliesjaren zal compenseren en verwijst naar het (door de ExCo en RvC goedgekeurde) investeringsvoorstel.
- 381** [Lid directie Abellio Nederland] legt uit dat er drie mogelijke effecten zijn die voor een beter resultaat kunnen zorgen in de eerste jaren van de concessie. Onder meer kunnen de onderhoudskosten meevallen. Verder stelt [betrokkene] dat er een post onvoorzien is opgenomen (“*nu EUR [vertrouwelijk] per jaar gebudgetteerd voor de eerste [vertrouwelijk] jaren*”).
- 382** Verder verwijst [lid directie Abellio Nederland] naar het concept-bestuursbesluit van Abellio Nederland over het bod. [Betrokkene] licht toe dat de partij die het meeste aantal ritten aanbiedt, daarmee direct 90 punten (op een totaalscore van 1.000) behaalt en waarschijnlijk de aanbesteding wint. Terwijl de provincie uitgaat van 90.000 tot 99.000 ritten, bevat het bod van Abellio Nederland

na de ExCo-vergadering is aangepast met het oog op de RvC-vergadering, gaat de ACM ervan uit dat het advies inderdaad bedoeld is voor de RvC-besluitvorming.

³⁷⁰ Bron 140.

³⁷¹ Bron 144 en bron 148, p. 4.

³⁷² Bron 145, p. 1.

³⁷³ Aan de ExCo en de RvC is de *silver run* voorgelegd.

³⁷⁴ Bron 149.

³⁷⁵ Bron 150.

³⁷⁶ De beschrijving van deze vergadering is ontleend aan de notulen (bron 152, p. 2-3).

³⁷⁷ Dat is exclusief het aanvullende rendement van NedTrain en NSFSC.

[vertrouwelijk] ritten. [Lid directie Abellio Nederland] merkt op dat het aanbieden van meer ritten waarschijnlijk niet tot extra reizigersopbrengsten zal leiden, maar wel tot extra kosten. Deze extra ritten blijken uiteindelijk de doorslaggevende factor voor het winnen van de concessie door Abellio Nederland (zie randnummer 410).

- 383** Verder spreken [lid directie Abellio Holding] en [lid directie Abellio Nederland] een voorkeur uit om het onderhoud van de treinen in Limburg [vertrouwelijk]. Dit zou volgens [lid directie Abellio Holding] grote voordelen hebben, mede [vertrouwelijk]. [vertrouwelijk] heeft capaciteit voor dit onderhoud. De notulen vermelden niet of is besproken wat de gevolgen hiervan zouden zijn voor het aanvullend rendement dat NedTrain zou behalen. Dit is één van de groepeffecten waardoor het bod voor NS als geheel een rendement boven de WACC genereert.
- 384** [Lid directie Abellio Holding] suggereert ten slotte om in het bestuursbesluit nog eens expliciet te maken dat Abellio Nederland “*enkel om strategische redenen*” tot goedkeuring van de bieding besluit, “*niet vanuit financieel stand-alone oogpunt*”.
- 385** Op 30 oktober 2014 mailt een CpC-medewerker aan [lid bestuur NS] dat de *gold run* van het bod op de Limburgse Concessie uiteindelijk een iets lagere IRR (inclusief groepeffecten) heeft van [vertrouwelijk]%, vergeleken met een IRR van de *silver run* en eerdere versies van de *gold run* van [vertrouwelijk]%. Het bod voldoet echter nog steeds aan de randvoorwaarden van de ExCo en de RvC. [Lid bestuur NS] geeft in reactie daarop zijn akkoord om door te gaan met de bieding overeenkomstig deze *gold run*.³⁷⁸
- 386** Op 30 oktober 2014 besluit Abellio Nederland, als bestuurder van het biedingsvehikel Abellio Limburg, het voorgenomen bod op de Limburgse Concessie in te dienen.³⁷⁹ De overwegingen in het besluit vermelden onder meer dat een scherp bod wordt ingediend vanwege het strategische belang van de concessie voor NS.³⁸⁰
- 387** Het bestuursbesluit noemt verder enkele punten die al werden besproken in de vergadering met Abellio Holding van 22 oktober 2014. Punt 3 van het besluit behandelt het onderhoud van de treinen, dat belangrijk is vanwege de groepeffecten die NS meerekent bij de IRR van het bod. Uit het besluit blijkt dat Abellio op dat moment nog geen definitieve keuze heeft gemaakt voor de onderhoudspartij. De externe leverancier [vertrouwelijk] komt ook in aanmerking voor het onderhoud:
- “3. Onderhoud Treinen**
*..... Er is door Abellio Limburg op dit moment geen definitieve keuze gemaakt bij welke partij het onderhoud wordt aangeboden. Voor het bepalen van de prijzen van het onderhoud hebben we de offerte van [vertrouwelijk] gehanteerd. Het is wel onze verwachting dat ook [vertrouwelijk] een aandeel in het onderhoud zal behouden.*³⁸¹

³⁷⁸ Bron 162. De lagere IRR waaraan de CpC-medewerker refereert betreft de *base case*. Hij noemt niet wat de IRR in de *mean case* zou zijn (zie voor het verschil tussen de *base case* en de *mean case* randnummer 327). NS verklaart desgevraagd niet te kunnen zeggen of in de *gold run* de *mean case* van het bod, net zoals de *base case*, [vertrouwelijk] daalt naar een IRR van [vertrouwelijk]%, omdat NS geen nieuwe risicoanalyse heeft uitgevoerd voor de *gold run* (bron 267, p. 9).

³⁷⁹ Aangezien Abellio Limburg geen eigen activiteiten heeft anders dan het indienen van het bod, en Abellio Nederland haar enige bestuurder en aandeelhouder is, refereert de ACM hierna aan dit besluit alsof het door Abellio Nederland is genomen.

³⁸⁰ Bron 163, p. 1.

³⁸¹ Idem, p. 2.

- 388** De business case gaat derhalve uit van [vertrouwelijk]-tarieven.³⁸² De lagere prijzen verbeteren de NCW van de business case met circa [vertrouwelijk] euro.³⁸³ NS bevestigt naar aanleiding van specifieke vragen van de ACM dat de business case uitgaat van [vertrouwelijk]-tarieven.³⁸⁴ Daarbij wijst NS erop dat [vertrouwelijk] aanvullend het eventuele achterstallige onderhoud zou verzorgen van de bestaande GTW DMU-treinen die NS van Veolia zou moeten overnemen.³⁸⁵ Voorts gaat NS er van uit dat NedTrain het onderhoud van [vertrouwelijk]-treinen gaat verzorgen.
- 389** Uit het bestuursbesluit blijkt verder het belang van de inzet van NSFSC. Deze inzet brengt niet alleen het rendement van het bod voor NS als geheel boven de rendementseis. Deze inzet is ook nodig voor de verklaring van financiële draagkracht die de provincie in het bestek eist. Alleen NSFSC kan deze verklaring afgeven en zij stelt daarvoor als voorwaarde dat Abellio Nederland de treinen voor de concessie bij haar afneemt.³⁸⁶
- 390** Het bestuursbesluit concludeert dat het bod financieel scherp is en op zichzelf (zonder groepseffecten) niet voldoet aan de rendementseis. Abellio is echter bereid het bod toch te doen gezien het strategische belang van NS, het aanvullende rendement van andere NS-onderdelen en het feit dat NS zal bijspringen bij financiële problemen:
- “De opgestelde bieding van Abellio Limburg voldoet stand alone niet aan het vereiste financiële rendement (IRR [vertrouwelijk]%) en kent onder meer door de wijze van financiering (leasing) een hoog risicoprofiel. Gegeven het strategische belang voor NS, een toereikend rendement voor NS als geheel (indien de resultaten van de verschillende NS bedrijfsonderdelen worden gecombineerd), het financieel bijspringen door NS(en/of Abellio Transport Holding indien Abellio Limburg in de financiële problemen komt), is Abellio Limburg bereid een financieel scherpe bieding in te dienen.”³⁸⁷*
- 391** Op 31 oktober 2014 mailt [lid directie Abellio Nederland], mede namens [lid directie Abellio Nederland], dat het bod gereed is. [Lid bestuur NS] spreekt daarop zijn waardering uit over het verrichte werk. [Lid directie Abellio Nederland] spreekt in reactie daarop zijn waardering uit voor de steun van [lid bestuur NS]:
- “Was ook zeker niet gelukt zonder jouw support, was goed proces zo, nu nog winnen!”³⁸⁸*
- 392** Op 3 november 2014, de sluitingsdatum voor het bod, verleent Abellio Holding goedkeuring aan het indienen van het bod. Ook Abellio Holding geeft daarbij aan, net als eerder het bestuur van Abellio Limburg in haar besluit van 30 oktober 2014, dat het bod zonder groepseffecten niet de rendementseis van [vertrouwelijk]% haalt en voor Abellio Holding op stand-alone basis een onaanvaardbaar hoog risicoprofiel kent. Abellio Holding verwijst daarbij naar haar begeleidende brief van 26 september 2014 bij het behandelingsvoorstel voor de ExCo (zie randnummer 309):
- “C. NSG [NS Groep] heeft Abellio verzocht om een – winnende – bieding (“Bieding”) voor te bereiden en uit te brengen op een door de Provincie Limburg uit te geven multimodale concessie voor het openbaar vervoer in Limburg vanaf december 2016 (“Limburg Concessie”), omdat NSG het winnen van de Limburg Concessie van strategisch belang acht;*

³⁸² Logboek, regels 171, 181 en 182.

³⁸³ Bron 149, Excel-bestand “Brugstaat Silver - Gold (20-10)”, rijen 69-70.

³⁸⁴ Bron 262, p. 4-5.

³⁸⁵ Logboek, regel 218.

³⁸⁶ Bron 163, p. 3.

³⁸⁷ Idem, p. 3.

³⁸⁸ Bron 165.

[...]

*E. Het bestuur van ATH [Abellio Holding] is – met het bestuur van Abellio Limburg – van mening dat de opgestelde bieding van Abellio Limburg stand alone niet voldoet aan het vereiste financiële rendement (IRR [vertrouwelijk]%) en onder meer door de wijze van financiering (leasing) een (in beginsel op stand-alone basis onaanvaardbaar) hoog risicoprofiel kent, hetgeen door ATH aan NSG is gemeld in een brief d.d. 26 september 2014.*³⁸⁹

393 Op 3 november 2014 dient Abellio Limburg het bod in bij de Provincie Limburg.³⁹⁰

7.6.2 Discussie met Ministerie van Financiën over NSFSC vóór indiening van het bod

394 Parallel aan de finalisering van het bod discussieert NS met het Ministerie van Financiën over de inzet van NSFSC. Deze discussie loopt al langere tijd en betreft de inzet van NSFSC in de gehele bedrijfsvoering van NS, zowel bij het HRN als bij aanbestedingen in Nederland en het buitenland. Ook de Limburgse aanbesteding valt hieronder.

395 Op 21 oktober 2014 informeert een CpC-medewerker [lid management F&A] over het feit dat het Ministerie van Financiën heeft aangegeven de Limburgse aanbesteding “een lastige casus” te vinden vanwege het gebruik van de Ierse belastingconstructie via NSFSC.³⁹¹ De CpC-medewerker heeft het Ministerie gewezen op argumenten over het *level playing field*: NS moet gebruik kunnen maken van de belastingconstructie als haar concurrenten dat ook doen. NS verkeert anders in een ongunstige positie bij een aanbesteding (randnummers 398-399). Het Ministerie komt hier op terug. De CpC-medewerker ziet twee scenario’s het “meest voor de hand liggen”:

*“1. MinFin keurt Limburg en gebruik NS FSC voor aanbestedingen integraal goed 2. MinFin keurt Limburg goed maar met een voorbehoud dat in afwachting van besluit over NS FSC het materiaal mogelijk niet via Ierland mag worden aangeschaft.”*³⁹²

396 Op 23 oktober 2014 kondigt de Belastingdienst aan dat zij op korte termijn wil starten met een boekenonderzoek naar NSFSC.³⁹³ [Lid bestuur NS] wijst vervolgens [lid bestuur NS] op de grote gevolgen die dit onderzoek kan hebben voor het bod. Hij stelt voor dat [lid bestuur NS] snel contact zal hebben met de Minister van Financiën als hij NS zou verbieden om NSFSC in te zetten voor de Limburgse Concessie.

“Zie bijgaand. Minister heeft nog geen beslissing genomen mbt positie NSFSC maar belastingdienst voert ondertussen de druk op. [...]

Wij zijn in dit hele proces volledige transparant geweest naar minfin, hebben alle gegevens gedeeld en hebben constructief meegedacht vwb mogelijke oplossingen voor het morele probleem dat de minister voelt. De actie van de belastingdienst is in dit verband bijzonder teleurstellend. Ik zal [Directeur Deelnemingen van het Ministerie van Financiën] bellen, maar dat zal niks veranderen aan het belastingdienst onderzoek. [...]

³⁸⁹ Bron 169.

³⁹⁰ Bronnen 167 en 172.

³⁹¹ Bron 151.

³⁹² Bron 151.

³⁹³ Bron 154.

*Belangrijk dat jij op de hoogte bent en dit te gelegenertijd meeneemt in jouw contacten met de minister. Dat zou heel snel kunnen zijn als de minister ons verbiedt om leasing via NSFSC aan te wenden om een concurrerende bieding in Limburg te doen.*³⁹⁴

- 397** Op 24 oktober 2014 rapporteert een CpC-medewerker aan [lid bestuur NS] over zijn contact met het Ministerie van Financiën. Het Ministerie van Financiën is zich ervan bewust dat de bieding zonder inzet van NSFSC “*substantieel slechter*” is. Het Ministerie ziet als optie om in het geheel geen oordeel uit te spreken over het bod, aangezien goedkeuring van de aandeelhouder formeel niet nodig is voor het bod. Op die manier hoeft het Ministerie van Financiën ook nog geen standpunt in te nemen over NSFSC. De CpC-medewerker wijst erop dat ervoor gewaakt moet worden dat NSFSC niet later alsnog ter discussie komt te staan:

*“Daarnaast over NL'se markt gehad en specifiek Limburg casus, die vinden ze erg lastig want een bieding zonder Ierland is substantieel slechter dan met Ierland. [Medewerker Ministerie van Financiën] heeft aangegeven de 3e keuze optie toe te voegen en dat is: onthouden van oordeel over bieding. Immers formeel hoeft aandeelhouder (nog) geen goedkeuring te verlenen op dit voorstel. Moeten hier wel scherp zijn dat NSFSC route later niet alsnog ter discussie komt want dan ontstaat groot probleem aangezien Ns FSC ook de TBSO financiële draagkracht afgeeft voor Limburg. Bovendien heeft Exco & RVC alleen goedkeuring verleend voor uitbrengen bod inclusief de positieve groepseffecten van NedTrain en NS FSC.*³⁹⁵

- 398** NS werkt op dat moment aan een document over NSFSC. Dit document heeft als doel het Ministerie van Financiën ervan te overtuigen dat NSFSC ingezet moeten blijven worden voor concessies die openbaar aanbesteed worden, waaronder de Limburgse Concessie. Op 26 oktober 2014 benadrukt [lid management F&A] dat het document moet “*noemen dat onze concurrenten soortgelijke lease maatschappijen hebben, dus dat voor een levelplaying field ook wij dit nodig hebben*”. [Lid bestuur NS] onderschrijft dit later die dag.³⁹⁶

- 399** NS stuurt het document op 27 oktober 2014 naar het Ministerie van Financiën. Het bevat onder meer het *level playing field*-argument. Daarnaast blijkt eruit dat het voorgenomen bod zonder de inzet van NSFSC een negatieve NCW heeft:

*“NS staat op punt om een bieding te doen op de concessie in Limburg [...]. NS heeft de bieding doorgerekend met gebruik van Ierland (NSFSC) en zonder Ierland (NSFSC): De internal rate of return (IRR) van de bieding “met” is [vertrouwelijk]% en [vertrouwelijk]% “zonder”. Dat maakt dat de bieding zonder Ierland (NSFSC) geen positieve netto contante waarde voor de business case oplevert. Daarnaast is het bieden zonder NSFSC wat NS betreft geen optie. Partijen hebben zich gecommitteerd voor lease via NSFSC in combinatie met het door NSFSC extern afgeven van een financiële draagkracht verklaring omdat Abellio Limburg zelfstandig niet aan de besteisen voldeed.*³⁹⁷

- 400** Op 29 oktober 2014 belt [lid bestuur NS] met het Ministerie van Financiën. De Directeur Deelnemingen deelt hem mede dat NSFSC per direct en met terugwerkende kracht moet worden afgebouwd. Dat geldt voor alle activiteiten van NS, ook buiten het HRN. Hoewel uit een verslag van dit gesprek van [lid management F&A] blijkt dat er niet echt over de Limburgse aanbesteding is gesproken, lijkt het [betrokkene] erg onlogisch de inzet van NSFSC te handhaven:

³⁹⁴ Bron 154.

³⁹⁵ Bron 155; nadruk in origineel.

³⁹⁶ Bron 156.

³⁹⁷ Bron 158, p. 1.

“Slecht nieuws: net telefoontje van [Directeur Deelnemingen van het Ministerie van Financiën]: afbouw NSFSC in 10 jaar zonder compensatie voor alle activiteiten, niet alleen HRN. [vertrouwelijk]

We spreken er straks met ExCo verder over: dus graag nog even niet verder communiceren, ook niet naar [lid management NSFSC] oid. Limburg: niet echt over gesproken, maar lijkt dan erg onlogisch om door te zetten met NSFSC.

[Lid bestuur NS] heeft het aangehoord, nog geen reactie gegeven.....”³⁹⁸

- 401** Een CpC-medewerker reageert dat NSFSC ingezet moet worden voor het bod op de Limburgse Concessie of het bod zodanig aangepast moet worden dat deze zonder de inzet van NSFSC toch een IRR van minstens [vertrouwelijk]% heeft. Anders verwacht hij commentaar van onderzoekers zoals de ACM:

“Inderdaad geen fijn bericht:

1) RvC was in de zomer duidelijk, geen medewerking indien geen 100% compensatie. Dus ik zou daarnaar handelen en onmiddellijk ICNG naar NSFSC verplaatsen

2) ook voor Limburg zou je gewoon via NSFSC moeten kopen en afstand nemen van minfin of je bent niet in staat om te bieden (immers NSFSC geeft alleen Financiële Draagkracht indien ze ook de lease krijgen), of de irr van de buca zonder NSFSC moet boven [vertrouwelijk]% anders krijg je daar straks commentaar van de onderzoekers zoals ACM, Deloitte etc.

Ben benieuwd wat de exco hier over gaat besluiten.”³⁹⁹

- 402** Later op 29 oktober 2014 wordt dit ook besproken in de ExCo-vergadering.

- 403** In de namiddag van 29 oktober 2014 wil een CpC-medewerker weten of hij het Ministerie moet vragen of zij akkoord gaat met het bod op Limburg gezien haar standpunt dat NSFSC moet worden afgebouwd. [Lid management F&A] antwoordt dat in de ExCo-vergadering is besproken dat NS door wil met haar bod op de Limburgse Concessie en geen expliciete vragen meer gaat stellen aan het Ministerie.⁴⁰⁰

- 404** De betreffende medewerker wil dan wel het Ministerie laten instemmen met een bod dat zonder de inzet van NSFSC de rendementseis niet haalt. Hij wil ook nagaan of dit voor NS geen risico bij de ACM oplevert:

“maar dan nog wel check of we niet de bietenbrug opgaan met ACM. In dat verband beter als MINFIN wel haar zegen geeft op de transactie zonder NSFSC en dat ze genoeg nemen met IRR onder [vertrouwelijk] lijkt me.

En dan de check met [medewerker juridische afdeling van NS] of dit wel acm proof is.

Zonder reactie minfin lijkt me dit een onverantwoord besluit!”⁴⁰¹

- 405** Ten slotte schrijft [lid management F&A], aan het eind van dezelfde dag: *“ik praat jullie zo even bij als jullie er nog zijn, anders morgenochtend...”⁴⁰²* [Lid management F&A] verklaart in [vertrouwelijk] verhoor door de ACM zich niet meer te kunnen herinneren wat [betrokkene] met [vertrouwelijk]

³⁹⁸ Bron 159.

³⁹⁹ Bron 159.

⁴⁰⁰ Bron 160.

⁴⁰¹ Idem.

⁴⁰² Idem.

medewerkers had besproken.⁴⁰³ [Lid management F&A] zegt wel dat [betrokkene] tussen het telefoonbericht van 29 oktober en het indienen van het bod op 3 november 2014 terugkwam van [vertrouwelijk] eerste reactie dat het erg onlogisch zou zijn om NSFSC in te zetten. Volgens [lid management F&A] zou de soep “*niet zo heet* [worden] *gegeten*”.⁴⁰⁴

- 406** NS past het bod niet aan en vraagt geen nadere toestemming voor het inzetten van NSFSC.⁴⁰⁵ Ook spreekt het Ministerie, voordat NS haar bod op 3 november 2014 indient, zich niet zelf uit over de betekenis van haar bericht van 29 oktober 2014 over NSFSC voor dit bod. Het bod dat Abellio Nederland bij de Provincie indient, gaat dan ook uit van de inzet van NSFSC.⁴⁰⁶
- 407** [Lid bestuur NS] verklaart in zijn verhoor door de ACM dat hij vond dat NS de inzet van NSFSC in Limburg kon doorzetten omdat het Ministerie hiertegen geen bezwaar maakte, terwijl NS transparant was geweest over deze inzet (zie verder paragraaf 7.7.2).

7.7 Uitkomst van de aanbesteding en verdere discussie over inzet van NSFSC

- 408** Deze paragraaf beschrijft allereerst de uitkomst van de aanbestedingsprocedure en vervolgens het verdere verloop van de discussie over de inzet van NSFSC bij de Limburgse Concessie.

7.7.1 Uitkomst van de aanbesteding

- 409** Op 10 februari 2015 maakt de Provincie Limburg bekend dat Abellio Limburg de aanbesteding heeft gewonnen. Het verschil met de concurrenten is groot. Abellio Limburg krijgt 732 van de 1.000 te vergaren punten. Arriva krijgt 574 punten en Veolia heeft een ongeldig bod gedaan door in te schrijven boven het maximale subsidiebedrag.⁴⁰⁷

- 410** Op 15 februari 2015 mailt [lid directie Abellio Nederland] aan [lid bestuur NS] en [lid directie Abellio Holding] een analyse van de winst van Abellio Nederland. Uit een gesprek met de Provincie Limburg volgt dat het grote puntenverschil met Arriva vooral komt door het feit dat Abellio Nederland ten minste 2,5% meer ritten heeft geboden dan Arriva. Arriva lijkt weliswaar op andere onderdelen een beter bod te hebben gedaan, maar die onderdelen leveren minder punten op terwijl de kosten ervan waarschijnlijk hoger liggen dan de kosten van Abellio Nederland voor de extra ritten:

“We hebben ook het verschil in punten besproken tussen ons bod en het bod van Arriva. In de pers was al genoemd dat het verschil dermate groot zou zijn dat Arriva daaruit afleidt dat Abellio de concessie heeft ‘gekocht’. Het verschil in punten is groot (een verschil van 158 punten op 1000 te behalen punten). Enerzijds is dit ontstaan omdat we op kwaliteit voor de klant hoger hebben gescoord dan Arriva. Anderzijds ontstaat dit verschil in deze omvang doordat er slechts twee geldige inschrijvingen waren op de concessie. Het gunningsmodel drukt dan, meer dan in het geval van drie of vier geldige inschrijvingen, naar uitersten. Het kantelpunt daarin is het aantal aangeboden ritten. Dit criterium levert 90 punten op voor degene die het hoogste aantal ritten aanbiedt en 0 punten voor degene die het laagste aantal ritten aanbiedt, tenzij deze zich binnen een marge van 2,5% bevindt van de hoogste inschrijver. Wij hebben dit gat van 2,5% met Arriva

⁴⁰³ Bron 251, p. 49.

⁴⁰⁴ Idem, p. 41.

⁴⁰⁵ Bron 251, p. 46.

⁴⁰⁶ Bron 167, bijlage 15/2b.

⁴⁰⁷ Persbericht van de Provincie Limburg van 10 februari 2015

(http://www.limburg.nl/Actueel/Nieuws_en_persberichten/2015/Februari_2015/Limburg_kiest_Abellio_als_nieuwe_openbaar_vervoer_order) en nieuwsbericht van dezelfde datum in OV Magazine, getiteld “*Abellio wint concessie Limburg*” (<http://www.ovmagazine.nl/2015/02/abellio-wint-concessie-limburg-1633/>).

geslagen en daardoor alle punten op dit gunningscriterium verkregen. De provincie geeft aan dat het gat met Arriva niet heel groot is maar wel groter dan 2,5%. Indien Arriva 2,5% meer ritten zou hebben geboden dan Abellio zou Arriva de aanbesteding hebben gewonnen met een verschil van circa 22 punten. Het lijkt erop dat Arriva de verkeerde keuzes heeft gemaakt in het toedelen van het beschikbare budget naar de verschillende gunningscriteria, omdat tussen de regels blijkt dat Arriva meer punten dan wij heeft gescoord op [vertrouwelijk] en op [vertrouwelijk]. De kosten van deze opties overstijgen al snel de kosten van de extra ritten die wij hebben aangeboden ten opzichte van Arriva, maar leveren minder punten op in het gunningsmodel. Wij hebben om die reden de indruk dat we precies het juiste hebben gedaan om de winst binnen te halen, al is winnen met 1 punt verschil nog leuker...⁴⁰⁸

- 411** Op 28 april 2015 maakt NS bekend bij een intern compliance-onderzoek op onregelmatigheden bij de aanbesteding van de Limburgse Concessie te zijn gestuit.⁴⁰⁹ Op 29 april 2015 maakt de provincie bekend dat zij vanwege deze onregelmatigheden het gunningsbesluit aan Abellio Nederland intrekt.⁴¹⁰ Op 2 juni 2015 maakt de provincie bekend dat Arriva de concessie mag uitvoeren.⁴¹¹ De ACM komt hierop terug in hoofdstuk 9.

7.7.2 Discussie met Ministerie van Financiën over NSFSC ná indiening van het bod

- 412** Op 24 november 2014 bespreken de ExCo-leden de stand van zaken van de discussie met het Ministerie van Financiën aan de hand van een notitie voor de RvC.⁴¹²
- 413** In deze ExCo-vergadering verkent NS drie opties voor een reactie aan het Ministerie over de afbouw van de activiteiten van NSFSC. Een optie is dat NS NSFSC mag blijven inzetten voor “geliberaliseerde markten” – dat wil zeggen, concessies die openbaar worden aanbesteed – om een *level playing field* te hebben:
- “NS heeft drie opties:*
- *Uitvoering geven aan het verzoek van de Minister,*
 - *Geen gehoor geven aan het verzoek, wat zal leiden tot een confrontatie,*
 - *Kiezen voor een pragmatische oplossing, die erin bestaat alsnog een onderscheid proberen aan te brengen tussen het HRN en geliberaliseerde markten, zodat NS – waar zij in concurrentie treedt met andere vervoerders – een level playing field behoudt.*

⁴⁰⁸ Bron 209.

⁴⁰⁹ Persbericht van NS van 28 april 2015 (<http://nieuws.ns.nl/ns-grijpt-in-bij-dochteronderneming-qbuzz/>) en nieuwsbericht van dezelfde datum op [Treinreiziger.nl](http://www.treinreiziger.nl)

(http://www.treinreiziger.nl/actueel/binnenland/ns_schorst_abellio_bestuurders_vanwege_fraude_bij_concessie_limburg-146936). NS verwijst naar het inhuren van de voormalige Veolia-concessiedirecteur en het ontvangen van vertrouwelijke informatie van hem.

⁴¹⁰ Nieuwsbericht van 29 april 2015 op [Treinreiziger.nl](http://www.treinreiziger.nl), getiteld “NS-dochter Abellio niet meer de winnaar van OV-concessie Limburg” (http://www.treinreiziger.nl/actueel/binnenland/ns-dochter_abellio_niet_meer_de_winnaar_van_ov-concessie_limburg-146941). In haar persbericht van 2 juni 2015 geeft de Provincie deze onregelmatigheden als reden voor de intrekking (http://www.limburg.nl/Actueel/Nieuws_en_persberichten/2015/Juni_2015/Provincie_kiest_voor_Arriva).

⁴¹¹ Persbericht van 2 juni 2015 (voetnoot 410) en nieuwsbericht van dezelfde datum in OVPPro, getiteld “Concessie Limburg definitief naar Arriva, provincie legt schadeclaim bij Abellio” (<http://www.ovpro.nl/special/2015/06/02/concessie-limburg-definitief-naar-arriva-provincie-legt-schadeclaim-bij-abellio/>).

⁴¹² Bron 181. De notitie van de RvB voor de RvC van 21 november 2014 (bron 182) is hierna aangepast tot een definitief stuk, gedateerd 26 november 2014, voor de RvC-vergadering van 3 december 2014 (bron 192).

*Op 3 december a.s. wordt dit besproken met de RvC. De RvB zal voorstellen MinFin te berichten dat NS de mogelijkheden de komende tijd gaat verkennen en daartoe onder meer in gesprek gaat met de Nederlandse en Ierse Belastingdienst. In de tussentijd wordt nieuw materieel voor het HRN aangeschaft via NS lease B.V.; voor buitenlandse biedingen is dat onveranderd NSFSC.*⁴¹³

- 414** In de notitie vraagt de RvB toestemming om het Ministerie van Financiën voor te stellen de aanschaf van treinmaterieel voor het HRN uit te zonderen van NSFSC, maar voor het treinmaterieel voor openbaar aan te besteden concessies NSFSC te blijven gebruiken. De notitie meldt verder onder meer dat het Ministerie de telefonische boodschap van 29 oktober 2014 niet schriftelijk heeft bevestigd. NS verwacht dit ook niet meer.⁴¹⁴
- 415** De RvC stemt op 3 december 2014 in met een voorstel dat onderscheid maakt tussen het “beschermd” HRN en openbaar aan te besteden concessies:
- “De RvC besluit de aandeelhouder een nieuw voorstel te doen, op grond waarvan de inzet van NSFSC voor de (beschermd) HRN-markt wordt afgebouwd over een periode van 10 jaar. Voor geliberaliseerde markten zal NS de aandeelhouder voorstellen zich niet van NSFSC te bedienen als lokale, aanbestedende autoriteiten in het bestek opnemen dat dergelijke belastingconstructies niet zijn toegelaten, zodat gelijke voorwaarden voor alle inschrijvende partijen zijn gegarandeerd.”*⁴¹⁵
- 416** Naar aanleiding van de RvC-vergadering schrijft [lid management F&A] een briefing over NSFSC. Deze stuurt [lid management F&A] op 8 december 2014 aan een RvC-lid.⁴¹⁶ Deze reageert met een aantal opmerkingen en wil eerst nader intern contact over de te volgen lijn voordat hij bij de Directeur Deelnemingen van het Ministerie van Financiën “pols[t] of een gesprek met minister op deze basis zin heeft”.⁴¹⁷
- 417** Uit een aangepaste briefing van 15 december 2014 voor de gesprekken met het Ministerie blijkt opnieuw dat NS bereid is het gebruik van NSFSC voor het HRN te staken, maar nog wel wil inzetten voor openbaar aan te besteden concessies (zoals in Limburg), tenzij de aanbestedende overheid middels de concessievoorwaarden ervoor zorgt dat de winkans van NS zonder NSFSC niet vermindert.⁴¹⁸
- 418** Op 12 januari 2015 bespreekt het RvC-lid de inzet van NSFSC met de Directeur Deelnemingen van het Ministerie van Financiën. Ook de Limburgse Concessie komt aan de orde.⁴¹⁹
- 419** Op 15 januari 2015 stuurt [lid management F&A] een conceptnotitie voor het Ministerie van Financiën naar [lid bestuur NS] en het RvC-lid. Hierin staat opnieuw het belang van een *level playing field* voor openbaar aan te besteden concessies. NS schrijft ook dat het Ministerie de inzet van NSFSC voor het bod op de Limburgse Concessie moet toestaan, omdat NS anders een bod

⁴¹³ Bron 181, p. 5. De optie om NSFSC voor openbaar aan te besteden concessies te blijven gebruiken komt overeen met de notitie die NS op 27 oktober 2014 aan het Ministerie stuurde (zie randnummer 399).

⁴¹⁴ Bron 192, p. 1-2.

⁴¹⁵ Bron 193, p. 5 (agendapunt 12).

⁴¹⁶ Bron 198.

⁴¹⁷ Bron 198.

⁴¹⁸ Bijlage bij bron 198, p. 1.

⁴¹⁹ Bron 201. Deze bron maakt niet duidelijk wát in dit gesprek over de Limburgse Concessie is gezegd.

moet doen met een lager rendement dan de WACC of een hogere kans moet accepteren dat ze de concessie niet wint.⁴²⁰

420 Op 29 januari 2015 schrijft de RvB aan de RvC dat de Minister van Financiën een oplossing wil hebben over de inzet van NSFSC vóór het Algemeen Overleg van de Tweede Kamer over staatsdeelnemingen van 19 maart 2015. Er zal daarvoor een afspraak komen tussen de Minister en een afvaardiging van de RvB en RvC van NS. De RvB stelt voor het standpunt in te nemen zoals dat is beschreven in de conceptnotitie van 15 januari 2015. De RvC stemt hier op 10 februari 2015 mee in.⁴²¹

421 [Lid management F&A] bereidt de bespreking met de Minister van Financiën van 26 februari 2015 voor. Op 18 februari 2015 stuurt [lid management F&A] de “*verhaallijn*” naar [lid bestuur NS] en naar het RvC-lid. [Lid bestuur NS] stuurt deze op 19 februari 2015 door naar twee andere RvC-leden. Een van hen vraagt hoeveel extra belasting NS zou betalen als NSFSC niet voor de Limburgse Concessie ingezet kan worden. [Lid management F&A] antwoordt dat NS een belastingvoordeel van [vertrouwelijk] euro zou mislopen. Dit bestaat uit het betalen van [vertrouwelijk] euro extra belasting in Nederland en [vertrouwelijk] euro minder in Ierland.⁴²²

422 Op 26 februari 2015 spreken vertegenwoordigers van NS en de Minister van Financiën over de rol van NSFSC. Uit een door NS aan de Belastingdienst verzonden notitie van 11 maart 2015 blijken de volgende afspraken. NS kan NSFSC voor de Limburgse Concessie blijven inzetten, maar niet meer voor nieuwe Nederlandse aanbestedingen. NS merkt daarbij op dat zij zonder NSFSC mogelijk een bod zal moeten doen met een rendement dat lager is dan de WACC, als dit haar winkans vergroot. Voor buitenlandse aanbestedingen mag NS NSFSC blijven inzetten indien er anders geen *level playing field* is:

“Tijdens dit overleg hebben partijen als uitgangspunt geformuleerd dat belasting bij voorkeur daar betaald dient te worden waar de concessie zich afspeelt. Wanneer dit uitgangspunt vertaald wordt naar de situatie bij NS dan ontstaat het volgende beeld.

1. *HRN [...]*
2. *Activiteiten in geliberaliseerde markten*

NS heeft een door de aandeelhouder goedgekeurde strategie waar activiteiten in het buitenland en geliberaliseerde Nederlandse concessies onderdeel van uitmaken. Om tot het geformuleerde uitgangspunt te komen en tegelijkertijd de concurrentiekracht van NS in betwistbare markten intact te houden, gaat NS zich er sterk voor maken dat de Ministeries van IenM en Financiën bevorderen dat aanbestedende overheden deze aanpak in ‘level playing field’ concessievoorwaarden verankeren. Ook de concurrentie kan immers gebruik maken van laag belaste leasemaatschappijen. In de gemaakte afspraken is een onderscheid gemaakt tussen de internationale concessies en de Nederlandse (niet HRN) concessies.

- *Voor wat betreft internationale concessies zal NS zich actief sterk gaan maken voor de toepassing van bovengenoemd uitgangspunt (dat belasting daar betaald dient te worden waar de concessie zich afspeelt) door concessieverleners in het buitenland. I&M zal gevraagd worden zich hier ook voor in te zetten. MinFin zal zich hier internationaal ook sterk voor maken. Indien en voor zover dit uitgangspunt door concessieverleners meegenomen wordt als*

⁴²⁰ Bijlage bij bron 202.

⁴²¹ Bron 207, p. 1-2, en 208, p. 5.

⁴²² Bron 211.

onderdeel van de aanbesteding, zal NS niet langer materieel vanuit Ierland ter beschikking stellen voor buitenlandse concessies. In andere gevallen wel.

- *Voor nieuwe aanbestedingen in de geliberaliseerde markt in Nederland geldt vanaf heden het bovengenoemde uitgangspunt (dat belasting daar betaald dient te worden waar de concessie zich afspeelt). Dit betekent concreet dat de bestelling van materieel voor de concessie Zwolle-Enschede via Nederland zal gaan lopen. Het materieel voor de concessie Limburg zal conform bieding via Ierland lopen omdat deze concessie reeds aan NS is gegund.*
- *In de economische afwegingen van het maken van een bieding zullen naast rendement ook andere factoren meegewogen moeten worden. Als NSFSC niet kan worden ingeschakeld, dan moet of onder de WACC geboden worden of een hogere kans op het niet winnen van de concessie geaccepteerd worden. In dit kader moet het door de aandeelhouder gewenste rendement gezien worden als een gemiddelde over de portefeuille waar in individuele gevallen om moverende redenen van afgeweken kan worden.”⁴²³*

423 De verwijzing naar het bod van NS voor de Limburgse Concessie (“conform bieding”) gebruikt [lid bestuur NS] al als formulering voor een notitie van het gesprek voor het Ministerie van Financiën. [Lid bestuur NS] zegt dat de “*minister accepteerde dat limburg een gedane zaak is*”.⁴²⁴ Op 28 februari 2014 stuurt hij een notitie met het besprokene met de Minister van Financiën naar het RvC-lid. Ook deze notitie bevestigt dat NS met de Minister heeft afgesproken dat het materieel voor de Limburgse Concessie “*conform bieding via Ierland loopt*.”⁴²⁵

424 Ook in later mailcontact met het Ministerie blijft de kern van de afspraak staan. Dit blijkt verder uit antwoorden van de Minister van Financiën op Kamervragen van 25 maart 2015.⁴²⁶ NSFSC mag voor de Limburgse Concessie worden ingezet.

425 [Lid bestuur NS] verklaart in zijn verhoor dat hij de inzet van NSFSC bij het bod heeft doorgezet, omdat het Ministerie van Financiën zich niet tegen het gebruik van NSFSC in de Limburgse Concessie heeft gekeerd, bijvoorbeeld door bezwaar te maken tegen dit aspect van het voorgenomen bod. Voor [lid bestuur NS] was het risico van een verbod op de inzet van NSFSC voldoende gemitigeerd doordat het Ministerie van deze inzet op de hoogte was:

“Wij zijn heel transparant geweest. Dat is natuurlijk een manier ook om het risico af te dekken, naar het ministerie toe. Die wisten dat wij in Limburg NSFSC gebruikten om dit bod ... uit te brengen. En zoals wij eerder besproken hebben, de minister heeft geen formele goedkeuring gegeven, maar de minister heeft ook niet tegen ons gezegd van, ik ben hier tegen ... je mag het wel doen, maar dan echt zonder Limburg. Dus ik vond dat het risico door de transparantie die wij hadden, en de eerdere gesprekken met het ministerie, voldoende gemitigeerd. [...] Ik vond het risico acceptabel, want de kans dat dat ons uiteindelijk niet zou lukken, heb ik als laag ingeschat. Dan kun je zeggen, achteraf heb ik gelijk gekregen, maar dat zegt niet altijd wat. Maar zo is het wel uitgekomen. Met name ook doordat wij in die gesprekken ook transparant naar het ministerie zijn geweest, zij waren niet verrast dat wij Limburg op deze manier gedaan hadden. Dat was altijd transparant naar hen en daarom om

⁴²³ Bron 217, p. 2-3.

⁴²⁴ Bron 212.

⁴²⁵ Bijlage bij bron 213, p. 3.

⁴²⁶ Bron 215 en <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2015/03/25/antwoorden-op-kamervragen-jaarverslag-beheer-staatsdeelname-2013>, p. 8. De Minister schrijft aan de Kamer dat NS voor aanbestedingen die zij vanaf 2015 indient, treinen vanuit Nederland in plaats van Ierland aanschaft. Aangezien NS haar bod op de concessie Limburg in 2014 heeft ingediend, betekent dit dat het gebruik van NSFSC voor de Limburgse Concessie dus is toegestaan.

daar later op terug te komen en te zeggen van joh, ... dat mag niet, ja, dat was toch wel heel moeilijk geweest voor het ministerie. [...]

De minister was voordat wij het bod indienden, er al van bewust dat wij dat via NSFSC deden. Dus toen wij het bod indienden, wist de minister dat NSFSC als ... zouden gebruiken als financiering van de treinen. Als hij toen gewild had en had gezegd, ja, maar dat vind ik absoluut niet acceptabel, want het past niet in mijn beleid, ik grijp in, dat moet je niet doen, mag je niet meenemen in je economics, ja, dan was dat natuurlijk een hele zware factor geweest, maar dat heeft hij niet gezegd. Hij heeft het wel opgebracht als een issue, het is juist besproken en hij heeft daar geen uitspraak over gedaan. Daarmee voelden wij de ruimte.”⁴²⁷

7.8 Conclusie totstandkoming bod

- 426** Op basis van het voorgaande concludeert de ACM dat het bod dat NS indiende voor de Limburgse Concessie voor Abellio Limburg (de NS-dochter die de concessie zou uitvoeren) niet voldeed aan de eigen rendementseis van NS. Zelfs voor NS als geheel, inclusief de groeieffecten (Nedtrain en NSFSC), was het bod volgens NS zelf financieel nauwelijks aanvaardbaar.
- 427** Het bod zou voor Abellio Nederland een rendement van [vertrouwelijk]% opleveren en voor NS als geheel een rendement van [vertrouwelijk]%. Het bod kende aanzienlijke nadelen en (financiële) risico's. Zo was de kans groot ([vertrouwelijk]%) dat het rendement zou tegenvallen. Daarnaast was het rendement van het bod zeer gevoelig voor kleine variaties in de groei van de reizigersopbrengsten, die NS zeer optimistisch had ingeschat zonder dit goed te onderbouwen. Bovendien was het ten tijde van de indiening van het bod onzeker of NS de groeieffecten van zowel onderhoud door NedTrain als fiscaal voordeel van NSFSC wel zou realiseren.
- 428** De directie van Abellio Nederland zou het bod vanuit haar eigen financiële oogpunt niet doen. Ook CpC kon vanuit bedrijfseconomisch perspectief niet positief adviseren. CpC had – net als Abellio – wel begrip voor de zwaarwegende strategische rationale van NS. Deze rationale lag vooral in het voorkomen dat een concurrent van NS in Limburg zou kunnen bewijzen dat Samenloop succesvol kon zijn, hetgeen tot verdere decentralisatie en aanbesteding van treinverbindingen kon leiden. De top van NS achtte dat bedreigend voor NS, aangezien de omvang van het HRN daarmee in gevaar kwam, evenals mogelijk de onderhandse gunning van de HRN-concessie aan NS vanaf 2025. NS wilde dus de kans verkleinen dat haar positie op het HRN onder druk zou komen te staan en concurrenten konden meedingen naar (delen van) het HRN. Op die basis stemden de RvB en RvC uiteindelijk in met het bod.
- 429** NS stelt in haar zienswijze dat, ook al won zij de Limburgse Concessie, Samenloop op de betreffende trajecten zou blijven bestaan, omdat daar nog steeds zowel de intercitytreinen van het HRN als de stoptreinen van de Limburgse Concessie zouden rijden.⁴²⁸ De winst van NS betekende echter dat daardoor niet meer kon worden onderzocht hoe Samenloop zou werken met concurrerende vervoerders. Op de Samenloop-trajecten zouden dan immers beide treindiensten worden uitgevoerd door onderdelen van NS Groep, namelijk NS Reizigers en Abellio Limburg. Het Ministerie van IenM wilde juist de ervaringen met Samenloop bij exploitatie door concurrerende ondernemingen onderzoeken (paragraaf 4.2). Ook volgens NS zelf zou er pas daadwerkelijk

⁴²⁷ Bron 259, p. 58-59.

⁴²⁸ Zienswijze NS, paragraaf 9.8.8.

Samenloop ontstaan “*indien de concessie aan een andere partij dan NS of een dochter wordt gegund*”.⁴²⁹

- 430** De zeggenschap van NS Groep over Abellio Limburg volgt reeds uit het (indirect) 100% aandeelhouderschap (zie hoofdstuk 2), waarbij NS zich in de aanloop naar de bieding garant stelde voor exploitatieverliezen (zie randnummers 309 en 380). Daarnaast blijkt uit diverse NS-documenten een nauwe afstemming:
- a. “Als aandeelhouder houdt NS of Abellio uiteindelijk wel de touwtjes in handen”
 - b. “De belangen en invloed van NS Groep worden geborgd via een aandeelhoudersstatuut waarin geregeld wordt dat belangrijke beslissingen de toestemming van de aandeelhouder vereist”
 - c. de RvC van Abellio Limburg krijgt “*zeer beperkte bevoegdheden en taken*”, en Abellio Holding en/of NS Groep zullen “*de belangrijkste bestuursbeslissingen goedkeuren*” en de leden van de RvC en het bestuur van Abellio Limburg benoemen en ontslaan.⁴³⁰
- 431** NS won de aanbesteding van de Limburgse Concessie. De gedragingen die de ACM beoordeelt in hoofdstuk 8 en 9, droegen daartoe bij. De Provincie Limburg trok de gunning later in, maar dit doet niet eraan af dat NS aanvankelijk slaagde in haar opzet de concessie te verkrijgen. Bij de beoordeling of NS met haar gedragingen haar economische machtspositie heeft misbruikt, gaat de ACM er daarom van uit dat NS het door haar gewenste resultaat bereikt had.⁴³¹

⁴²⁹ Bron 78, p. 2.

⁴³⁰ Respectievelijk verslag ExCo-vergadering van 31 maart 2014 (bron 45, p. 2), adviesaanvraag aan de COR van 9 september 2014 (bron 78, p. 2) en e-mail van NS aan het Ministerie van Financiën van 8 of 9 oktober 2014 (bron 143). Zie ook verslag RvC-vergadering van 14 augustus 2014 (bron 71, p. 4).

⁴³¹ Voor het vaststellen van misbruik van economische machtspositie is niet vereist dat een concreet, daadwerkelijk effect van de gedragingen in kwestie wordt aangetoond (zie randnummer 94).

8 Misbruik I: verlieslatend bod

- 432** De beschrijving van het bod op de Limburgse Concessie in hoofdstuk 7 toont dat het bod voor Abellio Limburg niet financieel rendabel was, maar ogenschijnlijk voor NS als geheel net wel. Het bod kende grote risico's waar intern op werd gewezen. Voor de instemming met het bod was de strategische rationale essentieel. NS wilde dat haar concurrenten niet de kans zouden krijgen om aan te tonen dat Samenloop succesvol zou zijn.. Met deze strategie wilde NS decentralisatie voorkomen en haar positie op het HRN beschermen.
- 433** De ACM stelt in dit hoofdstuk vast dat NS misbruik heeft gemaakt van haar economische machtspositie door een verlieslatend bod te doen. De ACM oordeelt dat NS het rendement van haar bod te positief heeft voorgesteld, met name door uit te gaan van een zeer sterke reizigersgroei zonder voldoende onderbouwing. Bij een reëlere reizigersgroei (en enkele andere correcties van de business case), ligt het rendement van het bod lager dan de rendementseis van NS zelf, die is gebaseerd op haar vermogenskosten. Als gevolg daarvan heeft het bod een negatieve waarde (NCW). Dat betekent dat de verwachte opbrengsten van het bod lager liggen dan de verwachte kosten. NS zou dus verlies hebben geleden als zij de concessie had uitgevoerd. Een even efficiënte concurrent kon daarom het bod van NS niet evenaren. NS heeft daarmee een roofprijs gehanteerd.

8.1 Toetsingskader voor de vaststelling van een roofprijs

- 434** Artikel 24 Mw verbiedt ondernemingen misbruik te maken van een economische machtspositie. Ook artikel 102 VWEU verbiedt dit misbruik, voor zover het de handel tussen EU-lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en de machtspositie bestaat op de interne markt of op een wezenlijk deel daarvan. In hoofdstuk 6 heeft de ACM reeds vastgesteld dat NS een economische machtspositie heeft op de relevante markt die bestaat uit (het uitoefenen van) het exploitatierecht op het vervoer op de HRN-concessie. In dit hoofdstuk beoordeelt de ACM of de gedragingen van NS misbruik van die machtspositie opleveren.⁴³² De ACM past hierbij met name de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie en de jurisprudentie van het Hof toe. Tot slot beoordeelt de ACM in hoofdstuk 10 of de gedragingen van NS de handel tussen EU-lidstaten ongunstig hebben kunnen beïnvloeden.
- 435** Zoals blijkt uit het algemeen juridisch kader in hoofdstuk 5, kan het een onderneming niet worden verweten dat deze een economische machtspositie heeft. Ook staat het een onderneming met een economische machtspositie in beginsel vrij te concurreren op bijvoorbeeld prijs en kwaliteit. Artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU houden echter in dat deze onderneming een bijzondere verantwoordelijkheid heeft om niet door haar gedrag afbreuk te doen aan een daadwerkelijke en onvervalste mededinging. De onderneming mag zich niet zo gedragen dat dit leidt tot uitsluiting van haar even efficiënte concurrenten en zo haar machtspositie versterken, tenzij zij dit doet door te concurreren op basis van verdienste (*competition on the merits*).
- 436** Dit betekent dat niet elke concurrentie door ondernemingen met een economische machtspositie rechtmatig is. Artikel 102 VWEU noemt onder meer het opleggen van onbillijke verkoopprijzen als voorbeeld van misbruik, maar ook andere vormen van (prijs)concurrentie kunnen als misbruik gelden.⁴³³

⁴³² In hoofdstuk 9 gebeurt dat voor het complex van gedragingen.

⁴³³ *France Télécom (Hof)* (voetnoot 81), r.o. 106, *TeliaSonera Sverige* (voetnoot 77), r.o. 26 en *Post Danmark I* (voetnoot 82), r.o. 25. Onbillijke verkoopprijzen worden ook als voorbeeld genoemd in de memorie van toelichting bij artikel 24 Mw, waarbij de regering opmerkt dat ook andere gedragingen als misbruik kunnen gelden (*Kamerstukken II 1995/96, 24707, 3, p. 71*).

- 437** Om de rechtmatigheid te beoordelen van mogelijk verlieslatende prijzen van een onderneming met een economische machtspositie, hanteren het Hof en de Europese Commissie in beginsel het criterium van de even efficiënte concurrent (*de as efficient competitor-test*). Zij onderzoeken of prijzen van de onderneming met een machtspositie tot gevolg dreigen te hebben dat een concurrent die even goed presteert als die onderneming, van de markt wordt uitgesloten. De kosten en strategie van de onderneming met de machtspositie gelden daarbij als uitgangspunt.⁴³⁴ Als immers deze onderneming een prijs hanteert die voor haarzelf verlieslatend is, zal zij daardoor een concurrent die even efficiënt is, van de markt kunnen drijven. Deze prijs geldt dan als rooftprijs (in de jurisprudentie ook wel aangeduid als wurgprijs of afbraakprijs).
- 438** Volgens vaste rechtspraak sinds het *AKZO*-arrest, bepaalt het Hof als volgt wanneer sprake is van een rooftprijs. Ten eerste maakt een onderneming met een economische machtspositie zich in beginsel schuldig aan misbruik als zij voor een bepaald product een prijs hanteert die beneden de gemiddelde variabele kosten ligt. In die situatie lijdt de onderneming verlies op de verkoop van elke eenheid product. Het vermoeden is dan ook dat zij hiermee geen ander doel nastreeft dan haar concurrenten uit te schakelen en het is niet nodig deze intentie aan te tonen. Ten tweede is sprake van misbruik als de onderneming een prijs hanteert die boven de gemiddelde variabele kosten, maar beneden de gemiddelde totale kosten ligt, mits de onderneming die prijs heeft vastgesteld in het kader van een plan om een concurrent uit te schakelen.⁴³⁵ In dat geval draagt verkoop van de producten wel bij aan het goedmaken van de vaste kosten, maar dekt deze verkoop de vaste kosten niet volledig. Het Hof heeft verder geoordeeld dat dergelijke prijzen ook als misbruik kunnen gelden als de onderneming deze hanteert op een andere markt dan de markt waarop de onderneming een machtspositie heeft (zie ook paragraaf 6.4).⁴³⁶
- 439** Het Hof gebruikt in zijn vaste rechtspraak dus (a) gemiddelde variabele kosten voor het bepalen van de ondergrens van de rooftprijsbeoordeling, en (b) gemiddelde totale kosten voor het bepalen van de bovengrens. Variabele kosten variëren naargelang van de geproduceerde hoeveelheden. Totale kosten omvatten, naast variabele kosten, ook vaste kosten, die gemaakt worden ongeacht de geproduceerde hoeveelheid.⁴³⁷ Het Hof aanvaardde in een prejudiciële procedure ook het begrip 'incrementele kosten' als ondergrens, toen de Deense mededingingsautoriteit dat begrip had gebruikt in de zaak waarin het Hof om een oordeel was gevraagd. Dit betrof de kosten die op de middellange termijn (drie tot vijf jaar) zouden verdwijnen als de onderneming het product waar het misbruik op zag, niet meer zou produceren.⁴³⁸ Het Hof hanteert derhalve ook andere kostenbegrippen dan variabele en totale kosten bij een rooftprijsbeoordeling, als de omstandigheden van het geval daartoe aanleiding geven.
- 440** De Europese Commissie heeft deze kostenbegrippen gepreciseerd. Zij hanteert (a) gemiddelde vermijdbare kosten ofwel *average avoidable costs* (AAC) voor de ondergrens en (b) gemiddelde incrementele kosten op de lange termijn ofwel *long-run average incremental cost* (LRAIC) voor de

⁴³⁴ *TeliaSonera Sverige* (voetnoot 77), r.o. 39-43, *Post Danmark I* (voetnoot 82), r.o. 21, 25 en 28, en *Post Danmark II* (voetnoot 90), r.o. 52-55; *Sandd/ACM* (voetnoot 88), punt 9.2.4; Richtsnoeren artikel 102, punten 23-27 en 67.

⁴³⁵ *AKZO* (voetnoot 68), r.o. 71-72, *France Télécom (Hof)* (voetnoot 81), r.o. 108-109 en *Post Danmark I* (voetnoot 82), r.o. 27-28.

⁴³⁶ *AKZO* (voetnoot 68), r.o. 40-45 en *Tetra Pak II* (voetnoot 79), r.o. 39-44. Zie ook *Kamerstukken II* 1995/96, 24707, 3, p. 26 en Richtsnoeren artikel 102, voetnoot bij punt 63.

⁴³⁷ Voorbeelden van variabele kosten zijn de kosten van grondstoffen die nodig zijn voor het maken van elke eenheid product. Voorbeelden van vaste kosten zijn kosten van onroerend goed en machines waarmee de onderneming een grote hoeveelheid product kan maken.

⁴³⁸ *Post Danmark I* (voetnoot 82), r.o. 31.

bovengrens.⁴³⁹ De Commissie definieert de AAC als het gemiddelde van de kosten die de onderneming had kunnen vermijden als deze niet een bepaalde hoeveelheid product (extra) had geproduceerd, namelijk de hoeveelheid waarop de rooftprijs betrekking heeft (de rooftprijs-hoeveelheid). De AAC zijn vaak gelijk aan de gemiddelde variabele kosten, maar kunnen hoger zijn. Bijvoorbeeld als de onderneming voor de productie van de rooftprijs-hoeveelheid haar productiecapaciteit moet uitbreiden door te investeren in een machine. Hoewel de kosten van deze machine kunnen worden gezien als vaste kosten, moet de onderneming deze kosten wel in aanmerking nemen als zij het verlies berekent van de productie van de rooftprijs-hoeveelheid. Deze kosten zijn immers vermijdbaar.

- 441** De Commissie definieert de LRAIC als het gemiddelde van de totale kosten (zowel vaste als variabele kosten) die de onderneming moet maken om een bepaald product te produceren. De LRAIC zijn gelijk aan de gemiddelde totale kosten als de onderneming slechts één product produceert. Als de onderneming meerdere producten produceert, liggen de LRAIC onder de gemiddelde totale kosten, omdat gemeenschappelijke kosten niet worden meegenomen in de berekening van de LRAIC. De onderneming kan deze gemeenschappelijke kosten immers niet vermijden als zij het rooftprijsproduct niet produceert. De voorganger van de ACM, de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), hanteerde de LRAIC als kostenbegrip in een eerder onderzoek naar een mogelijke rooftprijs.⁴⁴⁰
- 442** Voor het vaststellen van een rooftprijs is niet vereist dat er bewijs is van de mogelijkheid dat de onderneming met een machtspositie haar geleden verliezen weer kan goedmaken. In het bijzonder heeft het Hof de noodzaak van dit bewijs uitgesloten in omstandigheden waarin kan worden aangenomen dat de onderneming het oogmerk had haar concurrenten uit te schakelen, gezien het feit dat zij prijzen hanteerde die beneden de gemiddelde variabele kosten lagen.⁴⁴¹

8.2 Toepassing van toetsingskader

- 443** Het algemene kader uit het voorgaande is ook uitgangspunt voor de beoordeling van deze zaak (zie paragraaf 8.2.1). Paragraaf 8.2.2 behandelt de relevante kostenbegrippen en paragraaf 8.2.3 de maatstaf die de ACM hanteert voor het vaststellen van misbruik. Daarna volgt in paragraaf 8.2.4 de zienswijze van NS wat betreft de intentie en terugverdienmogelijkheid.

8.2.1 Verschillen met eerdere zaken

- 444** Deze zaak kent een aantal verschillen met eerdere misbruikzaken, meer in het bijzonder zaken waarin werd beoordeeld of sprake was van een rooftprijs. Op basis van het navolgende concludeert de ACM dat het juridisch kader ook uitgangspunt vormt voor de beoordeling van deze zaak.
- 445** Ten eerste werd in eerdere rooftprijszaken de verkoop van een product in het verleden onderzocht. Daarbij werden de daadwerkelijk gehanteerde prijzen vergeleken met de daadwerkelijk gemaakte kosten. In dit geval heeft NS een bod gedaan en daarvoor een inschatting gemaakt van de opbrengsten en kosten die zij verwachtte te realiseren tijdens de looptijd van de concessie. Dit

⁴³⁹ Richtsnoeren artikel 102, punten 26 en 64-66. De Commissie heeft deze kostenbegrippen bijvoorbeeld toegepast in haar besluiten van 13 mei 2009 in de zaak *Intel* (COMP/37.990), paragraaf 4.2.3.1(c) en van 15 oktober 2014 in de zaak *Slovak Telecom* (AT.39523), paragraaf 8.2.4.

⁴⁴⁰ Besluit van de NMa van 15 december 2009 (*Sandd/TNT*). De Rechtbank oordeelde dat de NMa met de LRAIC de juiste kostenmaatstaf hanteerde (*Sandd/ACM*, voetnoot 88), punt 9.2.5. De NMa kwam niet toe aan een vergelijking tussen de prijs en AAC, omdat de gemiddelde prijs van de onderneming die mogelijk een machtspositie had, hoger lag dan de LRAIC.

⁴⁴¹ *Tetra Pak II* (voetnoot 79), r.o. 44 en *France Télécom (Hof)* (voetnoot 81), r.o. 110-113. Zie ook Richtsnoeren artikel 102, punt 71.

maakt het nodig een ex ante-beoordeling te maken van het bod van NS in plaats van de gebruikelijke ex post-beoordeling. Dit houdt echter geen fundamenteel verschil in voor de beoordeling: in beide gevallen is het mogelijk opbrengsten en kosten te vergelijken en vast te stellen of er verlies is geleden dan wel verlies redelijkerwijs verwacht mag worden.

- 446** Verder is het niet mogelijk een vergelijking te maken tussen de prijs van het product en de gemiddelde kosten van dat product, zoals in eerdere rooftprijzaken is gedaan. In deze zaak concurreren de inschrijvers immers niet op prijs, maar op kwaliteit. De Provincie Limburg gunt de concessie op basis van de diensten die de inschrijvers bieden voor bepaalde opbrengsten. Dit laat onverlet dat de ACM in deze zaak een rooftprijzenanalyse kan toepassen. In het gebruikelijke rooftprijzenkader is sprake van een rooftprijs als de dominante onderneming verlies lijdt door per product een verkoopprijs te hanteren die lager is dan de kosten. Ook in deze zaak beoordeelt de ACM of NS verlies zal lijden. Dit is het geval als de opbrengsten die NS verwacht te genereren met het uitvoeren van de concessie, lager zijn dan de kosten van haar geboden diensten. NS kan op die manier haar concurrenten de pas afsnijden: zij kan dan een bod neerleggen met meer en betere diensten dan haar concurrenten en accepteert een verlies vanwege de hoge kosten die daarmee gepaard gaan. Deze analyse is dus vergelijkbaar met de analyse in het gebruikelijke rooftprijzenkader. Door een verlieslatend bod te doen hanteert NS in wezen een rooftprijs. Het feit dat NS voor de concessie op kwaliteit concurreert en niet op prijs, staat daar niet aan in de weg. Prijs en kwaliteit zijn in economische zin beide concurrentieparameters waarop geconcurrereerd kan worden en ten aanzien waarvan misbruik mogelijk is.
- 447** Ook het feit dat het gaat om een aanbesteding, waarbij op één moment (het inschrijfmoment) *om* de markt in plaats van *op* de markt wordt geconcurrereerd maakt dit niet anders. Hoewel de concurrentie op één beslissend moment plaatsvindt, schrijven alle inschrijvers zo scherp mogelijk in om hun kans op winnen te maximaliseren. Dit verschilt niet fundamenteel van de situatie waarin ondernemingen op een markt concurreren met andere ondernemingen.
- 448** NS verwijt de ACM tot slot dat zij het bod van NS niet met andere biedingen heeft vergeleken.⁴⁴² De ACM meent dat dit niet nodig is om te concluderen dat sprake is geweest van misbruik. Immers de beoordeling van het bod betreft de vraag of dit bod een belemmering betekent van concurrenten die even efficiënt zijn als NS zelf (zie randnummer 437). Daarom gaat de ACM uit van het verwachte rendement (verlies of winst) van NS.⁴⁴³
- 449** De ACM concludeert dat deze verschillen met eerdere zaken er niet aan in de weg staan dat zij in deze zaak aan de hand van het toetsingskader misbruik in de vorm van een rooftprijs kan vaststellen. Waar nodig houdt de ACM rekening met deze verschillen in de toepassing van het toetsingskader.

8.2.2 Relevante kostenbegrippen

- 450** Hierna bespreekt de ACM de toepassing van de kostenbegrippen uit het rooftprijzenkader in de context van de Limburgse Concessie. De ACM bespreekt eerst het Rapport en de zienswijze van NS. De ACM komt vervolgens tot het oordeel dat de kosten in de business case voor het bod, behoudens enkele correcties, vermijdbare kosten zijn en onder het kostenbegrip AAC vallen.

⁴⁴² Zienswijze NS, randnummer 355 en bijlage 4 (rapport RBB), p. 25-26.

⁴⁴³ Prijzen en kosten van concurrenten van de onderneming met een economische machtspositie kunnen relevant zijn als het niet mogelijk is een oordeel te vellen op basis van de prijzen en kosten van die onderneming zelf (bijvoorbeeld *TeliaSonera Sverige* (voetnoot 77), r.o. 45-46). Daar is in dit geval geen sprake van.

Rapport

- 451** Het Rapport stelt vast dat de business case van NS nagenoeg alleen kosten en opbrengsten bevat die worden vermeden als NS de concessie niet wint. Dit is conform het Investeringsmanual. Deze kosten zijn daarom volgens het Rapport te kwalificeren als een invulling van de AAC dan wel de gemiddelde variabele kosten. Dit geldt volgens het Rapport specifiek ook voor de kosten van de voorbereiding van het bod en de toelatingskosten van enkele treinen voor zowel de TAG-concessie als de Limburgse Concessie. Het Rapport concludeert daarom dat de kosten die NS heeft opgenomen in haar bod, samen met de vermogenskosten, gelden als de relevante ondergrens van kosten waartegen de opbrengsten van de concessie dienen te worden afgewogen.⁴⁴⁴

Zienswijze NS

- 452** NS accepteert dat de business case, in lijn met haar Investeringsmanual, inderdaad hoofdzakelijk kosten bevat die rechtstreeks zijn toe te schrijven aan de concessie. NS stelt dat de ACM echter de business case onvoldoende heeft onderzocht, omdat deze drie kostenposten bevat die mogelijk een (gedeeltelijk) vast of verzonken karakter hebben (doorbelaste kosten hoofdkantoor, kosten van de ontwikkeling van een app en bepaalde *non-recurring costs*). NS stelt dat de ACM deze daarom (in ieder geval deels) buiten beschouwing moet laten bij de beoordeling van de business case.⁴⁴⁵

Beoordeling ACM

- 453** De ACM heeft geen aanleiding aan te nemen dat NS haar Investeringsmanual niet heeft gevolgd bij het opstellen van de business case. De ACM stelt vast dat het Investeringsmanual bepaalt dat de business case de incrementele kasstromen (uitgaven en inkomsten) moet bevatten die daadwerkelijk het gevolg zijn van de concessie (zie randnummer 228). Dit zijn uitgaven en inkomsten die worden vermeden als NS de concessie niet wint. NS accepteert dit punt, maar maakt een uitzondering voor drie kostenposten. Paragraaf 8.3.6 bevat een beoordeling van deze drie posten. Dit betekent dat alle andere kosten gelden als vermijdbare kosten (AAC).⁴⁴⁶ In combinatie met de vermogenskosten van het bod, die niet als kosten in de business case zijn opgenomen maar worden weergegeven door de WACC (zie paragraaf 8.2.3), vormen deze kosten dus de ondergrens van de rooftprijzentoets.⁴⁴⁷

8.2.3 Maatstaf voor beoordeling van het bod van NS

- 454** Een rooftprijs wordt (traditioneel) vastgesteld door de prijs voor een product te vergelijken met de verschillende soorten kosten van dat product (zie randnummers 439-442). In deze paragraaf overweegt de ACM hoe zij deze maatstaf toepast voor de beoordeling van de vraag of bij de bieding

⁴⁴⁴ Het Rapport overweegt voorts hoe de bovengrens van het rooftprijzenkader in deze context zou kunnen worden bepaald. Daarbij houdt het Rapport rekening met kosten van andere NS-onderdelen, zoals NedTrain, NS Reizigers en NS Stations. Het is niet nodig dat de ACM hier in dit besluit op in gaat, aangezien NS reeds bij toepassing van de ondergrens een rooftprijs hanteert.

⁴⁴⁵ Zienswijze NS, paragraaf 9.5.1 en bijlage 5 (rapport PwC), p. 8-10.

⁴⁴⁶ Vermijdbare kosten (AAC) vormen in dit geval een beter kostenbegrip dan gemiddelde variabele kosten (AVC). Zoals in algemene termen beschreven in randnummer 441, omvatten de AAC immers ook kosten die als vast kunnen worden gezien (namelijk niet variërend bij een kleine verandering in het aantal producten of diensten dat wordt geleverd), mits de onderneming deze kosten kan vermijden door af te zien van het maken van het extra aantal producten of diensten waar de mogelijke misbruikelijke gedraging op ziet. Toegepast op deze casus, vallen bijvoorbeeld ook kosten van de aanschaf van bussen en treinen binnen de AAC, ook al kunnen deze kosten in andere situaties als vast worden gezien. NS hoeft immers deze investering niet te maken als zij de concessie niet wint.

⁴⁴⁷ Dit geldt ook voor de kosten van de voorbereiding van het bod. Hoewel deze ten tijde van het bod al gemaakt zijn en op dat moment dus niet meer kunnen worden vermeden, worden deze kosten wel uitsluitend veroorzaakt door het feit dat NS deelneemt aan de aanbesteding. De ACM beschouwt deze kosten daarom als volledig incrementeel aan het bod. Overigens zijn deze kosten, voor zover zij in het bod zijn opgenomen, marginaal. Zie verklaring CpC-medewerker (bron 250, p. 48).

van NS sprake is geweest van misbruik omdat NS een verlieslatend bod heeft gedaan en daarmee een roofprijs heeft gehanteerd.

Rapport

- 455** Het Rapport beschrijft hoe NS volgens haar Investeringsmanual berekent of de opbrengsten van haar biedingen hoger zijn dan haar kosten. Dat is het geval als de IRR van de bieding hoger is dan de WACC ofwel vermogenskostenvoet van NS. Dan is de NCW van de bieding positief en creëert de bieding waarde. NS stelt dit zelf als rendementseis.⁴⁴⁸
- 456** Het Rapport stelt dat het bod van NS alleen boven de kostenondergrens van het roofprijzenkader blijft als de IRR minstens gelijk is aan de WACC, en de NCW positief (of nul) is. Deze ondergrens wordt immers gevormd door de kosten in de business case, samen met de vermogenskosten (de WACC). Het Rapport stelt dat als de IRR lager is dan de WACC, ofwel de NCW negatief is, de opbrengsten niet voldoende zijn om de vermijdbare kosten, inclusief de vermogenskosten, goed te maken. In dat geval is de verwachting dat NS door haar bod verlies zal lijden bij het uitvoeren van de concessie. Een business case waarvan de IRR lager is dan de WACC levert een verlieslatend bod en daarmee een roofprijs en misbruik van economische machtspositie op.

Zienswijze NS

- 457** NS meent dat de maatstaf in het Rapport om een aantal redenen fundamenteel onjuist is.⁴⁴⁹
- 458** NS begrijpt dat volgens het Rapport de IRR minstens even hoog moet zijn als de WACC. De WACC bestaat uit het gewogen gemiddelde van de (volgens NS fictieve) kostenvoet van eigen en vreemd vermogen. De WACC van [vertrouwelijk]% ten tijde van de bieding is opgebouwd uit het gewogen gemiddelde van het normrendement van haar aandeelhouder van 7% en het vereiste rendement op vreemd vermogen van [vertrouwelijk]%. Door te stellen dat de IRR minstens even hoog moet zijn als de WACC, is er dus al een roofprijs als de concessie minder oplevert dan het normrendement voor de aandeelhouder van 7%.
- 459** Hiermee definieert het Rapport dit normrendement in feite als vermijdbare of incrementele kosten. De economische realiteit is echter dat het door een aandeelhouder nagestreefde rendement niet altijd wordt gehaald. Het Ministerie van Financiën heeft een normrendement van 7% vastgesteld als een streven voor staatsdeelnemingen om hen te stimuleren efficiënt te opereren.⁴⁵⁰ Staatsondernemingen halen dit normrendement lang niet altijd. Ook NS haalde in 2014 een lager rendement ([vertrouwelijk]%), dat toch door het Ministerie als 'positief' werd beoordeeld. Bij de beoordeling van investeringen door staatsdeelnemingen is de 'strategische rationale' van primair belang en daarna kijkt de Staat pas naar het rendement.⁴⁵¹
- 460** De WACC kan daarom niet als ondergrens dienen voor de constatering dat er sprake is van een roofprijs. Als de IRR lager is dan de WACC, maar de netto-kasstromen en de IRR zijn wel positief, is er geen verlies in economische zin en maakt de onderneming niet het winstoffer dat voor het vaststellen van een roofprijs vereist is. Bovendien is het vanuit het oogpunt van rechtszekerheid onaanvaardbaar als de ACM voor haar roofprijzenanalyse aansluit bij de WACC. Dit is een subjectieve en gezochte benadering, die niet aansluit bij het objectieve karakter van het in de jurisprudentie en de Richtsnoeren artikel 102 ontwikkelde roofprijzenkader. Dat objectieve karakter

⁴⁴⁸ Zie paragraaf 7.1.

⁴⁴⁹ Zienswijze NS, paragraaf 9.4 en 9.6-9.8, bijlage 4 (rapport RBB), paragraaf 4.1-4.3 en bijlage 5 (rapport PwC), hoofdstuk 2.

⁴⁵⁰ NS wijst hiervoor op de Nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid 2013 van het Ministerie van Financiën, p. 41.

⁴⁵¹ NS wijst hiervoor op het Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2014 van het Ministerie van Financiën, p. 23 en 31.

is noodzakelijk gegeven de substantiële gevolgen van een overtreding. De benadering van het Rapport was voor NS niet voorzienbaar.

- 461** NS wijst er verder op dat de aanbestedingscontext met zich brengt dat onder onzekerheid moet worden beslist en rekening moet worden gehouden met risico's. Daarbij is de risicohouding relevant. Omdat het niet altijd mogelijk is om risico's een bepaalde geldelijke waarde te geven, en het (mede daarom) kan voorkomen dat een onderneming strategische overwegingen een rol laat spelen bij de omgang met risico's, is de uitkomst van de NCW-berekening niet eenduidig. Bij het gebruikelijke rooiprijzenkader gaat het om een ex post-beoordeling, waarbij geen rekening hoeft te worden gehouden met de omgang met risico's. Het Rapport heeft volgens NS niet onderbouwd wat de ACM in haar ex ante-beoordeling van het bod van NS een 'correcte' risicohouding vindt.
- 462** Daar komt bij dat bij aanbestedingen mag worden verwacht dat de IRR en de WACC dicht bij elkaar liggen, aangezien inschrijvers hun verwachte winst zoveel mogelijk inzetten om een scherp bod te doen en te voorkomen dat een even efficiënte concurrent de aanbesteding wint. In die situatie kunnen kleine wijzigingen in de onderliggende aannames het verschil maken tussen een bod dat wel of juist net niet winstgevend is. Ook hierom kan in deze omstandigheden de keuze om een bod uit te brengen niet alleen teruggevoerd worden op het verschil tussen IRR en WACC, maar mede bepaald worden door strategische overwegingen die ertoe kunnen bijdragen dat ook bij een gering negatief verschil de keuze wordt gemaakt wel een bod uit te brengen.⁴⁵² Een dominante onderneming moet kunnen bepalen wanneer dergelijke strategische overwegingen gerechtvaardigd zijn en wanneer deze misbruik opleveren.
- 463** Als voorbeeld voor gerechtvaardigde overwegingen die niet in de business case staan, maar wel relevant zijn voor de beoordeling van het bod, wijst NS op verschillende voordelen die ook in het Rapport worden genoemd. Het gaat bijvoorbeeld om voordelen die samenhangen met het gebundeld kunnen aanbieden van HRN-diensten en stoptreindiensten, zoals optimalisatie van de dienstregeling, en om de wenselijkheid ervaring op te doen met de nieuwe strategie die het reizigersbelang voorop stelt. Deze overwegingen kunnen ook financiële consequenties hebben (zoals lagere kosten voor logistieke coördinatie en een hogere kans om toekomstige aanbestedingen te winnen) en daarom worden meegenomen bij het beoordelen van het bod.⁴⁵³
- 464** NS stelt dat de ACM in het Rapport een rooiprijs constateert op basis van haar eigen inschatting over mogelijk te verwachten kosten en opbrengsten, de rol van strategische overwegingen en haar perceptie over een kennelijk correcte risicohouding. De ACM treedt daarmee buiten haar rol als handhaver en neemt plaats op de stoel van de onderneming. De ACM geeft het signaal af dat dominante ondernemingen geen investeringen mogen doen als niet wordt voldaan aan een bepaald normrendement. Daarmee gaat zij veel verder dan het verhinderen of bestraffen van een misbruikelijke gedraging. NS stelt dat, zeker bij een rooiprijsvaststelling die is gebaseerd op een ex ante-beoordeling in een aanbestedingscontext, minimaal vereist is dat sprake moet zijn van een duidelijk winstoffer (aanbod met verlies). Daarvan is in deze zaak geen sprake.

Beoordeling ACM

- 465** De relevante norm voor het bepalen van misbruik in de vorm van een verlieslatend bod (rooiprijs) in deze zaak is dat er sprake moet zijn van een IRR die lager is dan de WACC, ofwel een NCW die

⁴⁵² Volgens het RBB-rapport wordt dit niet alleen door het Ministerie van Financiën ondersteund (zie randnummer 459 hierboven), maar ook door het antwoord van [vertrouwelijk] op vragen van de ACM: "There are however other considerations taken into account by the management when reviewing and validating the margin level" ([vertrouwelijk]).

⁴⁵³ Zienswijze NS, rn. 361 en bijlage 5 (rapport PwC), p. 26.

negatief is. In dat geval is de verwachting dat NS verlies zal lijden bij het uitvoeren van de Limburgse Concessie. De zienswijze van NS doet aan dit feit niet af.

- 466** Een investering waarbij de IRR lager is dan de WACC is verlieslatend. Immers, in die situatie zijn de opbrengsten van een concessie lager dan de kosten en lijdt de onderneming verlies. Ook eisen vermogensverschaffers een rendement op het door hen ingebrachte eigen en vreemd vermogen. Het Investeringsmanual stelt zelf dat een dergelijke investering neerkomt op kapitaalvernietiging (zie randnummer 231). Er zijn ook wel degelijk eerdere zaken waarin is vastgesteld dat een onderneming verlies lijdt als de IRR lager is dan de WACC.⁴⁵⁴ In deze zaken ging het om het bepalen wanneer sprake is van verlies.
- 467** Door de vergelijking tussen IRR en WACC als norm af te wijzen, stelt NS feitelijk dat een onderneming niet het normrendement van haar aandeelhouders hoeft te halen. De ACM overweegt echter dat aandeelhouders een rendement op het eigen vermogen eisen dat in overeenstemming is met het risicoprofiel van die investering. Indien dit geëiste rendement niet behaald kan worden, zullen aandeelhouders willen beleggen in een ander project dat wel voldoet aan de rendementseis. Ondernemingen moeten daarom wel degelijk volledig rekening houden met het normrendement van hun aandeelhouders in hun investeringsbeslissingen.
- 468** Hoewel een (publieke) aandeelhouder ook andere belangen kan meewegen dan louter financiële bij het beoordelen van het rendement van deelnemingen, zou het onjuist zijn om op die grond voor NS een andere rooiprijzenmaatstaf te hanteren dan voor andere ondernemingen. Dat is niet toelaatbaar. NS zou dan immers een ongerechtvaardigd voordeel hebben ten opzichte van haar concurrenten.⁴⁵⁵ ACM overweegt verder dat het Ministerie van Financiën aan de Kamer heeft geschreven dat “*NS minimaal de vermogenskosten van vreemd vermogen en eigen vermogen terug [dient] te verdienen*”. Daarbij verwijst de Minister naar “*het vereiste normrendement op eigen vermogen van 7%*”. Dit is nodig “[v]oor waardebehoud en om toekomstige investeringen mogelijk te maken”.⁴⁵⁶ Ook het Investeringsmanual schrijft voor dat NS het normrendement van haar aandeelhouder moet halen. NS doet dit ook daadwerkelijk door dit normrendement volledig te betrekken in de berekening van haar vermogenskostenvoet (zie paragraaf 8.3.1).
- 469** Voorts laat het feit dat in de meeste rooiprijzaken vermogenskosten niet worden genoemd als onderdeel van de vermijdbare kosten, onverlet dat vermogenskosten daarvan deel kunnen uitmaken.⁴⁵⁷ Vermogenskosten zijn overigens voor de ondergrens van het rooiprijzenkader pas relevant als deze vermijdbaar zijn. Dit is het geval als de dominante onderneming binnen de tijdshorizon van de periode waarin de misbruikelijke prijs wordt gehanteerd, moet investeren in bedrijfsmiddelen (activa). Dit is in veel zaken niet aan de orde. Bovendien lagen in andere rooiprijzaken de gemiddelde vermijdbare kosten al boven de prijs zonder dat vermogenskosten werden meegerekend.

⁴⁵⁴ Zie bijvoorbeeld de beschikking van de Europese Commissie van 4 juli 2007 in de zaak *Wanadoo España/Telefónica* (COMP/38.784), punt 329 (margin squeeze); en haar beschikkingen van 8 mei 2012 in de zaak *Ciudad de la Luz* (SA.22668), punt 76, en 23 november 2015 in de zaak *Paks-kerncentrale* (SA.38454), punt 51 (toepassing van het *market economy investor principle* op mogelijke staatssteun; zie ook Mededeling van de Commissie betreffende het begrip ‘staatssteun’ in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU (PbEU 2016, C 262/01), punt 102).

⁴⁵⁵ Hieraan doet niet af dat sommige concurrenten van NS publieke aandeelhouders hebben. Een voorbeeld is Arriva, die indirect de Duitse Staat als aandeelhouder heeft. Dit geldt immers niet voor alle concurrenten van NS.

⁴⁵⁶ Bron 216, p. 1.

⁴⁵⁷ Zie de staatssteunzaken in voetnoot 454.

- 470** Alles overwegende is daarom de norm in het Rapport voor het bepalen van een roofprijs, namelijk een IRR die lager is dan de WACC, een juiste norm. Deze norm komt overeen met de norm voor het bepalen van verlies in zowel de beschikkingspraktijk als in het Investeringsmanual. Deze norm was verder kenbaar voor NS toen zij haar bod indiende. Dit blijkt bijvoorbeeld uit een intern document van 3 februari 2014 in het kader van de aanbesteding van de TAG-concessie. NS wijst daarin op het risico dat, bij een IRR die lager is dan de WACC, de verliezende inschrijver zou kunnen stellen dat NS haar dominante marktpositie misbruikt door onder de kostprijs aan te bieden.⁴⁵⁸
- 471** Over het verwijt dat de ACM op de stoel van de onderneming gaat zitten, overweegt de ACM het volgende. Een roofprijsbeoordeling in een ex ante-context, zoals bij een aanbesteding, brengt met zich mee dat onzekerheden een rol spelen. Een onderneming moet immers haar verwachte kosten en opbrengsten bepalen in een situatie van onzekerheid, waarbij er niet één evident juiste inschatting bestaat. Dat betekent echter niet dat een onderneming met een economische machtspositie aan een roofprijsoordeel kan ontkomen door een onrealistische business case op te stellen, waarin de IRR ogenschijnlijk hoger is dan de WACC. Een dergelijke business case kan worden geconstrueerd door de aannames voor verwachte opbrengsten en kosten positiever te maken dan realistisch is.⁴⁵⁹ Bij de beoordeling van het bod gaat de ACM daarom in eerste instantie uit van de door NS zelf verwachte kosten en opbrengsten. NS moet immers kunnen nagaan of een “even efficiënte concurrent” door haar bod van de markt wordt uitgesloten (zie randnummer 91). Wanneer de onderneming zich evenwel niet (langer) houdt aan deze verplichting tot het hanteren van realistische veronderstellingen, verliest de eigen beoordeling van een bieding zijn waarde en kunnen dreigende verliezen worden gemaskeerd. Om te beoordelen of van een dergelijke situatie sprake is dient de ACM de inschatting die NS maakt ook zelf te beoordelen. Als de bevindingen daar aanleiding toe geven, moet de ACM voorts zelf een inschatting maken van de kosten en opbrengsten die wel gerechtvaardigd zijn en waar noodzakelijk de business case aanpassen. De ACM blijft in dat geval zo dicht mogelijk bij de berekeningen die de onderneming zelf heeft gemaakt (zie paragraaf 8.3.5).
- 472** De ACM heeft de relevantie overwogen van de strategische belangen. Deze kunnen echter, ook volgens NS zelf, niet worden gekwantificeerd. Het is daarom niet mogelijk om dergelijke belangen mee te nemen bij de beoordeling of er sprake is van verlies. Dit wordt ook niet gedaan in andere roofprijszaken. Wel overweegt de ACM in paragraaf 8.3.7 of sprake is van een objectieve rechtvaardiging voor het bod, waardoor deze niet als misbruik geldt.

8.2.4 Intentie en terugverdienmogelijkheid

- 473** NS betoogt in haar zienswijze dat een lage prijs op zichzelf onvoldoende is om een roofprijs vast te stellen. Ook als de prijs lager is dan de AAC (of de gemiddelde variabele kosten) is het nodig dat de dominante onderneming met die prijs de concurrentie wil schaden. Het moet gaan om een objectieve intentie die door de ACM moet worden aangetoond aan de hand van een reeks serieuze en overeenstemmende aanwijzingen.⁴⁶⁰ NS stelt verder dat, hoewel het voor het vaststellen van een roofprijs geen juridisch vereiste is de terugverdienmogelijkheid (*recoupment*) aan te tonen, dit wel van belang is, ook volgens de Richtsnoeren artikel 102. Dit houdt in dat de ACM de ratio van het hanteren van de roofprijs moet aantonen door te onderzoeken hoe de dominante onderneming het

⁴⁵⁸ Bron 26, p. 8-9.

⁴⁵⁹ Zie ook de verklaring van [medewerker] van Abellio Nederland (randnummer 229). Zie verder het Investeringsmanual, dat stelt dat “een business case volledig afhankelijk [is] van de aannames die daarbij gemaakt worden” en dat moet worden uitgegaan van “de meest realistische verwachte aannames” (bron 59, p. 20). De COR noemt eveneens het belang van “realistische veronderstellingen” (randnummer 271).

⁴⁶⁰ Zienswijze NS, randnummers 273-278.

geleden verlies (het offer) terug kan verdienen. Indien die terugverdienmogelijkheid niet bestaat, zullen afnemers en consumenten geen schade lijden. Dit is volgens NS zeker in deze zaak belangrijk, aangezien de concessievoorwaarden het NS onmogelijk maken een eerdere lage prijs op een later moment te compenseren.⁴⁶¹

- 474** Het is volgens vaste jurisprudentie voor het vaststellen van een roofprijs niet nodig om de intentie van de dominante onderneming aan te tonen als de prijs lager ligt dan de vermijdbare kosten (zie randnummer 438), zoals in deze zaak het geval is. Ook is het, zoals NS erkent, niet nodig om de terugverdienmogelijkheid aan te tonen.⁴⁶² Wel laat de ACM in hoofdstuk 7 zien dat NS door het winnen van de Limburgse Concessie de kans wilde verkleinen dat haar positie op het HRN onder druk zou komen te staan en concurrenten konden meedingen naar (delen van) het HRN.

8.3 Beoordeling van de bieding van NS

- 475** De ACM stelt hierna vast of de verwachte opbrengsten van het bod lager zijn dan de verwachte vermijdbare kosten (AAC). Paragraaf 8.3.1 behandelt de hoogte van de vermogenskosten (WACC) van NS. Paragraaf 8.3.2 tot en met 8.3.6 gaan in op het rendement (IRR) van het bod van NS aan de hand van de gehanteerde aannames. De ACM beoordeelt of en in hoeverre deze realistisch of juist zijn en daardoor het rendement hoger laten lijken dan daadwerkelijk het geval is. Paragraaf 8.3.7 behandelt door NS opgebrachte 'contra-indicaties' en objectieve rechtvaardigingen. Ten slotte concludeert paragraaf 8.4 dat de IRR van het bod van NS lager is dan de WACC (en de NCW van het bod negatief is). NS heeft een verlieslatend bod gedaan en daarmee een roofprijs gehanteerd en misbruik gemaakt van haar economische machtspositie.

8.3.1 Vermogenskosten (WACC) van NS

- 476** Paragraaf 8.2.3 beschrijft het belang van de vermogenskosten. Deze vermogenskosten bestaan uit kosten voor eigen vermogen en voor vreemd vermogen, en komen tot uitdrukking in de WACC. Kort voor het indienen van het bod op de Limburgse Concessie past NS haar WACC aan.⁴⁶³ NS berekent haar WACC op [vertrouwelijk]% en rondt dit af naar een normrendement van [vertrouwelijk]%. Zoals beschreven in paragraaf 7.2 tot en met 7.6, hanteert NS bij haar eigen besluitvorming over het bod steeds als norm of het bod een IRR opleverde die minimaal gelijk is aan dit normrendement van [vertrouwelijk]%.
477 In deze paragraaf beoordeelt de ACM in hoeverre de door NS gehanteerde WACC realistisch is. Relevant voor deze beoordeling is primair de vraag of NS de WACC niet te hoog heeft vastgesteld. De vraag of NS de WACC te laag zou hebben vastgesteld is minder relevant voor de beoordeling in deze zaak. Immers, als de ACM een verlies vaststelt bij het door NS gehanteerde niveau van de WACC, geldt dat evenzeer bij een WACC die in werkelijkheid hoger zou moeten zijn.

Rapport

- 478** Het Rapport stelt vast dat NS de WACC van [vertrouwelijk]% niet te hoog heeft vastgesteld. Ten eerste hanteert NS de zeer gebruikelijke CAPM-methodiek (zie randnummer 237). Ook de verdere berekening van de WACC is in lijn met de staande praktijk. Ten tweede heeft NS de WACC in

⁴⁶¹ Zienswijze NS, randnummers 242-247.

⁴⁶² Zie randnummer 442. Het Hof laat de mogelijkheid open dat de Europese Commissie de terugverdienmogelijkheid als relevant kan beschouwen om uit te sluiten dat de onderneming met een machtspositie andere economische motieven had dan uitschakeling van haar concurrenten (*TeliaSonera Sverige* (voetnoot 77), r.o. 111). Het zou dan bijvoorbeeld kunnen gaan om een tijdelijke lage prijs voor een nieuw product. Van dergelijke mogelijke andere motieven is in deze zaak echter niet gebleken (zie ook paragraaf 8.3.7).

⁴⁶³ Zie paragraaf 7.1.2.

augustus 2014, enkele maanden voor het indienen van het bod, verlaagd van [vertrouwelijk]% naar [vertrouwelijk]%. Een expliciete afweging hierbij is de wens van NS om competitief te kunnen bieden, waarbij de gekozen WACC marktconform dient te zijn. Hiertoe voert NS een uitgebreide analyse uit, die bekrachtigd is door de auditcommissie (zie paragraaf 7.1.2). Het Rapport leidt hieruit af dat NS zich terdege ervan vergewist heeft dat haar WACC niet te hoog uitvalt. In de analyse van augustus 2014 wijst niets erop dat een nog verdere verlaging van de vermogenskosten in de rede ligt.

- 479** Het Rapport constateert ook dat de WACC van [vertrouwelijk]% binnen NS [vertrouwelijk] werd gehanteerd, met [vertrouwelijk] een mogelijkheid tot verhoging voor risicovolle projecten middels een risico-opslag (zie randnummers 251). Voor de bieding op Limburg geldt dat de WACC van [vertrouwelijk]% naar oordeel van de eigen financiële afdeling van NS ontoereikend is (zie randnummer 368). Het Rapport is daarom van oordeel dat voor de bedrijfseconomische beoordeling van deze bieding ten minste de WACC van [vertrouwelijk]% gehanteerd moet worden. Het Rapport neemt daarbij ook in aanmerking dat [vertrouwelijk]. Een lagere rendementseis voor deze investering dan de WACC van [vertrouwelijk]% zou daarom leiden tot een overschatting van de NCW van het bod. Een neerwaartse aanpassing van deze WACC zou alleen in theorie mogelijk zijn als de bieding op de Limburgse Concessie een relatief laag risicoprofiel zou hebben. Volgens de eigen interne beoordeling van het bod is echter het tegendeel het geval (zie bijvoorbeeld randnummers 318, 330, 353 en 390).
- 480** Het Rapport heeft bij wijze van benchmark de WACC van NS vergeleken met de WACC van de concurrenten van NS in de Limburgse aanbesteding. Veolia heeft desgevraagd aangegeven dat zij een WACC van [vertrouwelijk] (na belastingen) heeft gebruikt voor haar bod.⁴⁶⁴ Dit is in lijn met de analyse van NS dat een WACC van ten minste [vertrouwelijk]% (na belastingen) noodzakelijk is voor een bod op de Limburgse Concessie. Daarnaast heeft Arriva aan de ACM gemeld dat zij een WACC van [vertrouwelijk] (na belastingen) heeft gehanteerd.⁴⁶⁵ Arriva gebruikt [vertrouwelijk]. Dit is in lijn met de analyse van NS [vertrouwelijk]. Het Rapport concludeert dat de WACC-cijfers van de concurrenten van NS daarom geen aanwijzing opleveren dat NS haar WACC te hoog heeft vastgesteld.

Zienswijze NS

- 481** NS stelt dat het Rapport de WACC niet objectief vaststelt.⁴⁶⁶ Het Rapport sluit slechts eenvoudigweg aan bij de door NS zelf gehanteerde WACC van [vertrouwelijk]%, zonder te onderbouwen dat dit een reële marktconforme WACC is. Wat de eigen-vermogencomponent van de WACC betreft, ging NS uit van een marktrisicopremie van [vertrouwelijk]%, maar is er alle reden om aan te nemen dat een lagere marktrisicopremie adequater is. Zo stelt de ACM in 2013 voor de drinkwaterleidingsector een marktrisicopremie vast van [vertrouwelijk]%. Bovendien was het gemiddelde gerealiseerde rendement op eigen vermogen van NS over de laatste zes jaar [vertrouwelijk]%, terwijl NS uitging van een vereist rendement van 7%. Daarnaast volgt een lagere WACC ook uit een aanpassing van de *gearing* (percentage van het vreemd vermogen ten opzichte van het totaal vermogen) van de huidige [vertrouwelijk] naar [vertrouwelijk]. Een dergelijke aanpassing is volgens NS reëel omdat de ACM over het algemeen voor gereguleerde sectoren een hogere *gearing* hanteert dan [vertrouwelijk]. Bij een volgens NS reële marktrisicopremie van [vertrouwelijk]% en een *gearing* van [vertrouwelijk], daalt de WACC naar [vertrouwelijk]%. Dit is volgens NS in overeenstemming met de manier waarop de ACM in gereguleerde sectoren zelf de WACC bepaalt.

⁴⁶⁴ Bron 263, p. 10 en bron 243, p. 3.

⁴⁶⁵ Bron 245, p. 2.

⁴⁶⁶ Zienswijze NS, paragraaf 9.6, en bijlage 5 (rapport RBB), paragraaf 4.4.

- 482** Verder stelt NS dat het Rapport niet onderzoekt of de intern gehanteerde WACC [vertrouwelijk] ook een reële marktconforme WACC was in het kader van de specifieke investering in Limburg. Volgens NS had de projectspecifieke WACC ook lager kunnen uitvallen.
- 483** NS meent ook dat in ieder geval niet de afgeronde WACC van [vertrouwelijk]% had mogen worden gebruikt, maar ten hoogste de niet-afgeronde WACC van [vertrouwelijk]%.⁴⁶⁷
- 484** Ten slotte wijst NS erop dat de ACM de WACC's van Arriva en Veolia als vertrouwelijk heeft aangemerkt. Deze zijn daardoor voor haar niet kenbaar en zij kan daardoor niet controleren of de ACM een juiste conclusie verbindt aan deze WACC's. De ACM mag zich volgens NS niet ten nadele van NS baseren op gegevens die zij als vertrouwelijk heeft aangemerkt.⁴⁶⁷

Beoordeling ACM

- 485** De ACM is van oordeel dat de WACC die NS onafgerond heeft vastgesteld op [vertrouwelijk]%, een juiste weergave is van de vermogenskosten van NS voor haar bod op de Limburgse Concessie. De ACM overweegt daartoe als volgt.
- 486** Paragraaf 7.1.2 geeft weer hoe NS in augustus 2014 haar WACC vaststelt. Dit gebeurt slechts enkele maanden voor het indienen van het bod op 3 november 2014. Deze WACC is dus gebaseerd op gegevens die op dat moment actueel zijn. NS heeft daarbij onder meer als doel gehad een “marktconforme vermogenskostenvoet” te hanteren met het oog op het kunnen doen van competitieve biedingen (randnummer 250). In redelijkheid kan ervan worden uitgegaan dat NS toen haar vermogenskosten inderdaad op een juiste, marktconforme manier heeft vastgesteld. De ACM gaat daarom uit van de WACC van NS zelf (in lijn met de benadering bij aannames in de business case, zoals beschreven in randnummer 471).
- 487** NS wijst in haar zienswijze op enkele specifieke componenten van de WACC-berekening. Anders dan NS suggereert, ziet de ACM niet in dat het feit dat NS een lager rendement heeft behaald op haar eigen vermogen, betekent dat de marktrisicopremie op een andere manier moet worden bepaald dan NS heeft gedaan. Een dergelijke handelswijze zou niet in lijn zijn met de CAPM-methodiek. Deze methodiek gaat uit van een berekening van het rendement op eigen vermogen op basis van het risicoprofiel van de betreffende sector (β) en het gemiddeld rendement op de marktportefeuille minus de risicovrije rente (de marktrisicopremie). Het werkelijke rendement van de onderneming in het verleden speelt daarbij geen rol. NS heeft voor het bepalen van haar WACC van [vertrouwelijk]% zowel de β als de marktrisicopremie vastgesteld in overeenstemming met de CAPM-methodiek. Ook wat betreft de *gearing* ziet de ACM geen aanleiding om af te wijken van de door NS zelf gebruikte *gearing* van [vertrouwelijk], die is gebaseerd op [vertrouwelijk] (randnummers 247 en 248).
- 488** De ACM ziet geen aanleiding om, zoals NS suggereert, zelf de voor NS geldende WACC te berekenen volgens de methode die de ACM toepast bij haar reguleringstaken. In deze zaak gaat het om het vaststellen van de vermogenskosten van NS om te bepalen of zij een verlieslatend bod heeft gedaan en daarmee een roofprijs heeft gehanteerd. Deze vermogenskosten zijn immers een onderdeel van de AAC in deze zaak. De WACC zoals deze door NS zelf is berekend, is tot stand gekomen volgens algemeen aanvaarde bedrijfseconomische principes en is daarom geschikt om bij de beoordeling van uit te gaan.

⁴⁶⁷ Aanvullende zienswijze NS (28 oktober 2016), p. 2-3.

- 489 Het hanteren van de eigen vermogenskostenvoet van NS ligt ook in de rede omdat een prijs misbruikelijk is als deze het onmogelijk maakt te concurreren voor een concurrent die even efficiënt is als de dominante onderneming (de *as efficient competitor*-test). Hierbij wordt uitgegaan van het eigen kostenniveau van de dominante onderneming. De reden daarvan is onder meer dat de dominante onderneming op die manier zelf kan vaststellen hoe zij moet handelen om misbruik en daardoor overtreding van artikel 24 Mw te voorkomen. Als de ACM een WACC zou hanteren die zij zelf vaststelt en die voor de onderneming niet van tevoren kenbaar is, zou dat afbreuk doen aan de rechtszekerheid van de onderneming. Dat zou anders kunnen zijn als blijkt dat de dominante onderneming zelf haar WACC niet op een marktconforme manier heeft vastgesteld, maar zoals hierboven vastgesteld is dat in deze zaak niet aan de orde.
- 490 De ACM deelt niet de mening van NS dat [vertrouwelijk] de projectspecifieke WACC van het bod lager kan uitvallen. Volgens de RvB en RvC van NS moet bij het vaststellen van de WACC een risico-opslag worden overwogen voor investeringen met een relatief hoog risicoprofiel (zie randnummers 249 en 251). De ACM stelt vast dat [vertrouwelijk]. Uit de interne documenten van NS blijkt voorts dat het bod juist grote risico's kent.⁴⁶⁸ De ACM concludeert daarom dat er geen reden is de WACC voor de Limburgse Concessie lager vast te stellen [vertrouwelijk]. Op grond van het voorgaande is juist veel eerder reden voor het hanteren van een risico-opslag.
- 491 Voor wat betreft de stelling dat de ACM in ieder geval niet mag uitgaan van de afgeronde WACC van [vertrouwelijk]% het volgende. NS maakte deze afronding om tot haar normrendement op geïnvesteerd vermogen te komen. In de interne stukken van NS wordt dit normrendement soms ook aangeduid als WACC. Voordat NS in augustus 2014 haar WACC aanpaste, hanteerde NS ook een afronding van haar berekende WACC-cijfers om tot het normrendement te komen.⁴⁶⁹ De ACM is van oordeel dat de exacte WACC die NS berekende, beter haar vermogenskosten weergeeft dan haar afgeronde WACC. Deze afgeronde WACC vormt weliswaar de interne rendementseis van NS, maar vormt geen precieze weerslag van haar vermogenskosten. Anders dan in het Rapport hanteert de ACM bij haar beoordeling van het bod niet de afgeronde WACC van [vertrouwelijk]% maar de onafgeronde WACC van [vertrouwelijk]%.
- 492 Ten slotte klaagt NS over de vertrouwelijkheid van de WACC-cijfers van haar concurrenten Veolia en Arriva. Het Rapport stelt op basis van een vergelijking met de WACC van NS vast dat deze cijfers geen aanwijzing opleveren dat NS haar WACC te hoog heeft vastgesteld. Weliswaar kan NS vanwege deze vertrouwelijkheid niet controleren of deze vaststelling klopt, maar deze vergelijking is geen dragend onderdeel van de conclusie over de WACC in deze zaak. Deze conclusie is gebaseerd, zoals hierboven uiteengezet, op het feit dat NS haar WACC zelf kort voor het indienen van het bod op een marktconforme manier heeft vastgesteld.
- 493 Gelet op het voorgaande concludeert de ACM dat de juiste WACC in dit kader [vertrouwelijk]% is.

8.3.2 Verwachte uitkomst bod NS (*mean case* en *base case*)

- 494 NS heeft voor haar bod een business case opgesteld die nagenoeg uitsluitend ziet op *toekomstige* kosten en opbrengsten. Dat betekent dat NS voor haar bod op de Limburgse Concessie

⁴⁶⁸ Zo spreekt CpC in haar adviezen aan de ExCo en de RvC over "*relatief veel onzekerheden en risico's*" en adviseert zij daarom aan de ExCo een verhoging van de WACC middels een risico-opslag te overwegen (paragrafen 7.3.2, 7.3.3 en 7.5). Ook de ExCo stelt vast dat het bod risicovol is "*met meer downside dan upside potential*" (randnummer 351), evenals het bestuur van Abellio Nederland, dat spreekt over "*een hoog risicoprofiel*" (randnummer 390).

⁴⁶⁹ Zo hanteerde NS tussen 2011 en augustus 2014 een normrendement van [vertrouwelijk]%, terwijl de WACC in die periode schommelde tussen [vertrouwelijk]% en [vertrouwelijk]% (bron 267, bijlage 2, bijlage 1).

voorspellingen moet doen voor de concessieduur van vijftien jaar (2016-2031). Veel van die kosten en opbrengsten zijn met relatief grote zekerheid in te schatten. Daarbij valt te denken aan concrete offertes voor bijvoorbeeld de kosten voor treinmaterieel. Ook de jaarlijkse exploitatiebijdrage van de provincie Limburg van circa 55 miljoen euro staat vrijwel vast. Voor andere parameters moet NS echter meer onzekere aannames hanteren. Heel belangrijk zijn in dit verband de inschattingen van de reizigersopbrengsten, waar de ACM verder op ingaat in paragraaf 8.3.5.

- 495** Het uitgangspunt voor elke investeerder is dat de aannames voor een bod zo realistisch mogelijk zijn. Dit geldt ook voor NS, zoals hierboven vermeld (randnummer 471). Te optimistische aannames leiden tot een overschatting van de IRR, waardoor een investeerder er mogelijk ten onrechte vanuit gaat dat een investering een positieve waarde (NCW) heeft. Andersom leiden te pessimistische aannames tot een onderschatting van de IRR, waardoor een investeerder mogelijk ten onrechte uitgaat van een investering met een negatieve waarde.
- 496** Om de risico's van haar bod in te schatten heeft NS niet alleen de *base case* van het bod vastgesteld, maar ook een *mean case*. De *base case* bestaat uit de kosten en opbrengsten die NS verwacht te realiseren bij de uitvoering van de concessie. Deze *base case* is het uitgangspunt bij de besluitvorming over het bod. De *mean case* is de uitkomst van een risicoanalyse die NS uitvoert en die in haar interne documenten veelal de '[vertrouwelijk]-analyse' wordt genoemd naar de software die hiervoor wordt gebruikt.⁴⁷⁰ De *mean case* is de gemiddelde, verwachte uitkomst die volgt uit deze risicoanalyse (de term '*mean*' staat voor 'gemiddeld'). De *mean case* is daarmee geen concrete case, maar een berekende verwachte waarde van een groot aantal cases.
- 497** In deze paragraaf overweegt de ACM of zij moet uitgaan van de *base case* of de *mean case* van het bod voor haar vaststelling of NS een verlieslatend bod heeft gedaan.

Rapport

- 498** Het Rapport stelt vast dat binnen NS grote twijfels bestaan over de waarde van de *base case*. In het behandelingsvoorstel voor de ExCo wijst Abellio Holding erop dat uit de risicoanalyse "*blijkt dat het reëel is te veronderstellen dat een negatieve afwijking van de base-case zich voordoet*" (randnummer 309). Dit leidt volgens Abellio Holding tot additionele verliezen en mogelijk zelfs tot een verlieslatend contract voor de Limburgse Concessie. Ook [lid management NS Stations] geeft al vooraf aan de ExCo-vergadering van 29 september 2014 zijn kritiek op de lange lijst met risico's voor het bod. Hij verwijst daarbij naar deze constatering van Abellio Holding (randnummer 314).
- 499** De uitkomst van de risicoanalyse is dat er [vertrouwelijk]% kans is dat Abellio Nederland met haar bod een lagere IRR behaalt dan volgens de *base case*. NS berekent dat de IRR, inclusief groepseffecten, in de *mean case* van haar bod op [vertrouwelijk]% uitkomt vergeleken met de IRR van [vertrouwelijk]% in de *base case* (in de *silver run* van het bod, zie randnummer 327).⁴⁷¹
- 500** Het Rapport gaat voor de beoordeling niet uit van de *base case* maar van de *mean case*, aangezien deze volgens het Rapport een meer realistische inschatting biedt van de onderliggende business case.

⁴⁷⁰ De analyse gebeurt middels [vertrouwelijk] (bron 106, bijlage 2).

⁴⁷¹ Voor de *gold run* voert NS geen nieuwe risicoanalyse uit en berekent NS dus ook geen nieuwe *mean case*. In de *gold run* is de IRR van de *base case* [vertrouwelijk]%. De ACM heeft NS gevraagd of aangenomen kan worden dat de *mean case* van de *gold run* navenant is gedaald naar [vertrouwelijk]%, maar volgens NS is dat niet te zeggen omdat voor die berekening de risicoinschatting mogelijk moet worden aangepast (bron 267, p. 9).

Zienswijze NS

- 501 NS stelt dat het Rapport geen gedetailleerd onderzoek bevat naar de precieze rol van de *mean case* en de wijze waarop deze tot stand is gekomen.⁴⁷² Aangezien de ACM volgens NS niet heeft aangetoond dat de *mean case* realistischer of waarschijnlijker is dan de *base case*, kan de ACM zonder verder onderzoek niet van de *mean case* uitgaan. NS voert hiervoor het volgende aan:
- De functie die de [vertrouwelijk]-methode heeft in de besluitvorming rond investeringsbeslissingen staat niet expliciet beschreven in het Investeringsmanual. Uit interviews die PwC hield met NS-medewerkers voor het opstellen van de zienswijze blijkt dat NS de [vertrouwelijk]-methode met name gebruikt om financiële effecten van risico's en kansen in kaart te brengen, niet om de waarschijnlijkheid van (aannames van) een business case in te schatten. Uit het feit dat de *base case* relatief veel risico's bevat, kan niet de conclusie worden getrokken dat de *mean case* een meer waarschijnlijk scenario bevat.
 - De [vertrouwelijk]-methode houdt geen rekening met de mogelijkheid om risicomitigerende maatregelen te nemen. In de *mean case* is dan ook weliswaar gekwantificeerd wat het effect is als een risico zich voordoet, maar is geen rekening gehouden met de mogelijkheid dat NS op die risico's kan inspelen.
 - De ACM gaat voorbij aan het feit dat een *base case* gekenmerkt wordt door een bredere functie dan enkel de weergave van het 'meest waarschijnlijke scenario' bij de financiële analyse van investeringsvoorstellen. Een *base case* heeft ook een normstellende en disciplinerende functie.
 - De [vertrouwelijk]-analyse is weliswaar meer dynamisch dan het statische model waarop de *base case* is gebaseerd, maar daar staat tegenover dat de *base case* fijnmaziger is doordat deze uitgaat van aannames op een lager subniveau. Niet gezegd kan worden dat de [vertrouwelijk]-analyse meer betrouwbare informatie oplevert. Het is een andere, aanvullende wijze om naar de business case te kijken.

Beoordeling ACM

- 502 De ACM aanvaardt de zienswijze van NS op dit punt. Bedragen in een *base case* zijn concreet ingeschat en worden binnen een onderneming taakstellend opgelegd aan de verantwoordelijke managers, waardoor de *base case*, zoals NS in haar zienswijze stelt, een normstellende en disciplinerende functie heeft. De *mean case*-analyse is daarentegen een vorm van [vertrouwelijk]. In de bedrijfseconomische literatuur is aangegeven dat dit een nadere analyse is met het doel het investeringsvoorstel nader te analyseren op risico's.⁴⁷³
- 503 Voor de vaststelling of het bod verlieslatend was, gaat de ACM daarom uit van de *base case* van het bod van NS op de Limburgse Concessie. Dit laat onverlet dat de ACM in deze paragraaf 8.3 onderdelen van de *base case* beoordeelt op juistheid, volledigheid en risico's (zie ook randnummer 471).

8.3.3 Aanvullend rendement NedTrain

- 504 NS gaat voor haar bod op de Limburgse Concessie in zowel de *silver run* als de *gold run* uit van een aanvullend rendement van NedTrain vanwege de onderhoudswerkzaamheden die zij zou uitvoeren voor Abellio Nederland. Door dit groepseffect is de IRR van het bod voor NS als geheel [vertrouwelijk]% hoger dan de IRR van het bod voor alleen Abellio Nederland. In een memo over de *silver run* van het bod licht CpC toe hoe dit aanvullende rendement is berekend (randnummer 309).

⁴⁷² Zienswijze NS, paragraaf 9.5.2, en bijlage 5 (rapport PwC), paragraaf 3.5.

⁴⁷³ Zie bijvoorbeeld Richard A. Brealey, Stewart C. Myers en Franklin Allen, *Principles of Corporate Finance*, 2016 (12e druk), hoofdstuk 10 (*Project Analysis*) [vertrouwelijk].

Het bestaat uit het verschil tussen enerzijds de prijs die NedTrain voor het onderhoud in rekening zou brengen bij Abellio Nederland en anderzijds de kosten van dit onderhoud voor NedTrain. De IRR-bijdrage van [vertrouwelijk]% van NedTrain was op zijn best indicatief voor NS.⁴⁷⁴

- 505** Hierna beoordeelt de ACM of NS terecht het aanvullend rendement van NedTrain van [vertrouwelijk]% heeft meegerekend.

Rapport

- 506** Het Rapport stelt dat NS het rendement van NedTrain niet had mogen toerekenen aan haar bod. Het Rapport geeft hiervoor twee redenen. Ten eerste was het ten tijde van de indiening van het bod waarschijnlijk dat Abellio Nederland het onderhoud bij voorkeur niet door NedTrain wilde laten uitvoeren, maar door [vertrouwelijk], een externe onderneming. In dat geval haalt NedTrain geen rendement. Het Rapport noemt verschillende aanwijzingen hiervoor. Zo verwerkt Abellio Nederland onderhoudstarieven uit de offerte van [vertrouwelijk] in de *gold run* van de business case, waardoor de NCW met circa [vertrouwelijk] euro verbetert vergeleken met de tarieven van NedTrain (zie randnummer 388). NS heeft uiteindelijk ook daadwerkelijk voor [vertrouwelijk] gekozen.⁴⁷⁵
- 507** Het Rapport wijst verder op het bestuursbesluit van Abellio Nederland van 30 oktober 2014 (zie randnummers 386). Hoewel volgens dit besluit in het basisscenario de nieuwe treinen zullen worden onderhouden door NedTrain, stelt het ook vast dat nog geen definitieve keuze is gemaakt maar wel de offerte van [vertrouwelijk] is gehanteerd voor het beprijzen van het onderhoud. Het besluit stelt daarnaast de verwachting vast dat ook [vertrouwelijk] een aandeel in het onderhoud zal hebben. Daar zijn ook andere redenen voor dan de lagere tarieven van [vertrouwelijk]. [vertrouwelijk]. Bovendien heeft volgens [lid directie Abellio Holding] onderhoud bij [vertrouwelijk] grote voordelen, omdat [vertrouwelijk] (zie randnummer 383).
- 508** Gezien de waarschijnlijke keuze voor [vertrouwelijk] voor het onderhoud ten tijde van de indiening van het bod, had NS niet de onderhoudsopbrengsten van NedTrain mogen toerekenen aan haar bod. Er is een foutieve dubbeltelling ontstaan, doordat enerzijds het inboeken van de prijzen van [vertrouwelijk] een verbeterde NCW van circa [vertrouwelijk] euro oplevert en anderzijds NS tevens uitgaat van een aanvullend rendement van NedTrain van [vertrouwelijk]% in de IRR. Beide kunnen niet tegelijkertijd waar zijn.⁴⁷⁶
- 509** Als tweede reden dat NS het NedTrain-rendement buiten beschouwing had moeten laten, noemt het Rapport dat het reëel was te veronderstellen dat NedTrain een vergelijkbaar rendement zou behalen als een concurrent de Limburgse Concessie had gewonnen. Dit blijkt uit twee documenten waarin wordt aangegeven dat er een goede mogelijkheid was dat NedTrain ook onderhoud zou kunnen uitvoeren voor de treinen van concurrenten in Limburg (zie randnummers 289 en 342). Aangezien de opbrengsten van NedTrain daarom niet het gevolg zijn van een beslissing van NS om een bod te

⁴⁷⁴ Dit rendement ging uit van onderhoud voor alle 44 elektrische treinen en zeven dieseltreinen van Abellio Nederland in Limburg. Op dat moment was bij NS echter reeds duidelijk dat Abellio Nederland een iets andere mix van treinmaterieel zou inzetten.

⁴⁷⁵ Dit blijkt uit een e-mail van [medewerker Abellio Nederland] van 10 maart 2015 (nadat NS de aanbesteding had gewonnen) (bron 262, bijlage 3). Deze bevestigt ook dat in oktober 2014 in de business case is gerekend met de offertes van [vertrouwelijk], met uitzondering van zeven Lint-dieseltreinen. NS heeft dit tegenover de ACM bevestigd (bron 262, p.4-5).

⁴⁷⁶ Een uitzondering zijn de [vertrouwelijk]-treinen die NS volgens de interne e-mail van 10 maart 2015 uiteindelijk wel door NedTrain zou laten onderhouden. Dit betreft echter slechts een klein deel van treinen die voor de Limburgse Concessie nodig zijn. Het additionele rendement van het onderhoud van deze zeven treinen is daarom naar verwachting zeer gering en in termen van de IRR niet merkbaar.

doen, zijn zij niet incrementeel. NS had deze opbrengsten daarom niet mogen meerekenen. Zo heeft NS ook de opbrengsten van NS Reizigers en NS Stations bewust niet meegerekend mede omdat de diensten van deze bedrijfsonderdelen aan alle biedende partijen zijn aangeboden (randnummer 288). Ook het Investeringsmanual schrijft voor dat alleen incrementele opbrengsten in aanmerking mogen worden genomen bij het beoordelen van een bod (randnummer 228).

Zienswijze NS

- 510** NS stelt in haar zienswijze dat het Rapport niet de vereiste onderbouwing geeft voor het niet meerekenen van het aanvullend rendement van NedTrain.⁴⁷⁷ Wat de eerste reden uit het Rapport betreft wijst NS erop dat uit haar interne documenten blijkt dat ten tijde van het indienen van het bod Abellio Nederland nog geen definitieve keuze had gemaakt om het onderhoud bij [vertrouwelijk] onder te brengen. NS leidt uit interviews met NS-medewerkers (gehouden met het oog op het opstellen van de zienswijze) af dat op dat moment de onderhandelingen over onderhoudskosten nog niet waren afgerond, maar dat NS wel verwachtte dat de uiteindelijke kosten dichter zouden liggen bij de offerte die [vertrouwelijk] had ingediend. Dit ligt in lijn met de opmerking in het bestuursbesluit van Abellio Nederland van 30 oktober 2014 dat de prijzen van [vertrouwelijk] en NedTrain op een vergelijkbaar niveau lagen. De keuze voor [vertrouwelijk] in de business case was volgens NS dus enkel indicatief voor de kosten.
- 511** Wat de tweede reden in het Rapport betreft, stelt NS dat voor de vaststelling of kasstromen incrementeel zijn, het voldoende is dat sprake is van causale samenhang tussen deze kasstromen en de investering. Hieraan is voldaan, omdat de opbrengsten van NedTrain worden gerealiseerd doordat NS de concessie wint. De ACM lijkt een engere interpretatie te hanteren van het begrip ‘incrementeel’, namelijk dat er een soort exclusief causaal verband moet zijn waarbij IRR-berekeningen moeten worden gecorrigeerd voor opbrengsten die worden gerealiseerd in geval van verlies of niet-inschrijven. Dit legt echter volgens NS de lat te hoog, vindt geen steun in bedrijfseconomische of ‘mededingingseconomische’ bronnen en volgt niet uit het Investeringsmanual. Verder stelt NS dat het ten tijde van het indienen van het bod onduidelijk was of NedTrain het onderhoud ook zou verrichten als een concurrent de concessie won. De ACM baseert haar argument dat dit wel zou gebeuren op documenten die louter refereren aan een mogelijkheid.

Beoordeling ACM

- 512** Bij de bespreking van de *silver run* van het bod in de ExCo-vergadering op 29 september 2014 en in de RvC-vergadering op 8 oktober 2014 gaat NS er nog van uit dat het onderhoud wordt uitgevoerd door NedTrain (randnummers 309 en 371). Zoals uiteengezet hierboven (randnummers 506-507), zijn er echter verschillende aanwijzingen dat NS hierna in de *gold run* uitgaat van onderhoud door [vertrouwelijk]. Weliswaar kiest NS ten tijde van het indienen van het bod nog niet definitief voor [vertrouwelijk], maar het feit dat NS in haar modellering uitgaat van de tarieven van [vertrouwelijk] vormt een sterke aanwijzing dat dit de meest waarschijnlijke uitkomst is. De capaciteitsproblemen die Abellio Nederland bij NedTrain constateert, dragen hieraan bij. Abellio Nederland verwacht bovendien dat [vertrouwelijk] in ieder geval een deel van het onderhoud zal verrichten. NS heeft uiteindelijk ook daadwerkelijk voor [vertrouwelijk] gekozen.
- 513** De ACM overweegt verder dat volgens de zienswijze van NS de uiteindelijke onderhoudskosten dichter bij de offerte van [vertrouwelijk] liggen. Dit impliceert dat de NedTrain-opbrengsten waarop NS ten tijde van de *silver run* het aanvullend rendement van NedTrain baseert, lager zullen uitvallen. Het kostenvoordeel waar NS in de *gold run* mee rekent door uit te gaan van de offerte van

⁴⁷⁷ Zienswijze NS, randnummers 313-320 en bijlage 5 (rapport PwC), paragraaf 3.3.

[vertrouwelijk], bedraagt circa [vertrouwelijk] euro. Dit verschilt niet veel van het aanvullend rendement van NedTrain van circa [vertrouwelijk] euro in de *silver run*.⁴⁷⁸ Dit betekent dat, zelfs als NS er uiteindelijk voor had gekozen het onderhoud door NedTrain te laten verrichten, het aanvullend rendement aanzienlijk lager zou zijn dan het rendement waar NS in haar business case mee rekent.

- 514** De ACM concludeert daarom dat NS in de *gold run* – de finale versie van de business case – niet kon uitgaan van zowel de tarieven van [vertrouwelijk] als het volledige aanvullende rendement van NedTrain ter grootte van [vertrouwelijk]% IRR. Dat is een dubbeltelling. Zelfs in het onwaarschijnlijke geval dat NedTrain het onderhoud zou verrichten, zou het aanvullende rendement aanzienlijk lager zijn dan [vertrouwelijk]%.⁴⁷⁹
- 515** De ACM concludeert daarom dat NS ten onrechte het aanvullend rendement van NedTrain heeft meegenomen in haar bod. De werkelijke IRR ligt daarom ongeveer [vertrouwelijk]% onder de IRR waar NS zelf van uitging.⁴⁸⁰

8.3.4 Aanvullend rendement door fiscaal voordeel NSFSC

- 516** NS gaat voor haar bod uit van een aanvullend rendement door de inzet van haar Ierse dochter NSFSC van [vertrouwelijk]%. CpC licht toe dat dit voortkomt uit het belastingvoordeel dat NS realiseert door treinen voor Limburg te leasen via NSFSC (randnummer 287). Volgens CpC zou, zonder dit aanvullend rendement, de IRR van het bod lager zijn dan de WACC (randnummers 401 en 404). NS rekent dit rendement mee ondanks het feit dat, kort voor het indienen van het bod, het Ministerie van Financiën telefonisch aan NS meldt dat zij NSFSC niet meer mag inzetten voor haar activiteiten. Na verdere discussie met het Ministerie en nadat NS de Limburgse Concessie heeft gewonnen, staat het Ministerie de inzet van NSFSC voor deze concessie uiteindelijk toch toe.
- 517** In deze paragraaf overweegt de ACM of NS het aanvullend rendement van het fiscale voordeel van NSFSC van [vertrouwelijk]% in haar IRR heeft kunnen mee rekenen.
- Rapport**
- 518** Het Rapport stelt dat NS dit fiscale voordeel niet had mogen meerekenen, aangezien zij ten tijde van het indienen van haar bod geen reden had om aan te nemen dat zij NSFSC daadwerkelijk kon inzetten voor de Limburgse Concessie. Het Rapport wijst erop dat CpC al bij het vaststellen van haar advies voor de ExCo-vergadering van 29 september 2014 de inzet van NSFSC als risicovol zag vanwege de lopende discussies met het Ministerie van Financiën hierover (randnummer 321).
- 519** Het Rapport stelt dat in de loop van 2014 NS al regelmatig contact heeft met het Ministerie over de vraag of zij NSFSC nog mag gebruiken in haar bedrijfsvoering. Begin oktober 2014 blijkt het voor het Ministerie lastig te liggen dat NS mogelijk NSFSC zal inzetten voor de Limburgse Concessie. Verder waarschuwt [lid bestuur NS] op 23 oktober 2014, naar aanleiding van een aangekondigd boekenonderzoek naar NSFSC door de Belastingdienst, voor het gevaar dat het Ministerie deze inzet verbiedt. Ten slotte meldt het Ministerie op 29 oktober 2014 telefonisch aan NS dat het gebruik van NSFSC over de hele linie dient te worden afgebouwd, waarbij zij de Limburgse Concessie niet

⁴⁷⁸ Bron 102.

⁴⁷⁹ Als het rendement [vertrouwelijk] euro zou zijn geweest (namelijk het oorspronkelijk rendement van [vertrouwelijk] euro verminderd met het kostenvoordeel van de [vertrouwelijk]-tarieven van [vertrouwelijk] euro), dan impliceert dat een IRR-bijdrage van ongeveer [vertrouwelijk]% in plaats van de IRR-bijdrage van [vertrouwelijk]% waar NS van uitging.

⁴⁸⁰ Aangezien dit oordeel gebaseerd is op de eerste reden van het Rapport, komt de ACM niet toe aan de beoordeling van de zienswijze van NS over de tweede reden die in het Rapport wordt genoemd (betreffende de incrementaliteit van het rendement).

als uitzondering noemt. Het Rapport wijst ook op bedenkingen van CpC-medewerkers bij het doorzetten van de NSFSC-inzet als gevolg hiervan. Dit is weergegeven in paragraaf 7.6.2.

- 520** Volgens het Rapport is daarom bij het indienen van het bod op 3 november 2014 het gebruik van NSFSC te onzeker om het belastingvoordeel daarvan mee te nemen in de *base case* van het bod. De meest realistische aanname is op dat moment dat NSFSC niet mag worden ingezet. Daaraan doet volgens het Rapport niet af dat het Ministerie uiteindelijk de inzet van NSFSC voor de Limburgse Concessie alsnog goedkeurt (zie paragraaf 7.7.2), omdat NS daarvan niet kon uitgaan toen zij haar bod indiende.

Zienswijze NS

- 521** In haar zienswijze stelt NS dat het ten tijde van het indienen van het bod weliswaar onduidelijk was of zij NSFSC zou mogen inzetten, maar dat zij dit wel aannemelijk achtte. Volgens NS heeft zij immers op 1 oktober 2014 het Ministerie van Financiën op de hoogte gebracht van haar voorgenomen bod, inclusief de significante besparing die de inzet van NSFSC zou opleveren, en heeft het Ministerie formeel ingestemd met het bod.⁴⁸¹ Factoren waarover onzekerheid bestaat, zoals de inzet van NSFSC, kunnen volgens NS wel degelijk worden meegenomen in het basisscenario van een business case als zij, zoals in dit geval, realistisch en aannemelijk zijn. Bovendien bestond er geen juridische basis voor het Ministerie van Financiën om eenzijdig de staking van de inzet van NSFSC aan NS op te leggen. Hierdoor liepen de discussies met het Ministerie lang en werden er regelmatig posities uitgewisseld, waarvan het telefonisch bericht van 29 oktober 2014 niet meer dan een voorbeeld is. NS heeft altijd een gerechtvaardigd vertrouwen gehad dat het Ministerie het bod, inclusief de inzet van NSFSC, zou goedkeuren.⁴⁸²

Beoordeling ACM

- 522** Met het meenemen in haar rendementsberekening van het belastingvoordeel van het gebruik van NSFSC, nam NS bewust een aanzienlijk risico. Dat past in het algemene patroon dat de interne besluitvorming bij de totstandkoming van het bod laat zien. Voor een goed beeld van de context van de zaak acht de ACM het van belang dit weer te geven. Voor de beoordeling van het bod in het specifieke kader van de rooiprijs, komt de ACM, anders dan het Rapport, tot de slotsom dat NS het belastingvoordeel van het gebruik van NSFSC wel kon meenemen in haar rendementsberekening. De ACM overweegt daartoe het volgende.
- 523** [Lid bestuur NS] heeft tegen de ACM verklaard dat naar zijn mening het risico dat NSFSC niet ingezet kon worden voor de concessie voldoende was gemitigeerd. Dit was het geval omdat NS, mede om dit risico af te dekken, transparant was tegen het Ministerie van Financiën over het belang van de inzet van NSFSC voor haar bod, en omdat het Ministerie hier geen bezwaar tegen had gemaakt. Hij verwachtte dat het voor het Ministerie "*heel moeilijk*" zou zijn geweest om daar later op terug te komen en schatte daarom het risico dat NSFSC niet ingezet kon worden, laag in (randnummer 425).
- 524** Zoals blijkt in paragraaf 7.7.2, zet NS de discussie met het Ministerie over de inzet van NSFSC nog enkele maanden voort nadat het Ministerie op 29 oktober 2014 telefonisch mededeelt dat NS NSFSC niet meer mag gebruiken. NS refereert in die discussie onder meer aan het belang van een gelijk speelveld bij aanbestedingen, waarbij de concurrenten van NS dergelijke belastingconstructies wel kunnen gebruiken (zoals in Limburg). Kort nadat de Provincie Limburg bekend maakt dat NS de

⁴⁸¹ NS wijst op het Jaarverslag Beheer Staatsdeelnemingen 2014 van het Ministerie van Financiën, p. 25. NS had formeel geen goedkeuring van het Ministerie nodig.

⁴⁸² Zienswijze NS, randnummers 321-327 en bijlage 5 (rapport PwC), paragraaf 3.4.

concessie wint, is de uitkomst van deze discussie dat het Ministerie accepteert dat NS voor de Limburgse Concessie NSFSC mocht inzetten conform haar bod, “*omdat deze concessie reeds aan NS is gegund*” (randnummer 422).

- 525** Hieruit blijkt dat het telefoonbericht van 29 oktober 2014 inderdaad, in de woorden van [lid bestuur NS], deel uitmaakte van “*een ongoing debat*” dat “*nog lang niet [is] afgerond*”.⁴⁸³ Het Ministerie is er vanaf begin oktober 2014 van op de hoogte dat voor het bod op de Limburgse Concessie de inzet van NSFSC belangrijk is en kiest ervoor geen bezwaar te maken tegen deze inzet, evenmin wanneer het Ministerie kort voor het indienen van het bod aan NS meldt het gebruik van NSFSC te willen stoppen. Het Ministerie legt zich enkele maanden later expliciet neer bij het gebruik van NSFSC voor de Limburgse Concessie. Zij was toen voor een voldongen feit gesteld, omdat NS inmiddels de concessie had gewonnen met een bod waarin NSFSC in de business case was meegenomen.
- 526** De ACM concludeert dat NS daarom het belastingvoordeel van de inzet van NSFSC in redelijkheid heeft kunnen meenemen in haar rendementsberekening.

8.3.5 Prognose van reizigersopbrengsten

- 527** De opbrengsten van de Limburgse Concessie bestaan, naast de exploitatiebijdrage van de Provincie, bijna volledig uit opbrengsten van de verkoop van vervoerbewijzen aan reizigers. Deze reizigersopbrengsten vormen ongeveer twee derde van de totale inkomsten van de concessie (zie randnummer 291). De prijs van vervoerbewijzen wordt door de Provincie vastgesteld (zie paragraaf 4.3), maar de vervoerder kan de reizigersopbrengsten beïnvloeden door meer of minder reizigers te trekken door middel van bijvoorbeeld het aantal ingezette treinen en bussen, aansluitingen en reiscomfort. De inschatting van de reizigersopbrengsten is van belang voor de winkansen van het bod. Indien een inschrijver voor zichzelf hoge reizigersopbrengsten voorspelt, wordt diens business case positiever en kan hij meer kosten dragen in zijn bod. Een inschrijver kan dan ‘scherper’ inschrijven, bijvoorbeeld door een hogere frequentie van bus- en treinverbindingen te bieden.
- 528** De ACM beschrijft in paragraaf 7.2.3 hoe NS de groeioprognose van de reizigersopbrengsten heeft bepaald. NS gaat in haar bod uit van een hoge groei: in totaal [vertrouwelijk]% voor treinvervoer en [vertrouwelijk]% voor busvervoer gedurende de looptijd van de concessie (exclusief de opbrengsten van de studenten-OV-kaart). NS heeft ook een gevoeligheidsanalyse uitgevoerd voor de reizigersopbrengsten, waarin zij twee stresstesten heeft toegepast met een lagere groei (randnummers 328). Binnen NS is meerdere keren gewaarschuwd dat de business case zeer gevoelig is voor veranderingen in reizigersopbrengsten en dat de IRR al lager ligt dan de WACC als de opbrengstengroei iets lager is dan verwacht.⁴⁸⁴ Toch is NS voor haar bod uitgegaan van de hoge groeioprognose.
- 529** In deze paragraaf overweegt de ACM of NS van deze hoge prognose mocht uitgaan bij de bepaling van haar bod.
- Rapport**
- 530** Het Rapport stelt vast dat de prognose van de reizigersopbrengsten een wezenlijke onderbouwing mist. De prognose is grotendeels gebaseerd op een *expert opinion* van één lid van het

⁴⁸³ Bron 259, p. 65.

⁴⁸⁴ Zo schrijven [lid bestuur NS] en [lid management NS Stations] dat de resultaten van de business case vooral worden gedreven door de groei in reizigersopbrengsten. Verder stellen [lid directie Abellio Nederland] en CpC vast dat de IRR van het bod zeer gevoelig is voor dit onderdeel van de business case (randnummers 291 en 312).

biedingsteam, die volgens de vervoerkundige binnen het team een vage inschatting op basis van “onderbuikgevoel” betreft (zie randnummer 295). Weliswaar heeft NS in antwoord op vragen van de ACM verwezen naar twee interne documenten met factoren die in de prognose een rol hebben gespeeld,⁴⁸⁵ maar het Rapport constateert dat NS geen door feiten onderbouwde berekeningen aan haar prognose ten grondslag heeft gelegd. NS verwijst naar groei door decentralisatie, zoals eerder in andere concessies is gerealiseerd, maar negeert volgens het Rapport dat het grootste deel van de verbindingen van de Limburgse Concessie al in 2005 is gedecentraliseerd.

- 531** Het Rapport wijst er verder op dat NS uitgaat van een opbrengstengroei die aanzienlijk hoger is dan de door haar concurrenten verwachte groei, namelijk [vertrouwelijk].⁴⁸⁶ Dit geldt specifiek ook voor de groei die volgens Veolia het effect zou zijn van [vertrouwelijk].⁴⁸⁷ Arriva prognosticeert een cumulatieve reizigersgroei van [vertrouwelijk].⁴⁸⁸ Veolia gaat uit van een cumulatieve reizigersgroei van [vertrouwelijk].⁴⁸⁹ Zelfs de zwaarste stresstest van NS gaat nog uit van een aanzienlijk hogere reizigersprognose dan de basisscenario's van Arriva en Veolia. Het Rapport illustreert dit middels Figuur 6 hieronder. Zo rekent NS in haar zwaarste stresstest nog met een cumulatieve reizigersgroei voor treinvervoer met ruim [vertrouwelijk]% en een cumulatieve reizigersgroei voor busvervoer van ruim [vertrouwelijk]%.⁴⁹⁰

Figuur 6: Reizigersprognoses NS, Arriva en Veolia

[vertrouwelijk]

Berekening van de ACM.⁴⁹⁰

- 532** Het Rapport stelt vast dat binnen NS veel vraagtekens worden geplaatst bij de zeer hoge groeicijfers. Zo wijst een CpC-medewerker op de “enorme trendbreuk” tussen de historische groei en de toekomstige groei voor zowel trein- als busvervoer (randnummer 312). Ook waarschuwt hij dat de EBIT-marge vanaf 2023 “onwaarschijnlijk hoog” is, mede door de continue stijging van de reizigersopbrengsten. Vervolgens plaatst [lid bestuur NS] vergelijkbare vraagtekens bij de prognose van de reizigersopbrengsten (randnummer 311). Hij constateert dat de resultaten van de gehele business case vooral gedreven worden door de groei van de reizigersopbrengsten. Hij vindt het essentieel om in het behandelingsvoorstel voor de ExCo duidelijk te maken wat de achterliggende aannames zijn voor zo'n hoge groei in een regio als Limburg, die minder hard lijkt te groeien. Hij vindt het ook belangrijk die aannames te vergelijken met historische cijfers op het HRN. De toelichting die Abellio Holding vervolgens in het behandelingsvoorstel geeft, is echter zeer summier en algemeen (randnummer 316).
- 533** Het Rapport wijst er verder op dat [lid management NS Stations] in de aanloop naar de ExCo-vergadering van 29 september 2014 constateert dat de business case erg gevoelig is voor eventuele tegenvallers in de reizigersopbrengsten (randnummer 314). [Lid directie Abellio Nederland] verwijst in zijn reactie daarop opnieuw vooral naar groeicijfers van concurrenten bij decentralisaties in het verleden. Hij stelt ook dat de aannames voor de omzetgroei zijn gevalideerd door *revenue*-specialisten van Qbuzz en Abellio Holding. In reactie op vragen hierover van de ACM,

⁴⁸⁵ Bron 267, bijlage 4 en 7.

⁴⁸⁶ Reële omzet (prijspeil 2014), voor trein en bus samen en exclusief opbrengsten van de studenten-OV-chipkaart.

⁴⁸⁷ Bron 263, p. 9.

⁴⁸⁸ Bron 242, bijlage 3, slides 7 en 8.

⁴⁸⁹ Bron 241, bijlage 7.

⁴⁹⁰ Reële omzet (prijspeil 2014) voor trein en bus samen en exclusief studenten-OV-kaart. Bron 179, bijlage 1.1 (prognose NS; stresstesten zoals beschreven in randnummers 328 en 329) en bronnen genoemd in randnummer 531 (prognoses Veolia en Arriva).

heeft NS echter erkend dat medewerkers van CpC noch Abellio Holding of [vertrouwelijk] de onderliggende aannames hebben beoordeeld (randnummer 294). Zij hebben zich alleen gericht op de risicoanalyses, waaronder de stresstesten.

- 534** Op basis van het bovenstaande concludeert het Rapport dat de prognose van de reizigersopbrengsten door NS geen nadere onderbouwing kent en niet realistisch is. De stresstesten van NS, die uitgaan van een iets minder optimistische reizigersgroei, zijn daarom meer realistische scenario's, hoewel het zeer wel mogelijk is dat de uiteindelijke reizigersopbrengsten nog (aanzienlijk) lager uitvallen. Het Rapport stelt daarom vast dat de stresstest die gedurende de looptijd van de concessie de meeste opbrengsten voorspelt (het [vertrouwelijk]-scenario), een meer realistische (maar nog steeds hoge) voorspelling van de reizigersgroei betreft. Het Rapport gaat daarom uit van dit lagere groeiscenario en corrigeert op die basis de IRR.

Zienswijze NS

- 535** NS stelt in haar zienswijze dat zij verschillende kwalitatieve argumenten heeft geformuleerd die wijzen op de groei van de reizigersopbrengsten.⁴⁹¹ Dit betreft zestien factoren, gevat in vier parameters: populatie, verbetering reissnelheid, marketing en infrastructurele wijzigingen. De vertaling van de kwalitatieve argumenten naar het kwantitatieve model is vooral gebaseerd op [vertrouwelijk] en daarnaast op een studie van [vertrouwelijk] en groeicijfers die andere vervoerders in het verleden hebben behaald op gedecentraliseerde concessies. Voor deze vier parameters schat het bidingsteam vervolgens de effecten op de reizigersgroei. NS is van mening dat de waarde van [vertrouwelijk] bij die schattingen als zodanig niet onderschat moet worden.
- 536** Volgens NS is de vraag naar een realistische verwachting van reizigersgroei vooral met empirisch onderzoek te beantwoorden. In dat kader merkt NS op dat de geprognosticeerde groeipercentages niet sterk afwijken van de behaalde groei bij andere geliberaliseerde concessies. Zo blijkt bijvoorbeeld dat Arriva in de periode 1995-2006 in het Verenigd Koninkrijk een reizigersgroei van 45% heeft doorgemaakt en in de periode 1996-2006 in Duitsland een reizigersgroei van 43%.⁴⁹²
- 537** NS stelt dat een belangrijk argument van het Rapport is dat Veolia en Arriva met lagere groeiverwachtingen werken. Volgens NS is dat echter geen bewijs dat de prognoses van NS onrealistisch zijn, maar vooral bewijs dat andere vervoerders een andere inschatting hadden, gebaseerd op hun eigen specifieke plannen voor het uitvoeren van de concessie.
- 538** NS constateert dat het Rapport geen eigen onderzoek bevat naar de te verwachten reizigersopbrengsten. Om een correctie op de reizigersopbrengsten te kunnen maken is dat wel nodig. Dit onderzoek had zich bijvoorbeeld kunnen richten op ervaringen uit het verleden over de verwachte impact van een nieuwe vervoerder op een regionale concessie, de inzet van verbeterd materieel of de impact van het versoepelen van de reisbeleving door betere informatievoorziening en intermodale vervoersmogelijkheden. Aangezien de ACM geen eigen onderzoek heeft uitgevoerd, kan haar stelling dat NS de reizigersopbrengsten te hoog en niet realistisch heeft geschat, geen stand houden. NS is tot slot van mening dat het kwalificeren van mogelijke inschattingfouten door ondernemingen als bewijs voor een rooftprijs lijkt af te wijken van de gebruikelijke terughoudendheid ten aanzien van het vaststellen van een rooftprijs.

⁴⁹¹ Zienswijze NS, randnummers 328-330 en bijlage 5 (rapport PwC), paragraaf 3.6.

⁴⁹² NS verwijst daarvoor naar het rapport Liberalisation and competition in the European regional rail market van Arriva van juni 2013.

Beoordeling ACM

- 539** De ACM is van oordeel dat, zoals het Rapport stelt en hieronder verder is toegelicht, NS haar prognose voor de groei in reizigersopbrengsten onvoldoende heeft onderbouwd, zeker gezien het feit dat de geprognosticeerde groei in historisch perspectief zeer hoog is. Bij een hoge groeivoorspelling mag een gedegen onderbouwing worden verwacht. Dat geldt te meer als het rendement van het bod erg gevoelig is voor wijzigingen in de groei, en een iets lagere groei al tot een rendement onder de WACC leidt. Verschillende medewerkers en bestuurders waren, zoals hierboven is aangegeven, kritisch over de groeiprognose, maar toch heeft NS in haar bod de groeiprognose niet gematigd of verder onderbouwd.
- 540** Zoals beschreven in paragraaf 7.2.3 en ook aangegeven hierboven, heeft de ACM niet kunnen achterhalen hoe de groeiprognose precies is berekend. De prognose wordt bepaald door vier parameters, waarvan voor het treinvervoer de parameter 'marketing' vrijwel volledig de groei bepaalt en voor het busvervoer een combinatie van deze parameter met de parameter 'verbetering reissnelheid'. De ACM heeft geen kwantitatieve onderbouwing aangetroffen van de groei die door deze parameters ontstaat, en NS heeft deze ook niet kunnen verschaffen. NS heeft desgevraagd als onderbouwing slechts kunnen wijzen op enkele algemene factoren.⁴⁹³
- 541** Om de groei door de parameter 'marketing' te verklaren wijst NS erop dat zij het voor reizigers aangenamer zou maken om met trein en bus te reizen. Hoewel dit enige reizigersgroei aan het begin van de concessieduur zou kunnen verklaren, is echter niet duidelijk hoe dit kan leiden tot een groei van [vertrouwelijk]% van het aantal treinreizigers in elk van drie opvolgende jaren (2017, 2018 en 2019). Bovendien is niet duidelijk hoe dit hierna leidt tot een voortdurende reizigersgroei van [vertrouwelijk]% per jaar tot het einde van de concessie. NS heeft weliswaar gewezen op de continue marketinguitgaven die NS voor de concessie had gepland, maar zij had ten tijde van haar bod hooguit beperkt zicht op de marketingstrategie en de timing van specifieke marketingacties.
- 542** NS wijst als onderbouwing ook op reizigersgroei die in andere concessies werd behaald na decentralisatie (zie randnummer 301). Dat kan echter niet worden vergeleken met de situatie in Limburg, omdat het overgrote deel van de Limburgse Concessie al in 2005 is gedecentraliseerd. In Limburg worden slechts de twee voormalige HRN-lijnen voor het eerst gedecentraliseerd. Deze vertegenwoordigen ongeveer [vertrouwelijk]% van de totale treinopbrengsten bij het begin van de concessie.⁴⁹⁴ Het is niet realistisch dat bij een concessie die voor het overgrote deel al eerder werd aanbesteed, in de volgende concessieperiode opnieuw een even hoge groei optreedt als bij concessies die voor het eerst worden aanbesteed. In haar zienswijze verwijst NS verder naar de gerealiseerde reizigersgroei van Arriva in het buitenland, maar het is niet duidelijk of deze buitenlandse concessies vergelijkbaar zijn (zoals NS ook zelf opmerkt⁴⁹⁵). Bovendien ging het daar opnieuw om reizigersgroei in een periode waarin voor het eerst sprake was van openbare aanbesteding.
- 543** Voor de parameter 'verbetering reissnelheid', waar NS een aanzienlijk deel van de groei in het aantal reizigers per bus aan toeschrijft, heeft zij in het geheel geen onderbouwing kunnen geven. Toch is deze parameter goed voor een reizigersgroei per bus van [vertrouwelijk]% in 2017, [vertrouwelijk]% in zowel 2018 als 2019, en structureel [vertrouwelijk]% per jaar daarna.

⁴⁹³ NS wijst erop dat het verantwoordelijke lid van het biedingsteam niet meer bij NS werkzaam is, maar kwantitatieve onderbouwingen zijn ook niet bij andere leden van het biedingsteam en in e-mailwisselingen aangetroffen. Dit zou wel verwacht worden als dergelijke kwantitatieve onderbouwingen zijn gemaakt.

⁴⁹⁴ Bron 157, werkblad 'Trein', cellen E85-E89; cijfers 2013.

⁴⁹⁵ Zienswijze NS, bijlage 5 (rapport PwC), p. 23.

- 544** NS noemt in haar zienswijze ook een studie van [vertrouwelijk] als onderbouwing. Deze betrof populatiegroei in Limburg. Deze parameter is echter van minimaal belang in de prognose en leidt juist tot een daling van de reizigersopbrengsten (zie randnummer 297).
- 545** Naast de onvoldoende onderbouwing van de groeiprognose, wijst het Rapport ook op de significant lagere groeiprognoses van Arriva en Veolia. Anders dan NS stelt in haar zienswijze, meent de ACM dat deze wel een indicatie vormen voor het oordeel dat de groeiprognose van NS niet realistisch was. De groeiprognoses van Arriva en Veolia zijn weliswaar gebaseerd op hun specifieke biedingen, wat een zeker verschil kan verklaren. Het verschil tussen de groeiprognose van NS enerzijds en die van zowel Arriva als Veolia anderzijds is echter dermate groot dat het niet aannemelijk is dat die alleen kan worden verklaard door verschillen in de kwaliteit van het geboden vervoer.
- 546** Om bovenstaande redenen concludeert de ACM dat de prognose van de groei in reizigersopbrengsten van NS niet realistisch is. Ook de *expert opinion* die volgens NS een rol speelt bij de inschatting van toekomstige opbrengsten, moet onderbouwd zijn. Dat geldt zeker gezien het belang van de prognose voor het rendement van de bieding en de hoogte van de groeicijfers, waar ook binnen NS kritiek op was en die aanzienlijk hoger waren dan de prognose van de concurrenten van NS.
- 547** In overeenstemming met het uitgangspunt in randnummer 471 gaat de ACM voor haar beoordeling van het bod daarom uit van een meer realistische inschatting van de reizigersopbrengsten, namelijk de stresstesten die NS zelf heeft uitgevoerd. De ACM gaat uit van de stresstest die ten opzichte van de business case het kleinste verschil in verwachte opbrengsten inhoudt, zodat de ACM voorzichtigheidshalve relatief dicht bij de business case blijft. Dit is het [vertrouwelijk]-scenario, waarin de groei van de opbrengsten jaarlijks [vertrouwelijk]% lager is dan waar NS van uit ging. Op basis van deze prognose acht de ACM het bod meer realistisch, hoewel ook bij deze prognose de groeicijfers nog relatief hoog zijn (zeker in de beginjaren van de concessie), zodat de daadwerkelijke groei alsnog lager kan uitvallen.
- 548** Bij toepassing van het [vertrouwelijk]-scenario, is de IRR van het bod [vertrouwelijk]% lager.⁴⁹⁶ Aan het eind van dit hoofdstuk gaat de ACM na wat dit betekent voor de vraag of bij de bieding sprake is geweest van misbruik door NS.

8.3.6 Correcties voor niet-incrementele kosten en aanvullende rendementen

- 549** NS heeft in haar zienswijze gewezen op enkele kostenposten in de business case voor haar bod die niet gelden als incrementele kosten en dus niet voor de beoordeling van het bod meegenomen moeten worden (zoals al kort aangeduid in paragraaf 8.2.2). NS heeft ook enkele mogelijke aanvullende rendementen genoemd die volgens haar juist wel meegenomen moeten worden. Deze punten worden niet in het Rapport genoemd. In deze paragraaf beoordeelt de ACM deze punten.

Zienswijze NS

- 550** Volgens NS heeft een aantal kostenposten in de business case een gedeeltelijk vast of verzonken karakter. Deze kosten zijn niet vermijdbaar en hadden daarom volgens NS niet in de business case opgenomen mogen worden. Zij moeten dan ook buiten beschouwing worden gelaten voor de beoordeling door de ACM. Het rendement van NS op de Limburgse Concessie lag hierdoor in

⁴⁹⁶ Bron 106, bijlage 2 (verschil tussen [vertrouwelijk]% IRR onder 1 en [vertrouwelijk]% IRR onder 5). Het Rapport noemt een kleinere verlaging van de IRR (met [vertrouwelijk]%), aangezien het Rapport uitgaat van de *mean case* in plaats van de *base case* (zie paragraaf 8.3.2).

werkelijkheid hoger dan waar NS in haar business case – en ook de beoordeling in het Rapport – van uitging.

551 Het betreft de volgende posten:⁴⁹⁷

- Doorbelaste kosten hoofdkantoor: deze kostenpost betreft een doorrekening van overheadkosten voor ondersteuning van de Limburgse Concessie door het servicekantoor van Abellio/Qbuzz in Amersfoort. De post is begroot op [vertrouwelijk]% van de verwachte opbrengsten per jaar. Het gaat hier niet, of op zijn minst niet volledig, om verwachte *additionele* kosten voor het hoofdkantoor. NS gaat er daarom vanuit dat [vertrouwelijk]% van deze kostenpost niet-incrementeel is. Volgens NS verbetert de IRR dan met [vertrouwelijk]%.
- App: deze kostenpost betreft een deel van de kosten voor de ontwikkeling van een app die NS-breed ingezet ging worden. De post is begroot op [vertrouwelijk] euro per jaar. Limburg zou voor deze app als proeftuin fungeren, waarna de app landelijk ingezet zou worden. NS stelt dat de kosten betrekking hebben op een onderhoudsbijdrage en vooral een doorbelasting betreffen. Het gaat niet om een inschatting van additionele kosten van aanvullende functionaliteiten die specifiek voor de Limburgse Concessie zijn bedoeld. Daarom schat NS [vertrouwelijk]% van deze kostenpost als niet-incrementeel. Hierdoor verbetert de IRR met [vertrouwelijk]%.
- *Non-recurring costs*: een deel van deze kostenpost betreft een toerekening voor toelatings- of homologatiekosten van treinen die NS wil inzetten op de concessie. NS sluit niet uit dat deze kosten mogelijk een (deels) verzonken karakter hebben, namelijk als deze ook al waren meegerekend bij de TAG-concessie die NS reeds gewonnen had, of als er nog andere bestellingen waren van treinen die op het HRN zouden worden ingezet (dan zouden de toelatingskosten worden gedeeld). NS heeft echter geen duidelijkheid kunnen krijgen over dit punt en heeft het daarom niet gekwantificeerd.

552 NS stelt verder dat, naast de groepseffecten die NS zelf bij de totstandkoming van haar bod heeft onderkend, nog een aantal andere groepscorrecties relevant is voor een goed begrip van de business case op groepsniveau. Het betreft:⁴⁹⁸

- Modelling van koop- versus lease-variant: NS heeft voor de verkrijging van het rollend materieel twee businessmodellen uitgewerkt, één op basis van koop en één op basis van lease van het materieel. De IRR van de lease-variant is veel hoger: [vertrouwelijk]% vergeleken met [vertrouwelijk]% in de koop-variant (zonder overige groepseffecten). NS is in haar business case uitgegaan van de koop-variant als een conservatieve benadering, ook al was de intentie om het materieel te leasen. De ACM moet hier volgens NS rekening mee houden.
- Commerciële marge bij NSFSC: NS stelt dat de inzet van NSFSC niet alleen een fiscaal voordeel betekent (wat NS heeft meegenomen in de IRR van haar bod, zoals hierboven besproken), maar dat NSFSC ook een commerciële marge behaalt op de lease van treinen aan Abellio Limburg. NS stelt dat daarom in de lease-variant van het model deze commerciële marge dient te worden meegenomen, net zoals NS heeft gedaan voor NedTrain.
- Garantstelling: in het model is voor Abellio Limburg een kostenpost opgenomen van [vertrouwelijk] euro per jaar als vergoeding voor een garantstelling door NS Groep (aangeduid als 'TBSO'). Dit is echter een *intercompany*-transactie waarbij de kosten voor Abellio Limburg opbrengsten zijn voor NS Groep.

⁴⁹⁷ Zienswijze NS, paragraaf 9.5.1 en bijlage 5 (rapport PwC), paragraaf 3.1.

⁴⁹⁸ Zienswijze NS, paragraaf 9.5.3 en bijlage 5 (rapport PwC), paragraaf 3.2.

Beoordeling ACM

- 553** Zoals beschreven in paragraaf 8.2.2, worden in de ondergrens van het rooftprijzenkader de kosten meegerekend die worden vermeden als NS de Limburgse Concessie niet wint. Dit zijn dus alleen incrementele kosten, die voortvloeien uit de uitvoering van het project. Dit is ook wat het Investeringsmanual voorschrijft (zie randnummer 228).
- 554** NS signaleert deze correcties pas in haar zienswijze. Deze aanvullende rendementen maken geen deel uit van het investeringsvoorstel, ondanks het feit dat haar Investeringsmanual dit wel voorschrijft. Hierdoor lijken deze aanvullende rendementen onterecht te zijn weggelaten uit het investeringsvoorstel. Dit laat onverlet dat de ACM het uitgangspunt van incrementaliteit van kosten en opbrengsten zelf toepast, omdat dit overeenkomt met de beoordeling in het rooftprijzenkader. De ACM past dit hieronder toe op de specifieke posten die NS in haar zienswijze heeft genoemd.

Doorbelaste kosten hoofdkantoor

- 555** NS heeft geen ondersteunend bewijs verstrekt voor haar zienswijze dat de kostenpost 'doorbelaste kosten hoofdkantoor' grotendeels niet-incrementeel is. De ACM acht dit echter wel aannemelijk.
- 556** Naast de kostenpost 'doorbelaste kosten hoofdkantoor' heeft NS in haar business case ook specifieke kostenposten opgenomen voor huisvesting en personeel van het regiokantoor van de Limburgse Concessie in Maastricht.⁴⁹⁹ Dit kantoor wordt genoemd in de biedingsdocumenten van Abellio Limburg. Abellio Limburg belooft de Provincie Limburg dat zij voor de uitvoering van de concessie een eigen regiokantoor zal hebben in Maastricht, waar onder meer een klantenservice en een regiocentrale gevestigd zullen zijn.⁵⁰⁰ Dit betekent dat extra kosten door de concessie Limburg in het bestaande hoofdkantoor van Abellio/Qbuzz in Amersfoort waarschijnlijk beperkt zijn, en in ieder geval aanzienlijk lager dan de kostenpost die NS in haar business case heeft opgenomen ter grootte van [vertrouwelijk]% van de opbrengsten van de concessie.⁵⁰¹
- 557** NS schat dat [vertrouwelijk]% van de kostenpost 'doorbelaste kosten hoofdkantoor' uit vaste kosten bestaat. De ACM acht dit aannemelijk en is daarom van oordeel dat de kosten van de business case hiermee moeten worden verlaagd om tot een juiste kostenberekening te komen voor de vaststelling of het bod verlieslatend is. Dit resulteert in een verhoging van de IRR met [vertrouwelijk]%.⁵⁰²

App

- 558** De ACM volgt de argumentatie van NS dat, gegeven het feit dat de app landelijk wordt ingezet, uitsluitend de meerkosten als gevolg van functionaliteiten specifiek voor de Limburgse Concessie toegerekend moeten worden aan de business case. NS schat dat [vertrouwelijk]% van de kostenpost uit vaste kosten bestaat. Deze [vertrouwelijk]% van de kosten drukken dus op NS onafhankelijk of NS de Limburgse Concessie wel of niet zou uitvoeren. De ACM acht dit aannemelijk en is daarom van oordeel dat de kosten van de business case hiermee moeten worden verlaagd. Dit resulteert in een verhoging van de IRR met [vertrouwelijk]%.⁵⁰³

⁴⁹⁹ Bron 178, werkblad 'C. Huisvesting', bijvoorbeeld rijen 366, 437 en 508 ("Regiokantoor Maastricht"), en werkblad 'C. Personeel', bijvoorbeeld rij 576 ("Verkeersleiding + klantenservice").

⁵⁰⁰ Bron 167.66, bijvoorbeeld p. 40.

⁵⁰¹ Bron 178, bijvoorbeeld werkblad 'C. Financieel', rij 447 ("Doorbelaste kosten hoofdkantoor").

⁵⁰² Bron 178, werkblad 'C. Financieel', rijen 159 en 303.

⁵⁰³ Bron 178, werkblad 'C. Huisvesting', rij 1793, en werkblad 'C. Financieel', rij 1145.

Non-recurring costs

- 559** NS heeft geen duidelijkheid verschaft over de incrementaliteit van de toelatings- of homologatiekosten voor de treinen die NS wil inzetten op de Limburgse Concessie, noch over hoe een eventuele aanpassing van deze kostenpost zou doorwerken in de IRR. De ACM stelt ook vast dat NS al voor haar bod op de TAG-concessie heeft ingecalculleerd dat zij deze kosten mede aan de Limburgse Concessie kon toerekenen.⁵⁰⁴ Derhalve bestaat er een sterk causaal verband met het Limburgse bod en zijn de kosten incrementeel aan de biedingen op de TAG- en Limburgse Concessies samen. Beide aanbestedingen vinden relatief kort achter elkaar in 2014 plaats. Dit is ook een reden om de stelling van NS dat deze kosten mogelijk niet incrementeel zijn, in twijfel te trekken.
- 560** De ACM ziet daarom geen aanleiding om op dit punt de kostenpost die in de business case is opgenomen, aan te passen.

Koop- versus lease-variant en commerciële marge van NSFSC

- 561** Bij de modellering van de business case dient uitgegaan te worden van incrementele kosten, gezien vanuit het perspectief van NS Groep. NS Groep koopt materieel via NSFSC, en dit wordt vervolgens intern geleased vanuit NSFSC naar Abellio Limburg. Indien moet worden gekeken naar de effecten vanuit het perspectief van NS Groep (wat NS zelf ook bepleit), dient ook het rendement over de voor de concessie relevante investeringen te worden berekend. In de lease-variant wordt echter een groot deel van de activa (boekwaarde van het materieel) verplaatst naar NSFSC en wordt het rendement op vermogen niet meer berekend over dit deel van het vermogen bij NSFSC. Over het resterende lagere vermogen (dat dan bij Abellio blijft), neemt het rendement dan toe. Dat is echter slechts een vertekening, omdat het rendement niet over de investeringen van de groep wordt berekend. NS heeft dit zelf bij de interne besluitvorming over haar bod ook niet gedaan.
- 562** De ACM is daarom van oordeel dat het onjuist is van de lease-variant uit te gaan. Aangezien volgens NS de commerciële marge van NSFSC moet worden meegerekend in de lease-variant, en niet in de koop-variant, is voor deze commerciële marge geen aanpassing van de business case (de base case) aan de orde. Immers, deze marge is een opbrengstenpost voor NSFSC en een kostenpost voor Abellio. Dat valt voor NS Groep tegen elkaar weg.⁵⁰⁵

Garantstelling

- 563** Deze garantstelling betreft een interne verrekening van NS Groep, waarbij de kosten van de garantstelling worden doorbelast aan de business case voor de Limburgse Concessie. Het risico dat door deze garantstelling wordt gedekt, is door NS niet nader toegelicht of gekwantificeerd. De ACM is van oordeel dat bij een garantstelling de kosten voor de business case en de opbrengsten van NS Groep niet tegen elkaar weggestreept kunnen worden. Immers, de garantstelling impliceert dat sprake is van een risico (kans op een verlies). Als dit risico zich daadwerkelijk voordoet, dan impliceert dit ook daadwerkelijk een (incrementele) kostenpost die door NS Groep gedragen zal moeten worden. Om deze redenen ziet de ACM geen aanleiding om deze post uit het model te verwijderen.

Conclusie

- 564** De ACM concludeert dat voor haar beoordeling de kosten van de business case moeten worden verlaagd met een deel van de doorbelaste kosten van het hoofdkantoor en de ontwikkeling van een

⁵⁰⁴ Bron 35, p. 12.

⁵⁰⁵ Dit is anders voor het belastingvoordeel van NSFSC. Daarvoor heeft NS wel een correctie toegepast, omdat dit voor NS Groep als geheel tot een bate leidt.

app. Deze kosten zijn niet incrementeel aan de Limburgse Concessie en vallen daardoor niet binnen de AAC. De IRR van het bod van NS ligt daarom [vertrouwelijk]% hoger ([vertrouwelijk]% voor de kosten van het hoofdkantoor en [vertrouwelijk]% voor de kosten van de app).

8.3.7 Mogelijke contra-indicaties en objectieve rechtvaardigingsgronden

565 Hierboven heeft de ACM beoordeeld in hoeverre zij voor haar misbruikbeoordeling kan uitgaan van de business case die NS zelf heeft opgesteld voor haar bod op de Limburgse Concessie. Als laatste element overweegt de ACM in deze paragraaf of, zoals NS in haar zienswijze stelt, er buiten de business case aanwijzingen zijn dat NS geen roofprijs heeft gehanteerd en of een eventuele roofprijs gerechtvaardigd kan zijn.

Contra-indicaties

566 NS stelt in haar zienswijze dat de ACM sterke contra-indicaties van een roofprijs heeft genegeerd. NS noemt drie elementen. Ten eerste wijst NS op het feit dat de concessie in beginsel niet werd gegund op basis van prijs. De 'prijs' bestond uit de exploitatiebijdrage van de Provincie Limburg (maximaal 55,5 miljoen euro per jaar), die alleen kon worden aangepast als geen enkele inschrijver met die bijdrage akkoord kon gaan. De Provincie gunde daarentegen de concessie op basis van een reeks hoofdzakelijk kwalitatieve gunningscriteria. De prijs van vervoerbewijzen in de concessie lag vast (zie paragraaf 4.3). Het uitsluiten van concurrenten zou daarom volgens NS überhaupt niet mogelijk zijn geweest op basis van het enkele hanteren van een lage prijs.⁵⁰⁶

567 Zoals al aangegeven in randnummer 446, is de ACM van oordeel dat dit kenmerk van de aanbesteding er niet aan in de weg staat dat NS misbruik kan hebben gemaakt van haar economische machtspositie. NS zal verlies lijden op het uitvoeren van de concessie als de opbrengsten die zij daarmee verwacht te genereren, lager zijn dan de kosten die zij verwacht te maken. Deze analyse komt overeen met de analyse in het gebruikelijke rooftprijzenkader. Hier doet niet aan af dat NS met de andere inschrijvers concurreert op kwaliteit in plaats van prijs. Een bod met een hogere kwaliteit dat gepaard gaat met hogere kosten, heeft een lager rendement op de investering. Als dat rendement zo laag wordt dat het bod verlies oplevert, is sprake van een roofprijs en daarmee van misbruik.

568 Als tweede element noemt NS in haar zienswijze dat zij de vermeende initiële verliezen niet op termijn kon terugverdienen, noch in Limburg noch op het HRN. In Limburg liggen de prijzen van vervoersbewijzen immers vast en voor het HRN geldt hetzelfde (althans tot 2024, maar ook in de nieuwe HRN-concessie vanaf 2025 zal het Ministerie van IenM de prijzen via de concessievoorwaarden begrenzen). NS noemt als derde element dat het daarom ook niet aannemelijk is dat consumenten (de reizigers in Limburg en op het HRN) schade hebben geleden door een eventuele roofprijs. Aangezien NS niet eigenstandig de prijzen kan verhogen, zouden consumenten niet worden geconfronteerd met hogere prijzen. Ook afnemers zouden geen schade lijden; de Provincie Limburg zou juist geld besparen.⁵⁰⁷

569 De ACM overweegt dat, zoals genoemd in paragraaf 8.2.4, het volgens vaste jurisprudentie voor het vaststellen van een roofprijs niet nodig is aan te tonen dat de dominante onderneming het initiële verlies kan terugverdienen. Het is daarvoor voldoende dat de onderneming een prijs hanteert die lager is dan de gemiddelde vermijdbare kosten, waardoor zij verlies lijdt op de verkoop van elke eenheid product. Hier is dat het geval, omdat NS een bod heeft gedaan waarvan de opbrengsten zich bevinden onder de vermijdbare kosten. NS zou dus verlies hebben geleden als zij de concessie

⁵⁰⁶ Zienswijze NS, paragraaf 5.1 en randnummer 389.

⁵⁰⁷ Zienswijze NS, paragraaf 9.2.2 en randnummers 390-391.

had uitgevoerd. Bovendien ging NS zelf er wel degelijk van uit dat het bod haar voordeel zou opleveren in termen van een verkleining van de kans dat haar positie op het HRN onder druk zou komen te staan en concurrenten konden meedingen naar (delen van) het HRN (zie hoofdstuk 7).

Objectieve rechtvaardiging

- 570** De ACM heeft overwogen of, als NS een verlieslatend bod heeft gedaan, dit zou leiden tot efficiëntievoordelen die de gebruikers ten goede komen en opwegen tegen de mededingingsbeperkende effecten. Dit zou een objectieve rechtvaardigingsgrond voor eventueel misbruik kunnen zijn, mits deze voordelen zonder dit bod niet waren gerealiseerd.⁵⁰⁸ Deze voordelen zouden bijvoorbeeld kunnen bestaan uit een bijzonder aantrekkelijke dienstverlening voor de reiziger.
- 571** Het is aan de dominante onderneming om met een voldoende mate van waarschijnlijkheid en aan de hand van controleerbare gegevens aan te tonen, dat is voldaan aan de voorwaarden voor een objectieve rechtvaardiging.⁵⁰⁹ NS heeft echter niet onderbouwd dat dit het geval is. De ACM is daarom van oordeel dat er geen objectieve rechtvaardiging is voor een verlieslatend bod.

8.4 Conclusie verlieslatend bod

- 572** De ACM constateert dat NS een verlieslatend bod heeft gedaan en zo een rooiprijs heeft gehanteerd. Dit volgt uit de vergelijking van het rendement dat NS met het uitvoeren van de Limburgse Concessie zou realiseren (de IRR), met de vermogenskostenvoet van NS (de WACC). Aangezien de IRR lager is dan de WACC, betekent dit dat de verwachte opbrengsten van het bod onvoldoende zijn om de verwachte kosten goed te maken en dat de NCW negatief is.
- 573** De tabel hieronder geeft een overzicht van de aanpassingen van de business case die de ACM nodig acht om te toetsen of NS een verlieslatend bod heeft gedaan, zoals beoordeeld in paragraaf 8.3. Dit laat zien dat het bod van NS, bij een combinatie van meer realistische aannames en weglaten van niet-vermijdbare kosten, een IRR heeft van [vertrouwelijk]%. Dit is significant lager dan de WACC-norm van [vertrouwelijk]%.

⁵⁰⁸ Zienswijze NS, paragraaf 9.10. Volgens onder meer *Post Danmark I* (voetnoot 82), r.o. 40-43) en *Post Danmark II* (voetnoot 90), r.o. 47-49) is het mogelijk dat een gedraging geen misbruik vormt als deze objectief gerechtvaardigd is.

⁵⁰⁹ Dit blijkt uit deze arresten. De Commissie noemt dit ook in Richtsnoeren artikel 102, punten 30-31.

Tabel: Uitkomst bod Limburg (*gold run*)

	Effect op IRR	IRR
Gepresenteerde uitkomst bod (<i>base case</i>) (paragraaf 8.3.2)		[vertrouwelijk]%
Uitkomst bod zonder rendement NedTrain (paragraaf 8.3.3)	- [vertrouwelijk]%	[vertrouwelijk]%
Uitkomst bod op basis van meer realistisch ingeschatte reizigersopbrengsten (paragraaf 8.3.5)	- [vertrouwelijk]%	[vertrouwelijk]%
Correctie voor kosten hoofdkantoor (paragraaf 8.3.6)	+ [vertrouwelijk]%	[vertrouwelijk]%
Correctie voor kosten ontwikkeling app (paragraaf 8.3.6)	+ [vertrouwelijk]%	[vertrouwelijk]%

- 574** De vergelijking in de tabel toont dat NS het rendement van haar bod te positief heeft voorgesteld. Dit was met name het geval doordat NS uitging van een zeer sterke groei van de reizigersopbrengsten, terwijl zij dit nauwelijks onderbouwd had. Bij een meer realistische prognose ligt het rendement van het bod lager dan de vermogenskostenvoet van NS. Hierdoor heeft NS een bod gedaan waarvan de opbrengsten zich bevinden onder de vermijdbare kosten. NS zou dus verlies hebben geleden als zij de concessie had uitgevoerd.
- 575** Hier komt bij dat het bod, naar de inschatting van NS zelf, veel risico's kende, naast het risico dat de reizigersopbrengsten lager uitvallen (zie randnummer 490). Deze risico's hebben bijvoorbeeld betrekking op de kosten. Zo stelt de ExCo vast dat het bod "*meer downside dan upside potential*" heeft (randnummer 351). Hoewel deze risico's moeilijk zijn te kwantificeren en deze niet zijn meegenomen in de IRR, bestaat er dus een significante kans dat het bod nog sterker verlieslatend zou zijn. Toch heeft NS geen risico-opslag gehanteerd, hoewel dat bij een dergelijke investering met een relatief hoog risicoprofiel volgens NS zelf wel in de rede ligt (randnummer 490).
- 576** Aangezien de opbrengsten van het bod niet boven de ondergrens in de rooftprijzentoets komen, is het niet nodig vast te stellen dat NS ook de intentie had om met het verlieslatende bod haar concurrenten uit te schakelen (vgl. randnummers 100, 438 en 442). Het is evenwel uit interne documenten van NS volstrekt duidelijk dat zij de Limburgse Concessie wilde winnen om zo te voorkomen dat een concurrent in Limburg succesvolle Samenloop kon bewijzen. NS wilde hiermee de kans verkleinen dat haar positie op het HRN onder druk zou komen te staan en concurrenten konden meedingen naar (delen van) het HRN (zie hoofdstuk 7).
- 577** De ACM concludeert dat NS misbruik van economische machtspositie heeft gemaakt door een verlieslatend bod te doen en daarmee een rooftprijs te hanteren. Met dit gedrag heeft NS de concurrentie verstoord: de andere inschrijvers op de aanbesteding kregen geen eerlijke kans, omdat zij het bod van NS niet konden evenaren of overtreffen zonder zelf verlies te lijden, ook al zouden zij net zo efficiënt zijn als NS. Daarmee overtreedt NS artikel 24 Mw, evenals artikel 102 VWEU (zoals verder besproken in hoofdstuk 10).

9 Misbruik II: complex van gedragingen van NS

- 578** De ACM heeft in de voorgaande hoofdstukken vastgesteld dat de Limburgse Concessie voor NS een veel groter belang heeft dan de bedrijfseconomische waarde van de concessie op zichzelf. NS wilde de Limburgse Concessie primair winnen om, in het kader van haar strategische rationale, concurrenten geen kans te geven succesvolle Samenloop in Limburg aan te tonen.
- 579** Behalve het neerleggen van een verlieslatend bod en daarmee het hanteren van een rooftprijs verwijt het Rapport NS dat zij tijdens de aanbesteding ook op andere wijze de mededinging heeft verstoord. Het gaat om een samenstel van verschillende gedragingen, die er stuk voor stuk op gericht zijn NS, via haar dochter Abellio, te bevoordelen dan wel haar concurrenten Veolia en Arriva bij de aanbesteding te benadelen. Dit ‘complex van gedragingen’ vormt volgens het Rapport gezamenlijk misbruik van een economische machtspositie in de zin van de artikelen 24 Mw en 102 VWEU. Hoewel de zienswijze van NS aanleiding geeft het voorlopig oordeel in het Rapport op enkele punten te herzien, komt de ACM hierna tot dezelfde slotsom.
- 580** De ACM heeft in hoofdstuk 7 laten zien dat NS de Limburgse Concessie per se wilde winnen om te voorkomen dat een concurrent in Limburg succesvolle Samenloop kon bewijzen. NS wilde zo de kans verkleinen dat haar positie op het HRN onder druk zou komen te staan en concurrenten konden meedingen naar (delen van) het HRN. NS ging daarin zo ver, dat zij bereid bleek verliezen op de exploitatie van de concessie te accepteren. Het complex van gedragingen geeft uitdrukking aan hetzelfde streven.
- 581** NS erkent dat sprake is geweest van bepaalde “onregelmatigheden”, zoals reeds bleek uit eigen onderzoek,⁵¹⁰ maar stelt dat de grenzen van het mededingingsrecht door haar steeds in het oog zijn gehouden en niet zijn overschreden. ACM deelt deze conclusie niet.
- 582** De gedragingen waren zowel offensief als defensief van karakter. Deels beperkten deze gedragingen kosten en onzekerheid bij het opstellen van een business case aan de kant van NS en deels verhoogden de gedragingen de kosten en onzekerheid aan de kant van haar concurrenten. Dit kon tot uitdrukking komen in een betere score van NS op de gunningscriteria in vergelijking met de concurrentie, maar was ook los daarvan van invloed op de positie van de concurrentie.
- 583** Zo verschaftte NS haar dochter Abellio Nederland een oneigenlijke kennisvoorsprong ten opzichte van de overige inschrijvers, door:
1. op oneigenlijke wijze bedrijfsvertrouwelijke informatie van Veolia, die de lopende concessie in Limburg exploiteerde, gevraagd en ongevraagd te verkrijgen (deels door de toenmalige concessiedirecteur van Veolia via een schijnconstructie in te huren) en deze informatie te gebruiken om haar eigen bod te verbeteren;
 2. relevante informatie betreffende het HRN, die op dat moment nog niet beschikbaar was voor de andere inschrijvers, te verstrekken aan Abellio Nederland; en
 3. vertrouwelijke informatie betreffende de verzoeken van andere inschrijvers om toegang tot materieel en voorzieningen die zij nodig hadden van andere NS-dochters, door te spelen aan Abellio Nederland. Abellio kon deze informatie gebruiken en heeft deze informatie ook gebruikt bij het bepalen van haar eigen bod.

⁵¹⁰ Bron 248 (rapport van 2 november 2015 van De Brauw Blackstone Westbroek N.V.).

584 Tevens heeft NS:

- overige inschrijvers ook op achterstand gebracht door haar reactie op de genoemde toegangsverzoeken te vertragen; en
- aan overige inschrijvers een zodanig aanbod gedaan dat zij bij het uitbrengen van hun bod op de Limburgse Concessie werden gehinderd.

585 Hierna zet de ACM uiteen waarom zij de betreffende gedragingen gezamenlijk als misbruik in de zin van de artikelen 24 Mw en 102 VWEU kwalificeert.

- Paragraaf 9.1: het toepasselijke juridisch kader.
- Paragraaf 9.2: het aantrekken van een voormalig concessiedirecteur van Veolia en het delen van bedrijfsvertrouwelijke informatie met het bidteam van Abellio.
- Paragraaf 9.3: de behandeling van de toegangsverzoeken van Veolia en Arriva door NS.
- Paragraaf 9.4: de informatieverstrekking aan Abellio over de toekomstige dienstregeling HRN en reizigersopbrengsten.
- Paragraaf 9.5: de conclusie.

9.1 Juridisch kader

586 In hoofdstuk 5 beschrijft de ACM de uitgangspunten voor de toepassing van de artikelen 24 Mw en 102 VWEU in deze zaak. Voor de beoordeling van het complex van gedragingen is tevens de zaak *Orange Polska*⁵¹¹ van de Europese Commissie van belang.

9.1.1 Beschikkingenpraktijk van de Commissie: *Orange Polska*

587 In 2011 stelt de Commissie in de zaak *Orange Polska* een overtreding vast van artikel 102 VWEU. De overtreding ziet op het verlenen van toegang door Orange Polska tot haar vaste netwerk voor het aanbieden van breedband-internetdiensten. De Commissie stelt vast dat Orange Polska bij toegangsverzoeken van concurrenten verschillende handelingen verricht om de toegang tot haar netwerk voor concurrenten te bemoeilijken.⁵¹² De handelingen hebben onder meer betrekking op het stellen van onredelijke voorwaarden, vertragen van het onderhandelingsproces, beperken van de toegang tot haar netwerk en abonneelijnen en de weigering om bepaalde precieze en betrouwbare informatie te verstrekken. De Commissie benadrukt daarbij dat de opgeworpen belemmeringen *als geheel* misbruik vormen in de zin van artikel 102 VWEU.⁵¹³ De handelingen vormen bovendien onderdeel van de strategie van Orange Polska om concurrenten te weren van de markt.⁵¹⁴ Er vindt daarmee geen concurrentie op de merites plaats.

588 Het cumulatieve effect van de verschillende gedragingen acht de Commissie in deze zaak van doorslaggevend belang. Een even efficiënte concurrent zal door het gezamenlijke effect van de gedragingen niet kunnen concurreren met Orange Polska. Het Rapport constateert in de onderhavige zaak een duidelijke parallel met *Orange Polska*, aangezien het gezamenlijke effect van

⁵¹¹ Beschikking van de Europese Commissie van 22 juni 2011, COMP/39.525, *Telekomunikacja Polska*. Orange Polska is de rechtsoopvolger van Telekomunikacja Polska (zie arrest van het Gerecht EU van 17 december 2015, T-486/11, ECLI:EU:T:2015:1002 (*Orange Polska*), r.o. 1).

⁵¹² *Orange Polska (Beschikking)* (voetnoot 511), rn. 803.

⁵¹³ *Orange Polska (Beschikking)* (voetnoot 511), rn. 713: "Although separately, each of the difficulties might appear not that burdensome, taken all together they form the pattern of abusive behaviour aimed at foreclosing the AOs access to the market."

⁵¹⁴ *Orange Polska (Beschikking)* (voetnoot 511), rn. 803.

de gedragingen van NS is dat haar concurrenten, Veolia en Arriva, niet kunnen concurreren met het bod van NS op de Limburgse Concessie.

9.1.2 Zienswijze NS

- 589** NS voert aan dat in het Rapport een duidelijk juridisch kader ontbreekt. Het Rapport is te summier en ongeschikt om tot de conclusie te komen dat NS misbruik van haar economische machtspositie zou hebben gemaakt. Het Rapport neemt de handhavingsprioriteiten van de Commissie als uitgangspunt voor het juridische kader. Dit beleidsdocument heeft echter geen juridische status. In de visie van NS is ook geen sprake van verhindering of uitschakeling van de toegang van concurrenten. Het Rapport maakt geen gebruik van een *counterfactual*. Dit biedt onvoldoende juridische basis voor de vaststelling dat sprake is van misbruik.
- 590** Daarnaast gaat de gestelde vergelijking met *Orange Polska* niet op. De Commissie gebruikt de term en het concept ‘cumulatie’ om te komen tot de conclusie dat sprake is van één enkele en voortdurende inbreuk. De opgeworpen obstakels kwalificeren echter één voor één als misbruik. Het cumulatieve effect van de gedragingen is niet doorslaggevend om tot de conclusie te komen dat sprake is van misbruik. Daarnaast ging het in de zaak *Orange Polska* om een strategie die gericht was op het verhinderen van toegang tot haar netwerk in opeenvolgende fasen. In onderhavige zaak vonden de verweten gedragingen in één en dezelfde fase plaats.

9.1.3 Beoordeling ACM

- 591** Bij de beoordeling van het complex van gedragingen is aansluiting gezocht bij de uitgangspunten in de vaste rechtspraak over misbruik van een economische machtspositie. Daarnaast zijn de Richtsnoeren artikel 102 bij de beoordeling betrokken. Zoals de ACM in paragraaf 5.3 opmerkt, binden de Richtsnoeren artikel 102 de ACM niet. Dat neemt niet weg dat de Richtsnoeren artikel 102 een nuttig hulpmiddel kunnen zijn bij de analyse.
- 592** Gelet op de specifieke omstandigheden in deze zaak, te weten de diverse gedragingen van NS in het kader van de Limburgse Concessie en de gelijkenis met de zaak *Orange Polska*, zoekt de ACM voorts bij de beoordeling aansluiting bij deze zaak.
- 593** Anders dan NS stelt, kwalificeren de opgeworpen obstakels in de zaak *Orange Polska* volgens de Commissie niet één voor één als misbruik. Zo vermeldt randnummer 713 van de beschikking dat de praktijken van *Orange Polska* een cumulatief effect hadden op haar concurrenten, die tijdens elke fase van de verwerving van toegang tot de wholesaleproducten van *Orange Polska* op belemmeringen stuitten. Hoewel volgens de Commissie elk van de door *Orange Polska* opgeworpen belemmeringen *op zich niet heel hinderlijk* was, vormden zij *als geheel* misbruik met als doel de toegang tot de wholesalemarkt voor breedbandtoegang voor de *alternative operators* (AO) af te sluiten.
- 594** Bovendien verduidelijkt de Commissie in randnummer 802 van de beschikking en blijkt vervolgens uit de conclusie in randnummer 803 dat sprake is van verschillende elementen die in samenhang bezien leiden tot misbruik van een economische machtspositie.⁵¹⁵ De Commissie neemt daarbij in aanmerking dat de gedragingen van *Orange Polska* onderdeel waren van een strategie om haar

⁵¹⁵ De woorden “*at each stage of AO’s access*” in randnummer 803 betekenen niet dat *Orange Polska* in elk stadium van toegang een belemmering had opgeworpen die als misbruik kwalificeerde, maar dat de belemmeringen die *Orange Polska* in alle stadia van toegang had opgeworpen samen als misbruik kwalificeren. Zie ook de formulering van het Gerecht in *Orange Polska (Gerecht)* (voetnoot 511), r.o. 29. In voetnoot 122 van haar zienswijze lijkt NS de interpretatie van de ACM overigens nog te aanvaarden.

concurrenten te frustreren. Dit verklaart waarom de Commissie in artikel 1 van haar beschikking de aanduiding ‘*single and continuous infringement*’ gebruikt. Daarmee is niet gezegd dat de rechtspraak met betrekking tot artikel 101 VWEU onverkort van toepassing is. De ACM heeft in hoofdstuk 7 laten zien dat ook de gedragingen van NS in het kader van de Limburgse Concessie zijn ingegeven door een dergelijke strategie. Deze strategie is gericht op het voorkomen dat een concurrent in Limburg succesvolle Samenloop kon bewijzen. NS wilde hiermee de kans verkleinen dat haar positie op het HRN onder druk zou komen te staan en concurrenten konden meedingen naar (delen van) het HRN.

- 595** De ACM toetst hierna het complex van gedragingen aan het juridisch kader zoals uiteengezet in hoofdstuk 5 en zoals ontwikkeld in de zaak *Orange Polska*.

9.2 Delen van concurrentiegevoelige informatie van Veolia

- 596** Eén van de onderdelen van het complex van gedragingen is dat NS in begin 2014 de heer [vertrouwelijk]. (hierna: [vertrouwelijk]) heeft aangetrokken om het biedingsteam van Abellio Nederland bij te staan. [vertrouwelijk] was concessiedirecteur Limburg bij Veolia, waar hij werkte aan de uitvoering van de lopende concessie, zodat hij beschikte over informatie die voor de aanbesteding was. NS deed dit door middel van een schijnconstructie om zo het concurrentiebeding van [vertrouwelijk] te omzeilen. [vertrouwelijk] deelde vervolgens concurrentiegevoelige informatie van Veolia met het biedingsteam.

- 597** De gedragingen die in deze paragraaf aan de orde komen, zijn in opdracht van NS ook onderzocht door haar advocaat. De bevindingen van dat onderzoek zijn neergelegd in een rapport van advocatenkantoor De Brauw Blackstone Westbroek van 2 november 2015.⁵¹⁶ Ten tijde van dit besluit zijn de gedragingen onderwerp van een strafrechtelijk onderzoek dat nog niet is afgerond. In het kader van dit onderzoek heeft de FIOD verhoren afgenomen. De FIOD heeft enkele verhoor- en tapverslagen verstrekt aan de ACM. De ACM gebruikt deze informatie - naast informatie uit eigen onderzoek – bij de mededingingsrechtelijke beoordeling van de gedragingen.

9.2.1 Inhuren concessiedirecteur Limburg van Veolia voor biedingsteam

- 598** [vertrouwelijk] is vanaf 2006 concessiedirecteur Limburg voor Veolia. [Lid management NS] spreekt eind 2013 met hem over een mogelijke overstap naar NS. Uit een e-mailwisseling van 5 december 2013 tussen [lid management NS] en [lid directie Abellio Nederland] volgt dat de toenmalig [lid management NS Reizigers] akkoord was met het weghalen van iemand bij Veolia, te weten [vertrouwelijk], ten behoeve van de aanbesteding in Limburg.⁵¹⁷ De bedoeling is dat [vertrouwelijk] in het aanbestedingsteam komt en regiodirecteur in Limburg wordt, als NS de aanbesteding wint.⁵¹⁸ Op 17 december 2013 informeert [lid directie Abellio Nederland] [lid directie Abellio Holding] dat [vertrouwelijk] zal worden benaderd om bij NS te gaan werken.⁵¹⁹
- 599** Op 13 januari 2014 brengt [vertrouwelijk] in een gesprek met [lid directie Abellio Nederland] zijn concurrentiebeding ter sprake dat in zijn arbeidsovereenkomst met Veolia is opgenomen.⁵²⁰ Het concurrentiebeding verbiedt [vertrouwelijk] voor een periode van één jaar na afloop van de arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten voor ondernemingen waarvan de werkzaamheden vergelijkbaar zijn met die van Veolia. [Lid directie Abellio Nederland] geeft op een

⁵¹⁶ Bron 248.

⁵¹⁷ Bron 13.

⁵¹⁸ Dit blijkt ook uit de conceptnotulen van het directieoverleg van NS Reizigers van 17 december 2013 (bron 248, p. 13).

⁵¹⁹ Bron 18.

⁵²⁰ Bron 22 en bron 228, p. 7.

vergadering met Abellio Holding aan dat hij zoekt naar een manier om het concurrentiebeding te omzeilen.⁵²¹

- 600** De door NS ingeschakelde advocaat adviseert om [vertrouwelijk] in de beginperiode verdekt werkzaamheden te laten verrichten voor Qbuzz. Daarmee is de kans geringer dat Veolia een beroep doet op het concurrentiebeding.⁵²²
- 601** Hierna hebben [lid directie Abellio Nederland] en [vertrouwelijk] contact over de verdere invulling van de relatie. Op 21 januari 2014 stuurt [vertrouwelijk] een bericht aan [lid directie Abellio Nederland] met een aantal afspraken en informatie ten behoeve van de arbeidsovereenkomst die [vertrouwelijk] met Qbuzz wil sluiten. Hieruit blijkt dat [vertrouwelijk] voor één jaar – de duur van zijn concurrentiebeding – in dienst zal zijn van een bedrijf buiten NS, maar in feite voor NS zal werken om de Limburgse Concessie te winnen. Voor dit bedrijf zal hij slechts een paar dagen per maand werken.⁵²³
- 602** Uiteindelijk zet NS een schijnconstructie op waarbij [vertrouwelijk] een arbeidsovereenkomst met een extern adviesbureau tekent die loopt van de datum waarop zijn dienstverband met Veolia eindigt, 1 mei 2014, tot 1 mei 2015. Op 18 maart 2014 tekent [vertrouwelijk] daarnaast met Qbuzz een arbeidsovereenkomst, met ingangsdatum 1 mei 2015. Bij de arbeidsovereenkomst is een brief van 17 maart 2014 gevoegd van [lid directie Abellio Nederland] in zijn hoedanigheid van [lid management Qbuzz]. In deze brief staat onder meer dat Qbuzz een eventuele boete voor [vertrouwelijk] vanwege schending van zijn concurrentiebeding zal betalen.⁵²⁴
- 603** Op 23 april 2014 stuurt het externe adviesbureau een offerte naar Qbuzz voor een opdrachtovereenkomst voor de periode van 1 mei 2014 tot 1 mei 2015. Zoals [lid directie Abellio Nederland] schreef in zijn brief van 17 maart 2014, ziet de opdracht op “*het uitwerken van proposities aan de onderkant van de openbaar vervoer markt*”.⁵²⁵ [Lid directie Abellio Nederland] geeft aan hiermee akkoord te zijn, op voorwaarde dat de opdracht eindigt wanneer [vertrouwelijk] uit dienst treedt bij het externe adviesbureau, hetgeen uiterlijk op 1 mei 2015 het geval zou zijn. De directeur van het externe adviesbureau bevestigt deze afspraak op 15 mei 2014. Hij vraagt ook of Qbuzz de eerste factuur tijdig betaalt, zodat hij niet in de problemen komt bij het betalen van het eerste salaris van [vertrouwelijk].⁵²⁶ Hieruit blijkt een rechtstreeks verband tussen de indiensttreding van [vertrouwelijk] bij het externe adviesbureau en zijn werk voor NS.
- 604** Uit een door de FIOD aan de ACM overgelegd gespreksverslag van omstreeks 10 mei 2015 tussen [lid bestuur NS] en een NS-medewerker blijkt dat [vertrouwelijk].⁵²⁷

9.2.2 Informatiedeling door concessiedirecteur Veolia

- 605** Deze paragraaf zet de verschillende momenten van informatiedeling door [vertrouwelijk] aan NS uiteen. Het betreft vertrouwelijke informatie over de Limburgse bedrijfsvoering van Veolia. Hij doet dit al in een vroeg stadium in zijn contact met Abellio Nederland. Zo stuurt hij op 1 februari 2014, nog tijdens zijn dienstverband met Veolia, via zijn privé e-mailadres een interne groepsmail van

⁵²¹ Bron 21, p. 3.

⁵²² Bron 22.

⁵²³ Bron 23.

⁵²⁴ Bron 43.

⁵²⁵ Bron 48.

⁵²⁶ Bron 52.

⁵²⁷ Bron 222, p. 7.

Veolia door aan [lid directie Abellio Nederland]. Deze mail betreft de sponsoring door Arriva van een bekend evenement in Limburg.⁵²⁸

- 606** Vervolgens vraagt [lid directie Abellio Nederland] op 10 februari 2014 aan een lid van het biedingsteam van Abellio Nederland of hij hem zijn vragen “over de huidige exploitatie” in Limburg wil sturen. De medewerker doet dit op 17 februari 2014.⁵²⁹ Deze vragen blijken bedoeld voor een ontmoeting van [lid directie Abellio Nederland] met [vertrouwelijk] op 25 februari 2014 (zie randnummer 609).
- 607** [vertrouwelijk] verwijst naar deze ontmoeting wanneer hij op 20 februari 2014 aan [lid directie Abellio Nederland] informatie stuurt over contacten over de Limburgse aanbesteding die Veolia en FMN⁵³⁰ hebben met onder meer de Staatssecretaris van IenM en een gedeputeerde in Limburg.⁵³¹
- 608** Op 23 februari 2014 vindt een e-mailwisseling plaats tussen [leden directie Abellio Nederland]. Hieruit blijkt dat [lid directie Abellio Nederland] bezig is met het opstellen van een uitgebreide vragenlijst voor [vertrouwelijk] over de exploitatie door Veolia van de concessie Limburg op dat moment. De vragenlijst bevat 34 vragen over onder meer financiële en vervoerkundige aspecten van de concessie. Tussen zijn vragen zijn ook de vragen te vinden die hij eerder heeft verkregen van het lid van het biedingsteam (randnummer 606). Uit deze e-mailwisseling blijkt ook dat deze vragen bedoeld zijn voor de ontmoeting met [vertrouwelijk] op 25 februari 2014. Daarbij uit [lid directie Abellio Nederland] zorg dat [vertrouwelijk] zich “niet te kwetsbaar” moet maken:
- “ik heb de vragen aangevuld, ook met de opmerkingen van [lid management QBuzz]. Van [lid management QBuzz] hebben we volgens mij niets gehad, althans ik heb de mail ook niet. Ik mis nog wat vragen over onderhoudskosten e.d. van trein. Maar die vragen zullen van [lid management QBuzz] komen. Ik denk dat het goed is het voorlopig bij deze lijst te laten en dinsdag te kijken wat we nog meer willen weten. Hij moet zich ook niet te kwetsbaar maken...”*⁵³²
- 609** Op 25 februari 2014 vindt de bijeenkomst plaats. Daarbij zijn [vertrouwelijk], [leden directie Abellio Nederland] en een aantal andere leden van het biedingsteam aanwezig. [Lid directie Abellio Nederland] is voornemens de hiervoor genoemde vragenlijst voor te leggen aan [vertrouwelijk], maar het is onduidelijk of dit gebeurd is.⁵³³ Op dit moment is [vertrouwelijk] nog in dienst bij Veolia.⁵³⁴
- 610** Op dezelfde bijeenkomst verstrekt [vertrouwelijk] in elk geval informatie uit zijn bedrijfscomputer van Veolia. Aanwezigen van Abellio Nederland hebben verklaard dat zij hierdoor verrast waren en [vertrouwelijk] daarop hebben aangesproken.⁵³⁵ Zij waren echter reeds van plan om [vertrouwelijk] om informatie te vragen, blijkens de vragenlijst die ter voorbereiding op de bijeenkomsten was opgesteld. Verder overhandigt [vertrouwelijk] een USB-stick aan [lid directie Abellio Nederland] met

⁵²⁸ Bron 24.

⁵²⁹ Bron 31.

⁵³⁰ Zie hoofdstuk 4.

⁵³¹ Bron 32.

⁵³² Bron 33.

⁵³³ [Lid directie Abellio Nederland] heeft op 4 juni 2015 ten overstaan van de FIOD – in het kader van een onderzoek naar de onregelmatigheden gepleegd in verband met de Limburgse Concessie – verklaard dat hij de hierboven bedoelde vragenlijst uiteindelijk niet aan [vertrouwelijk] heeft overhandigd, omdat hij dit “een brug te ver” vond (bron 228, p. 12). [vertrouwelijk] heeft echter op 8 juli 2015 ten overstaan van de FIOD verklaard dat hij de lijst met vragen wel heeft ontvangen (bron 235).

⁵³⁴ Bron 228, p. 11-12 en bron 248, p. 42-43.

⁵³⁵ Bron 228, p. 12 en bron 248, p. 43-44.

informatie van en over Veolia. Op de USB-stick staan verschillende bestanden die betrekking hebben op, onder meer, opbrengsten (prognoses) in Limburg, personeelsinzet van Veolia op haar concessies, ziekteverzuimcijfers en cijfers omtrent de efficiency van het personeel van Veolia.

- 611** Ook na deze bijeenkomst verstrekt [vertrouwelijk] regelmatig vertrouwelijke informatie aan Abellio Nederland. Zo stuurt hij op 1 april 2014 een interne e-mail van Veolia door met als onderwerp “*best trots op dit afscheids kado!*”. In deze e-mail schrijft [vertrouwelijk] aan [lid directie Abellio Nederland]: “*Deze cijfers wil ik je niet onthouden. Fantastisch toch!*”⁵³⁶ Deze e-mail bevat een Excel-bestand met gedetailleerde gegevens over het ziekteverzuim van Veolia-medewerkers binnen de verschillende concessies die Veolia exploiteert over een aantal voorgaande jaren tot en met maart 2014. Ook de concessies die Veolia op dat moment in Limburg exploiteert, komen terug in het Excel-bestand.
- 612** Op 13 mei 2014 biedt [vertrouwelijk] een lid van het biedingsteam aan te helpen bij de voorbereiding van het bod middels zijn “*grote hoeveelheid data en documenten*”. Daarmee doelt hij op gegevens over Veolia. Hij refereert ook aan de USB-stick die hij eerder aan [lid directie Abellio Nederland] heeft gegeven:
- “Ik wil je graag helpen dus wellicht is het handig als we elkaar even zien en in mijn grote hoeveelheid data en documenten kijken om precies te zoeken wat je nodig hebt. Als jij dat ook een goed idee vindt hoor ik graag van je!”*⁵³⁷
- 613** [vertrouwelijk] stuurt op 21 mei 2014 een e-mailbericht naar een lid van het biedingsteam met als titel “*contracten vestiging Heerlen*”.⁵³⁸ Aan deze e-mail is een aantal overeenkomsten gehecht die Veolia heeft gesloten voor de huur van kantoorruimtes in Limburg. [vertrouwelijk] schrijft daarnaast: “*Ik heb nog veel meer informatie, maar dat zijn Gigabytes. Die krijg je wel op USB stick.*”
- 614** Op 27 mei 2014 stuurt [vertrouwelijk] een e-mail aan [lid directie Abellio Nederland] en een aantal andere leden van het biedingsteam met als onderwerp: “*Via e-mail verzenden: omzetratio limburg tbv toewijzen aantal indirecten, personeelsopgave 270314 Veolia*”.⁵³⁹ Aan deze e-mail zijn twee bestanden gehecht. Het eerste bestand bevat een kort overzicht van de omzetten van Veolia op concessieniveau, waaronder Limburg. Het tweede bestand betreft een brief van [vertrouwelijk] als concessiedirecteur van Veolia aan de Provincie Limburg van 27 maart 2014, met daarin een uitgebreid overzicht van de personeelskosten van Veolia met betrekking tot de concessie Limburg.
- 615** Ook in september 2014, als het biedingsteam de Silver Run van het bod finaliseert voor de ExCo-vergadering van 29 september 2014 (zie paragraaf 7.2), deelt [vertrouwelijk] regelmatig vertrouwelijke informatie. Op 10 september 2014 stuurt [vertrouwelijk] een e-mail naar [lid directie Abellio Nederland] en enkele andere leden van het biedingsteam. In deze e-mail maakt hij een concrete vergelijking tussen de productiviteit van machinisten van NS en Veolia.⁵⁴⁰ Daarnaast reageert [vertrouwelijk] dezelfde dag op een vraag over de kosten van taxibussen.⁵⁴¹ In zijn reactie maakt hij een concrete vergelijking met de kosten die Veolia voor deze taxibussen maakt. Verder bevat een e-mailwisseling van 13 september 2014 tussen leden van het biedingsteam en

⁵³⁶ Bron 47.

⁵³⁷ Bron 50.

⁵³⁸ Bron 53.

⁵³⁹ Bron 55.

⁵⁴⁰ Bron 79.

⁵⁴¹ Bron 80.

[vertrouwelijk], een document met de naam “*productiviteit NS vs Veolia machinisten.xlsx*”.⁵⁴² Dit document bevat gedetailleerde gegevens over de productiviteit van Veolia machinisten.

616 Het bovenstaande geeft geen uitputtend overzicht van de informatie die is gedeeld door [vertrouwelijk] Zo heeft [vertrouwelijk] op 13 augustus 2014 een aantal bijlagen van zijn Qbuzz-account doorgestuurd naar zijn privé-account.⁵⁴³ Onder de bijlagen bevindt zich een Excel-bestand (*‘closingtheloop-limburg-ytd12-version-DRAFT’*) met een volledig overzicht van de kosten en opbrengsten van Veolia in Limburg, dat ook stond op de USB-stick die [vertrouwelijk] aan Abellio Nederland heeft overhandigd.⁵⁴⁴ Het OM heeft een lijst opgesteld met digitale bestanden die (vermoedelijk) informatie van en over Veolia bevatten en die door [vertrouwelijk] zijn gedeeld met NS.⁵⁴⁵

617 Uit de feiten blijkt dat [vertrouwelijk] soms zelf het initiatief neemt om informatie uit te wisselen. In andere gevallen verstrekt hij informatie naar aanleiding van vragen. Uit de onderbouwing van de business case blijkt niet in hoeverre de informatie van [vertrouwelijk] is gebruikt.⁵⁴⁶ Door [vertrouwelijk] aangeleverde informatie is in elk geval wel gebruikt in het zogenoemde opbrengstenmodel voor de bieding op Limburg. NS heeft hierover verklaard:

*“Van het opbrengstenmodel zijn verschillende versies reeds in het bezit zijn van ACM, waarvan de versie van 27 oktober 2014 de meest recente is. In dat model wordt als bron voor de productsales genoemd [vertrouwelijk], [...], die onderdeel uitmaakte van het bidteam. In het tabblad 'bus' van het opbrengstenmodel zijn voor die productsales ook cijfers opgenomen, die derhalve zijn gebruikt voor het concessiebod. Deze informatie was, voorzover NS heeft kunnen nagaan, niet opgenomen in de aanbestedingsdocumentatie van de Provincie Limburg. Het is voor NS onbekend of deze informatie beschikbaar was voor andere potentiële inschrijvers.”*⁵⁴⁷

9.2.3 Beoordeling delen van vertrouwelijke informatie over Veolia

618 NS heeft [vertrouwelijk], op het moment dat hij nog concessiedirecteur Limburg is bij Veolia, aangetrokken als lid van het biedingsteam voor de Limburgse Concessie. NS deed dit via een schijnconstructie om het concurrentiebeding van [vertrouwelijk] te omzeilen. NS verkreeg van [vertrouwelijk] op oneigenlijke wijze bedrijfsvertrouwelijke informatie van haar concurrent Veolia. Deze informatie werd bovendien actief verspreid onder het biedingsteam en gebruikt ten behoeve van het bod. In deze paragraaf beoordeelt de ACM of deze gedraging van NS bijdraagt aan misbruik van economische machtspositie.

Rapport

619 Het Rapport stelt dat, hoewel het een onderneming in beginsel vrij staat om zelf de personen te selecteren die zij wenst aan te nemen, NS geen legitieme reden had om [vertrouwelijk] in te huren. NS overtreedt immers willens en wetens het concurrentiebeding van [vertrouwelijk] door hem via een schijnconstructie in dienst te nemen. Met het aannemen van [vertrouwelijk] versterkt NS haar positie ten opzichte van de concurrentie op oneigenlijke wijze door bedrijfsvertrouwelijke informatie te verkrijgen van een concurrent. Als Directeur van Veolia van de lopende concessie in Limburg is [vertrouwelijk] in het bezit van informatie van en over Veolia die direct relevant is voor de

⁵⁴² Bron 82.

⁵⁴³ Bron 70.

⁵⁴⁴ Bron 236, p. 8.

⁵⁴⁵ Bron 236, p. 10 e.v.; zie ook bron 248, bijlage 3.

⁵⁴⁶ Bron 179.

⁵⁴⁷ Zie verklaring NS in reactie op informatieverzoek van de ACM (bron 262, p. 7).

aanbesteding. [vertrouwelijk] heeft deze informatie – zowel op eigen initiatief als op verzoek van het bidingsteam en de directie Abellio Nederland – met het bidingsteam gedeeld.

- 620** Het Rapport concludeert dat het bidingsteam van Abellio Nederland op deze manier een oneigenlijke kennisvoorsprong op de andere inschrijvers verkrijgt. Bovendien kon met de gedeelde informatie het bod van Abellio Nederland worden verbeterd.

Zienswijze NS

- 621** NS erkent dat er sprake was van onregelmatigheden rondom de aanbesteding in Limburg. Zij heeft dit ook publiekelijk erkend. Deze onregelmatigheden betroffen zowel het inschakelen van [vertrouwelijk] via een schijnconstructie als het delen van vertrouwelijke informatie door hem met het bidingsteam van Abellio Nederland. NS kan zich echter niet verenigen met de stelling dat deze feiten kunnen leiden tot of bijdragen aan de conclusie dat sprake is van misbruik van economische machtspositie.⁵⁴⁸
- 622** Volgens NS valt niet in te zien hoe het inhuren van [vertrouwelijk] valt binnen het kader van de rol en bevoegdheden van de ACM als mededingingsautoriteit. De ratio van een concurrentiebeding is volgens NS gelegen in bescherming van de werkgever (Veolia) ten opzichte van de werknemer ([vertrouwelijk]). Het is dus niet NS, maar [vertrouwelijk] die het concurrentiebeding schendt. De mededingingsrechtelijke relevantie van het enkele inhuren is niet aangetoond. Het is nietszeggend dat [vertrouwelijk] op dat moment in dienst is bij NS of op welke manier hij in dienst is gekomen. Het Rapport verzuimt te motiveren waarom het aantrekken van [vertrouwelijk] (inclusief de manier waarop) kan worden meegenomen in een mededingingsrechtelijke beoordeling.
- 623** NS betwist ook niet dat [vertrouwelijk] op verschillende momenten – voor en na zijn uitdiensttreding bij Veolia op 1 mei 2014 – informatie heeft gedeeld met (leden van) het bidingsteam van NS. In haar zienswijze stelt zij echter dat het Rapport ten onrechte geen onderscheid maakt tussen openbare informatie, niet-openbare informatie die later bekend zou worden bij het bestek en niet-openbare informatie die in het geheel niet bekend was of zou worden. Dit onderscheid is essentieel voor de mededingingsrechtelijke analyse. Het Rapport heeft daarnaast onvoldoende effectenanalyse uitgevoerd. Het Rapport onderzoekt niet of de genoemde informatie door NS is gebruikt en of de informatie een voordeel opleverde voor NS. NS betwist dan ook dat zij dankzij de informatie van [vertrouwelijk] een in relevante mate beter bod heeft kunnen indienen.

Beoordeling ACM

- 624** Het enkele inhuren van een werknemer levert in beginsel geen misbruik van een economische machtspositie op. Het staat werknemers en ondernemingen, ook als zij een economische machtspositie hebben, in beginsel vrij met elkaar een arbeidsovereenkomst af te sluiten. Het enkele inhuren van [vertrouwelijk] draagt op zichzelf niet bij aan misbruik van een economische machtspositie.
- 625** In dit geval is het inhuren van [vertrouwelijk] echter nauw verbonden met het door hem delen van vertrouwelijke informatie. De betreffende informatie is relevant voor de concurrentiestrijd om de Limburgse Concessie. Paragraaf 9.2.1 zet uiteen dat Abellio Nederland, met medeweten van NS Groep, bewust [vertrouwelijk] middels een schijnconstructie aanstelde. Abellio Nederland deed dit om [vertrouwelijk], met zijn ervaring bij en kennis over Veolia, in te zetten in het bidingsteam om zo een kennisvoorsprong te verkrijgen. Abellio Nederland liet zich dan ook informatie toesturen en vroeg daar ook actief naar. Immers, als het Abellio Nederland alleen was gegaan om [vertrouwelijk]

⁵⁴⁸ Zienswijze NS, paragrafen 10.1 en 10.2.

als concessiedirecteur, had zij [vertrouwelijk] kunnen aanstellen op 1 mei 2015, nadat zijn concurrentiebeding was verstreken en nog ruim voor de start van de Limburgse Concessie.

- 626** Hieruit blijkt ook dat de drijfveer en intentie van NS bij de gedragingen geheel in lijn zijn met de eerder genoemde strategische rationale van NS om door de Limburgse Concessie te winnen haar positie op het HRN te beschermen. Zoals NS zelf in haar zienswijze stelt, is de manier waarop [vertrouwelijk] is aangetrokken onbehoorlijk, volgens het OM mogelijk strafbaar en [vertrouwelijk]. Hieruit blijkt dat NS bereid is geweest om vergaande, zelfs mogelijk onwettige, maatregelen te nemen om de concessie te winnen.
- 627** Uit de dossierstukken blijkt dat [vertrouwelijk] bedrijfsvertrouwelijke, concurrentiegevoelige informatie met het bidingsteam heeft gedeeld en dat NS daardoor een scherper bod heeft kunnen indienen. Deze informatie heeft betrekking op verschillende financiële en andere aspecten van de bedrijfsvoering van Veolia in Limburg. De waarde van deze bedrijfsvertrouwelijke gegevens is erin gelegen dat NS een beter onderbouwd businessmodel kan opstellen met minder risico's.
- 628** Zo betreft de gedeelde informatie onder andere cijfers over de efficiëntie en het ziekteverzuim van de medewerkers van Veolia. Dergelijke informatie is van groot belang om een zo scherp mogelijk bod in te dienen. Bij het winnen van de concessie bestaat de verplichting om het personeel van de zittende partij over te nemen. Deze informatie kan NS dus gebruiken om in haar eigen bod tot een nauwkeurigere kostenraming te komen, hetgeen direct raakt aan de winstgevendheid van het bod. De verklaring van de CEO van Veolia bevestigt deze conclusie:
- “ziektcijfers zijn van essentieel belang en zijn absoluut vertrouwelijke informatie zoals bedoeld in artikel 11.1 van het arbeidscontract [tussen Veolia en [vertrouwelijk]]. Dit is informatie die nooit en te nimmer gedeeld mag worden. [...] Als je vertrouwelijke informatie van een OV bedrijf wil delen dan is dit de essentiële informatie. [...] Volgens de WP 2000 bestaat de verplichting om het personeel bij het winnen van een aanbesteding over te nemen van de zittende partij. Als je dus op het moment dat je een bod moet doen beschikking hebt over de ziektcijfers op detail niveau, sterker nog per vestiging, dan kun je een veel scherper bod doen dan op het moment je geen beschikking hebt over deze cijfers en je een gemiddelde percentage moet hanteren. [vertrouwelijk]. [...] Als je dat als concurrent weet dan durf je veel scherper te gaan bij het uitbrengen van je bod.”⁵⁴⁹*
- 629** De CEO van Veolia verklaart daarnaast dat het volledige overzicht met kosten en opbrengsten van Veolia in Limburg (randnummer 616) inzicht geeft in de kosten en de rentabiliteit van de concessie. Deze - bedrijfsvertrouwelijke - informatie geeft extra kennis, waardoor scherper kon worden ingeschreven. Het feit dat Abellio Nederland alleen al beschikking had over deze gegevens zou volgens de CEO van Veolia hebben kunnen leiden tot concurrentievervalsing.⁵⁵⁰
- 630** Volgens de CEO van Veolia heeft [vertrouwelijk] diverse opbrengstgegevens met Qbuzz gedeeld, waaronder ook prognoses die vertrouwelijk zijn en niet gedeeld hadden mogen worden omdat deze een concurrent inzicht geven in de strategie van een concurrent:
- “Dit is kwalijk. Het gevolg daarvan is dat je je als concurrent beter positioneert dan waar je recht op hebt. En dat is kort gezegd een oneigenlijk voordeel.”⁵⁵¹*

⁵⁴⁹ Bron 236, p. 6.

⁵⁵⁰ Bron 236, p. 8.

⁵⁵¹ Bron 236, p. 5. Ook de vergelijking die [vertrouwelijk] maakt tussen de productiviteit van machinisten van NS en Veolia komt volgens de CEO van Veolia hoogstwaarschijnlijk uit vertrouwelijke bronnen (bron 236, p. 7-8).

- 631** [vertrouwelijk] heeft informatie gedeeld die niet-openbaar en te allen tijde vertrouwelijk was. Deze informatie is uiteindelijk verwerkt in het bod. Het opbrengstenmodel vermeldt expliciet [vertrouwelijk] als bron voor een aantal posten.⁵⁵² Daarnaast speelt het moment van informatiedeling tevens een rol bij de vraag of het NS een voordeel heeft opgeleverd. Zelfs als informatie in oktober/november door de Provincie openbaar is gemaakt, heeft NS een voordeel als zij begin of halverwege 2014 inzicht verkrijgt in de strategie of denkrichting van haar concurrenten. Zij kan zich op die manier beter positioneren ten opzichte van haar concurrenten bij het indienen van haar bod.
- 632** NS heeft ten aanzien van de overige gedeelde informatie weliswaar niet expliciet aangegeven dat deze daadwerkelijk is gebruikt in het bod. Dit betekent echter niet dat deze informatie niet gebruikt is of niet tot een voordeel heeft kunnen leiden. Uit de dossierstukken blijkt bijvoorbeeld dat het biedingsteam tijdens het biedingsproces vertrouwelijke informatie van Veolia heeft gebruikt om deze te vergelijken met eigen gegevens (randnummer 615). Ook op deze wijze gaf de gedeelde informatie het biedingsteam een kennisvoorsprong waarmee zij haar eigen bod kon verbeteren. Dat deze informatie nuttig was, blijkt al uit het feit dat het biedingsteam [vertrouwelijk] om informatie heeft gevraagd. De enkele kennis van de gedeelde vertrouwelijke informatie is voldoende om je als concurrent beter te kunnen positioneren tijdens de bieding.⁵⁵³
- 633** Het gevraagd en ongevraagd delen van vertrouwelijke, concurrentiegevoelige informatie van Veolia door [vertrouwelijk] heeft NS een kennisvoorsprong gegeven in de Limburgse aanbesteding. NS heeft haar positie ten opzichte van de concurrentie op oneigenlijke wijze versterkt door bedrijfsvertrouwelijke informatie van een concurrent uit te vragen, te verkrijgen en te kunnen gebruiken bij het opstellen van haar bod. Deze gedragingen van NS hadden enkel een verstoring van de mededinging tot doel, zoals hierboven aangegeven (namelijk het verkleinen van de kans dat haar positie op het HRN onder druk zou komen te staan en concurrenten konden meedingen naar (delen van) het HRN), en hebben bijgedragen aan misbruik van haar economische machtspositie.
- Het una via-beginsel***
- 634** Het OM is in 2015 een strafrechtelijk onderzoek gestart naar mogelijke strafbare feiten in verband met de aanbesteding voor het openbaar vervoer in Limburg. Het onderzoek is gericht op feiten en omstandigheden rondom een vermeende constructie ten behoeve van het inschakelen van [vertrouwelijk] door NS in het kader van de aanbesteding. Als verdachten zijn onder meer NS Groep, Qbuzz, Abellio Holding en Abellio Nederland aangemerkt.
- 635** Ingevolge artikel 5:44, eerste lid, Awb legt het bestuursorgaan geen bestuurlijke boete op indien tegen de overtreder wegens dezelfde gedraging een strafvervolgning is ingesteld en het onderzoek ter terechtzitting is begonnen, dan wel een strafbeschikking is uitgevaardigd. Dit wordt aangeduid als het una via-beginsel.
- 636** NS wijst in haar zienswijze op het begin van het onderzoek ter terechtzitting op 13 december 2016 in de lopende strafzaak. De ACM zal eerst na dat moment besluiten om al dan niet een boete op te leggen. Gelet op deze chronologie brengt het una via-beginsel mee dat de mogelijkheid voor de ACM vervalt om NS in de onderhavige bestuursrechtelijke sanctieprocedure voor de kwestie [vertrouwelijk] te bestraffen. De ACM acht dit standpunt onjuist.

⁵⁵² Bron 157, werkblad "Bus", rijen 37-38, en werkblad "Trein", rijen 59-62.

⁵⁵³ Zie ook HvJ EG 4 juni 2009, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343 (*T-Mobile*) in kartelzaken. Volgens het Hof moet, behoudens door de betrokken onderneming te leveren tegenbewijs, worden vermoed dat de onderneming die aan de afstemming deelneemt en op de markt actief blijft, bij de bepaling van haar gedrag op deze markt rekening houdt met de informatie die zij met haar concurrenten heeft uitgewisseld.

- 637** NS *lijkt* zowel in de strafrechtelijke procedure als in de onderhavige bestuursrechtelijke procedure te worden aangesproken wegens dezelfde gedraging in de zin van artikel 5:44 Awb. Aan beide verwijten ligt immers eenzelfde feitencomplex van de kwestie [vertrouwelijk] ten grondslag. De ACM is echter van oordeel dat zij NS in deze procedure kan aanspreken op de wijze waarop zij van c.q. via [vertrouwelijk]vertrouwelijke informatie heeft ontvangen en gebruikt. Er is geen sprake van ‘dezelfde gedraging’ als bedoeld in genoemd artikel. De ACM overweegt hiertoe als volgt.
- 638** De in artikel 5:44 Awb gebezigde uitdrukking ‘dezelfde gedraging’ doelt op ‘hetzelfde feit’ in de zin van art. 68 Sr.⁵⁵⁴ De Hoge Raad heeft in zijn uitspraak van 9 februari 2016⁵⁵⁵ over de toetsing of sprake is van ‘hetzelfde feit’ in de zin van artikel 68 Sr het volgende overwogen:
- “Bij de toetsing of sprake is van 'hetzelfde feit', [...] dienen de volgende gegevens als relevante vergelijkingsfactoren te worden betrokken.*
- (A) De juridische aard van de feiten. Indien de feiten niet onder dezelfde wettelijke omschrijving vallen, kan de mate van verschil tussen de feiten van belang zijn, in het bijzonder wat betreft (i) de rechtsgoederen ter bescherming waarvan de onderscheiden wettelijke omschrijvingen strekken, en (ii) de maximale straf respectievelijk boete die op de onderscheiden feiten is gesteld, in welke maxima onder meer tot uitdrukking komt de aard van het verwijt en de kwalificatie als misdrijf dan wel overtreding. [...]*
- Uit de bewoordingen van het begrip 'hetzelfde feit' vloeit reeds voort dat de beantwoording van de vraag wat daaronder moet worden verstaan, mede wordt bepaald door de omstandigheden van het geval. Vuistregel is nochtans dat een aanzienlijk verschil in de juridische aard van de feiten en/of in de gedragingen tot de slotsom kan leiden dat geen sprake is van 'hetzelfde feit' in de zin van art. 68 Sr (vgl. HR 1 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM9102, NJ 2011/394).”*
- 639** Voor beantwoording van de vraag of sprake is van hetzelfde feit, is dus onder meer van belang of de overtreden bepalingen een soortgelijk belang beschermen⁵⁵⁶ en de maximaal op te leggen straf, respectievelijk boete.
- 640** De Mededingingswet beoogt de mededinging op een bepaalde markt te beschermen en te voorkomen dat deze op de desbetreffende markt wordt beperkt of vervalst. Concurrentiebeperkingen hebben immers in het algemeen concrete negatieve effecten, zoals verstarring van de aanbodstructuren, vermindering van de vernieuwingsprikkel, vermindering van de prikkel tot efficiënt produceren, een opwaartse druk op de prijzen en een negatief welvaartseffect.⁵⁵⁷ De strafrechtelijke norm van artikel 273 Sr beoogt, anders dan de mededingingsrechtelijke norm, aantasting van een recht van een specifieke andere persoon te beschermen, te weten een recht met betrekking tot vertrouwelijke gegevens omtrent een onderneming.⁵⁵⁸ Artikel 273 Sr is voorts een klachtdelict en de geheimhouding van de gegevens moet door de betrokken onderneming uitdrukkelijk zijn bedongen. Wat betreft artikel 24 Mw is daarentegen ambtshalve onderzoek mogelijk en het bedingen van geheimhouding vormt geen relevant criterium. Uit het voorgaande volgt dat de strafrechtelijke norm een privaatrechtelijk belang en de mededingingsrechtelijke norm een algemeen (mededingings-)belang beschermt. Artikel 24 Mw respectievelijk artikel 273 Sr strekken dus tot bescherming van verschillende belangen.

⁵⁵⁴ HR 1 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BM9102, r.o. 2.5.

⁵⁵⁵ HR 9 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:222, r.o. 2.3.3.

⁵⁵⁶ Zie ook CRvB 22 november 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4606, r.o. 5.8.

⁵⁵⁷ *Kamerstukken II* 1995/96, 24707, 3, p. 7.

⁵⁵⁸ *Kamerstukken I* 1992/93, 21551, 39a, p. 2.

- 641 Gelet op het voorgaande is er geen sprake van 'dezelfde gedraging' in de zin van artikel 5:44 Awb. De bevoegdheid van de ACM om wegens de gedragingen rond de informatiedeling door [vertrouwelijk] een boete op te leggen, is dan ook niet komen te vervallen.

9.3 Behandeling toegangsverzoeken Veolia en Arriva binnen NS-organisatie

- 642 NS heeft op het Nederlandse spoor een bijzondere positie. Zo heeft NS voorzieningen in eigendom en exploiteert zij deze. NS heeft bijvoorbeeld stations in eigendom, beschikt over reisinformatie op het HRN en over treinen die geschikt zijn voor het Nederlandse spoor. Concurrerende vervoerders zijn afhankelijk van de medewerking van NS om van deze voorzieningen gebruik te kunnen maken. Arriva en Veolia hebben ook tijdens de Limburgse aanbesteding verzocht om toegang tot de voorzieningen van NS.
- 643 Het tweede onderdeel van het complex van gedragingen betreft de behandeling van deze toegangsverzoeken door NS. Dit onderdeel valt uiteen in twee elementen. NS heeft ten eerste informatie over de toegangsverzoeken gedeeld met haar dochter Abellio Nederland, de directe concurrent van Arriva en Veolia bij de Limburgse aanbesteding. Abellio Nederland heeft op deze manier een oneigenlijke kennisvoorsprong gekregen.
- 644 Zij heeft ten tweede de toegangsverzoeken aangegrepen om de biedingen van haar concurrenten te frustreren en zo haar eigen kansen op het winnen van de concessie te verhogen. Het aanbod van NS was te laat en op onderdelen onvolledig en niet-bindend. Daarmee creëerde NS onzekerheid waardoor haar concurrenten hogere kosten moesten inboeken en daardoor een kwalitatief minder goed bod konden doen. Zeker bij een aanbesteding, waar inschrijvers zo scherp mogelijk moeten bieden en tijd een belangrijke factor is om als concurrent te kunnen meedingen, kan zelfs een klein nadeel doorslaggevend zijn.
- 645 Deze gedragingen van NS droegen bij aan misbruik van haar economische machtspositie. Zij waren – deels – onderwerp van een onderzoek door de ACM in het kader van de Spoorwegwet (Sw). Dat onderzoek heeft geleid tot het besluit van 6 maart 2015 (het Geschilbesluit).⁵⁵⁹ In het Geschilbesluit constateert de ACM dat NS een onredelijk aanbod aan Veolia heeft gedaan en haar heeft benadeeld door het doorspelen van concurrentiegevoelige informatie. De relatie tussen het Geschilbesluit en de beoordeling in het onderhavige besluit komt hieronder eerst aan bod. Paragraaf 9.3.1 zet vervolgens uiteen hoe NS (informatie betreffende) de toegangsverzoeken van Arriva en Veolia aan Abellio Nederland heeft doorgespeeld. Paragraaf 9.3.2 bespreekt het aanbod van NS. Paragraaf 9.3.3 beoordeelt vervolgens de gedragingen aan de hand van het juridisch kader.

Geschilbesluit op grond van de Spoorwegwet

- 646 Naar aanleiding van het aanbod van NS verzoekt Veolia op 23 september 2014 de ACM tegen NS op te treden.⁵⁶⁰ Veolia stelt - kort gezegd - dat NS artikel 67 Sw (oud) en artikel 24 Mw heeft overtreden door haar een te laat, onvolledig, niet kostengeïntendeerd en discriminatoir aanbod voor bepaalde diensten en voorzieningen te doen. ACM heeft de klacht van NS behandeld als een verzoek tot geschilbeslechting conform artikel 71 van de Sw (oud). In het Geschilbesluit verklaart de ACM ingevolge artikel 71, derde lid, Sw (oud) deze klacht op onderdelen gegrond. De ACM concludeert in het Geschilbesluit dat NS artikel 71, eerste lid, Sw (oud) heeft overtreden, omdat er

⁵⁵⁹ Besluit ACM, kenmerk: ACM/DTVP/2015/201308, 6 maart 2015. Veolia heeft beroep ingesteld tegen het oordeel van de ACM in het Geschilbesluit dat de klacht van Veolia op bepaalde onderdelen niet gegrond is. Het CBb heeft Veolia in het ongelijk gesteld, zie CBb 14 juli 2016, ECLI:NL:CBB:2016:183. NS heeft tegen het Geschilbesluit geen beroep ingesteld.

⁵⁶⁰ Bron 97.

sprake is van oneerlijke behandeling en benadeling van Veolia als gevolg van het doorspelen van concurrentiegevoelige informatie. De ACM concludeert daarnaast dat NS de artikelen 67, eerste lid, en 71, eerste lid, Sw (oud) heeft overtreden, doordat zij Veolia geen redelijk aanbod heeft gedaan.⁵⁶¹ Het gaat daarbij onder andere om de volgende diensten en voorzieningen:

- (i) pauzeloocaties voor personeel;
- (ii) servicepunten;
- (iii) bestaande noodknopvoorzieningen op passagiersstations;
- (iv) reeds aanwezige kaartverkoopautomaten en OV-chipkaartvoorzieningen; en
- (v) reisinformatie.⁵⁶²

De ACM beoordeelt in het onderhavige besluit de gedragingen van NS rond de toegang tot deze diensten en voorzieningen in bredere context onder artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU en beziet of ingeval van overtreding van artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU optreden door middel van een boete passend is.

- 647** NS stelt in haar zienswijze dat de ACM in het Rapport ten onrechte het begrip 'redelijk aanbod' uit artikel 67 Sw doortrekt naar een vermeend misbruik van machtspositie. Het enkele feit dat een concurrent van NS vraagt om een volledig, bindend en onherroepelijk aanbod, maakt volgens NS nog niet dat de ACM kan concluderen dat sprake is van misbruik van machtspositie wanneer NS niet aan een dergelijk verzoek zou voldoen. Zeker in de context van een aanbesteding vindt NS dit onbegrijpelijk.⁵⁶³
- 648** Het oordeel uit het Geschilbesluit dat NS de artikelen 67, eerste lid, en 71, eerste lid, Sw (oud) heeft overtreden, betekent op zichzelf niet dat NS ook artikel 24 Mw heeft overtreden. Het is wel relevant voor de beoordeling van de gedragingen van NS in het onderhavige besluit. Immers, het doel en de strekking van de bepalingen kennen sterke overeenkomsten.
- 649** Allereerst stelt de Spoorwegwet eisen aan de toegang die NS aan andere vervoerders verleent tot stations en andere voorzieningen die verband houden met het spoorvervoer. Deze eisen vloeien voort uit de bijzondere positie van NS als rechthebbende van deze voorzieningen. Het doel van deze eisen is te zorgen voor eerlijke concurrentie bij het aanbieden van personenvervoer per trein. Zonder deze eisen zou NS haar positie kunnen gebruiken om haar concurrenten op achterstand te zetten, met name in aanbestedingsprocedures.⁵⁶⁴ Dit doel komt overeen met het doel van artikel 24

⁵⁶¹ Sinds 15 december 2015 heeft de ACM de bevoegdheid om bij aanbestedingen van regionale spoorconcessies de tarieven en voorwaarden van bepaalde diensten en voorzieningen vooraf goed te keuren (artikel 68c Sw). Ten tijde van de aanbesteding van de Limburgse Concessie had de ACM deze bevoegdheid echter niet.

⁵⁶² Met betrekking tot het aanbod van NS voor treinstellen en assistentieverlening voor gehandicapten heeft de ACM geoordeeld dat deze niet kwalificeren als bijkomende dienst of voorziening als bedoeld in artikel 67 Sw (oud). De ACM heeft het aanbod van NS ten aanzien van deze voorzieningen daarom niet beoordeeld in het Geschilbesluit. De ACM beoordeelt dit aanbod van NS in het onderhavige besluit wel aan de hand van artikel 24 Mw.

⁵⁶³ Zienswijze NS, randnummers 471-472.

⁵⁶⁴ Zie Geschilbesluit (voetnoot 559), rn. 36. De Europese richtlijnen die ten grondslag liggen aan de Spoorwegwet, noemen, naast bevordering van de integratie van de communautaire spoorwegsector, het waarborgen van concurrentie als doel (Richtlijn 91/440/EEG, tweede overweging en artikel 10, zevende lid (zoals gewijzigd door Richtlijn 2001/12/EG) en Richtlijn 2001/14/EG, overweging 16). Daarnaast refereert de wetgever aan het recht op eerlijke, niet-discriminerende toegang tot diensten en voorzieningen als een mededingingsregel en stelt zij vast dat de ACM klachten over oneerlijke behandeling ook onder de Mededingingswet kan onderzoeken (*Kamerstukken II* 2001-2002, 27 482, nr. 13, p. 27 (onderdeel M), p. 36 (onderdeel BB); dit

Mw, dat ondernemingen met een economische machtspositie in bepaalde omstandigheden verbiedt te concurreren door andere ondernemingen te hinderen of verdringen.

- 650** Ook uit een nadere analyse van de normen in de Spoorwegwet blijkt dat deze het waarborgen van concurrentie tussen vervoerders tot doel hebben. Artikel 67, eerste lid, Sw (oud) eist dat NS aan een vervoerder die daarom verzoekt, een redelijk aanbod doet tegen kostengeoriënteerde tarieven en onder voorwaarden die de mededinging niet beperken. De eis van een redelijk aanbod beschermt de mededinging. Volgens het Geschilbesluit is namelijk voor een redelijk aanbod ten minste het volgende nodig:
- a. NS moet tijdig reageren op verzoeken van vervoerders. De mededinging kan worden beperkt als NS de beantwoording van verzoeken vertraagt, aangezien vervoerders in een aanbestedingsprocedure in staat moeten zijn om het aanbod van NS te verwerken in hun inschrijving.
 - b. NS moet een onherroepelijk aanbod doen. Vervoerders hebben de zekerheid van een onherroepelijk aanbod nodig om in een aanbesteding zo zorgvuldig mogelijk hun inschrijving samen te stellen. Er is sprake van een onherroepelijk aanbod als na aanvaarding daarvan voor NS een verplichting ontstaat om de betreffende diensten ook daadwerkelijk te leveren tegen de voorwaarden in het aanbod. Anders kan NS naderhand terugkomen op haar aanbod of de voorwaarden daarvan verslechteren, waar vervoerders al bij hun inschrijving rekening mee moeten houden.
 - c. NS moet een volledig aanbod doen. Daarbij is het onder meer van belang dat alle (tarief)voorwaarden kenbaar zijn. Vervoerders moeten bijvoorbeeld in het geval van een aanbesteding de (tarief)voorwaarden in hun inschrijving kunnen verwerken.⁵⁶⁵
- 651** Ingevolge artikel 67, derde lid, Sw (oud) mag NS slechts weigeren de dienst of voorziening ter beschikking te stellen, indien de vervoerder onder marktvoorwaarden op een voor haar haalbare andere wijze kan voorzien in de behoefte die ten grondslag ligt aan haar verzoek. De ACM overweegt in het Geschilbesluit dat hierbij een rol speelt of de vervoerder (i) een gelijkwaardig alternatief heeft vanuit het oogpunt van de reizigers en de concessieverlener, en (ii) tegen vergelijkbare kosten op andere wijze haar spoorvervoer kan realiseren. Als dat niet het geval is, zet NS met een weigering om diensten of voorzieningen ter beschikking te stellen haar concurrenten op achterstand, zeker in een aanbesteding. NS (of een dochteronderneming, zoals Abellio) heeft dan immers een kostenvoordeel doordat zij zelf wel gebruik kan maken van bestaande diensten en voorzieningen.⁵⁶⁶
- 652** Daarnaast mag NS, op grond van artikel 71, eerste lid, Sw (oud), in haar rol als rechthebbende, een andere vervoerder niet oneerlijk behandelen, discrimineren of anderszins benadelen. De ACM oordeelt in het Geschilbesluit dat ook deze bepaling tot doel heeft om eerlijke concurrentie op het spoor mogelijk te maken. Dergelijke concurrentie is immers niet mogelijk als NS hen oneerlijk behandelt, discrimineert of anderszins benadeelt. Zeker in aanbestedingsprocedures waar (een onderdeel van) NS zelf als vervoerder concurreert met andere vervoerders. Van oneerlijke behandeling, discriminatie of benadeling is sprake als NS een onredelijk aanbod heeft gedaan zoals bedoeld in artikel 67 Sw (oud), waardoor deze vervoerders in hun biedingsproces zijn gehinderd. Ook is daarvan sprake als NS haar positie als rechthebbende gebruikt om de concurrentiepositie

verwijst naar artikel 73, dat is vernummerd naar artikel 67) en p. 38-39 (onderdeel DD; dit verwijst naar artikel 91b, dat is vernummerd naar artikel 71)).

⁵⁶⁵ Geschilbesluit (voetnoot 559), m. 34.

⁵⁶⁶ Geschilbesluit (voetnoot 559), m. 35.

van deze vervoerders nadelig te beïnvloeden, bijvoorbeeld door concurrentiegevoelige informatie waarover zij als rechthebbende beschikt, door te spelen aan het bedrijfsonderdeel dat als vervoerder direct met andere vervoerders in concurrentie staat.⁵⁶⁷

653 Volgens artikel 24 Mw kan het eveneens misbruikelijk zijn als een onderneming met een economische machtspositie onredelijke voorwaarden verbindt aan het verzoek om toegang tot een dienst of voorziening. Dit is met name het geval als deze dienst of voorziening onmisbaar is en de onderneming ook in directe concurrentie staat met de aanvrager van toegang, zodat de onderneming die concurrentie met haar onredelijk aanbod belemmert.⁵⁶⁸ De Europese Commissie merkt op dat al snel sprake is van dergelijk misbruik als de onderneming de dienst of voorziening heeft opgebouwd met staatsmiddelen of toen zij een beschermde positie had, en de onderneming op grond van specifieke regulering een plicht heeft tegen redelijke voorwaarden toegang te verlenen.⁵⁶⁹ De ACM constateert dat deze situatie hier aan de orde is, gezien de toegangseisen van de Spoorwegwet en het feit dat de bijzondere positie van NS als rechthebbende is terug te voeren op haar vroegere positie als enige aanbieder van zowel spoorinfrastructuur (zoals stations) als personenvervoer per spoor in Nederland.

654 Uit het bovenstaande blijkt dat de overwegingen op basis waarvan de ACM in het Geschilbesluit heeft vastgesteld dat NS de Spoorwegwet heeft overtreden, in ieder geval in aanzienlijke mate berusten op het oordeel dat NS met haar gedragingen de mededinging heeft kunnen beperken. Deze overwegingen zijn daarom veelal ook voor de beoordeling aan de hand van artikel 24 Mw relevant. Het feit dat de gedragingen een overtreding van de aangehaalde normen uit de Spoorwegwet opleveren vormt aldus een aanwijzing dat de betreffende gedragingen ook misbruik van economische machtspositie kunnen opleveren of daaraan bijdragen. ACM zal dat in de onderhavige zaak met inachtneming van de daarbij geldende procedures en rechtswaargborgen moeten vaststellen. Hierna toetst de ACM voor ieder onderdeel van de behandeling van de toegangsverzoeken door NS of inderdaad sprake is van dergelijk misbruik. Dit laat ook onverlet dat de ACM met betrekking tot een gedraging in het kader van de aanbesteding die geen overtreding van de Spoorwegwet oplevert, kan vaststellen dat deze wel misbruik van een economische machtspositie oplevert of daaraan bijdraagt.

9.3.1 Doorsturen informatie over toegangsverzoeken Veolia en Arriva

655 NS deelt verschillende keren informatie met Abellio Nederland die zij van concurrenten in verband met de aanbesteding heeft ontvangen of die haar concurrenten betrof. Medewerkers van NS hebben dit gedaan om de reactie aan haar concurrenten te beïnvloeden en zo de eigen kansen op het winnen van de Limburgse Concessie te verhogen.

Eerste onderzoek

656 Uit interne e-mailcorrespondentie blijkt dat Abellio Nederland reeds in februari 2014 informatie van NS heeft ontvangen met betrekking tot een offerteaanvraag van Arriva voor een aantal dieseltreinen, de zogenoemde DM90-treinstellen.⁵⁷⁰ Hoewel uiteindelijk blijkt dat deze treinstellen niet voldoen aan de besteisen en Arriva haar aanvraag daarom niet doorzet, laat dit wel zien dat

⁵⁶⁷ Geschilbesluit (voetnoot 559), rn. 36.

⁵⁶⁸ Zie bijvoorbeeld beschikking van de Europese Commissie van 25 juli 2001 in de zaak *Deutsche Post* (voetnoot 83), punt 141 en Richtsnoeren artikel 102, punt 79 (“*constructieve weigering*”).

⁵⁶⁹ Richtsnoeren artikel 102, punt 81. Deze situatie komt onder meer voor in de telecomsector. Zo verwijst de Europese Commissie naar deze aspecten in haar vaststelling dat Slovak Telekom misbruik heeft gemaakt van haar economische machtspositie (voetnoot 439, punt 370).

⁵⁷⁰ Bron 40.

NS intern informatie doorspeelt en haar concurrenten niet tegemoet wil komen met een aanbod. Een medewerker van NS Reizigers vraagt of Abellio Nederland zal inschrijven op de aanbesteding Limburg en daarom uit concurrentieoverwegingen nog wel treinen aan Arriva aangeboden moeten worden. [Lid management NS Reizigers] laat in antwoord daarop weten dat NS wat hem betreft op geen enkele manier hulp moet bieden aan Arriva:

“[Lid management NS Reizigers:] Goed dat je me hierbij involveert, want wij (lees Abellio NL en NSR) gaan inderdaad VOL inzetten op deze bieding. Ik heb ook meteen [lid directie Abellio Nederland] ingecopieerd, omdat hij als [lid directie] van Abellio NL het bidteam gaat leiden. Mijn standpunt is dat we op geen enkele wijze moeten meewerken aan het vergroten van het concurrentieel voordeel van Arriva.”⁵⁷¹

657 [Lid directie Abellio Nederland] bevestigt dat NS geen hulp moet bieden aan Arriva:

“Ik ben geheel eens met [lid management NS Reizigers], samenwerking met DB/Arriva verlaagt onze kans om de aanbesteding te winnen,”

658 Op 12 augustus 2014 stuurt Veolia in het kader van de Limburgse aanbesteding een brief aan [lid bestuur NS] waarin Veolia NS verzoekt om een aanbod voor verschillende diensten.⁵⁷² Daarbij vraagt Veolia NS om uiterlijk 25 augustus 2014 te reageren, gelet op de inschrijvingstermijn voor de Limburgse aanbesteding. Na het uitblijven van een reactie van NS, rappelleert Veolia NS per brief van 26 augustus 2014. NS reageert daarop op 26 augustus 2014 met een brief namens [lid bestuur NS]. NS bevestigt het verzoek van Veolia in goede orde te hebben ontvangen, maar stelt dat zij, gelet op de omvang van het verzoek, naar verwachting niet eerder dan medio september nader kan berichten. NS stuurt het toegangsverzoek van Veolia voor de tweede keer (zie randnummer 670) op 26 augustus 2014 intern door (in 'cc') aan [lid directie Abellio Nederland].⁵⁷³

659 Arriva en Veolia vragen NS ook om een aanbod van LINT-dieseltreinen. Uit een interne e-mailwisseling van 14 september 2014 blijkt dat Abellio Nederland op de hoogte is gehouden van de beslissing van NS om de gevraagde LINT-dieseltreinen aan te bieden aan concurrenten. In deze e-mailwisseling geeft Abellio Nederland aan hoe om te gaan met het scenario dat concurrenten de LINT-dieseltreinen zouden inzetten voor hun inschrijving. [Lid directie Abellio Nederland] schetst voor onder meer [lid bestuur NS] een scenario waarbij Abellio Nederland zich onderscheidt van de concurrentie met andere treinstellen. Dit laat zien dat Abellio Nederland de informatie die zij ontvangt over haar concurrenten, gebruikt ten voordele van haar eigen bieding:

“Nu besloten is om de LINTen aan andere gegadigden [Arriva en Veolia] aan te bieden wil ik het volgende scenario met jullie toetsen:

/ [vertrouwelijk] is in staat en bereid om nieuwe dieseltreinen voor de Maaslijn aan te bieden

/ deze treinen hebben een gebruiksduur voor Limburg tot elektrificatie van de Maaslijn gereed is (in 2020)

/ Abellio koopt de dieseltreinen voor inzet gedurende 4 jaar

/ NSR of NSFSC neemt deze dieseltreinen na 4 jaar over en zet deze in op dieseltrajecten of als strategische reserve zoals ook het plan was met de LINT wegens de capaciteitskrapte binnen NSR

⁵⁷¹ Bron 40.

⁵⁷² Bron 76, bijlage XI.

⁵⁷³ Bron 168.

*Abellio NL onderscheidt zich in Limburg met de inzet van materieel toev concurrenten die wel met de LINT komen, zonder dat er hogere kosten ontstaan.*⁵⁷⁴

660 [Lid bestuur NS] reageert als volgt op dit voorstel: *“Klinkt acceptabel.”*

Aanvullend onderzoek ACM

661 NS heeft in mei 2015 e-mails verstrekt waaruit blijkt dat de biedingsmanager van Veolia het verzoek van Veolia op 12 augustus 2014 ook per e-mail stuurt naar [lid bestuur NS]. [Lid bestuur NS] stuurt vervolgens diezelfde dag de e-mail met bijgevoegd het volledige verzoek van Veolia naar [lid directie Abellio Nederland]. [Lid bestuur NS] zegt daarbij onder meer dat NS natuurlijk niets aan Veolia levert en anders (als dat moet) zo laat mogelijk:

*“Heb het niet helemaal doorgelezen, maar men wil allerlei info van ons, En niet zo'n klein beetje ook. Als we niets hoeven te leveren, leveren we natuurlijk niets. Ook las ik 25/8 [de datum waarop Veolia een antwoord van NS wilde]. Indien we al iets "moeten" opsturen, dan zo laat mogelijk. Laat me even met sms of kort email bericht weten of Veolia dit terecht vraagt of dat we het naast ons neer kunnen leggen. En mochten we al iets moeten leveren, kunnen wij hetzelfde verzoek bij hen neerleggen inzake bus?”*⁵⁷⁵

662 [Lid directie Abellio Nederland] stuurt bovengenoemde e-mail inclusief alle bijlagen op 13 augustus 2014 door naar onder meer [lid directie Abellio Nederland] en een ander lid van het bidingsteam.

663 Op 15 augustus 2014 stuurt [lid directie Abellio Nederland] de e-mailwisseling door naar [lid management NS Legal]. [Lid management NS Legal] vraagt vervolgens wie binnen NS Reizigers voorbereidingen treft voor het aanbod aan Veolia of de gedeeltelijke afwijzing van het verzoek van Veolia. Hij benadrukt dat het verstandig is dat de afdeling Legal hierbij aanhaakt, gezien het feit dat de ACM nauwgezet meekijkt in de Limburgse aanbesteding:

*“Kan een van jullie mij vertellen wie (binnen NSR) de lead heeft bij de voorbereiding van het integrale aanbod (of afwijzing op delen daarvan) aan Veolia en beantwoording van de brief? Ook vanwege de omstandigheid dat ACM nauwgezet meekijkt in deze aanbesteding en de opstelling van NS daarbij, is het verstandig dat legal hierbij aanhaakt. Ik neem dan ook graag contact op met degene die de lead heeft.”*⁵⁷⁶

664 [Lid bestuur NS] verwijst [lid management NS Legal] niet door naar NS Reizigers, maar stelt dat [lid directie Abellio Nederland] de persoon is die namens NS de reactie voor Veolia voorbereidt: “[lid directie Abellio Nederland] *is de man*”.⁵⁷⁷ NS laat Abellio Nederland dus bepalen welk aanbod zij gaat doen aan haar directe concurrenten bij de aanbesteding.

665 Op 18 augustus 2014 stuurt [lid directie Abellio Nederland] [lid management NS Legal] zijn voorstel voor de beantwoording van het verzoek van Veolia. [Lid directie Abellio Nederland] acht het redelijk om een maand de tijd te nemen voor de beantwoording van het verzoek van Veolia. Hij gaat daarbij niet uit van, zoals verwacht zou mogen worden, de benodigde tijd voor NS om een aanbod op te stellen, maar van de tijd die Veolia heeft genomen om haar verzoek te doen. Vervolgens geeft [lid

⁵⁷⁴ Bron 86, onderstreping ACM.

⁵⁷⁵ Bron 224. NS erkent hierin dat deze e-mails passen bij de constatering van de ACM dat NS verzoeken van concurrenten heeft doorspeeld naar Abellio Nederland. Zie ook bron 224, bijlage 1.

⁵⁷⁶ Bron 224, bijlage 2.

⁵⁷⁷ Bron 224, bijlage 2.

directie Abellio Nederland] puntsgewijs zijn suggesties voor het aanbod dat NS aan Veolia zou kunnen doen voor de verschillende diensten:

“Zoals we vrijdag bespraken stuur ik je bijgaand mijn voorstel voor proces en inhoudelijke reactie:

/ Termijn voor beantwoording: er wordt NS veel gevraagd dat nader onderzoekwerk vergt. De opstelling van de brief van Veolia (sinds verschijning van het bestek eind juni) bedroeg ruim 6 weken. Het lijkt me redelijk om een maand te nemen voor de beantwoording van deze vragen. Ik stel voor dat NS een brief stuurt met daarin de aankondiging van een antwoord op uiterlijk 12 september.

[...]

- 1. Pauze locaties : het lijkt redelijk de bestaande pauze locaties opnieuw ter beschikking te stellen tegen huidig contract plus indexatie*
- 2. [vertrouwelijk] (fyi: ook Abellio gaat deze niet inzetten)*
- 3. [vertrouwelijk] (fyi: Abellio wil wel Lint treinen van NSFSC zonder dat NSFSC die aan anderen aanbiedt, hierover vindt overleg plaats tussen legal en NSFSC)*
- 4. Nood knop: Zelfde regeling toepassen als nu met Veolia*
- 5. Servicepunten: Indien er ruimte beschikbaar is op deze stations, zou ik deze op huurprijs per m2 ter beschikking stellen*
- 6. NS kaartautomaten: zelfde beleid als vandaag (op stations die NS niet aandoet staan geen NS kaartautomaten, daar kan Veolia haar eigen automaten plaatsen)*
- 7. Reisinformatie: Bestaande contracten van toepassing, indien er een nieuw afsprakenkader wordt overeengekomen zal dit ook gelden voor Veolia zoals dit zal gelden voor alle partijen. [...]⁵⁷⁸*

- 666** [Lid directie Abellio Nederland] merkt voorts op dat Abellio Nederland wel de LINT-dieseltreinen van NSFSC wil inzetten in Limburg, maar dat Abellio Nederland niet wil dat diezelfde treinen aangeboden worden aan concurrenten. Zoals hierna zal blijken, bevestigt een andere door NS aan de ACM opgeleverde e-mail, dat Abellio Nederland al in juli 2014 aan NS verzoekt om de LINT-dieseltreinen niet ter beschikking te stellen aan concurrenten.⁵⁷⁹
- 667** De door NS in mei 2015 verstrekte e-mails gaven de ACM aanleiding voor aanvullend onderzoek. Op 27 mei 2015 heeft de ACM bedrijfsbezoeken verricht op de bedrijfslocaties van NS en Qbuzz.⁵⁸⁰ Tijdens deze bedrijfsbezoeken heeft de ACM aanvullende e-mails aangetroffen die duidelijkheid geven over het verloop van de discussie over het aanbod binnen NS. Uit deze e-mails blijkt dat de eerder door NS opgeleverde e-mails niet het volledige beeld geven van de discussie binnen NS over het aanbod van dieseltreinen aan concurrenten.
- 668** Allereerst stuurt [lid directie Abellio Nederland] op 14 juli 2014 een e-mail over de inzet van treinmaterieel naar [leden directie Abellio Holding]. Daarin geeft hij aan wat de behoefte aan treinen is van Abellio Nederland voor de Limburgse aanbesteding en dat het van belang is dat NSFSC terughoudend is met een aanbod van treinen aan concurrenten:
- “Bijgaand ook de mail van [lid management QBuzz] mbt het treinmaterieel. Dat gaat de kern worden van de discussie binnen NS lijkt het nu. Van belang is ook dat NSfsc en Nedtrain terughoudend zijn met afspraken met concurrenten buiten de groep. Dat zou een mogelijk concurrentievoordeel teniet doen.⁵⁸¹*

⁵⁷⁸ Bron 224, bijlage 3.

⁵⁷⁹ Bron 224, bijlage 4.

⁵⁸⁰ Bron 225 en bron 226.

⁵⁸¹ Bron 62.

669 [Lid directie Abellio Nederland] meldt vervolgens per e-mail van 8 augustus 2014 aan de andere directieleden de uitkomst van een gesprek met [lid bestuur NS], [lid management NS legal] en [lid management NSFSC] over het aanbieden van LINT-dieseltreinen. Hij stelt daarin dat [lid management NSFSC] medio augustus 2014 duidelijkheid wil bieden aan concurrenten omtrent de dieseltreinen. Het gesprek met onder meer [lid bestuur NS] had daarentegen als belangrijkste uitkomst dat NSFSC voorlopig nog geen helderheid geeft aan concurrenten. Door tijd te kopen en te vertragen heeft Abellio Nederland een voordeel omdat voor concurrenten onzekerheid ontstaat. Verder staat in de e-mail dat NS het risico ziet dat concurrenten mogelijk niet conform het bestek kunnen inschrijven zonder de dieseltreinen van NS. Daarom overweegt NS om wel LINT-dieseltreinen aan te bieden, maar tegen “zware voorwaarden”. Hoewel ook Qbuzz deze voorwaarden moet inprijzen, blijkt uit deze e-mail dat NS naar manieren zoekt om haar voordeel als onderdeel van NS te gebruiken:⁵⁸²

“belangrijkste uitkomst van het gesprek is dat NSFSC tijd gaat kopen en voorlopig nog geen helderheid geeft aan de partijen. NSFSC gaat komende week eerst de marktbehoefte in kaart brengen, zonder uitspraken te doen over beschikbaarheid.

overwegingen mbt de linten zijn:

- mededingingsexpert van ns vindt dat nsfsc niet onbeargumenteed kan afzien van aanbieden van dit materieel aan onze concurrenten.

[...]

- een overweging is derhalve om de linten zowiezo voor NS te claimen: ofwel voor Qbuzz en anders voor NSR (als reserve capaciteit voor problemen op het hoofdrailnet), en niet aan te bieden aan de markt.

Daartegenover staat dat als we geen linten aan de markt aanbieden dat mogelijk alleen wij besteksconform kunnen aanbieden. Het gerucht gaat dat cxx [Connexxion, onderdeel van Transdev, net als Veolia] de aanbesteding van limburg gaat aanvechten omdat er geen sprake is van level playing field. Ons niet aanbieden zal de mogelijk versterken, plus er gaat wellicht druk vanuit de provincie op ns komen.

mijn inschatting op dit moment is dat het niet in ons belang is dat de aanbesteding/bestek wordt aangepast, vertraagd en mogelijk irritatie bij de opdrachtgever.

Een serieuze overweging is om de linten wel aan te bieden, maar tegen zware voorwaarden (niet zoals gevraagd [vertrouwelijk] stuks, maar bij alleen alle [vertrouwelijk] tegen bijv 5 of 6 jaar zoals macquarie, etc). Qbuzz moet dit normaalgesproken inprijzen, maar als er ook een afspraak is dat NSR bij ons er [vertrouwelijk] claimt als reserve materieel, dan geeft dit ons een voordeel. Ook hierbij zullen we een gedocumenteerd verhaal nodig hebben dat NSR deze nodig heeft (om evt mededingsrisicos te voorkomen)

Vooralsnog dus geen uitspraak over wel of niet aanbieden, maar vertragen, dit geeft ons ook voordeel omdat er onzekerheid door ontstaat bij de anderen.

[...]”⁵⁸³

670 Op 21 augustus 2014 mailen [lid bestuur NS] en de CEO Veolia elkaar over de mogelijke inzet van twee extra dieseltreinen van NS op de Maaslijn.⁵⁸⁴ [Lid bestuur NS] stuurt op 26 augustus 2014 ook

⁵⁸² Paragraaf 9.3.2 vermeldt de voorwaarden die NSFSC uiteindelijk hanteert in haar aanbod van 15 september 2014 voor de LINT-dieseltreinen aan Arriva en Veolia.

⁵⁸³ Bron 69.

⁵⁸⁴ Bron 73.

deze e-mailwisseling door naar [lid directie Abellio Nederland] en vraagt daarbij: “*Al nieuws? Dank. [lid bestuur NS]*”. [Lid directie Abellio Nederland] meldt onder andere dat in de ExCo van 1 september 2014 besproken zal worden of NS haar concurrenten ook een aanbod zal doen voor de Limburgse aanbesteding. In reactie daarop vraagt [lid bestuur NS] onder meer of dit aanbod de winkansen voor de Limburgse aanbesteding beïnvloedt. Verder zegt [lid bestuur NS] dat geen aanbod aan concurrenten gedaan moet worden, tenzij NS hele grote risico's loopt:

*“3. Aanbod aan concurrenten ken je mijn visie, niet doen of we moeten echt major risico's lopen.”*⁵⁸⁵

- 671** NS blijkt conform de e-mail van [lid directie Abellio Nederland] (randnummer 665) op zijn vroegst medio september een reactie te willen geven op de verzoeken van Veolia. Op 10 september 2014 stuurt [lid management NS Legal] een e-mail aan onder meer de RvB NS, de directieleden van Abellio Holding en Abellio Nederland en [leden van het management van NedTrain, NSFSC en NS Stations]. Hij schrijft daarin dat deze reactietermijn inmiddels aan zowel Veolia als de Provincie Limburg is gecommuniceerd en NS volgens hem daarom niet langer kan en wil wachten. NS streeft ernaar om op vrijdag 12 september 2014 NedTrain, NSFSC, NS Stations en NS Reizigers ieder afzonderlijk een aanbod naar marktpartijen te laten sturen. Die brieven zouden de dag daarvoor door [leden van het bestuur NS] moeten worden goedgekeurd. [Lid management NS Legal] legt uit dat op basis van een gesprek met [lid bestuur NS] is besloten om NSFSC en NedTrain in principe wel een aanbod te laten doen aan marktpartijen, maar nog “*geen harde commitment*” af te geven. Het gevraagde treinmaterieel en het onderhoud daarvan zou NS namelijk in beginsel voor het HRN willen behouden. Verder zegt [lid management NS Legal] dat NS voor een deel van haar aanbod pas na 15 september 2014 aan de markt uitsluitel geeft:

*“Brieven zijn in de maak en voor het overgrote deel klaar. [...] Richting (voor NT en NSFSC) is niet afwijzend reageren maar op dit moment ook geen harde commitment afgeven. Materieel en onderhoudscapaciteit in beginsel voor HRN, en ter dekking van onzekerheid ook in de toekomst. Daar waar er ruimte is kan worden aangeboden, maar vooralsnog verstandig om waar mogelijk/wenselijk gesprekken te continueren eerst ter verdere inventarisatie wat specifieke vraag (onderhoud) is in de markt. Als die duidelijkheid er is, dan integrale afweging maken. Qua timing voor wat betreft wel/niet/in welke omvang aanbieden aan de markt: pas na reactie 15/9.”*⁵⁸⁶

- 672** Op zaterdag 13 september 2014 mailt [lid management F&A] medewerkers over het mogelijke aanbod van NSFSC van treinen aan concurrenten. Daarin meldt [lid management F&A] dat [lid bestuur NS] geen treinen wil bieden aan mogelijke concurrenten in Limburg. Dat lijkt [lid management F&A] lastig te verdedigen, maar [betrokkene] wil wel de grenzen verkennen:

*“Ik zou graag met (1 van) jullie even sparren over Limburg: [lid bestuur NS] wil geen treinen aanbieden aan anderen en dat lijkt me lastig voor de nsfsc situatie. Standpunt van gister blijft wat mij betreft staan maar wil wel de grenzen verkennen.”*⁵⁸⁷

- 673** [Lid management F&A] vraagt onder meer aan [vertrouwelijk] medewerkers wat er minimaal voor nodig zou zijn om NSFSC alleen een aanbod aan NS Reizigers te laten doen en niet aan de twee concurrenten. Zo vraagt [lid management F&A] of het voldoende is om NS Reizigers een reserveringsfee te laten betalen aan NSFSC of dat de leaserentals ook gegarandeerd moeten worden door NS Reizigers. Deze verkenning is in lijn met de eerdere opstelling van NS om LINT-

⁵⁸⁵ Bron 73.

⁵⁸⁶ Bron 81.

⁵⁸⁷ Bron 84.

dieseltreinen te claimen voor NS Reizigers Qbuzz/Abellio Nederland, zodat de treinen niet aan andere marktpartijen aangeboden hoeven te worden.

- 674** Een CpC medewerker antwoordt dat NS Reizigers de LINT-dieseltreinen niet kan claimen door alleen een reserveringsfee te betalen, omdat er een grote kans is dat NSFSC de LINT-treinen ook aan andere inschrijvers in Limburg zal gaan aanbieden. Zijn voorstel is om zwaardere voorwaarden te stellen voor het leasen van de LINT-dieseltreinen. Ten minste [vertrouwelijk] keer de maandelijkse leaseprijs van [vertrouwelijk] euro zou vooraf betaald moeten worden.⁵⁸⁸ Uiteindelijk verwerkt NSFSC de voorgestelde zwaardere voorwaarden ook in haar aanbod van de LINT-treinen (paragraaf 9.3.2).
- 675** Arriva en Veolia hebben NS verzocht om een aanbod voor verschillende diensten. NS heeft (informatie betreffende) de toegangsverzoeken van haar concurrenten doorgespeeld aan Abellio Nederland. NS heeft aanvankelijk verklaard dat dit slechts eenmalig is gebeurd. Ook [lid directie Abellio Nederland] heeft verklaard dat hem verder geen informatie van Veolia of Arriva heeft bereikt. Zij benadrukken dat het slechts een incident betrof.⁵⁸⁹ Uit aanvullend onderzoek blijkt echter dat NS meerdere malen informatie heeft doorgespeeld aan Abellio Nederland en dat Abellio Nederland daadwerkelijk een reactie heeft gestuurd, waarbij tevens op risico's is gewezen.

Zienschijze NS

- 676** NS betwist in haar zienschijze niet dat de toegangsverzoeken zijn doorgespeeld aan Abellio Nederland. Zij stelt voorop dat zij het betreurt dat informatie is gedeeld met Abellio Nederland en dat inmiddels maatregelen zijn genomen om dit in de toekomst te voorkomen. Zij betwist echter dat de informatiedeling misbruik van een economische machtspositie oplevert.⁵⁹⁰
- 677** Ten aanzien van het toegangsverzoek van Veolia van 12 augustus 2014 stelt zij dat deze informatie niet relevant was voor Abellio nu hieruit geen strategisch gedrag en daarmee concurrentiegevoelige relevante informatie valt af te leiden. Over de offerteaanvraag van Arriva voor een aantal dieseltreinstellen stelt NS dat dit geen relevante kennisvoorsprong heeft opgeleverd nu de betreffende DM'90 treinstellen niet geschikt waren voor de Limburgse Concessie.
- 678** Abellio Nederland heeft ook niet haar eigen bod aangepast op basis van de verkregen informatie en heeft deze informatie ook niet anderszins gebruikt. Het doorspelen van de informatieverzoeken heeft volgens NS dan ook niet kunnen leiden tot een verstoring van de mededinging.

Beoordeling ACM

- 679** Uit het bewijsmateriaal blijkt dat al op 28 februari 2014 een medewerker van NS Reizigers [lid directie Abellio Nederland] informeert dat Arriva voor de aanbesteding Limburg een offerteaanvraag heeft gedaan voor een aantal dieseltreinen. [Lid directie Abellio Nederland] blijkt tevens op de hoogte te zijn geweest van de beslissing van NS om concurrenten een aanbod te doen voor dieseltreinen nog voordat deze vervoerders deze kennis hadden (zie randnummers 656 en 657 hierboven).
- 680** Het doorsturen van informatie met betrekking tot het toegangsverzoek van Arriva heeft geen concurrentieel nadeel voor Arriva of voordeel voor Abellio Nederland kunnen opleveren. De in het Rapport aangehaalde e-mailwisseling van 28 februari 2014 betreft enkel *“de lease van een aantal*

⁵⁸⁸ Bron 84.

⁵⁸⁹ Bron 205, p. 3-6.

⁵⁹⁰ Zienschijze NS, paragraaf 10.5.2.

treinstellen DM90". Op 24 juni 2014 is het Programma van Eisen bekendgemaakt waarin eisen staan aan het comfort, de kwaliteit en de milieuprestatie van de treinstellen die worden ingezet bij uitvoering van de concessie.⁵⁹¹ Zoals NS terecht stelt, blijkt hieruit dat DM'90 treinstellen niet geschikt waren.

- 681** Het voorgaande toont echter wel aan dat NS niet schroomt om vertrouwelijke informatie met betrekking tot haar concurrenten te delen met Abellio Nederland. In tegenstelling tot haar verklaringen hierover doet NS dat zelfs meermaals.⁵⁹² Abellio Nederland gebruikt deze informatie vervolgens om de bieding van Veolia te beïnvloeden. NS accepteert de formulering van het aanbod door Abellio Nederland (zie verder in paragrafen 9.3.2 en 9.3.3). NS houdt Abellio Nederland in het vervolg tevens op de hoogte van het verzoek van Arriva en Veolia om LINT-dieseltreinen en de afhandeling van dit verzoek.⁵⁹³ Abellio Nederland geeft ook input op deze afhandeling. Arriva en Veolia worden in de e-mailwisseling weliswaar niet expliciet genoemd, maar voor Abellio Nederland was in dat stadium volstrekt duidelijk wie de in de e-mailwisseling genoemde concurrenten en andere gegadigden waren, zoals blijkt uit randnummer 262.
- 682** NS heeft haar dochteronderneming Abellio Nederland op deze manier een oneigenlijke kennisvoorsprong verschaft ten opzichte van haar concurrenten.
- 683** NS was zich er terdege van bewust dat de gedeelde informatie concurrentiegevoelig was en het delen daarvan niet was toegestaan. Zo benadrukt NS in haar brief van 26 november 2014 aan de ACM dat zij geenszins direct of indirect de verzoeken van inschrijvers mag delen met andere inschrijvers, zoals Abellio Nederland:
- "Voorts geldt dat het niet toelaatbaar is om tijdens een aanbestedingsprocedure bedrijfsvertrouwelijke informatie van de ene inschrijver door te geven aan de ander. Het staat NS derhalve geenszins vrij om inschrijvers op een concessie direct of indirect inzicht te geven in de vraag van ander[e] inschrijvers naar voorzieningen/diensten bij NS-vennootschappen."*⁵⁹⁴
- 684** Ook tijdens de hoorzitting van 28 november 2014 ten kantore van de ACM verklaart NS hierover dat de concrete vraag van vervoerders bedrijfsvertrouwelijk is en deze informatie daarom niet door NS wordt gedeeld met concurrerende vervoerders:
- "De concrete vraag van individuele spoorvervoerders is bedrijfsvertrouwelijke informatie, als bijvoorbeeld Veolia, Arriva of Abellio bij NS Financial Services een offerte vraagt voor treinstellen, is het vertrouwelijk voor welke treinstellen dat is, voor hoeveel treinstellen, voor welke periode, enzovoorts. Zij behoren dat niet van elkaar te weten en dit wordt door NS ook niet over en weer gedeeld."*⁵⁹⁵
- "Omdat wij vinden dat ... en dat hangt samen met de inrichting van het proces ... dat wij willen waarborgen dat de communicatie tussen NS als toeleverancier en verschillende afnemers, die met elkaar in concurrentie staan, van elkaar gescheiden zijn zodat informatie over dat aanbod niet gedeeld wordt met anderen omdat dat bedrijfsvertrouwelijke informatie is."*⁵⁹⁶

⁵⁹¹ Bron 57, p. 102.

⁵⁹² Bron 224, bijlage 1 en 2, bron 168, bron 81 en bron 101.

⁵⁹³ Bron 69 en bron 86.

⁵⁹⁴ Bron 186, p. 3.

⁵⁹⁵ Bron 188, p. 13.

⁵⁹⁶ Bron 188, besloten deel hoorzitting 14.37 – 15.37 uur, p. 8.

685 Desondanks heeft NS willens en wetens deze informatie gedeeld. Deze gedragingen hadden tot doel om concurrenten bewust op achterstand te zetten en Abellio Nederland een indirect voordeel te verschaffen bij haar eigen bieding. Dit blijkt uit de geciteerde e-mails en is in lijn met de strategische intenties van NS (zie hierboven). De gedragingen van NS hebben bijgedragen aan misbruik van haar economische machtspositie.

9.3.2 Onredelijk aanbod van diensten en treinen door NS aan Veolia en Arriva

686 Veolia en Arriva hebben voor de Limburgse aanbesteding NS schriftelijk verzocht om voor (de toegang tot) meerdere diensten en voorzieningen een redelijk aanbod uit te brengen. Hierna beoordeelt ACM deze verzoeken en de reactie daarop van NS. Hieruit volgt dat de gedragingen van NS hebben bijgedragen aan misbruik van haar economische machtspositie.

Aanbod van NS – algemeen

687 Op 12 augustus 2014 verzoekt Veolia [lid bestuur NS] om een aanbod voor verschillende diensten.⁵⁹⁷ Veolia specificeert haar verzoek per individuele dienst. Voor zover van toepassing verwijst Veolia daarbij naar enkele in het Programma van Eisen opgenomen criteria.⁵⁹⁸ Het gaat daarbij onder meer om het volgende:

- pauzelocaties voor personeel en servicepunten voor reizigers;
- noodknopvoorzieningen;
- kaartverkoopautomaten en OV-chipkaartvoorzieningen;
- reisinformatie op stations;
- assistentieverlening voor gehandicapten en
- tijdelijke inzet van elektrische en dieseltreinen.⁵⁹⁹

688 Veolia vraagt NS uiterlijk 25 augustus 2014 te reageren, omdat Veolia en andere inschrijvers uiterlijk 10 oktober 2014 hun bod moeten indienen. Veolia verzoekt NS te garanderen dat (i) zij haar aanbiedingen gestand doet tot de definitieve gunning en (ii) de aangeboden (tarief)voorwaarden non-discriminatoire zijn voor alle inschrijvers, namelijk Veolia, Abellio en Arriva.

689 NS reageert niet op het verzoek van Veolia voor de gevraagde datum. Op 25 augustus 2014 rappelleert Veolia NS om per ommegaande alsnog het door Veolia gevraagde aanbod te doen. Op 26 augustus 2014 bericht NS dat het informatieverzoek in goede orde is ontvangen en dat NS medio september Veolia nader zal berichten. Na een nieuw rappel van Veolia bericht NS op 2 september 2014 wederom naar verwachting medio september nader te kunnen berichten.⁶⁰⁰ Pas op 15 september 2014 reageert NS uiteindelijk inhoudelijk op de verzoeken van Veolia.⁶⁰¹ Dit komt overeen met de reactietermijn van circa één maand die [lid directie Abellio Nederland] heeft voorgesteld aan de [lid bestuur NS] (zie randnummer 658). Het is bovendien minder dan een maand

⁵⁹⁷ Bron 76, bijlage VI.

⁵⁹⁸ Het Programma van Eisen maakt onderdeel uit van het bestek en dateert van 24 juni 2014 (zie randnummer 62).

⁵⁹⁹ Veolia verzoekt tevens informatie over de verkoopprovisie van internationale vervoersopbrengsten. NS blijkt dit tarief niet zelf vast te stellen. Een ander onderdeel van het verzoek van Veolia ziet op de kostenvergoeding die Veolia aan NS moet betalen voor de door haar afgegeven jaarabbonementen. Dit verzoek trekt Veolia echter in. Deze beide onderdelen van het verzoek beoordeelt de ACM daarom niet.

⁶⁰⁰ Bron 76, p. 507.

⁶⁰¹ Bron 93, p. 76.

voor de oorspronkelijke sluitingsdatum van 10 oktober 2014. Uit de randnummers 656 e.v. blijkt dat NS haar aanbod bewust vertraagt om haar concurrenten te benadelen.

- 690** Op 15 september 2014 stuurt NS aan Veolia brieven van NS Reizigers, NS Stations en NSFSC. In de brief van NS Reizigers benadrukt NS dat het verzoek van Veolia soms een “*zeer ruime vraagstelling*” bevat en de beantwoording van NS daarom op onderdelen algemeen van aard is gebleven.⁶⁰² Zo stelt NS dat de kosten van de door NS Reizigers geleverde diensten grotendeels bekend zijn bij Veolia uit de lopende contracten. NS geeft aan eerst een concrete offerteaanvraag nodig te hebben voordat zij meer informatie aan Veolia kan verstrekken over onder meer noodknopvoorzieningen, assistentieverlening aan gehandicapten en OV-chipkaartvoorzieningen. Daarom zou haar beantwoording op onderdelen noodzakelijkerwijs algemeen van aard zijn gebleven. In een andere brief stelt NS daarentegen dat een aantal vragen “*zeer specifiek*” is en daarom moeilijk in algemene zin beantwoord kan worden.⁶⁰³
- 691** Het aanbod van NS is daardoor niet alleen vertraagd, maar ook niet volledig. Bovendien doet NS op een aantal punten een aanbod dat niet vaststaat en nog aangepast kan worden nadat de concessie is gegund. Dat dit een bewuste tactiek is, blijkt uit verschillende interne mails. Zo heeft bijvoorbeeld [lid management NS Reizigers] aangegeven dat NS “*op geen enkele wijze [moet] meewerken aan het vergroten van het concurrentieel voordeel van Arriva*”.⁶⁰⁴ In een e-mail van 8 augustus 2014 aan de andere directieleden benadrukt [lid directie Abellio Nederland]: “*Vooralsnog dus geen uitspraak over wel of niet aanbieden, maar vertragen, dit geeft ons ook voordeel omdat er onzekerheid door ontstaat bij de anderen*.”⁶⁰⁵ Zie eveneens randnummers 660, 661 en 674.
- 692** Veolia stelt dat zij met het aanbod van NS geen concurrerende inschrijving kan doen. Op 23 september 2014 verzoekt Veolia NS om voor 30 september 2014 alsnog te antwoorden op de vragen zoals aangegeven in haar brief van 12 augustus 2014. Op 30 september 2014 reageert NS op de brief van Veolia van 23 september 2014.⁶⁰⁶ NS specificeert haar aanbod aan Veolia op een aantal punten, maar laat nog steeds onzekerheden bestaan. Dit is bovendien zeer kort voor de sluitingsdatum van 10 oktober 2014. De Provincie verlengt eerst op 30 september 2014 deze sluitingsdatum met ruim drie weken naar 3 november 2014, maar dat was op dat moment niet bekend bij NS en Veolia.
- 693** Arriva verzoekt NS eveneens om een aanbod voor diensten voor de aanbesteding Limburg.⁶⁰⁷ Het gaat daarbij om de volgende diensten:
- a. Pauzelocaties voor personeel en servicepunten en
 - b. elektrische treinen en dieseltreinen.
- 694** Op 1 september 2014 verzoekt Arriva NS om een offerte voor huisvesting. Op 15 september 2014 geeft NS Stations een overzicht van kantoorruimte, personeelsverblijf, servicepunten en van aanvullende diensten.⁶⁰⁸ Op 28 juli 2014 verzoekt Arriva NSFSC om een offerte voor [vertrouwelijk]

⁶⁰² Bron 93, p. 76.

⁶⁰³ Bron 93, p. 81.

⁶⁰⁴ Bron 40.

⁶⁰⁵ Bron 69.

⁶⁰⁶ Bron 126.

⁶⁰⁷ Bron 88 (herziene niet-vertrouwelijke versie), p. 1 t/m 4.

⁶⁰⁸ Bron 88 (herziene niet-vertrouwelijke versie), p. 2, 3 en bron 88, p. 7, 13 t/m 15.

Lint 41/H treinstellen.⁶⁰⁹ Arriva rappelleert NSFSC op 1 september 2014. NSFSC reageert diezelfde dag met de mededeling dat zij meer tijd nodig heeft voor het opmaken van een offerte. Op 15 september 2014 reageert NSFSC inhoudelijk op het verzoek van Arriva.⁶¹⁰

- 695** Arriva geeft bij brief aan ACM aan dat zij geen offerte heeft opgevraagd bij NS voor onder andere energiekosten en kosten van de afhandeling van storingen omdat zij de relevante vragen via de Nota's van Inlichtingen heeft gesteld en de antwoorden voldoende waren voor het indienen van een bod. Daarnaast geeft Arriva aan geen offerte te hebben gevraagd voor reisinformatie, omdat Arriva namens FMN partijen in overleg is met NS over de uitwerking van het systeem en de toedeling van de kosten.⁶¹¹
- 696** NS stelt in haar zienswijze dat het toegangsverzoek van Veolia niet voldoende gespecificeerd was, zoals de ACM (deels) zou hebben erkend in het Geschilbesluit.⁶¹² Daarnaast wijst NS erop dat het toegangsverzoek van Veolia de eerste keer was dat een vervoerder een dergelijk breed verzoek deed. Ook wijst NS erop dat een volledige en bindende aanbidding voor 15 jaar voor veel diensten en voorzieningen niet goed mogelijk is. Daar komt tot slot nog bij dat ook een korte beantwoordingstermijn en de omvang van het verzoek volgens NS op zeer gespannen voet staan met het doen van een volledig en bindend aanbod. Het Rapport zou volgens NS daarom ten minste moeten toetsen of het – op grond van het verbod op misbruik van een machtspositie – niet alleen feitelijk mogelijk maar ook daadwerkelijk noodzakelijk is dat NS een volledige, bindende en onherroepelijke aanbidding zou doen.
- 697** De ACM oordeelt in het Geschilbesluit inderdaad dat Veolia twee verzoeken onvoldoende heeft gespecificeerd. Het betrof echter verzoeken die in dit besluit niet aan de orde zijn, te weten het verzoek om een referentieaanbod voor de aansluitingen tussen de regionale Limburgse treinlijnen en het HRN en het verzoek om omzetinformatie.⁶¹³ De toegangsverzoeken van Veolia tot de voorzieningen die in het onderhavige besluit aan de orde komen, zijn wel degelijk voldoende gespecificeerd. Bovendien, in het geval dat verzoeken onvoldoende gespecificeerd en/of onvolledig zouden zijn geweest, had het in redelijkheid op het pad van NS gelegen om kort na ontvangst van het verzoek op 12 augustus 2014 om verduidelijking te vragen bij Veolia. In plaats daarvan heeft NS Reizigers pas na ruim een maand gereageerd met de mededeling dat de beantwoording op onderdelen noodzakelijkerwijs algemeen van aard is gebleven vanwege de "*soms zeer ruime vraagstelling*" van het verzoek van Veolia.⁶¹⁴
- 698** Hierna volgt per dienst het verzoek van Veolia en Arriva en het daaropvolgende aanbod van NS. De ACM beoordeelt daarbij in hoeverre NS met haar aanbod de biddingen van haar concurrenten heeft gefrustreerd.
- Pauselocaties voor personeel en servicepunten voor reizigers***
- 699** Veolia verzoekt NS op 12 augustus 2014 een aanbod te doen voor locaties op Limburgse stations waar haar trein- en buspersoneel kan pauzeren.⁶¹⁵ Veolia geeft daarbij specifiek aan op welke

⁶⁰⁹ Bron 88, p. 52.

⁶¹⁰ Bron 88 (herziene niet-vertrouwelijke versie), p. 3, 4.

⁶¹¹ Bron 88, p. 57 e.v.

⁶¹² Zienswijze NS, randnummer 473.

⁶¹³ Geschilbesluit (voetnoot 559), m. 68 en 86.

⁶¹⁴ Bron 93, p. 76.

⁶¹⁵ Bron 76, bijlage VI, p. 488, 489.

stations zij de bij NS gehuurde pauzelocaties wil continueren.⁶¹⁶ Daarnaast vraagt Veolia aan NS een aanbod te doen voor een pauzelocatie in een toekomstig stationsgebouw in Heerlen. Veolia vraagt NS om haar aanbod te specificeren naar een kostprijs per jaar per vierkante meter en een opgave van de voorwaarden voor het (mede)gebruik van de (nuts)voorzieningen.

- 700** Daarnaast vraagt Veolia om locaties op stations waar zij servicepunten (servicebalies) kan inrichten voor reizigers.⁶¹⁷ Veolia verzoekt NS een aanbod te doen voor servicepunten op maximaal 150 meter loopafstand van een aantal specifieke stations, maar bij voorkeur in de publiek toegankelijke stationsgebouwen zelf. Veolia verwijst hiervoor naar de artikelen C.3.24 en C.3.25 uit het Programma van Eisen en de criteria die daarin zijn opgenomen over de functionaliteit van de servicepunten en de minimale openingstijden.
- 701** Op 1 september 2014 verzoekt ook Arriva NS om een aanbod voor huisvesting op of nabij de stations. Het betreft zowel pauzelocaties voor het personeel als servicepunten voor de reiziger.⁶¹⁸ Arriva wil daarbij weten tegen welke huurprijzen de gevraagde ruimten beschikbaar zijn en specificeert haar verzoek. Arriva benadrukt hierbij dat de gevraagde locaties zo dicht mogelijk bij het spoor dienen te liggen in verband met looptijden van het personeel.
- 702** Op 15 september 2014 geeft NS aan Veolia en Arriva een overzicht van locaties voor pauzelocaties voor personeel en servicepunten inclusief een prijsopgave. In het overzicht stelt NS:
 “Beschikbaarheid en bijbehorende prijzen kunnen afwijken op moment contracteren en zijn mede afhankelijk van onder andere locatie, marktontwikkelingen en van specifieke wensen vervoerder.”⁶¹⁹
- 703** Het betreft dus geen gegarandeerd bod. Veolia geeft in reactie hierop aan een gegarandeerd aanbod van NS nodig te hebben voor de Limburgse aanbesteding.⁶²⁰ Veolia wil daarmee zekerheid over de kosten die zij moet opnemen in haar bod. Op 30 oktober 2014 – twee werkdagen voor de sluitingsdatum van 3 november 2014 – geeft NS na intern beraad per e-mail de door Veolia gevraagde garanties voor de huurprijzen:
 “Hierbij concreet onze reactie op de meegenomen acties:
 1. *Garantie op beschikbaarheid van ruimte/m2: het gedane aanbod in de mail van 15 september jl. doen wij gestand voor de toekomstige concessiehouder tot 6 weken na gunning en uiterlijk 3 augustus 2015.*
 2. *Garantie over de genoemde huurprijzen: Ja , de garantie is tot 3 augustus 2015.*”⁶²¹
- 704** Daarnaast meldt NS in brieven van 15 september en 30 september 2014 dat zij Veolia nog niet het gevraagde aanbod doet voor het inrichten van gezamenlijke servicepunten voor meerdere vervoerders.⁶²² Hierover wil NS op zijn vroegst ná de definitieve gunning van de concessie met Veolia spreken. Veolia vindt dat niet acceptabel, omdat dit te weinig zekerheid biedt om een goed

⁶¹⁶ Veolia voerde de concessie voor Noord- en Midden- Limburg en Zuid-Limburg uit. Deze concessie liep van 10 december 2006 t/m 10 december 2016, zie eveneens paragraaf 4.3.

⁶¹⁷ Bron 76, bijlage VI, p. 492.

⁶¹⁸ Bron 88, p. 7.

⁶¹⁹ Bron 93, p. 126 en bron 88, p. 13, 16 en 32.

⁶²⁰ Bron 99, p. 3-5.

⁶²¹ Bron 164.

⁶²² Bron 93 en bron 126, p. 34-35.

bod te kunnen indienen.⁶²³ Veolia herhaalt daarom haar verzoek aan NS om alsnog tijdig een aanbod te doen.

- 705** In het Geschilbesluit heeft de ACM geconstateerd dat NS geen redelijk aanbod heeft gedaan aan Veolia voor pauzelocaties voor personeel en servicepunten en daarmee artikel 67 Sw heeft overtreden.

Rapport

- 706** Het Rapport stelt vast dat NS haar aanbod bewust heeft vertraagd en dat het onvolledig was. Bovendien was het aanbod voor pauzelocaties niet bindend tot vlak voor de sluitingsdatum van 3 november 2014. Het Rapport constateert dat pauzelocaties en servicepunten noodzakelijk zijn om de Limburgse Concessie te exploiteren en dat concurrenten van NS in belangrijke mate van haar afhankelijk zijn gezien de bijzondere positie van NS als rechthebbende van de stations. Door haar aanbod creëerde NS onzekerheid bij haar concurrenten. Zo werden zij genoodzaakt om bij de voorbereidingen van hun bod rekening te houden met het risico dat sommige voorzieningen niet of tegen slechtere voorwaarden beschikbaar zouden zijn. Het Rapport wijst er ook op dat ruimtes buiten stations vaak hogere kosten met zich meebrengen en voor reizigers minder aantrekkelijk zijn.

Zienswijze NS

- 707** NS stelt in haar zienswijze dat voor pauzelocaties niet is aangetoond dat er sprake is van afhankelijkheid van NS. Volgens NS heeft Veolia dit bevestigd tijdens de hoorzitting op 28 november 2014 in het kader van het Geschilbesluit. NS noemt daarnaast verschillende voorbeelden van pauzelocaties buiten stations. Voorts heeft de ACM niet onderbouwd dat de kosten hoger zijn bij het huren van externe locaties. Bovendien gaat het Rapport uit van de niet onderbouwde premisse dat een stationsgebouw ten opzichte van de perrons altijd op een betere locatie ligt dan een externe ruimte. Tot slot benadrukt NS dat het Programma van Eisen geen eisen stelt aan de pauzelocaties. Het woord 'pauzelocatie' komt daarin zelfs helemaal niet voor. Er kan volgens NS derhalve geen sprake zijn van enig effect op de mededinging.
- 708** NS stelt verder dat ook servicepunten zich buiten stations kunnen bevinden, aangezien Veolia zelf heeft verzocht om een aanbod voor locaties voor servicepunten op maximaal 150 meter loopafstand van een aantal specifieke stations.⁶²⁴ Volgens NS zijn concurrenten daarom ook voor servicepunten niet afhankelijk van NS. Bovendien zou de Provincie Limburg als aanbestedende dienst zelf hebben gesteld dat de bidders niet afhankelijk zijn van NS.⁶²⁵ Volgens NS kan het Rapport onmogelijk stellen dat op dit punt enige verstoring van de concurrentie plaatsvond, zonder dit standpunt over afhankelijkheid en onredelijkheid uitvoerig te onderbouwen. Tot slot valt of staat de gunning van de Provincie Limburg niet met het alleszins redelijke aanbod van NS met betrekking tot de servicepunten, omdat het gaat om een simpele bestekeis. Er vallen geen extra punten te verdienen met de inrichting van servicepunten binnen de genoemde cirkel van 150 meter. Er is derhalve op dit punt evenmin sprake van invloed op de mededinging.

Beoordeling ACM

- 709** Veolia heeft weliswaar tijdens de hoorzitting in het kader van de Geschilprocedure gezegd dat zij niet afhankelijk is van NS als er op een station een pauzelocatie is, maar zoals Veolia ook aangeeft, 'verkleurt' de vraag wat deze afhankelijkheid inhoudt in het kader van de aanbesteding. In de context van de aanbesteding wordt het relevant om te weten wat er wordt aangeboden en of Veolia

⁶²³ Bron 99, p. 3.

⁶²⁴ Bron 206, p. 8-9.

⁶²⁵ Eerste Nota van Inlichtingen, Bijlage 12 (bron 76, p. 256).

dezelfde toegang heeft. Veolia is niet afhankelijk van NS in die zin dat zij elders een locatie zou kunnen huren. De gevolgen voor de kosten en de marge zorgen wel voor een onderscheid met NS en zo is Veolia dus wél afhankelijk van NS.⁶²⁶

- 710** Ten aanzien van pauzelocaties en servicepunten doet NS aan Veolia en Arriva op 15 september 2014 slechts een niet-bindend aanbod. In haar aanbod van 15 september 2014 geeft NS immers duidelijk aan: “Beschikbaarheid en bijbehorende prijzen kunnen afwijken op moment contracteren en zijn mede afhankelijk van onder andere locatie, marktontwikkelingen en van specifieke wensen vervoerder.”⁶²⁷ Een dergelijk vrijblijvend dan wel herroepelijk aanbod geeft de concurrenten van NS geen zekerheid over de aangeboden diensten. Vervoerders hebben de zekerheid van een onherroepelijk aanbod nodig om vervolgens zo zorgvuldig mogelijk voor een aanbesteding een bod samen te stellen. Juist in een aanbesteding, waar, zoals NS zelf zegt, inschrijvers een zo scherp mogelijk bod moeten doen, is het cruciaal dat inschrijvers zo nauwkeurig mogelijk hun kosten kunnen inschatten.
- 711** NS blijkt wel degelijk in staat te zijn om een aanbod voor deze locaties te garanderen tot ná de definitieve gunning van de concessie. NS heeft deze garantie zeer laat in de procedure afgegeven. Zo heeft NS pas op 30 oktober 2014 bevestigd dat de door haar aangeboden huurprijzen tot in ieder geval 3 augustus 2015 gelden, terwijl 10 oktober 2014 de initiële sluitingsdatum was. Uiteindelijk sloot de termijn voor de inschrijvingen op 3 november 2014; slechts twee werkdagen na de door NS afgegeven garantie.
- 712** Daarnaast kunnen pauzelocaties buiten stations een aanzienlijk nadeel opleveren voor vervoerders. Een vervoerder zal meer kosten maken naarmate pauzelocaties zich verder van de stations bevinden. Het personeel van de vervoerder zal dan gedurende de gehele looptijd van de concessie extra tijd moeten besteden voor het bereiken van de pauzelocaties.
- 713** Servicepunten moeten (fysiek) toegankelijk, herkenbaar en vindbaar zijn voor reizigers.⁶²⁸ Locaties buiten passagiersstations vormen geen realistisch alternatief voor vervoerders. Ze zijn minder aantrekkelijk voor reizigers. Tijdens de hoorzitting in het kader van het Geschilbesluit bevestigt Abellio dat het voor de hand ligt dat servicepunten zich op stations bevinden:
- “[Lid directie Abellio Nederland] antwoordt dat Abellio meent dat het voor klanten prima is om dit op het station te doen. Je kunt wel op zoek gaan naar alternatieven, maar als die op voorhand minder aantrekkelijk lijken en als de kosten van het organiseren op het station heel gering zijn, dan is er geen reden om alternatieven te overwegen, ook al zijn ze er wel.”⁶²⁹
- 714** NS heeft verder niet het door Veolia verzochte aanbod gedaan voor de gezamenlijke exploitatie van bestaande servicepunten op stations. NS heeft aangegeven hiertoe weliswaar bereid te zijn, maar deze optie pas ná de definitieve gunning te willen bespreken. Veolia heeft aangegeven dat de verwachte jaarlijkse kosten voor geheel nieuwe servicepunten inclusief personeel circa [vertrouwelijk] euro per jaar bedragen.⁶³⁰ Voor de totale looptijd van de concessie zou dat neerkomen op circa [vertrouwelijk] euro. Gelet op deze hoge kosten is het voor Veolia daarom van groot belang om het aanbod voor de exploitatie van bestaande servicepunten te kunnen meenemen

⁶²⁶ Bron 188, p. 16.

⁶²⁷ Bron 93, p. 126 en bron 88, p. 14.

⁶²⁸ Bron 57, p. 51.

⁶²⁹ Bron 188, p. 25.

⁶³⁰ Bron 175, p. 7.

in haar bod. De ACM overweegt dat NS Veolia de mogelijkheid heeft ontnomen om een aanbod voor de gezamenlijke exploitatie van bestaande servicepunten al in haar bod mee te nemen.

- 715** NS heeft de verzoeken van Veolia en Arriva buiten de gestelde termijnen en onvolledig beantwoord. Het aanbod ten aanzien van de pauzelocties heeft onduidelijkheid en onzekerheid gecreëerd bij de concurrenten van NS. Veolia en Arriva werden geconfronteerd met deze onzekerheid en moesten dit inprijzen. Het handelen van NS heeft bijgedragen aan misbruik van haar economische machtspositie.

Noodknopvoorzieningen

- 716** Veolia verzoekt NS om een aanbod voor de huur of overname van bestaande noodknopvoorzieningen op ieder regionaal NS-perron van de lijnen Sittard-Heerlen en Roermond-Maastricht (de lijnen die naar de Limburgse Concessie worden overgeheveld). Veolia verwijst daarbij naar artikel C.6.5 in het Programma van Eisen.⁶³¹ Veolia vraagt NS niet om een aanbod voor noodknopvoorzieningen voor zover deze voorzieningen nog nieuw geplaatst moeten worden op de genoemde perrons. In die gevallen stelt Veolia zelf alle kosten op zich te nemen voor de aanschaf en installatie van nieuwe apparatuur. Arriva heeft geen verzoek om noodknopvoorzieningen gedaan. Zij meldde aan de ACM dat het voor haar voldoende was dat NS aangaf dat elektriciteit kon worden afgenomen en dat de ruimtes beschikbaar werden gesteld vanuit ProRail.⁶³²
- 717** NS Reizigers schrijft op 15 september 2014 dat het verzoek van Veolia om de huur of overname van bestaande noodknopvoorzieningen te ruim is gesteld.⁶³³ NS Reizigers geeft aan hiervoor nog geen aanbod te doen en dat zij eerst een concrete vraagspecificatie nodig heeft alvorens zij de mogelijkheden tot huur of overname van bestaande noodknopvoorzieningen kan verkennen. Als kostenindicatie noemt NS Reizigers een bedrag van circa 50 euro voor gebruik van de bestaande noodknopvoorzieningen. NS Reizigers specificiert dit bedrag echter niet.
- 718** Veolia benadrukt in haar reactie op aanvullende vragen van de ACM in het kader van de Geschilprocedure dat het gebrek aan specificatie van deze kostenindicatie betekent dat het voor Veolia niet duidelijk is hoe dit bedrag in rekening wordt gebracht.⁶³⁴ NS Reizigers vermeldt niet of het bedrag van circa 50 euro bijvoorbeeld een eenmalig aankoopbedrag is, een maandelijks huurprijs of een jaarlijkse huurprijs. NS Reizigers specificiert evenmin of dit bedrag geldt per station of bijvoorbeeld per noodknop. Eerst na de sluitingsdatum verklaart NS tijdens de hoorzitting van 28 november 2014 in het kader van de Geschilprocedure dat de circa 50 euro in rekening gebracht zou worden elke keer dat een noodknopvoorziening daadwerkelijk wordt gebruikt.⁶³⁵
- 719** De ACM concludeerde in het Geschilbesluit dat het NS niet is toegestaan het ter beschikking stellen van bestaande noodknopvoorzieningen op stations te weigeren. NS zou met haar dochteronderneming Abellio gebruik kunnen maken van deze bestaande voorzieningen en daardoor beperkte tot geen additionele kosten maken, terwijl andere vervoerders dan tegen hogere kosten geheel nieuwe noodknopvoorzieningen zouden moeten aanschaffen en installeren.

⁶³¹ Bron 76, bijlage VI, p. 490.

⁶³² Bron 190 (herziene niet-vertrouwelijke versie), p. 4.

⁶³³ Bron 93, p. 76.

⁶³⁴ Bron 175, p. 16-17.

⁶³⁵ Bron 188, p. 18.

Rapport

- 720** Het Rapport stelt vast dat NS haar aanbod bewust heeft vertraagd en dat het aanbod onvolledig en niet-bindend is. Het Rapport constateert, net als voor de pauzelocaties en servicepunten, dat de concurrenten van NS in belangrijke mate afhankelijk van haar zijn voor de noodknopvoorzieningen en dat NS met haar aanbod onzekerheid bij hen creëert. Het Rapport wijst erop dat er weliswaar externe leveranciers zijn van noodknopvoorzieningen, maar het is meer kostenefficiënt en ook gebruikelijk om de bestaande apparatuur van de zittende vervoerder over te nemen.

Zienswijze NS

- 721** NS betoogt dat van de gestelde afhankelijkheid van NS (wederom) geen sprake is. Veolia is volgens NS in staat om zelf noodknopvoorzieningen op de markt in te kopen en vervolgens te (laten) plaatsen. NS maakt dit op uit het verzoek van Veolia. Bovendien hebben Arriva noch Abellio gevraagd om een aanbod voor noodknopvoorzieningen.
- 722** Daarnaast is de stelling in het Rapport dat het meer kostenefficiënt zou zijn om van de huidige vervoerder de voorzieningen over te nemen niet onderbouwd. NS acht dit bovendien niet waarschijnlijk, omdat NS Reizigers op de relevante stations service- en alarmzuilen heeft geplaatst. Deze meer geavanceerde en relatief dure voorziening is niet nodig om te voldoen aan het Programma van Eisen. Een simpele, goedkopere paal met één knop is daarvoor volgens NS voldoende.
- 723** Tot slot betoogt NS dat de impact van noodknopvoorzieningen op de concurrentieverhoudingen binnen deze aanbesteding verwaarloosbaar is. Het gaat om investeringen van zeer geringe omvang die over de concessielooptijd kunnen worden afgeschreven. NS meent dan ook dat het Rapport om die reden niet tot de conclusie kan komen – ongeacht de vermeende onredelijkheid van het aanbod van NS – dat de beschreven gedraging kan leiden tot of bijdragen aan de conclusie dat sprake is van misbruik van economische machtspositie.

Beoordeling ACM

- 724** Veolia vraagt NS slechts een aanbod te doen wat betreft reeds bestaande noodknopvoorzieningen. Dat Veolia in staat zou zijn om zelf noodknopvoorzieningen op de markt in te kopen en vervolgens te plaatsen, betekent niet dat NS haar geen aanbod hoeft te doen voor bestaande voorzieningen. NS heeft reeds vanuit de exploitatie van het HRN noodknopvoorzieningen op de relevante stations. Als Veolia nieuwe voorzieningen moet plaatsen, is dat onvermijdelijk een kostennadeel vergeleken met het gebruik van voorzieningen die reeds aanwezig zijn en dus geen aankoop- en plaatsingskosten met zich meebrengen.
- 725** NS Reizigers heeft in haar aanbod voor bestaande noodknopvoorzieningen op geen enkele wijze toegelicht op welke wijze en waarvoor de door NS Reizigers opgegeven kostenindicatie in rekening zou worden gebracht (zie eveneens randnummers 717 en 718). Het betreft bovendien slechts een indicatie van de kosten, terwijl Veolia een onherroepelijk aanbod nodig heeft.
- 726** Het aanbod van NS heeft onzekerheid en onduidelijkheid gecreëerd waar Veolia rekening mee moest houden bij het opstellen van haar bod. Ook al betreft dit een relatief kleine kostenpost vergeleken met de kosten van de Limburgse Concessie als geheel, draagt het bij aan misbruik van haar economische machtspositie.

Kaartverkoopautomaten en OV-chipkaartvoorzieningen

- 727** Veolia verzoekt NS te bevestigen dat zij bereid is tot (her)installatie van NS-kaartverkoopautomaten en een prijsopgave te doen voor de huur van de NS-kaartverkoopautomaten.⁶³⁶ Veolia specificeert haar verzoek naar individuele stations op de Heuvellandlijn, de Maaslijn en de lijnen Maastricht-Roermond en Heerlen-Sittard. Veolia verwijst daarbij naar artikel C.4.11 uit het Programma van Eisen.
- 728** Daarnaast wijst Veolia erop dat op een aantal Limburgse stations in- en uitcheckpalen (perronvalidators) zijn geplaatst. Veolia verzoekt NS een gedetailleerde prijsopgave te doen van de kosten, prijzen en tarieven.⁶³⁷ Veolia vraagt NS verder om in ieder geval te bevestigen dat de aanwezige betonpoeren en elektriciteitsaansluitingen behouden blijven voor de perronvalidators en dat er toegangspoortjes geplaatst kunnen worden.
- 729** Arriva heeft weliswaar geen aanbod gevraagd van NS op deze punten, maar heeft wel aangegeven “*met deze punten vanaf het begin problemen gehad*” te hebben, hoewel deze geen doorslaggevende invloed hebben gehad op de prijsvorming van haar bieding.⁶³⁸
- 730** NS Reizigers meldt op 15 september 2014 “in beginsel” bereid te zijn de door Veolia verzochte NS-kaartverkoopautomaten te plaatsen en te verhuren als Veolia de concessie wint.⁶³⁹ NS stelt dat als “uitgangspunt” dezelfde huurprijzen gelden als op andere stations in Nederland. NS zegt dat deze huurprijs mogelijk wordt verhoogd voor de periode tot en met 2019. Vanaf 2020 zullen volgens NS mogelijk nieuwe kaartverkoopautomaten worden geplaatst waarvan de kosten nog onbekend zijn. NS geeft aan nog geen kostenoverzicht te kunnen geven voor de (her)installatie van de kaartverkoopautomaten, omdat die kosten afhankelijk zijn van de lokale omstandigheden.
- 731** NS Reizigers meldt in dezelfde brief dat de kosten voor het plaatsen van nieuwe OV-chipkaartvoorzieningen voor rekening van Veolia komen.⁶⁴⁰ Echter, NS Reizigers doet geen concreet aanbod voor het (mede)gebruik van de bestaande perronvalidators. Hiervoor zou Veolia eerst een concrete offerteaanvraag moeten indienen.
- 732** In het Geschilbesluit acht de ACM dat Veolia zelf nieuwe kaartverkoopautomaten en perronvalidator kan plaatsen op locaties waar deze voorzieningen nog niet aanwezig zijn. Ten aanzien van de reeds aanwezige kaartverkoopautomaten en perronvalidators ligt de situatie daarentegen anders. NS heeft reeds vanuit de exploitatie van het HRN op meerdere passagiersstations in het concessiegebied kaartverkoopautomaten en perronvalidators. De ACM oordeelt in het Geschilbesluit dat in geval NS andere vervoerders de toegang tot deze voorzieningen zou weigeren, zij in concurrentie met NS op achterstand zouden worden gezet. Abellio zou als dochteronderneming van NS gebruik kunnen maken van deze bestaande voorzieningen en daardoor beperkte tot geen additionele kosten hoeven te maken. Andere vervoerders zouden daarentegen tegen hogere kosten geheel nieuwe kaartverkoopautomaten en perronvalidators moeten aanschaffen en installeren. De ACM oordeelde daarom in het Geschilbesluit dat NS artikel 67 Spoorwetwet heeft overtreden.

⁶³⁶ Bron 76, bijlage VI, p. 492 t/m 494.

⁶³⁷ Bron 76, bijlage VI, p. 497.

⁶³⁸ Bron 190 (herziene niet-vertrouwelijke versie), p. 2.

⁶³⁹ Bron 93, p. 77.

⁶⁴⁰ Bron 93, p. 79.

Rapport

- 733** Het Rapport stelt vast dat NS haar aanbod bewust heeft vertraagd en dat het onvolledig en niet-bindend is. Bovendien is het aanbod wat betreft OV-chipkaartvoorzieningen niet concreet. Het Rapport constateert, net als voor de hierboven genoemde diensten en voorzieningen, dat concurrenten van NS in belangrijke mate afhankelijk van haar zijn voor de kaartverkoopautomaten en OV-chipkaartvoorzieningen en dat NS met haar aanbod onzekerheid bij hen creëert. Het Rapport wijst erop dat er weliswaar externe leveranciers zijn van deze voorzieningen, maar dat het gebruik daarvan minder kostenefficiënt is en dus een kostennadeel oplevert.

Zienswijze NS

- 734** NS stelt wederom dat van afhankelijkheid van NS geen sprake is. Ook de niet onderbouwde kostenefficiëntie van het overnemen van bestaande kaartautomaten en OV-chipkaartvoorzieningen is volgens NS onjuist. NS leidt dit af uit het bod van Abellio. Abellio rekende namelijk bij haar bod met de aanschaf van nieuwe kaartautomaten op alle stations en met installatie van nieuwe in- en uitcheckpalen op alle stations. Ook voor de stations waarop NS Reizigers op dat moment actief was. Volgens NS toont dit aan dat het in dit geval juist niet meer kostenefficiënt was om bestaande apparatuur over te nemen en bevestigt dit dat van afhankelijkheid van NS geen sprake is. Tot slot heeft Arriva niet aan NS gevraagd om een aanbod voor de bestaande kaartautomaten en OV-chipkaartvoorzieningen. Dit toont volgens NS ook aan dat van afhankelijkheid van NS geen sprake is.

Beoordeling ACM

- 735** Het aanbod van NS voor kaartautomaten was niet alleen bewust vertraagd, het was ook onvolledig en niet bindend. Zo noemde NS geen concrete huurprijzen voor de kaartverkoopautomaten. Zij doet ook geen aanbod voor het gebruik van de reeds aanwezige perronvalidators. Dit creëert onzekerheid en onduidelijkheid waar Veolia rekening mee moest bij het opstellen van haar bod. Hier doet niet aan af dat het mogelijk is zelf nieuwe automaten en perronvalidators te plaatsen en dat Abellio dat van plan was. Het is aannemelijk dat dit een kostennadeel oplevert vergeleken met het gebruik van voorzieningen die reeds aanwezig zijn en die dus niet eerst gekocht en geïnstalleerd hoeven te worden. Zowel Veolia als Arriva hebben gezegd problemen te hebben gehad met het aanbod van NS.
- 736** Het uitblijven van een (concreet) aanbod heeft concurrenten van NS benadeeld ten opzichte van NS en daarmee heeft bijgedragen aan het misbruik van economische machtspositie.

Reisinformatie op stations

- 737** Veolia verzoekt NS een aanbod te doen voor het gebruik van reisinformatie op passagiersstations.⁶⁴¹ Het betreft zogenoemde actuele reisinformatie waaronder de omroepberichten en informatieborden op passagiersstations. Veolia verwijst daarbij naar artikel C.3 uit het Programma van Eisen. Dit artikel ziet kortgezegd op communicatie, reisinformatie en promotie ten aanzien van het openbaar vervoer. Artikelen C.3.35 t/m C.3.38 uit het Programma van Eisen zien specifiek op informatie op haltes en stations.
- 738** NS Reizigers zegt in haar brief van 15 september 2014 Veolia voor de komende jaren nog geen prijsaanbod te kunnen doen voor de verstrekking van reisinformatie op stations. NS spreekt de verwachting uit begin oktober 2014 met vervoerders overeenstemming te bereiken over de

⁶⁴¹ Bron 76, bijlage VI, p. 494, 495.

uitgangspunten voor een dergelijk aanbod.⁶⁴² Zelfs als NS deze overeenstemming niet bereikt, zullen volgens NS de door de ACM in het concentratiebesluit⁶⁴³ vastgestelde kaders leidend zijn voor de tarieven voor reisinformatie.⁶⁴⁴ Op 30 september 2014 stuurt NS Reizigers in aanvulling op haar bericht van 15 september 2014 informatie over de reisinformatietarieven in 2014. NS Reizigers meldt dat een detailberekening per lijn voor de jaren 2016 t/m 2031 op dat moment niet beschikbaar is.⁶⁴⁵

- 739** Het hierboven genoemde concentratiebesluit dateert van 3 oktober 2012. NS Reizigers verzorgde de verschaffing van actuele reisinformatie voor spoorvervoer in Nederland aan NS en aan regionale spoorvervoerders. Deze activiteiten zijn in 2012 overgenomen van ProRail. Deze overgang vormde een concentratie in de zin van de Mededingingswet. De ACM keurde deze concentratie goed, onder voorwaarden. Conform deze voorwaarden is NS Reizigers gebonden de reisinformatiediensten tegen kostengeoriënteerde tarieven te verlenen aan regionale vervoerders. Na de concentratie is een geschil gerezen tussen de (verenigde) regionale spoorvervoerders en NS Reizigers over de hoogte van de vergoeding. Op het moment dat NS Reizigers in het kader van de aanbesteding werd gevraagd om een aanbod te doen, was dit geschil nog niet opgelost.
- 740** Arriva antwoordt op vragen van de ACM dat zij NS niet om reisinformatie heeft verzocht vanwege het overleg dat op dat moment plaatsvindt tussen FMN, waar zowel Arriva als Veolia lid van is, en NS over de kostentoedeling van reisinformatie.⁶⁴⁶
- 741** In het kader van de Geschilprocedure heeft de ACM op 4 november 2014 aan NS gevraagd welk aanbod NS voor reisinformatie inmiddels aan Veolia zou hebben gedaan. NS toont in reactie hierop niet aan dat zij op dat moment alsnog een aanbod heeft gedaan aan Veolia of Arriva.⁶⁴⁷
- 742** De ACM oordeelde in het Geschilbesluit dat de onderhandelingen in het kader van het concentratiebesluit NS niet ontheft van de verplichting om voor de Limburgse aanbesteding op een verzoek een redelijk aanbod voor reisinformatie te doen op grond van artikel 67 Sw. Nu NS geen tijdig aanbod heeft gedaan, kon Veolia deze dienst niet verwerken in haar bieding. De ACM concludeerde in het Geschilbesluit dat NS geen redelijk aanbod had gedaan voor reisinformatie en daarmee artikel 67 Sw heeft overtreden.

Rapport

- 743** Het Rapport stelt vast dat NS de enige partij is in Nederland die reisinformatie levert. Desondanks heeft NS geen aanbod gedaan voor de verstrekking van reisinformatie. Het Rapport stelt verder vast dat de concurrenten van NS afhankelijk van haar zijn voor de reisinformatie en dat NS ter bevoordeling van haarzelf onzekerheid bij hen creëert door geen aanbod te doen.

⁶⁴² Bron 93, p. 78.

⁶⁴³ Besluit ACM, kenmerk: 7436 / 49, 3 oktober 2012. De ACM constateert in dit besluit dat NS reeds op basis van artikel 14 van de Wet personenvervoer 2000 en artikel 67 Sw spoorvervoerders toegang dient te verlenen tot reisinformatie. Als onderdeel van de concentratie heeft NS verplichtingen op zich genomen om te komen tot een kostengeoriënteerd aanbod voor reisinformatie aan spoorvervoerders. Eind 2014 was NS op basis hiervan nog geen tarieven overeengekomen met spoorvervoerders.

⁶⁴⁴ Bron 93, p. 77-78.

⁶⁴⁵ Bron 126, p. 35-36.

⁶⁴⁶ Bron 88, p. 3.

⁶⁴⁷ Bron 170.

Zienswijze NS

- 744** NS betoogt dat zij geen bindend en onherroepelijk aanbod kon doen door het toen nog lopende geschil. Volgens NS valt niet in te zien waarom in het licht van de door haar aangevoerde omstandigheden sprake is van een onredelijk aanbod. Bovendien konden de inschrijvers op basis van de toenmalige tarieven en het openbare kader voor berekening van tarieven een inschatting maken van de kosten.
- 745** Tot slot betoogt NS dat de ACM niet aantoont hoe de gedragingen van NS enige invloed kunnen hebben gehad op de mededinging. Volgens NS hoeft geen van de inschrijvers inzicht te hebben in de kostenstijgingen over de komende zeventien jaar (vanaf het indienen van het bod tot het einde van de looptijd van de concessie in 2031) om haar inschrijving te kunnen voorbereiden. NS benadrukt verder dat de tariefinkomsten een bescheiden kostenpost is waar de uiteindelijke winnaar mee te maken krijgt en die niet bij de inschrijving hoeft te zijn verwerkt.

Beoordeling ACM

- 746** In het concentratiebesluit zijn specifieke verplichtingen van NS neergelegd om te komen tot een redelijk aanbod voor reisinformatie aan de regionale vervoerders, waaronder Veolia en Arriva. De uitwerking van deze verplichtingen werd ten tijde van het verzoek nog tussen partijen besproken. NS Reizigers heeft in haar reactiebrief van 15 september 2014 aangegeven Veolia nog geen prijsaanbod te kunnen doen voor de verstrekking van reisinformatie. NS geeft aan indien zij niet met partijen overeenstemming bereikt, de door de ACM vastgestelde kaders in het concentratiebesluit leidend zijn voor de tarieven voor reisinformatie (zie eveneens randnummers 738 en 739).
- 747** Het overleg dat op dat moment tussen NS en haar concurrenten werd gevoerd, ontslaat NS niet van de verplichting haar concurrenten in het kader van de Limburgse aanbesteding een aanbod te doen voor de verstrekking van reisinformatie waarmee zij niet op achterstand worden gezet vergeleken met Abellio. NS heeft dit aanbod niet gedaan. Ook op het moment dat NS aankondigde een aanbod te kunnen doen, begin oktober 2014, heeft NS een aanbod achterwege gelaten.⁶⁴⁸ Het uitblijven van een aanbod heeft bijgedragen aan het misbruik van economische machtspositie.

Assistentieverlening voor gehandicapten

- 748** NS brengt aan Veolia in de reeds lopende concessie een kostenvergoeding in rekening voor assistentieverlening aan gehandicapten. Veolia verzoekt NS een gedetailleerde prijsopgave te doen voor de continuering van deze dienstverlening in de concessie jaren 2016-2031.⁶⁴⁹ Daarnaast verzoekt Veolia NS om een schriftelijke garantie te geven dat Veolia pas na het eventueel winnen van de aanbesteding zal moeten aangeven of en in welke mate zij van het aanbod gebruik zal maken en dat het aanbod blijft gelden tegen de op dat moment door NS gestelde voorwaarden en tarieven.
- 749** NS Reizigers licht per brief van 15 september 2014 toe dat de assistentieverlening voor gehandicapten uiteen valt in verschillende diensten/handelingen.⁶⁵⁰ Het gaat om het informeren van de klant, het boeken van de assistentieverlening, het daadwerkelijk uitvoeren van de assistentieverlening en ten slotte het verrichten van klantonderzoeken. Veolia heeft op dat moment alleen een contract voor de regievoering van assistentieverlening aan gehandicapten. NS Reizigers stelt dat het huidige contract van Veolia daarom zou moeten worden aangepast. NS Reizigers doet geen aanbod voor de prijzen en overige voorwaarden voor bovengenoemde dienstverlening. In

⁶⁴⁸ Bron 93, p. 78.

⁶⁴⁹ Bron 76, bijlage VI, p. 496-497.

⁶⁵⁰ Bron 93, p. 79.

plaats daarvan zegt NS Reizigers pas bereid te zijn een offerte uit te brengen nadat Veolia haar vraag nader heeft gespecificeerd.

- 750** In het kader van de Geschilprocedure heeft Veolia in reactie hierop bij de ACM aangegeven niet te begrijpen waarom NS niet direct een aanbod kon doen voor de assistentieverlening aan gehandicapten.⁶⁵¹ Veolia zou slechts gevraagd hebben om een continuering van de bestaande dienstverlening voor de nieuwe concessieperiode met vanzelfsprekend een gelijk serviceniveau voor alle stations.
- 751** Arriva heeft op hoorzitting op 28 november 2014 in het kader van de Geschilprocedure uitgelegd dat zij specifiek voor de assistentie van gehandicapten niet afhankelijk is van NS, omdat het treinpersoneel van Arriva zelf deze assistentieverlening verzorgt en het daarvoor benodigde materieel heeft.⁶⁵² Arriva heeft dan ook geen verzoek gedaan op dit punt.
- 752** De ACM kwam in het Geschilbesluit tot de conclusie dat de assistentieverlening aan gehandicapten niet kwalificeert als bijkomende diensten en voorzieningen in de zin van artikel 67 Sw. De ACM heeft het aanbod van NS daarom niet inhoudelijk beoordeeld in het Geschilbesluit.

Rapport

- 753** Het Rapport stelt vast dat het aanbod van NS aan Veolia op dit punt onvolledig en bewust vertraagd is. Het Rapport stelt dat NS aan Veolia een onredelijk aanbod heeft gedaan om de onzekerheid bij de totstandkoming van de biedingen van concurrenten te vergroten. Hierbij is geen sprake van concurrentie op de merites.

Zienswijze NS

- 754** NS stelt dat er geen sprake is van afhankelijkheid van NS, omdat deze dienst bij derden kan worden afgenomen of door een inschrijver zelf kan worden georganiseerd. Deze stelling vindt bevestiging in een verklaring van de toenmalige [lid directie Abellio Nederland] tegen de ACM in de Geschilprocedure.⁶⁵³ Daarnaast benadrukt NS dat een meer gespecificeerd verzoek van een inschrijver nodig is, wil zij een volledig aanbod kunnen doen. Van een dergelijk gespecificeerd verzoek was volgens NS geen sprake, omdat Veolia ten tijde van het vragen van de offerte geen gebruik maakte van de diensten van NS voor assistentieverlening aan gehandicapten op stations waar NS niet rijdt. NS was dus niet op de hoogte hoe Veolia assistentieverlening organiseerde op deze stations en of Veolia zelf al voorzag in handelingen en diensten of dat zij deze van NS wilde afnemen. De stelling van de ACM dat slechts werd gevraagd om continuering van de dienstverlening en dat het daarom wel duidelijk zou moeten zijn voor NS waarop werd gedoeld, kan volgens NS dan ook geen stand houden.

Beoordeling ACM

- 755** Zowel Arriva als Abellio Nederland hebben aangegeven dat vervoerders zelf de assistentieverlening aan gehandicapten kunnen verzorgen zonder gebruik te maken van enige voorziening op de NS-stations en zonder dat dit tot significant hogere kosten hoeft te leiden. Zo heeft Arriva tijdens de hoorzitting uitgelegd voor deze dienstverlening niet afhankelijk te zijn van NS: "[Arriva] antwoordt dat in de huidige situatie de stewards van Arriva de instructie krijgen om assistentie te verlenen, in

⁶⁵¹ Bron 175, p. 20.

⁶⁵² Bron 190 (herziene niet-vertrouwelijke versie), p. 4.

⁶⁵³ Bron 188, p. 29.

combinatie met de equipment die Arriva levert. Arriva biedt een uitstekende oplossing voor de gehandicapte reiziger met het systeem van de uitschuifbare treden, en is niet afhankelijk van NS.”⁶⁵⁴

- 756** Vervolgens heeft [lid directie Abellio Nederland] tijdens de hoorzitting toegelicht dat Abellio vermoedelijk tegen lagere kosten zelf de assistentieverlening aan gehandicapten kan verzorgen dan dat zij dit inkoop bij NS. In antwoord op de vraag of Abellio geen kostenbesparing ziet door inkoop bij NS antwoordt [lid directie Abellio Nederland] “dat dit niet het geval is wanneer Abellio iemand op de trein heeft, die servicemedewerkers en kaartcontroleur is, en die een gehandicapte op een station even de trein in kan helpen. Die iemand wordt al betaald, dus dat is kostenefficiënt.”⁶⁵⁵
- 757** Er is geen aanwijzing dat een alternatief voor het aanbod van NS, bijvoorbeeld het zelf regelen van de assistentieverlening voor gehandicapten, een significant kosten- of ander nadeel oplevert. Het aanbod van NS voor assistentieverlening aan gehandicapten heeft daarom niet kunnen bijgedragen aan misbruik van haar economische machtspositie.

Tijdelijke inzet van dieseltreinen

- 758** Alle treinverbindingen in de Limburgse Concessie zijn geëlektrificeerd, behalve de Maaslijn Nijmegen-Roermond (één van de twee te decentraliseren lijnen). De Maaslijn is naar verwachting pas na december 2020 geëlektrificeerd. In artikel D.4.1. van het Programma van Eisen staat daarom het vereiste dat de nieuwe vervoerder in de overgangperiode tot en met december 2020 op de Maaslijn nog met dieseltreinen moet rijden, die zijn gebouwd na 2000.
- 759** Veolia verzoekt NS daarom op 12 augustus 2014 een aanbod voor de tijdelijke inzet van dieseltreinen gebouwd na 2000.⁶⁵⁶ Veolia verwijst naar deel D van het Programma van Eisen, waarin staat beschreven aan welke specificaties de treinen dienen te voldoen. Veolia verzoekt NS daarbij onder meer specifiek om een opgave van de typen treinen, aantallen, onderhoudsstaat, technische specificaties en bijbehorende prijzen (inclusief eventuele ombouwkosten). Veolia vraagt primair om een aanbod voor de verhuur of het leasen van de gevraagde treinstellen. Indien dit niet mogelijk is, vraagt Veolia een aanbod voor de verkoop van deze treinen.
- 760** Ook Arriva vraagt NS om een aanbod van dieseltreinen. Arriva heeft al ten minste vanaf 22 januari 2014 contact met NS over de aanbesteding Limburg en het daarvoor benodigde treinmaterieel.⁶⁵⁷ Op 17 februari 2014 vraagt Arriva NS onder meer een aanbod voor [vertrouwelijk] dieseltreinstellen van het type DM'90 voor inzet op de Maaslijn tot de elektrificatie van die lijn.⁶⁵⁸ Na rappel van Arriva bericht NS op 4 maart 2014 alsnog dat NS Reizigers geen treinstellen van het type DM'90 beschikbaar heeft, maar NSFSC wel [vertrouwelijk] van dit type treinstellen heeft. NS vraagt Arriva of zij daar nog serieuze interesse in heeft.⁶⁵⁹ De ACM heeft hierboven (randnummers 656 e.v.) beschreven hoe NS Reizigers op 28 februari 2014 samen met Abellio Nederland bespreekt dat zij Arriva niet van dienst willen zijn om zo niet “het concurrentieel voordeel” van Arriva te vergroten.
- 761** Na publicatie van het Programma van Eisen vraagt Arriva op 28 juli 2014 NS om een aanbod voor [vertrouwelijk] dieseltreinstellen van het type LINT die inzetbaar zijn vanaf december 2016.⁶⁶⁰ Op dat

⁶⁵⁴ Bron 190 (herziene niet-vertrouwelijke versie), p. 4.

⁶⁵⁵ Bron 188, p. 29.

⁶⁵⁶ Bron 76, bijlage VI, p. 489-490.

⁶⁵⁷ Bron 88.

⁶⁵⁸ Bron 88, p. 48.

⁶⁵⁹ Bron 88, p. 50.

⁶⁶⁰ Bron 88, p. 52.

moment was duidelijk dat de DM'90-treinstellen waar zij eerder om gevraagd had, niet voldeden aan het Programma van Eisen. Arriva geeft aan een offerte te willen voor de lease en/of koop van deze treinstellen en verzoekt NS vóór 26 augustus 2014 offertes te sturen waarin het aanbod gestand wordt gedaan tot 15 februari 2015 (het einde van de bezwaarperiode tegen de gunning van de Limburgse concessie).

- 762** Op 1 september 2014 stuurt Arriva een herinneringsmail aan NS, omdat Arriva nog geen offerte van NS heeft ontvangen.⁶⁶¹ Later op die dag bericht NS Arriva dat zij niet voor 15 september 2014 kan berichten over haar eventuele aanbod voor de gevraagde LINT-dieseltreinen. NS zou nog in gesprek zijn met diverse marktpartijen, tijd nodig hebben om haar commerciële posities te bepalen en de besluitvorming intern af te ronden.⁶⁶² Dit bericht is in lijn met de afgesproken interne tactiek van 8 augustus 2014 van NS:

“Vooralsnog dus geen uitspraak over wel of niet aanbieden, maar vertragen, dit geeft ons ook voordeel omdat er onzekerheid door ontstaat bij de anderen.”⁶⁶³

Zie eveneens randnummers 661 e.v.

- 763** Op 15 september 2014 doet NSFSC uiteindelijk een aanbod voor [vertrouwelijk] LINT-dieseltreinen aan Veolia en [vertrouwelijk] LINT-dieseltreinen aan Arriva.⁶⁶⁴ NS heeft dit aanbod van treinen bewust vertraagd om haar concurrenten in onzekerheid te laten en te benadelen en alsmede Abellio Nederland een voordeel te geven (zie randnummers 656 e.v.). Zo benadrukt [lid bestuur NS] dat NS niet aan Veolia levert en anders (als dat moet) zo laat mogelijk:

“Heb het niet helemaal doorgelezen, maar men wil allerlei info van ons, En niet zo'n klein beetje ook. Als we niets hoeven te leveren, leveren we natuurlijk niets. Ook las ik 25/8 [de datum waarop Veolia een antwoord van NS wilde]. Indien we al iets "moeten" opsturen, dan zo laat mogelijk. Laat me even met sms of kort email bericht weten of Veolia dit terecht vraagt of dat we het naast ons neer kunnen leggen. En mochten we al iets moeten leveren, kunnen wij hetzelfde verzoek bij hen neerleggen inzake bus?”⁶⁶⁵

- 764** In deze aanbiedingen van NSFSC staat dat zowel Veolia als Arriva vóór 30 september 2014 het aanbod dienen te accepteren door onder meer een bedrag van 75.000 euro te betalen voor de reservering van het materieel. Dit bedrag is ‘non-refundable’. NSFSC zal dit bedrag dus niet terugstorten als Veolia of Arriva de treinen niet nodig heeft omdat een andere inschrijver de aanbesteding wint. Dit bedrag van 75.000 euro komt bij benadering overeen met de zwaardere voorwaarden (circa [vertrouwelijk] maal [vertrouwelijk] euro) die NS intern heeft besproken om de dieseltreinen voor NS Reizigers dan wel Qbuzz/Abellio Nederland te reserveren (zie randnummer 682).

- 765** Ondanks deze ‘reserveringsfee’ is het aanbod voor de treinen volgens NSFSC niet onvoorwaardelijk, noch bindend. Het aanbod van NSFSC is namelijk onder andere afhankelijk van de beschikbaarheid van treinstellen en goedkeuring van de directie van NSFSC.⁶⁶⁶ NS wilde geen “harde commitment” afgeven met betrekking tot de dieseltreinen, omdat zij materieel en onderhoudscapaciteit in beginsel voor het HRN wilde zeker stellen en pas na haar aanbod van 15

⁶⁶¹ Bron 88, p. 53.

⁶⁶² Bron 88, p. 55.

⁶⁶³ Bron 69.

⁶⁶⁴ Bron 93, p. 128 en bron 88, p. 57.

⁶⁶⁵ Bron 224, bijlage 1. Zie eveneens randnummer 659.

⁶⁶⁶ Bron 93, p. 132, artikel 17; en bron 88, p. 62, artikel 17.

september 2014 verder wilde inventariseren welke behoefte hieraan was (zie randnummer 671). De inschrijving zou op dat moment al ruim twee weken later eindigen, zodat hier feitelijk geen tijd voor zou zijn. [Lid bestuur NS] wil zelfs helemaal geen treinen aanbieden aan concurrenten (zie randnummer 672).

- 766** Op 23 september 2014 beklagt Veolia zich bij NS over dit aanbod.⁶⁶⁷ Het aanbod is volgens Veolia erg onzeker, omdat de dieseltreinen slechts onder voorwaarde van beschikbaarheid worden aangeboden. Veolia stelt dit niet anders te kunnen begrijpen dan dat het aanbod voorwaardelijk is en “niet hard”. Veolia merkt op dat NSFSC tegelijkertijd betaling van een eenmalig bedrag van 75.000 euro vraagt vóór 30 september 2014. Veolia stelt de hoogte van dit bedrag noch de tegenprestatie van NS te begrijpen. Ten slotte constateert Veolia dat zij NS heeft gevraagd eveneens een aanbod te doen voor de ombouwkosten voor de dieseltreinen, maar dat dit ontbreekt in de offerte. Veolia verzoekt NS daarom om een nieuw onvoorwaardelijk aanbod voor de dieseltreinen zonder de gevraagde reserveringsfee en inclusief ombouwkosten.
- 767** NSFSC meldt in reactie hierop op 25 september 2014 dat een reserveringsfee “common practice” is en een eis die aan alle potentiële afnemers wordt gesteld. Daarnaast benadrukt NSFSC dat de treinen worden gereserveerd na ondertekening van de term sheet door Veolia en betaling van de reserveringsfee, beide voor 30 september 2014. Daarmee wordt volgens NSFSC de offerte “gehard”. NSFSC verplicht zich daarmee de treinen gereserveerd te houden voor inzet in de concessie Limburg door de partij die de concessie zal winnen. De voorwaarde “subject to availability” is bedoeld om aansprakelijkheden van NSFSC in geval van overmacht en noodlot uit te sluiten.⁶⁶⁸
- 768** Ook Arriva reageert zeer kritisch op het aanbod. Op 25 september 2014 schrijft Arriva aan NS dat deze haar benadeelt in de aanbestedingsprocedure door zeer laat een aanbod te doen.⁶⁶⁹ Daarnaast beklagt Arriva zich bij NS over de termijn van twee weken die NS haar geeft om op het aanbod te reageren en 75.000 euro te betalen. Arriva wijst erop dat NS bijvoorbeeld 300.000 euro zou ontvangen indien er vier inschrijvers zijn, zonder dat zij hier iets van hoeft terug te betalen. Arriva stelt dat dergelijke voorwaarden en het vragen van de reserveringsvergoeding van 75.000 euro zonder dat daar een tegenprestatie tegenover staat, disproportioneel en onacceptabel is.
- 769** NS meldt in reactie hierop op 29 september 2014 aan Arriva dat zij niet bereid is tot aanpassing van de voorwaarden, daar het hanteren van een reserveringsfee een gebruikelijke praktijk betreft en dit van alle potentiële afnemers wordt geëist.⁶⁷⁰ NS stelt dat Arriva door het niet betalen van de 75.000 euro nu het risico loopt dat de treinen niet beschikbaar zijn voor haar.
- 770** [Lid directie Abellio Nederland] heeft tijdens een hoorzitting in het kader van de Geschilprocedure aangegeven evenmin het bedrag van 75.000 euro te hebben betaald. [Lid directie Abellio Nederland] stelde dat hij het vervelend vond om zich voor inschrijving al te moeten committeren aan het betalen van 75.000 euro. Dit is volgens hem onredelijk. Volgens [lid directie Abellio Nederland] was het redelijk geweest als iedereen dezelfde dieseltreinen aan NSFSC vraagt, NSFSC de 75.000 euro alleen in rekening brengt bij de uiteindelijke winnaar en de overige inschrijvers hun geld weer terugkrijgen. Volgens [lid directie Abellio Nederland] zag NSFSC dat ook wel in, maar heeft deze uiteindelijk toch de non-refundable reserveringsfee doorgezet. Nadat de ACM tijdens de hoorzitting

⁶⁶⁷ Bron 99, p. 2-3.

⁶⁶⁸ Bron 126, p. 3.

⁶⁶⁹ Bron 88, p. 63.

⁶⁷⁰ Bron 88, p. 67.

vraagt of Abellio Nederland als onderdeel van NS een beperkt risico loopt dat zij de dieseltreinen niet zou krijgen, bevestigt [lid directie Abellio Nederland] dat hij verwacht “dat NSFSC zich wel even zal melden wanneer er een serieuze [andere] koper van dat materieel zou komen”.⁶⁷¹

771 Tijdens de hoorzitting in het kader van de Geschilprocedure heeft Veolia verklaard dat zij vooral problemen had met het aanbod van NS voor elektrische treinen en dat zij voldoende uit de voeten kon met het aanbod van NS voor dieseltreinen.⁶⁷² Arriva heeft op de hoorzitting verklaard dat zij als onderdeel van Deutsche Bahn in bepaalde mate een alternatief had voor de tijdelijke inzet van dieseltreinen. Arriva heeft ook verklaard dat er mogelijk ook nog een andere leverancier van de dieseltreinen zou zijn, maar betitelde dit slechts als “niet helemaal kansloos”.⁶⁷³

772 De ACM concludeert in het Geschilbesluit dat het door Veolia gevraagde aanbod voor treinstellen niet kwalificeert als bijkomende diensten en voorzieningen in de zin van artikel 67 Sw. De ACM heeft het aanbod van NS daarom niet inhoudelijk beoordeeld in het Geschilbesluit.

Rapport

773 Het Rapport stelt vast dat NS haar aanbod van dieseltreinen bewust heeft vertraagd. NS heeft bovendien een onredelijk aanbod gedaan aan haar concurrenten gezien de reserveringsfee die zij eiste en die zij niet zou retourneren aan inschrijvers die de aanbesteding niet wonnen. Zelfs na betaling van deze vergoeding was de reservering nog niet onvoorwaardelijk. Verder heeft NS aan Veolia een onvolledig aanbod gedaan door geen aanbod omtrent ombouwkosten te doen. Volgens het Rapport was er vrijwel geen tijdig alternatief voor de treinen van NS. Het aanbod creëerde daardoor onzekerheid bij de concurrenten van NS. Zij moesten bij het opstellen van hun bieding rekening houden met het risico dat de dieseltreinen niet of tegen slechtere voorwaarden zouden worden geleverd.

Zienswijze NS

774 Volgens NS kan op basis van uitspraken van Arriva op de hoorzitting in ieder geval worden uitgesloten dat zij afhankelijk was van NS. Dit wordt volgens NS tevens bevestigd in het Geschilbesluit. Bovendien wijst NS erop dat Veolia tijdens de hoorzitting heeft verklaard dat zij een aanbieding voor dieseltreinen heeft gehad van NS waarmee zij voldoende uit de voeten kon voor de inschrijving. Voorts betwist NS dat de reserveringsfee onredelijk is. NS legt uit waarom zij een reserveringsfee in rekening brengt en benadrukt dat deze reserveringsfee ook aan andere marktpartijen wordt gerekend, ook aan Abellio. Er was volgens NS dus sprake van een gelijk speelveld. [vertrouwelijk] Ook Abellio had dus volgens NS te maken met onzekerheid.

Beoordeling ACM

775 NS wilde haar aanbod van dieseltreinen zoveel mogelijk vertragen en NS wou geen helderheid geven aan concurrenten. NS wilde hierdoor bij haar concurrenten onzekerheid creëren en zo Abellio Nederland bevoordelen (zie randnummer 669). Onzekerheid bestond ook omdat, ondanks de reserveringsfee, het aanbod van dieseltreinen niet bindend was. Bovendien was het aanbod onvolledig. Verder was het onredelijk dat de concurrenten van NS de reserveringsfee niet terugbetaald zouden krijgen bij verlies van de aanbesteding. Dit creëerde nodeloos extra kosten.

776 Deze onzekerheid hinderde de concurrenten van NS bij hun inschrijving. Zij moesten rekening houden met het risico dat dieseltreinen niet of tegen hogere kosten geleverd zouden worden. Veolia

⁶⁷¹ Bron 188, p. 27.

⁶⁷² Bron 188, p. 17.

⁶⁷³ Bron 190 (herziene niet-vertrouwelijke versie), p. 2.

moest daarnaast zelf een inschatting maken van mogelijke ombouwkosten in plaats van op een offerte te kunnen vertrouwen. Bovendien gaf NS door haar aanbod te vertragen hun minder tijd om de informatie in de bieding te verwerken.

- 777** Hier doet niet aan af dat Veolia tijdens de hoorzitting heeft verklaard dat zij met het aanbod van NS voldoende uit de voeten kon.⁶⁷⁴ Uit de volledige verklaring blijkt immers dat het aanbod van dieseltreinen Veolia hinderde in haar aanbesteding. Dit blijkt ook uit het feit dat Veolia direct na ontvangst van het aanbod sterk bij NS protesteerde en daarbij de nadruk legde op de grote onzekerheid die het aanbod creëerde (zie randnummer 766 hierboven).
- 778** Wat betreft Arriva neemt het feit dat zij mogelijk een alternatieve aanbieder van dieseltreinen had, niet weg dat het aanbod van NS ook voor Arriva onzekerheid heeft opgeleverd. Ook voor Arriva was het immers tot kort voor de sluitingsdatum onduidelijk tegen welke voorwaarden NS dieseltreinen zou leveren, zodat zij minder gelegenheid had te bepalen wat de kosten van dieseltreinen voor de Limburgse Concessie zouden zijn.
- 779** Voorts was het voor Arriva, net als voor Veolia, onduidelijk of NS deze treinen überhaupt zou leveren, aangezien zij geen bindend aanbod deed. Bij Arriva bestond eveneens onzekerheid over de leverancier van deze treinen en daardoor over de kosten daarvan. Bovendien geldt dat de treinen van NS direct gebruikt kunnen worden op het Nederlandse spoor, terwijl de treinen van Deutsche Bahn, de moedermaatschappij van Arriva, eerst daarvoor geschikt gemaakt moeten worden. Mogelijk is dit slechts voor beperkte tijd aangezien na 2020 geen dieseltreinen meer nodig waren in de Limburgse Concessie.
- 780** Veolia wijst er in antwoord op vragen van de ACM op dat het weliswaar in theorie mogelijk is om materieel in het buitenland te verkrijgen, maar dat dit eerst moet worden aangepast aan de Nederlandse normen en de eisen van de concessieverlener.⁶⁷⁵
- 781** Ook het feit dat de onredelijke reserveringsfee voor alle partijen, inclusief Abellio Nederland, geldt, laat onverlet dat NS haar concurrenten met haar aanbod op achterstand heeft gezet. Abellio Nederland ondervindt immers geen, of in ieder geval aanmerkelijk minder, nadeel van een onredelijk aanbod, omdat zij integraal onderdeel is van NS. NS gaat bij de beoordeling van het bod van Abellio Nederland op de Limburgse Concessie uit van het rendement dat het bod oplevert voor NS als geheel. In hoofdstuk 7 is beschreven dat NS bij het beoordelen van het rendement van haar bod de groepeffecten van het bod meerekent. Zo rekent NS de marge mee die NedTrain behaalt met het onderhouden van de treinen van Abellio Nederland in Limburg. Ook heeft NS toegezegd dat zij Abellio Nederland zo nodig financieel zal vergoeden (randnummer 380).
- 782** Abellio Nederland wordt daardoor niet gefrustreerd in haar bieding als een ander bedrijfs onderdeel van NS een aanbod doet tegen onredelijke voorwaarden. De extra marge van dit bedrijfs onderdeel wordt immers meegerekend bij de interne besluitvorming van NS over het bod. De navenant lagere marge die Abellio Nederland op het bod behaalt door die onredelijke voorwaarden, kan daartegen worden weggestreept.
- 783** Bovendien kan Abellio Nederland haar positie binnen de groep van NS gebruiken om een onredelijk aanbod op sommige punten te omzeilen. Zo overweegt NS om niet het gevraagde aantal dieseltreinen aan haar concurrenten aan te bieden, maar alleen een groter aantal, waardoor het

⁶⁷⁴ Bron 188, p. 17: “[Veolia] antwoordt dat het probleem zich vooral toegespitst op de elektrische treinen”.

⁶⁷⁵ Bron 175, p. 3 (verwijzing 1) en 13.

aanbod minder aantrekkelijk wordt. Hoewel Abellio Nederland ook dat aantal treinen zal moeten afnemen, overweegt NS dat NS Reizigers dan de treinen die niet nodig zijn voor de Limburgse Concessie, kan claimen als reservematerieel, zodat Abellio Nederland toch een voordeel heeft (zie randnummer 669). Ook heeft [lid directie Abellio Nederland] verklaard dat zij als onderdeel van NS slechts een beperkt risico loopt dat zij de dieseltreinen niet zou krijgen (zie randnummer 770).

- 784** Het gedrag van NS met betrekking tot de tijdelijke inzet van dieseltreinen draagt bij aan misbruik van haar economische machtspositie.

9.3.3 Conclusie onredelijk aanbod NS aan Veolia en Arriva

- 785** NS heeft haar aanbod van verschillende diensten en voorzieningen aan haar concurrenten in de Limburgse aanbesteding bewust vertraagd en vervolgens onvolledig en soms tegen niet-bindende voorwaarden heeft gedaan. Het gaat hierbij om diensten en voorzieningen waar NS, als eigenaar van stations en exploitant van het HRN, een bijzondere positie heeft. Het aanbod c.q. het gebrek aan aanbod dat NS voor de verschillende diensten en voorzieningen heeft gedaan, creëert onduidelijkheid en onzekerheid bij de concurrenten van NS. Veolia en Arriva worden gedwongen om bij het opstellen van hun bod rekening te houden met het risico dat sommige gevraagde diensten en voorzieningen uiteindelijk niet of tegen slechtere voorwaarden worden geleverd.

- 786** Ten eerste leidt het inprijzen van dergelijke risico's ertoe dat een inschrijver een minder scherp bod kan doen dat een lagere winkans heeft. Juist bij een aanbesteding is het essentieel dat inschrijvers een zo goed mogelijk bod kunnen doen. Door de onzekerheid die NS creëerde, belemmerde zij haar concurrenten. Doordat de concurrenten van NS hogere kosten en grotere risico's moesten inprijzen, konden zij minder besteden aan de kwaliteit van de diensten zonder hun rendement aan te tasten. Onzekerheid over een relatief kleine post in de businesscase, vergeleken met de totale kosten van de concessie, kan al het verschil maken tussen winnen en verliezen van de aanbesteding. Bovendien kunnen deze diensten en voorzieningen cumulatief niet als relatief kleine post gelden. NS beseft ook zelf het belang van tijdige duidelijkheid en harde commitment omtrent inputfactoren. Abellio Nederland geeft immers al vóór aanvang van de aanbesteding intern aan dat het om "*de kans op winst te maximaliseren*" een voorwaarde is dat "*duidelijke afspraken*" worden gemaakt met andere NS-onderdelen over de levering van diensten zoals reisinformatie en reisproducten. Deze afspraken dienen concreet te zijn.⁶⁷⁶

- 787** Ten tweede beschikt NS over een bijzondere positie als rechthebbende van stations. Daardoor beschikt NS over onder meer ruimtes op stations en locaties voor apparatuur en andere voorzieningen. Daarnaast heeft NS Reizigers het exclusieve recht van personenvervoer op het HRN. Dit maakt dat NS Reizigers op veel stations al apparatuur heeft staan en reisinformatie levert. Concurrenten zullen hun verzoeken primair richten tot NS gelet op deze positie. Veolia en Arriva zijn voor de aanbesteding in belangrijke mate afhankelijk van de diensten van NS. Het gaat om diensten waarvoor geen of weinig alternatieven bestaan. Zo is NS de enige partij in Nederland die reisinformatie levert. NS Stations is verder de enige partij die ruimtes op stations verhuurt. Weliswaar is het in theorie mogelijk om ruimtes buiten stations te huren voor bijvoorbeeld servicebalies en pauzelocaties, maar dit leidt tot hogere kosten en/of een minder aantrekkelijk aanbod aan reizigers. Daarnaast bestaan voor apparatuur op stations (zoals kaartautomaten, OV-chipkaart-voorzieningen en noodknoppen) externe leveranciers. Het is echter meer kostenefficiënt om de bestaande apparatuur van NS over te nemen.

⁶⁷⁶ Bron 46, p. 9.

- 788** Bovendien zijn de door Veolia en Arriva gevraagde diensten noodzakelijk om de Limburgse Concessie te exploiteren. De meeste van deze faciliteiten worden daarbij expliciet genoemd in het Programma van Eisen. Veolia heeft dit in haar verzoek aan NS per dienst toegelicht.
- 789** Ten slotte heeft NS als vervoerder op het HRN de beschikking over veruit de grootste vloot treinen in Nederland welke zijn goedgekeurd voor het Nederlandse spoor. Weliswaar kunnen alle inschrijvers voor geheel nieuw treinmaterieel bestellingen plaatsen bij externe leveranciers, maar zeker voor Veolia bestaat geen alternatief voor NS voor de dieseltreinen die alleen in de eerste drie jaar van de concessie nodig zijn.
- 790** NS heeft door haar verdragde, op sommige punten niet bindende en soms zelfs ontbrekende aanbod voor deze diensten en voorzieningen bewust de bieding van haar concurrenten voor de Limburgse Concessie gefrustreerd en haar eigen dochteronderneming heeft bevoordeeld. Daarmee hebben deze gedragingen bijgedragen aan misbruik van haar economische machtspositie.

9.4 Discriminatoire informatieverstrekking

- 791** Het derde onderdeel van het complex van gedragingen betreft de informatievoorziening door NS aan Abellio Nederland ten nadele van de overige inschrijvers.
- 792** Binnen NS Reizigers is veel informatie beschikbaar waarover NS beschikt uit hoofde van haar positie als exploitant van het HRN. Zo beschikt NS Reizigers over gedetailleerde informatie over reizigersopbrengsten op de twee te decentraliseren lijnen in Limburg en de ontwikkeling van de toekomstige dienstregeling. Veolia en Arriva benadrukken meermaals het belang van deze informatie voor het bod op Limburg.⁶⁷⁷
- 793** Abellio Nederland meldt al in maart 2014, in een notitie aan de ExCo, dat het voor een maximale winkans van de Limburgse Concessie van belang is dat zij duidelijke afspraken kan maken met NS Reizigers. Het gaat daarbij onder andere om de informatie die NS Reizigers heeft over de twee treindiensten die gedecentraliseerd zullen worden:
- “Samenwerking met NS onderdelen
Om het biedingsproces goed voorbereid te doorlopen en zodoende de kans op winst te maximaliseren zijn duidelijke afspraken met NSR een voorwaarde. Naast de rol die NSR vervult als leverancier van expertise voor de treinlijnen die vandaag nog onderdeel zijn van HRN, zal een aantal SLA's moeten worden gesloten voor levering van diensten zoals reisproducten, reisinformatie, kaartdistributie, materieel, verkeersleiding etc.”⁶⁷⁸*
- 794** Het biedingsteam van Abellio Nederland had tijdens de Limburgse aanbesteding toegang tot specifieke NS informatie over de verwachte dienstregeling op het HRN en gedetailleerde reizigersopbrengsten op de HRN-verbindingen die deel gingen uitmaken van de Limburgse Concessie. Dezelfde informatie was niet of pas op een later moment bekend bij concurrenten Arriva en Veolia.
- 795** NS erkent in haar zienswijze dat de informatievoorziening aan Abellio Nederland en haar concurrenten “niet geheel synchroon verliep”.⁶⁷⁹ Zij betwist echter de in het Rapport getrokken

⁶⁷⁷ Bron 190, p. 3 e.v., 241, p. 3-11 en bron 243, p. 2-4.

⁶⁷⁸ Bron 46, p. 9.

⁶⁷⁹ Zienswijze NS, p. 179.

conclusie dat het concurrentieproces hierdoor is beïnvloed. De informatie was volgens NS niet bruikbaar en werd, voor zover relevant, op een verantwoord tijdstip gedeeld.

- 796** Hierna beoordeelt de ACM de samenwerking tussen NS Reizigers en Abellio Nederland en de wijze waarop NS informatie ter beschikking heeft gesteld.

9.4.1 Wijzigingen dienstregeling HRN

- 797** Een medewerker van NS Reizigers treedt per 1 mei 2014 op detachingsbasis toe tot het biedingsteam. In het biedingsteam gaat hij werken aan de treindienstregeling. Hiervoor werkte deze medewerker bij NS Reizigers aan de dienstregeling voor het HRN. De medewerker is derhalve op de hoogte van wijzigingen die doorgevoerd zouden kunnen worden op het HRN, althans voor zover deze gepland waren op het moment van zijn detachering.⁶⁸⁰

- 798** Het biedingsteam onderzoekt de eventuele gevolgen van wijzigingen in de dienstregeling op het HRN. Dit blijkt uit een e-mail van 23 mei 2014 van een medewerker van het biedingsteam aan [lid directie Abellio Nederland]:

“Ik zou nog een paar regels schrijven over de situatie waar we in de treindienstregeling tegenaan lopen, dus ben er nog even ingedoken. [...] Het lijkt me voor nu hooguit goed dat jullie op de hoogte zijn van het dilemma dat sommige verplichte aansluitingen in 2014 misschien wel gehaald kunnen worden, maar met de dienstregeling in 2017 misschien niet meer.

Vooralsnog lijkt het mij het beste uitgangspunt ons bod te richten op de huidige dienstregeling en alleen als we voordelen zien in de plannen voor 2017 een afweging te maken of dit in de tender van nut kan zijn. Er zijn ook wijzigingen met een negatief effect, maar dat is nu nog te weinig concreet om wat over te kunnen zeggen.”⁶⁸¹

- 799** Vervolgens geeft dit lid van het biedingsteam in dezelfde e-mail een overzicht van verwachte wijzigingen in de dienstregeling op het HRN in 2017, voor zover deze relevant kunnen zijn voor de concessie Limburg. Hij geeft daarbij ook aan of hij daarin “een kans” of “een risico” ziet.⁶⁸²

- 800** Veolia verzoekt NS op 12 augustus 2014 om een non-discriminatoire referentieaanbod voor de best mogelijke aansluitingen tussen de regionale Limburgse treinlijnen en de dienstregeling van het HRN.⁶⁸³ Veolia benadrukt daarbij dat het essentieel is dat NS op dit punt geen voorsprong heeft als exploitant van het HRN. Veolia vraagt NS daarom te waarborgen dat Veolia (en andere inschrijvers in de Limburgse aanbesteding) dezelfde informatie ontvangen als Abellio Nederland en NS zichzelf niet bevoordeelt.

- 801** NS verwijst in haar reactie van 15 september 2014 naar de dienstregeling van 2014 als referentie.⁶⁸⁴ Volgens NS wordt de toekomstige ontwikkeling van de dienstregeling besproken in een overleg waaraan ook regionale vervoerders zoals Veolia en Arriva deelnemen. Verder is het aan de Provincie als concessieverlener, zo stelt NS, om vervoerders te informeren die niet bij dit overleg zijn. Op die manier is een level playing field voor alle partijen gegarandeerd. NS verwijst voor de dienstregeling 2016 specifiek naar een platform onder leiding van ProRail waar de dienstregeling wordt afgestemd met regionale vervoerders en stelt dat Veolia hiervoor ook is uitgenodigd.

⁶⁸⁰ Bron 262, p. 9.

⁶⁸¹ Bron 54.

⁶⁸² Bron 54.

⁶⁸³ Bron 76, bijlage VI, p. 495-496.

⁶⁸⁴ Bron 93, p. 78.

- 802** Bij brief van 23 september 2014 aan de ACM stelt Veolia in vervolg op haar klacht dat NS met betrekking tot de dienstregeling op het HRN een wezenlijke informatievoorsprong heeft. Abellio Nederland kan anticiperen op een nieuwe HRN-dienstregeling. Zo kan NS bijvoorbeeld rekening houden met het vervallen of anders indelen van de treinen op het HRN. Dat beïnvloedt de Samenloop en derhalve de exploitatiemogelijkheden op het regionale net. NS heeft deze informatie niet verstrekt, net zo min als de gevraagde garantie dat alle inschrijvers dezelfde informatie krijgen.⁶⁸⁵ Naar aanleiding van een informatieverzoek van de ACM stelt Veolia op 13 november 2014 dat NS als enige beschikt over de informatie over en mogelijkheden voor aansluitingen tussen de Limburgse treinlijnen en het HRN.⁶⁸⁶
- 803** De vervoerkundige van het bidingsteam heeft in zijn verhoor van 19 november 2015 verklaard dat de in randnummer 804 genoemde informatie in zijn e-mail afkomstig is van de medewerker van NS Reizigers.⁶⁸⁷ De vervoerkundige heeft verder verklaard dat deze informatie later niet is gebruikt voor de dienstregeling van het bod van Abellio Nederland. Met een andere uitspraak wekt hij echter de indruk dat de kennis van de dienstregeling toch een rol in het bidingsproces heeft gespeeld: “Ja, nou ja, je kijkt dan van, heeft het positieve of negatieve gevolgen en dan bepaal je wat je ermee moet doen”.⁶⁸⁸
- 804** NS heeft naar aanleiding van een informatieverzoek van de ACM op 8 januari 2016 bevestigd dat de in randnummer 804 genoemde informatie afkomstig is van de gedetacheerde medewerker van NS Reizigers.⁶⁸⁹ NS merkt op dat de informatie over verwachte wijzigingen in de dienstregeling op het HRN ook bekend is bij de andere vervoerders. Circa vier maanden na bovengenoemde informatiedeling van NS aan Abellio Nederland, op 16 september 2014, vindt een bijeenkomst plaats ten kantore van NS. Eerst bij deze bijeenkomst informeert NS andere vervoerders over de voorgenomen wijzigingen van de dienstregeling op het HRN.⁶⁹⁰

Rapport

- 805** Het Rapport stelt dat het bidingsteam van Abellio Nederland ten tijde van het bidingsproces op de hoogte was van een aantal voorgenomen wijzigingen in de dienstregeling van het HRN. Ten tijde van het delen van de informatie met de andere inschrijvers – ruim vier maanden later – kon NS voorzien dat de andere inschrijvers slechts beperkte tijd hebben om eventuele relevante wijzigingen te verwerken in hun bieding gelet op de sluitingsdatum op (toen nog) 10 oktober 2014.
- 806** In het Rapport is tevens aangenomen dat deze wijzigingen van invloed zijn op de concessie Limburg. De aanvullende informatie over de voorgenomen wijzigingen op het HRN kon NS namelijk gebruiken voor een betere inschatting van reizigersstromen en reizigersopbrengsten. Immers, indien een wijziging van de dienstregeling op het HRN meer overstap van reizigers oplevert naar het Limburgse concessiegebied, kan een inschrijver in zijn gehele business case uitgaan van hogere opbrengsten. Hogere opbrengsten leiden ertoe dat een inschrijver een scherper bod kan doen door bijvoorbeeld meer ritten te bieden. Hiermee vergroot een inschrijver dus zijn winkans in de aanbesteding. In mei 2014 beoordeelt het bidingsteam van Abellio Nederland of de informatie van NS Reizigers deze kansen oplevert.

⁶⁸⁵ Bron 97, p. 2.

⁶⁸⁶ Bron 175, p. 19.

⁶⁸⁷ Bron 253, p. 18.

⁶⁸⁸ Bron 253, p. 15.

⁶⁸⁹ Bron 262, p. 9.

⁶⁹⁰ Bron 262, p. 11 en bron 263, p. 3.

Zienswijze NS

- 807** NS erkent dat informatie over een toekomstige HRN dienstregeling is gedeeld met het biedingsteam. Dit was echter in mei 2014 en het was op dat moment nog uiterst onzeker hoe de dienstregeling op het HRN voor 2017 er uiteindelijk uit zou komen te zien. Het ontwerp van NS Reizigers bevond zich nog in een zeer pril stadium en is nadien nog meerdere malen (ingrijpend) gewijzigd. Pas in september 2015 heeft NS Reizigers besloten hoe het ontwerp eruit moet komen te zien.
- 808** Verder was dergelijke informatie uiteindelijk ook niet bruikbaar geweest voor de inschrijving. De Provincie Limburg heeft namelijk in de daaropvolgende aanbestedingsdocumentatie opgenomen dat de inschrijvers een dienstregeling moeten aanbieden die voldeed tegen de achtergrond van de dienstregeling van 2014.
- 809** Dat dit in de praktijk ook zo was, blijkt volgens NS uit de verklaring van de medewerker verantwoordelijk voor het opstellen van het vervoersplan in het biedingsteam van Qbuzz/Abellio Nederland:
- "[...] voor de offerte maakt het geen verschil, want wij moeten gewoon uitgaan van de dienstregeling die er op dat moment gold. [...] in het vervoersplan heb ik er niks mee gedaan. [...] Voor het vervoersplan zijn wij echt uitgegaan van, de provincie stelt deze eisen en daar moet alles aan voldoen."⁶⁹¹*

Beoordeling ACM

- 810** NS betwist niet dat de medewerker die vanuit NS Reizigers was gedetacheerd, in mei 2014 informatie in het biedingsteam heeft gedeeld over de voorgenomen dienstregeling op het HRN van 2017. Abellio Nederland beschikte dan ook over een kennisvoorsprong.
- 811** Dat NS Reizigers deze informatie heeft gedeeld met Abellio Nederland en niet met de overige inschrijvers is laakbaar. NS dient erop toe te zien dat de informatievoorziening op niet-discriminatoire wijze plaatsvindt. Deze kennisvoorsprong heeft echter niet bijgedragen aan misbruik van economische machtspositie.
- 812** De Provincie Limburg heeft in het Programma van Eisen opgenomen dat inschrijvers dienen uit te gaan van de dienstregeling van het HRN van 2014.⁶⁹² De Provincie heeft in haar tweede Nota van Inlichtingen van 14 augustus 2014 bevestigd dat inschrijvers ook niet zelf mogen uitgaan van wijzigingen in de dienstregeling om tot een beter aanbod te komen.⁶⁹³ Inschrijvers konden dientengevolge geen extra punten behalen en hun winkansen vergroten door uit te gaan van een toekomstig voorgenomen dienstregeling.
- 813** Bovendien is het onduidelijk in hoeverre de informatie die in mei 2014 is gedeeld, als basis kon dienen voor een beter bod. NS stelt dat de dienstregeling nadien nog ingrijpend is gewijzigd. Toen NS op 16 september 2014 de wijzigingen met andere vervoerders besprak, waaronder Veolia en Arriva, waren deze actueler dan in mei 2014. Het is dus onduidelijk of Abellio Nederland voordeel heeft kunnen behalen door de informatie over de wijzigingen die zij in mei 2014 had. Dit wordt ook aangegeven door Veolia in haar antwoordbrief van 9 september 2015:

⁶⁹¹ Bron 253, p. 14-15.

⁶⁹² Bron 57, p. 41.

⁶⁹³ Bron 76, p. 365.

“NS heeft nog steeds geen goede oplossing gevonden voor de scenario’s en heeft aan alle vervoerders in Nederland gemeld dat invoering ten minste is uitgesteld tot december 2017. De vraag of Abellio/Qbuzz eventueel voordeel zouden hebben behaald in de tenderperiode (omdat zij als NS-dochter beter geïnformeerd zou zijn over de scenario-effecten) is dus door de actualiteit achterhaald.”⁶⁹⁴

- 814** De kennisvoorsprong van Abellio Nederland ten aanzien van de dienstregelingwijziging op het HRN heeft haar geen concurrentieel voordeel kunnen opleveren. Deze gedraging van NS levert daarmee geen bijdrage aan misbruik van haar economische machtspositie.

9.4.2 Informatie reizigersopbrengsten

- 815** NS Reizigers beschikt over gedetailleerde gegevens van de reizigersopbrengsten van de twee lijnen die tot aan de start van de nieuwe concessie tot het HRN behoren, Maastricht – Roermond en Sittard – Heerlen. Andere vervoerders hebben daar geen inzicht in. De Provincie Limburg heeft wel opbrengsteninformatie over deze lijnen in het bestek opgenomen in bijlagen K27 en K29. Deze cijfers zijn gebaseerd op het verdeelsysteem van ‘Meten in de Trein’. Dit systeem geeft echter minder informatie dan de NS-cijfers.
- 816** NS levert pas extra informatie over de reizigersopbrengsten aan bij de vierde Nota van Inlichtingen op 25 september 2014. Het betreft extra informatie over de reizigersopbrengsten van de lijnen Maastricht-Roermond en Sittard-Heerlen, terwijl NS dit al had toegezegd om bij de eerste Nota van Inlichtingen te doen.
- 817** Daarnaast levert NS in een zeer laat stadium van het biedingsproces, namelijk twee dagen voor de oorspronkelijke sluitingsdatum, met de extra Nota van Inlichtingen van 9 oktober 2014 nadere informatie aan over de lijnen Maastricht-Roermond en Sittard-Heerlen.
- 818** Veolia stelt in haar klacht van 5 september 2014 dat NS als enige de werkelijke reizigersaantallen kent van de twee lijnen die aan het HRN worden onttrokken ten behoeve van de Limburgse Concessie.⁶⁹⁵ Zij is dan ook als enige partij in staat om de juiste opbrengsten en reizigersaantallen te verwerken en een reële bieding neer te leggen geschoond van risico’s hieromtrent. Volgens Veolia heeft NS daarmee een kennisvoorsprong over de verwachte inkomsten uit de concessie Limburg. De regionale vervoerders moeten gebruikmaken van de ‘Meten in de Trein’-systematiek (MidT), waardoor NS de concurrentie kan beïnvloeden en zichzelf kan bevoordelen, aldus Veolia.
- 819** Veolia stelt daarom niet over betrouwbare omzetinformatie te beschikken, waardoor zij genooddaakt was om een risico-opslag op te nemen voor haar inschrijving. Betrouwbare informatie is nodig voor een goed en scherp bod.
- 820** Ook Arriva heeft tijdens de hoorzitting van 28 november 2014 naar aanleiding van Veolia’s klacht aangegeven dat NS pas laat nadere informatie hieromtrent heeft gedeeld en daarmee een voordeel had tegenover haar concurrenten.⁶⁹⁶
- 821** In haar antwoordbrief van 8 januari 2016 aan de ACM geeft NS aan dat Abellio Nederland beschikt over een uitdraai van het Trein Serie Model (TSM) van NS Reizigers voor de betreffende percelen. Het TSM is het binnen NS Reizigers gehanteerde model voor het toerekenen van kosten en

⁶⁹⁴ Bron 241, p. 11.

⁶⁹⁵ Bron 76, p. 5-6 en 97.

⁶⁹⁶ Bron 190, p. 3.

opbrengsten aan treinseries en het berekenen van de rentabiliteit van lijnen. Volgens NS zijn de gegevens uit dit model in de Limburgse aanbesteding wel gedeeld met het biedingsteam van Abellio Nederland, maar niet met de Provincie of concurrerende inschrijvers. Het biedingsteam heeft deze gegevens echter niet gebruikt, maar heeft de gegevens over reizigersopbrengsten uit bijlagen K25 en K26 bij Programma van Eisen van de Provincie Limburg gevolgd.⁶⁹⁷

Rapport

- 822** Het Rapport stelt dat alle inschrijvers een materieel belang hadden bij betrouwbare informatie over reizigersopbrengsten. Doordat concurrerende inschrijvers tot minder informatie toegang hadden dan het biedingsteam van Abellio Nederland en informatie die wel werd gedeeld laattijdig en met onzekerheid omgeven was, heeft NS het *level playing field* verstoord. Zij had gemakkelijk het *level playing field* tussen inschrijvers kunnen garanderen door de betreffende informatie direct te delen met andere inschrijvers of de Provincie als concessieverlener. Het laat of niet delen van deze informatie had enkel tot doel om zichzelf te bevoordelen en op oneigenlijke wijze de Limburgse Concessie te winnen.

Zienswijze NS

- 823** NS merkt allereerst op dat de oorspronkelijke sluitingsdatum, anders dan het Rapport suggereert, niet meer relevant was toen zij aanvullende informatie over reizigersopbrengsten verstrekte op 9 oktober 2014. Op 30 september 2014 maakte de Provincie immers bekend dat de nieuwe sluitingsdatum 3 november 2014 zou zijn.
- 824** NS heeft verder naar voren gebracht dat Abellio Nederland beschikte over een uitdraai van het TSM van NS Reizigers. Het Rapport miskent echter dat Abellio Nederland deze informatie helemaal niet heeft gebruikt, omdat deze minder betrouwbaar was dan de door de aanbestedende dienst beschikbaar gestelde informatie.
- 825** Het Rapport toont ook niet aan dat de beschikbare informatie daadwerkelijk relevant was. Zonder in te gaan op de relevantie van specifieke informatie die niet met iedere inschrijver is gedeeld, kan de ACM onmogelijk concluderen dat sprake is van een verstoring van de mededinging.
- 826** Bovendien onderkent het Rapport onvoldoende de cruciale rol van de Provincie Limburg die als aanbestedende dienst de hoeder van het *level playing field* bij de aanbesteding was. NS verwijst naar de uitspraak van de voorzieningenrechter van 16 oktober 2014 waarin is overwogen:
- "Het vereiste dat een aanbestedende dienst een gelijk speelveld dient te creëren voor de potentiële inschrijvers houdt in dat zij inschrijvers in gelijke mate in staat stelt een concurrerende inschrijving te doen. [...] Dat er dus inschrijvers zijn met een verschillend niveau van kennis, kunde en technische mogelijkheden is een constatering die in beginsel losstaat van de vraag of sprake is van een gelijk speelveld."*⁶⁹⁸
- 827** Daarnaast heeft NS opbrengstgegevens voor beide stoptreindiensten inclusief accountantsverklaringen verstrekt aan de Provincie Limburg. In die verklaringen is door de accountant opgenomen dat zij niet mogen worden verspreid aan of gebruikt door anderen dan NS Reizigers en de Provincie Limburg. NS noch de Provincie Limburg kon deze verklaringen derhalve delen met de inschrijvers. Bovendien heeft de Provincie Limburg in de eerste Nota van Inlichtingen aangegeven dat een accountantsverklaring niet noodzakelijk is.

⁶⁹⁷ Bron 262, p. 7.

⁶⁹⁸ Rechtbank Limburg 16 oktober 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:8758, r.o. 4.4.

Beoordeling ACM

- 828** Zowel voor Arriva, Veolia als Abellio Nederland was voldoende, tijdige en betrouwbare informatie over reizigersopbrengsten essentieel voor de business case. Dit vormt het startpunt voor de prognose van de reizigersopbrengsten voor de gehele concessieduur. Met nauwkeurige en gedetailleerde informatie over gerealiseerde opbrengsten, is een inschrijver in staat om een bod te doen dat aansluit op de behoefte van de reizigers. Daarnaast kan een inschrijver een nauwkeurigere begroting van de opbrengsten opstellen. Inschrijvers die niet over deze informatie beschikken, worden geconfronteerd met meer onzekerheden; de prognose die zij maken kent dan een grotere bandbreedte. De werkelijke uitkomst kan aanzienlijk lager of hoger zijn. Vanuit beheersing van financiële risico's zullen deze inschrijvers de opbrengsten voorzichtig (niet te hoog) begroten.
- 829** De informatie over reizigersopbrengsten bepaalt hoe scherp het bod is van een inschrijver. Een inschrijver die weet dat hij van hogere reizigersopbrengsten dan de concurrenten kan uitgaan, kan de Provincie Limburg een hogere kwaliteit aanbieden die ook meer punten oplevert (bijvoorbeeld door meer ritten of een hoger comfort van de treinen) en heeft daardoor een hogere winkans. Onzekerheden over de te verwachten opbrengsten leveren risico's op die verdisconteerd moeten worden in de bieding (door bijvoorbeeld minder ritten en een lager comfort van de treinen).
- 830** NS had als vervoerder op het HRN toegang tot gedetailleerde omzetgegevens van de twee te decentraliseren lijnen Maastricht-Roermond en Sittard-Heerlen op het HRN. Voor informatie over deze twee lijnen waren zowel de andere inschrijvers als de Provincie Limburg dus afhankelijk van NS.
- 831** NS erkent dat Abellio Nederland over meer informatie met betrekking tot reizigersopbrengsten beschikte dan haar concurrenten. Het biedingsteam van Abellio Nederland had toegang tot aanvullende informatie en deze informatie is niet gedeeld met de Provincie Limburg noch met andere inschrijvers.⁶⁹⁹
- 832** Daarmee staat vast dat NS op discriminatoire wijze informatie met Abellio Nederland heeft gedeeld. Er bestond een kennisvoorsprong bij Abellio Nederland waardoor, gelet op de relevantie van de informatie voor de bieding, het level playing field was verstoord.
- 833** Om tot de conclusie te komen dat het level playing field is verstoord, is niet vereist dat wordt vastgesteld dat daadwerkelijk gebruik is gemaakt van de ter beschikking staande informatie.⁷⁰⁰ De enkele toegankelijkheid tot de aanvullende informatie is voldoende om te spreken van een verstoring. NS heeft met haar handelen jegens de overige inschrijvers onvoldoende gewaarborgd dat Abellio Nederland, haar dochter en de directe concurrent van de overige inschrijvers, bij haar inschrijving niet bekend is geweest met aanvullende informatie.
- 834** Over de cijfers die NS wel ter beschikking stelde, bestond veel onzekerheid. Dit uitte zich onder andere in een grote hoeveelheid vragen die de Provincie Limburg gedeeltelijk heeft beantwoord in diverse Nota's van Inlichtingen, zoals aangegeven door Veolia in antwoord op vragen van de

⁶⁹⁹ Bron 262, p. 6-7.

⁷⁰⁰ Zie ook Rechtbank Gelderland 14 september 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:8310, r.o. 4.7. De voorzieningenrechter heeft in deze aanbestedingszaak geoordeeld dat het voor de vraag of het *level playing field* is gewaarborgd niet vereist is dat wordt vastgesteld dat bij de inschrijving daadwerkelijk gebruik is gemaakt van voorkennis.

ACM.⁷⁰¹ Veolia heeft deze onzekerheid noodzakelijkerwijs als risico ingeprijsd.⁷⁰² Veolia verklaart hierover:

“De data die van meten in de trein komt, is een blackbox die zich bij NS bevindt. [...] Veolia krijgt elke maand een opgave van de inkomsten van de vorige zes maanden. Dat is wel de basis waarop zij haar toekomst moet baseren. Het is bijna een moeras van data. [...] In deze periode moet Veolia gaan bepalen wat de inkomsten voor de volgende 15 jaar zijn, maar de data zijn niet stabiel. Veolia weet niet of er andere data bestaat. Dit zit bij NS, niet bij een onafhankelijke partij.”⁷⁰³

- 835** Pas in een zeer laat stadium, bij de vierde Nota van Inlichtingen en de extra Nota van Inlichtingen levert NS extra informatie over de reizigersopbrengsten.
- 836** Ten aanzien van het argument van NS dat de oorspronkelijke sluitingstermijn niet meer relevant was op het moment dat de extra informatie werd gedeeld, wijst de ACM erop dat, zelfs indien wordt uitgegaan van de sluitingsdatum van 3 november 2014, de tijd om de extra informatie in het bod te verwerken nog steeds zeer kort is. Abellio Nederland heeft op dat moment haar besluitvorming met betrekking tot het opbrengstenmodel al doorlopen.⁷⁰⁴ Arriva heeft tijdens de hoorzitting van 28 november 2014 bij herhaling aangegeven dat de aanvullende informatie laat beschikbaar is gesteld.⁷⁰⁵
- 837** Over de uiteindelijk verstrekte cijfers bestond echter ook nog steeds onzekerheid. De aanvullende informatie uit het systeem van NS Reizigers en de in de eerste Nota van Inlichtingen door NS toegezegde accountantsverklaring levert NS in het geheel niet. De enkele stelling van NS dat een accountantsverklaring is overgelegd maar deze niet mocht worden gedeeld, is zonder nadere onderbouwing onvoldoende om tot een ander oordeel te komen. In elk geval zou een accountantsverklaring - nog los van de vraag of deze vereist was - onduidelijkheden over de cijfers bij de concurrenten hebben kunnen wegnemen. Dat was nu niet het geval. Bij inhoudelijke vragen van concurrenten hierover werd verwezen naar de *disclaimer* die NS bij de omzetcijfers vermeldde:
- “Disclaimer: De staatjes zijn zeer indicatief en gebaseerd op de verdeelsleutel zoals we die vorig jaar hanteerden op basis van Midt/Trans, omdat het systeem MidT/TRANS niet meer operationeel is. De cijfers zijn afgeleid van de totale maandcijfers. Aan deze staatjes kan geen enkel recht worden ontleend. In afwachting van de definitieve verdeling door een externe partij zal ik deze staatjes op jullie uitdrukkelijk verzoek opstellen en leveren. [...]”⁷⁰⁶*
- 838** Een aanbestedende dienst heeft een belangrijke rol als het gaat om het creëren van een gelijk speelveld voor potentiële inschrijvers en deze in gelijke mate in staat te stellen een concurrerende inschrijving te doen. Dit laat echter onverlet dat NS - als exploitant van de HRN-verbindingen - een bijzondere verantwoordelijkheid heeft om niet door haar gedrag afbreuk te doen aan een daadwerkelijke en onvervalste mededinging (zie hoofdstuk 5). In dit concrete geval brengt deze verantwoordelijkheid met zich dat NS als moedermaatschappij van één van de inschrijvers in ieder geval tijdens de Limburgse aanbesteding niet bijdraagt aan een verstoring van het gelijke speelveld. Alleen NS beschikt als vervoerder op het HRN over gedetailleerde omzetgegevens. Gelet op de afhankelijkheid van de Provincie Limburg van de informatieverstrekking door NS, kan zij haar rol als

⁷⁰¹ Bron 241, p. 3-10.

⁷⁰² Bron 241, p. 4.

⁷⁰³ Bron 190, p. 15.

⁷⁰⁴ Bron 262, p. 7-9 en bijlagen 5 en 6.

⁷⁰⁵ Bron 190 (herziene niet-vertrouwelijke versie), p. 3.

⁷⁰⁶ Bron 241, p. 4.

“hoeder van het level playing field” slechts uitoefenen als NS haar verantwoordelijkheid neemt. Dit heeft NS echter nagelaten.

- 839** NS heeft op discriminatoire wijze informatie met betrekking tot de reizigersopbrengsten verstrekt aan het biedingsteam van Abellio Nederland. Voorts heeft NS deze informatie niet gedeeld met de Provincie. Op grond daarvan konden de overige inschrijvers niet in gelijke mate geïnformeerd worden. Daardoor had Abellio Nederland een kennisvoorsprong. De overige inschrijvers hadden slechts beschikking over onduidelijke en ongevalideerde bronnen over de reizigersopbrengsten. Deze onduidelijkheid is pas in een laat stadium en bovendien slechts deels weggenomen. Deze gedragingen van NS hebben bijgedragen aan misbruik van haar economische machtspositie.

9.5 Conclusie complex van gedragingen

- 840** NS heeft misbruik gemaakt van haar economische machtspositie in de zin van artikel 24 Mw en 102 VWEU. Het misbruik bestaat uit de navolgende elementen waarbij Abellio Nederland werd bevoordeeld en concurrenten werden benadeeld via steeds verschillende gedragingen.
- 841** Allereerst het delen van concurrentiegevoelige informatie van Veolia door haar concessiedirecteur. NS heeft [vertrouwelijk] via een schijnconstructie aangetrokken als lid van het biedingsteam van Abellio Nederland. NS heeft van hem, gevraagd en ongevraagd, concurrentiegevoelige informatie van Veolia ontvangen. Abellio Nederland heeft deze informatie verwerkt in haar bod. NS heeft Abellio Nederland, en daarmee zichzelf als moedermaatschappij, op deze manier een oneigenlijke kennisvoorsprong verschaft.
- 842** Daarnaast heeft NS toegangsverzoeken van haar concurrenten doorgespeeld aan Abellio Nederland. Veolia en Arriva hebben verzocht om voor (de toegang tot) meerdere diensten en voorzieningen een redelijk aanbod uit te brengen. NS was zich ervan bewust dat het concurrentiegevoelige informatie betrof die niet gedeeld mocht worden. Abellio Nederland heeft deze informatie vervolgens gebruikt en invloed uitgeoefend om de biedingen van haar concurrenten te frustreren.
- 843** NS heeft haar daaropvolgend aanbod bewust vertraagd en het aanbod was op een aantal punten niet bindend. Ten aanzien van enkele verzochte diensten heeft NS helemaal geen aanbod gedaan. Door de onzekerheid die NS creëerde, werden concurrenten gedwongen risico's in te prijzen waardoor zij een minder scherp bod konden doen dan NS.
- 844** Tot slot heeft NS op discriminatoire wijze informatie met betrekking tot reizigersopbrengsten verstrekt aan Abellio Nederland. Het betreft essentiële informatie voor het opstellen van een bod die voor haar concurrenten niet beschikbaar was. Ook op deze manier heeft NS Abellio Nederland een oneigenlijke kennisvoorsprong verschaft.
- 845** De verschillende elementen leveren als geheel en in samenhang gezien een substantiële mededingingsbeperking op in de zin van artikel 24 Mw en 102 VWEU. Het gezamenlijke effect van deze gedragingen leidt ertoe dat NS zichzelf bevoordeelde en Veolia en Arriva niet konden concurreren met het bod van NS.
- 846** Het complex van gedragingen komt voort uit het strategische doel van NS om de Limburgse Concessie te winnen om zo te voorkomen dat een concurrent in Limburg succesvolle Samenloop kon bewijzen. NS wilde hiermee de kans verkleinen dat haar positie op het HRN onder druk zou komen te staan en concurrenten konden meedingen naar (delen van) het HRN (zie hoofdstuk 7). Voor een onderneming met een economische machtspositie zijn dergelijke gedragingen niet te

kwalficeren als concurrentie op de merites. Gesteld noch gebleken is dat hiervoor een objectieve rechtvaardiging bestaat.

10 Interstatelijke effecten

- 847** Op grond van artikel 3, eerste lid, Verordening 1/2003⁷⁰⁷ zijn de mededingingsautoriteiten van de lidstaten verplicht om artikel 102 VWEU toe te passen op door artikel 102 VWEU verboden misbruiken, wanneer zij het nationale mededingingsrecht toepassen. Uit artikel 88 Mw vloeit de bevoegdheid voor de ACM voort om artikel 102 VWEU toe te passen.
- 848** Artikel 102 VWEU kent de aanvullende eis dat de handel tussen de lidstaten ongunstig beïnvloed moet zijn.⁷⁰⁸ Aan deze voorwaarde is voldaan zodra een misbruik, op grond van haar objectieve bestanddelen feitelijk en rechtens met een voldoende mate van waarschijnlijkheid moet doen verwachten dat zij, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, op het ruilverkeer tussen lidstaten een zodanige invloed kan uitoefenen, dat de verwezenlijking van de doelstellingen van een gemeenschappelijke markt tussen de lidstaten wordt geschaad.⁷⁰⁹ Deze beïnvloeding van de tussenstaatse handel dient daarnaast merkbaar te zijn.⁷¹⁰
- 849** Wanneer een onderneming een economische machtspositie bezit die een gehele lidstaat bestrijkt en zij zich schuldig maakt aan uitsluitingsgedrag, kan de handel tussen lidstaten normaal gesproken worden beïnvloed. Dergelijk misbruik zal het voor concurrenten uit andere lidstaten over het algemeen moeilijker maken de markt te penetreren. In zo'n geval kunnen de handelstromen worden beïnvloed.⁷¹¹
- 850** NS beschikt over een economische machtspositie in de zin van artikel 1 sub i Mw op de markt voor het exploitatierecht op het vervoer op de HRN-concessie. NS maakt misbruik van haar economische machtspositie door haar gedrag, met als doel haar positie op het HRN af te scherm. Het uitsluitingsgedrag van NS treft ten eerste direct haar concurrenten in de Limburgse aanbesteding, Arriva en Veolia. Dit zijn dochterondernemingen van respectievelijk Deutsche Bahn en Transdev, partijen uit andere lidstaten. Ten tweede raakt dit gedrag ook alle partijen die, in potentie op termijn, (een deel van) het HRN zouden kunnen exploiteren. Hieronder zijn wederom partijen uit andere lidstaten, zoals Deutsche Bahn en Transdev.
- 851** Voorts geldt dat misbruik van een economische machtspositie en het concurrentieverstorende karakter daarvan, impliceren dat het misbruik naar zijn aard de handel tussen de lidstaten merkbaar kan beïnvloeden. Ieder misbruik dat het moeilijker maakt de nationale markt te betreden, dient als een merkbare beïnvloeding van de handel tussen de lidstaten te worden aangemerkt.⁷¹² In onderhavig geval is daarvan sprake.
- 852** De ACM stelt vast dat NS deze interstatelijke effecten ook niet heeft betwist. De ACM concludeert gelet op het bovenstaande dat NS heeft gehandeld in strijd met artikel 102 VWEU.

⁷⁰⁷ Verordening van de Raad van 16 december 2002, *PbEG* 2003, L1, betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag.

⁷⁰⁸ Zie in algemene zin over het vereiste van de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de Lidstaten, de Mededeling van de Commissie van 27 april 2004, *PbEU* C 101, betreffende het begrip 'beïnvloeding van de handel' in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (hierna: *Bekendmaking beïnvloeding van de handel*).

⁷⁰⁹ HvJ EG 11 juli 1985, C-42/84, ECLI:EU:C:1985:237 (*Remia*), r.o. 22.

⁷¹⁰ HvJ EG 25 november 1971, C-22/71, ECLI:EU:C:1971:113 (*Béguelin Import/G.L. Import Export*), r.o. 16; en HvJ EG 9 juli 1969, C-5/69, ECLI:EU:C:1969:35 (*Völk/Vervaecke*), r.o. 7.

⁷¹¹ *Bekendmaking beïnvloeding van de handel*, rn. 93. Zie ook HvJ EG 25 januari 2007, C-407/04 P, ECLI:EU:C:2007:53 (*Dalmine*), r.o. 89.

⁷¹² *Bekendmaking beïnvloeding van de handel*, rn. 96.

11 Sanctie

11.1 Conclusies met betrekking tot de overtredingen van de artikelen 24 Mw en 102 VWEU

- 853** De bevindingen in de hoofdstukken 6 tot en met 10 voeren tot de conclusie dat NS artikel 24, eerste lid, Mw en artikel 102 VWEU heeft overtreden.
- NS heeft een economische machtspositie op de relevante markt, die bestaat uit (het uitoefenen van) het exploitatierecht op het vervoer op de HRN-concessie.
 - Deze relevante markt vormt een wezenlijk deel van de interne markt.
 - Deze relevante markt is nauw verbonden met de markt(en) die betrokken waren bij de gedragingen van NS met betrekking tot de aanbesteding van de Limburgse Concessie.
 - NS heeft een verlieslatend bod gedaan op de Limburgse Concessie en heeft daarmee misbruik gemaakt van haar economische machtspositie door een roofprijs te hanteren.
 - Door een complex van gedragingen jegens haar concurrenten tijdens de aanbestedingsprocedure, maakte NS eveneens misbruik van haar economische machtspositie.
 - Zowel de roofprijs als het complex van gedragingen kwamen voort uit een bewuste strategie van NS om haar positie op het HRN veilig te stellen.
 - Zowel de roofprijs als het complex van gedragingen hebben de tussenstaatse handel in de Europese Unie negatief kunnen beïnvloeden.
- 854** Alvorens een passende sanctie te bepalen, zal de ACM eerst vaststellen welke rechtspersonen zij als overtreder in de zin van artikel 5:1, tweede lid, Awb aanmerkt.

11.2 Overtreders

11.2.1 Juridisch kader

- 855** Op grond van artikel 56 Mw kan de ACM, ingeval van overtreding van artikel 24 Mw, de overtreder beboeten. Onder overtreder wordt op grond van artikel 5:1, tweede lid, Awb verstaan degene die de overtreding pleegt of medepleegt.
- 856** Artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU richten zich tot ondernemingen. Het begrip ‘onderneming’ is niet per se hetzelfde als het begrip ‘rechtspersoon’ dat in het civiele recht wordt gehanteerd. Een onderneming kan ook uit een samenstel van verschillende rechtspersonen bestaan. De onderneming die de overtreding heeft begaan is dus niet noodzakelijkerwijs dezelfde entiteit als de specifieke rechtspersoon binnen een groep van ondernemingen waarvan de bij haar werkzame personen daadwerkelijk aan de overtreding hebben deelgenomen. In de Europese rechtspraak wordt een onderneming beschreven als een economische eenheid.⁷¹³
- 857** Artikel 24 Mw en 102 VWEU richten zich weliswaar tot ondernemingen (‘economische eenheden’), maar alleen juridische entiteiten kunnen aansprakelijk worden gesteld voor een inbreuk. Er moet daarom worden vastgesteld welke juridische entiteit(en) de onderneming in de zin van de Mw die de overtreding heeft begaan, heeft (hebben) gedreven.

⁷¹³ HvJ EU 9 juli 2015, C-231/14 P, ECLI:EU:C:2015:451 (*InnoLux*), r.o. 65.

- 858** Het is vaste rechtspraak dat het gedrag van een dochteronderneming aan de moedermaatschappij kan worden toegerekend. Dit is met name het geval wanneer de dochteronderneming, hoewel zij een afzonderlijke rechtspersoonlijkheid heeft, niet zelfstandig haar marktgedrag bepaalt, maar in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt. Relevant zijn daarbij in het bijzonder de economische, organisatorische en juridische banden die de twee juridische entiteiten verenigen.⁷¹⁴
- 859** De reden daarvoor is dat de moedermaatschappij en haar dochteronderneming in een dergelijke situatie deel uitmaken van één economische eenheid en derhalve één enkele onderneming vormen in de zin van het mededingingsrecht. Omdat een moedermaatschappij en haar dochteronderneming één enkele onderneming in de zin van artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU vormen, kan de ACM een besluit tot oplegging van een geldboete (mede) tot de moedermaatschappij richten, zonder dat de eigen directe betrokkenheid van de moedermaatschappij bij de inbreuk hoeft te worden vastgesteld.⁷¹⁵
- 860** Als een moedermaatschappij enig aandeelhouder is van de dochteronderneming, kan deze moedermaatschappij beslissende invloed uitoefenen op het gedrag van de dochter. Er bestaat dan een weerlegbaar vermoeden dat die moedermaatschappij daadwerkelijk beslissende invloed uitoefent op het gedrag van de dochter.⁷¹⁶
- 861** Onder die omstandigheden volstaat het dat de ACM aantoont dat het gehele kapitaal van een dochter in handen is van de moedermaatschappij om aan te nemen dat de laatste beslissende invloed heeft op het commerciële beleid van de dochter. Dit is slechts anders in het geval dat de moedermaatschappij afdoende bewijzen inbrengt die aantonen dat de dochter zich op de markt autonoom gedraagt.⁷¹⁷
- 862** Dit geldt eveneens in het geval dat de moedermaatschappij alle aandelen van een tussenliggende vennootschap bezit die op haar beurt het volledige kapitaal van een dochteronderneming van het concern in handen heeft, die feitelijk gezien de inbreuk heeft gepleegd. Ook in dat geval rijst het weerlegbare vermoeden dat de moedermaatschappij beslissende invloed op het gedrag van de tussenliggende vennootschap uitoefent en, al dan niet indirect, via deze laatste ook het gedrag van de dochteronderneming die onder de tussenliggende vennootschap valt.⁷¹⁸

11.2.2 Toepassing op deze zaak

- 863** Uit dit besluit blijkt dat verschillende entiteiten binnen NS hebben deelgenomen aan het misbruik van economische machtspositie dat de ACM heeft vastgesteld. Het misbruik bestaat uit het indienen van een verlieslatend bod dat kwalificeert als roofofpris en het complex van gedragingen.
- 864** Wat de eerste overtreding betreft, heeft Abellio Limburg het verlieslatende bod ingediend. Abellio Nederland, Abellio Holding, NS Groep en NV NS zijn allen direct betrokken geweest bij de vaststelling van het bod. Zo bestond het biedingsteam onder meer uit werknemers van Abellio Nederland en gaf een bestuurslid van Abellio Nederland leiding aan het team. Ook waren

⁷¹⁴ HvJ EG 10 september 2009, C-97/08 P, ECLI:EU:C:2009:536 (*Akzo*), r.o. 58. Zie ook HvJ EU 24 juni 2015, C-293/13 P en C-294/13 P, ECLI:EU:C:2015:416 (*Fresh Del Monte Produce*), r.o. 75 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

⁷¹⁵ HvJ EU 19 juli 2012, C-628/10 P en C-14/11 P, ECLI:EU:C:2012:479 (*Alliance One International en Standard Commercial Tobacco*), r.o. 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

⁷¹⁶ *Akzo* (voetnoot 714), r.o. 60.

⁷¹⁷ Zie met name HvJ EU 29 september 2011, C-520/09 P, ECLI:EU:C:2011:619 (*Arkema*), r.o. 42 en 48.

⁷¹⁸ HvJ EU 20 januari 2011, C-90/09 P, ECLI:EU:C:2011:21 (*General Química e.a.*), r.o. 88.

bestuurders van alle vier entiteiten aanwezig bij de vergaderingen van de ExCo van NS Groep en de RvC van NV NS waarin het bod werd goedgekeurd. In die vergaderingen lag ook het kritische advies van CpC voor, waar [lid bestuur] van NV NS en NS Groep zich mee bezig heeft gehouden.⁷¹⁹

- 865** Naast deze directe betrokkenheid, kan – gelet op de eigendomsverhoudingen zoals uiteengezet in hoofdstuk 2, gelezen in samenhang met de uitgangspunten van het juridische kader hierboven – het gedrag van Abellio Limburg worden toegerekend aan Abellio Nederland, Abellio Holding, NS Groep en NV NS. Als (indirect) houder van alle aandelen worden zij immers vermoed een beslissende invloed uit te oefenen op het marktgedrag van Abellio Limburg. Dit is weergegeven in figuur 7 hieronder. Dit vermoeden is niet door NS weerlegd, en wordt bevestigd door het feit dat het bod werd goedgekeurd door de organen van deze entiteiten.
- 866** Wat het tweede misbruik betreft, zijn Abellio Limburg, Abellio Nederland, Abellio Holding, NS Groep en NV NS direct betrokken geweest bij de verschillende onderdelen van het complex van gedragingen. Zo heeft Abellio Limburg het bod ingediend waarin haar oneigenlijke kennisvoorsprong voortkomend uit het complex van gedragingen is verwerkt. Abellio Nederland, Abellio Holding, NS Groep en NV NS waren [vertrouwelijk] betrokken bij het aantrekken van een senior medewerker van Veolia en het door hem delen van concurrentiegevoelige informatie van Veolia.⁷²⁰ Tevens zijn Abellio Nederland, NS Groep en NV NS via hun respectievelijke [lid bestuur en lid directie] betrokken geweest bij het doorsturen van informatie over de toegangsverzoeken van Veolia en Arriva aan Abellio Nederland.⁷²¹ Daarnaast zijn [lid directie] van Abellio Nederland en [lid bestuur] van NS Groep en NV NS direct betrokken geweest bij het onredelijke aanbod van diensten en treinen aan Veolia en Arriva.⁷²² Tot slot had het biedingsteam van Abellio Nederland een oneigenlijke kennisvoorsprong door haar toegang tot specifieke NS-informatie over reizigersopbrengsten op de HRN-verbindingen.⁷²³
- 867** Evenals overwogen in randnummer 865 over het verlieslatende bod, kan naast deze directe betrokkenheid – gelet op de eigendomsverhoudingen en het juridische kader hierboven – het gedrag van Abellio Limburg worden toegerekend aan Abellio Nederland, Abellio Holding, NS Groep en NV NS, omdat zij een beslissende invloed uitoefenden op het marktgedrag van Abellio Limburg. In Figuur 7 is dit met kleur aangegeven.

⁷¹⁹ Zie paragrafen 7.2 tot en met 7.6.

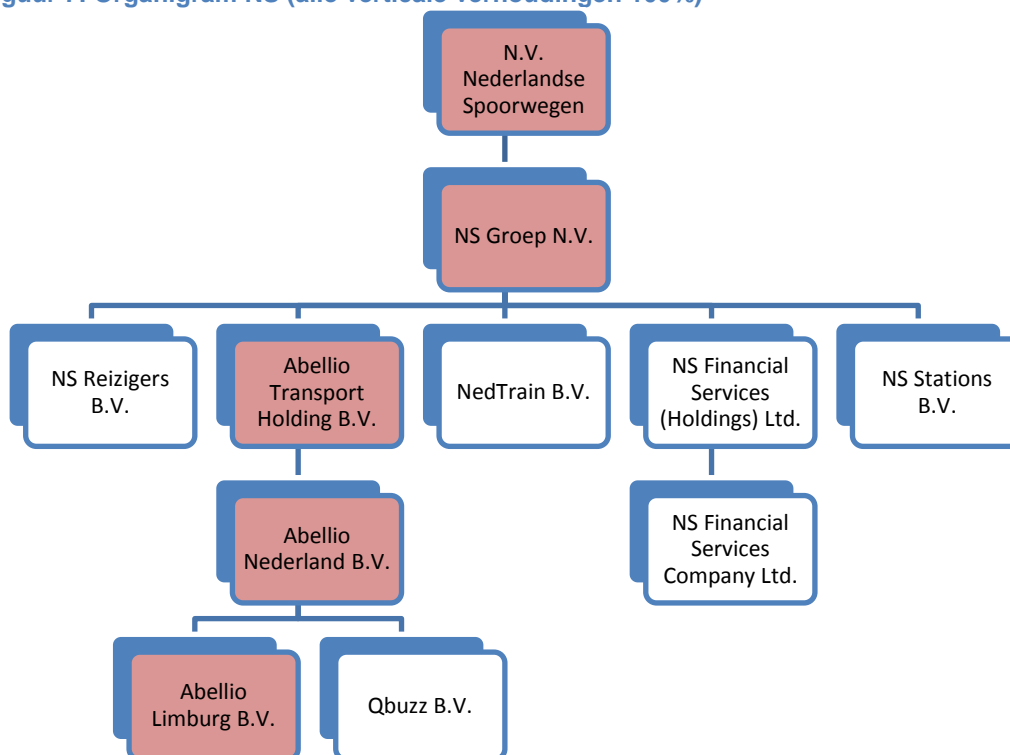
⁷²⁰ Zie paragraaf 9.2.

⁷²¹ Zie paragraaf 9.3.1.

⁷²² Zie paragraaf 9.3.2.

⁷²³ Zie paragraaf 9.4.

Figuur 7: Organigram NS (alle verticale verhoudingen 100%)



- 868** De ACM merkt daarom Abellio Limburg, Abellio Nederland, Abellio Holding, NS Groep en NV NS aan als overtreder in de zin van artikel 5:1, tweede lid, Awb.

11.3 Boete

- 869** De ACM acht het passend de vastgestelde inbreuken op het misbruikverbod te bestraffen met een bestuurlijke boete. NS treft verwijt voor het begaan van de overtredingen. De redenen om af te zien van beboeting, dan wel een symbolische boete op te leggen, die NS heeft aangevoerd, treffen geen doel. Wel houdt de ACM bij het bepalen van de betrokken omzet en het vermenigvuldigingspercentage rekening met de zienswijze van NS. De ACM bepaalt de boete, zoals hierna verder toegelicht, op 40.950.000 euro.

- 870** De ACM stelt deze boete vast aan de hand van de Boetebeleidsregel ACM 2014, met aanpassingen waar dit noodzakelijk is in verband met de bijzondere omstandigheden van het geval, en met inachtneming van de algemene rechtsbeginselen, waaronder het evenredigheidsbeginsel.

- 871** Daar het om overtredingen gaat die zich hebben afgespeeld in het verleden, komen (naast de boete) herstelsancties niet in aanmerking.

11.4 Boetetoemeting

11.4.1 Beoordelingskader

- 872** Ingeval van overtreding van artikel 24, eerste lid, Mw kan de ACM op grond van artikel 56, aanhef en onderdeel a, Mw de overtreder een bestuurlijke boete opleggen. Blijkens de artikelen 88 en 89 Mw geldt dit ook voor overtreding van artikel 102 VWEU.
- 873** Volgens artikel 5:46, eerste lid, Awb bepaalt de wet de bestuurlijke boete die wegens een bepaalde overtreding ten hoogste kan worden opgelegd. Ingevolge artikel 57 Mw bedraagt de bestuurlijke

boete ten hoogste 450.000 euro of, indien dat meer is, ten hoogste 10% van de omzet van de onderneming.⁷²⁴

- 874** Een bestraffende sanctie beoogt de overtreder leed toe te voegen (artikel 5:2, eerste lid, sub c Awb). De grondslag daarvoor is vergelding. Dit houdt tevens een zekere begrenzing in: de boete moet evenredig zijn. Artikel 5:46, tweede lid, Awb bepaalt dat het bestuursorgaan de bestuurlijke boete afstemt op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Het bestuursorgaan houdt daarbij zo nodig rekening met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.
- 875** Aan de wijze waarop de ACM invulling geeft aan de bevoegdheid om een bestuurlijke boete op te leggen, zijn nadere regels gesteld in de Boetebeleidsregel ACM 2014.⁷²⁵ In de periode waarin NS in deze zaak artikel 24, eerste lid, Mw en artikel 102 VWEU heeft geschonden, was deze Boetebeleidsregel van toepassing.⁷²⁶
- 876** Zoals ook in de Toelichting bij de Boetebeleidsregel ACM 2014 tot uitdrukking komt, moet de boete voldoende afschrikwekkend zijn.⁷²⁷ Met het opleggen van een boete wordt enerzijds beoogd dat de betrokken onderneming niet (nogmaals) dezelfde of een vergelijkbare overtreding begaat (de speciale preventie) en anderzijds wordt beoogd dat andere ondernemingen geen overtredingen van dezelfde of een vergelijkbare strekking begaan (de generale preventie).
- 877** Indien de ACM constateert dat een overtreder meerdere overtredingen heeft begaan, kan zij, in plaats van elke overtreding afzonderlijk te beboeten, een bestuurlijke boete opleggen voor deze overtredingen gezamenlijk.⁷²⁸ Voor de gedragingen die zowel een overtreding vormen van artikel 24, eerste lid, Mw als van artikel 102 VWEU, legt de ACM in beginsel één bestuurlijke boete op.⁷²⁹
- 878** Bij de vaststelling van een passende boete bepaalt de ACM eerst de basisboete. Volgens artikel 2.3, eerste lid, van de Boetebeleidsregel ACM 2014 stelt de ACM in geval van overtreding van artikel 24, eerste lid, Mw en van artikel 102 VWEU, de basisboete vast op basis van de betrokken omzet.
- 879** Artikel 1.1 van de Boetebeleidsregel ACM 2014 definieert betrokken omzet als volgt:
- “a. De opbrengst die een overtreder heeft behaald met de levering van goederen en diensten die direct of indirect verband houden met een overtreding, onder aftrek van kortingen en dergelijke, alsmede van over de omzet geheven belastingen, dan wel*
- b. indien geen opbrengst als bedoeld in onderdeel a kan worden vastgesteld, de omzet die de overtreder heeft behaald op de te beschermen markt of een deel daarvan, of*
- c. indien hij op de te beschermen markt geen omzet heeft behaald, de omzet die de overtreder heeft behaald met zijn eigen bijdrage aan de overtreding,*

⁷²⁴ Wet van 22 mei 1997, *Stb.* 1997, 242, zoals die wet luidde voor de wijziging daarvan bij Wet van 23 december 2015, *Stb.* 2016, 22, die in werking trad op 1 juli 2016.

⁷²⁵ Beleidsregel van de Minister van Economische Zaken van 4 juli 2014, nr. WJZ/14112617, met betrekking tot het opleggen van bestuurlijke boetes door de Autoriteit Consument en Markt, *Stcrt.* 2014, 19776 (hierna: Boetebeleidsregel ACM 2014).

⁷²⁶ De Boetebeleidsregel ACM 2014 trad op 1 augustus 2014 in werking (artikel 4.3). Daar het Rapport van latere datum is (7 juli 2016), is deze beleidsregel op de gehele periode van de overtredingen van toepassing (artikel 4.1). Indien de Boetebeleidsregel ACM 2013 zou zijn toegepast, zou dit materieel niet tot andere uitkomsten hebben geleid.

⁷²⁷ Toelichting bij Boetebeleidsregel ACM 2014.

⁷²⁸ Artikel 2.1, eerste lid, van de Boetebeleidsregel ACM 2014.

⁷²⁹ Artikel 2.1, tweede lid, van de Boetebeleidsregel ACM 2014.

in alle gevallen in het laatste volledige jaar waarin hij desbetreffende overtreding heeft begaan, vermenigvuldigd met een factor 1/12 per maand dat de overtreding geduurd heeft, waarbij een periode korter dan een maand wordt afgerond op een hele maand naar boven”.

- 880** Ingevolge artikel 1.1, tweede lid, van de Boetebeleidsregel ACM 2014 wordt, indien een overtreding korter dan een jaar heeft geduurd, voor het bepalen van de betrokken omzet de totale periode dat de overtreding heeft geduurd in ogenschouw genomen. De toelichting verduidelijkt dat het gaat om wat de overtreding in totaal *heeft opgeleverd* in de periode dat zij plaatsvond.⁷³⁰
- 881** Artikel 2.3 van de Boetebeleidsregel ACM 2014 bepaalt voorts, voor zover van belang:
“3. In geval van een verboden aanbestedingsafpraak kan de ACM voor elke bij de aanbestedingsafpraak betrokken overtreder de omzet die kan worden gerealiseerd op basis van het bod waartegen de opdracht is verleend, of een evenredig deel daarvan, als betrokken omzet aanmerken.
 [...]

5. Indien de ACM uit bij haar bekende informatie afleidt dat de betrokken omzet onvoldoende aansluit bij de daadwerkelijke economische waarde van de te beboeten gedraging, kan de ACM de in aanmerking te nemen betrokken omzet aanpassen aan deze informatie.”
- 882** Ingevolge artikel 2.2 van de Boetebeleidsregel ACM 2014 wordt de hoogte van de basisboete in ieder geval afgestemd op de ernst van de overtreding, de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd, en de duur van de overtreding.
- 883** De ernst van de overtreding en de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd komen tot uitdrukking bij de toepassing van artikel 2.4 van de Boetebeleidsregel ACM 2014, volgens welke bepaling de ACM een basisboete vast stelt tussen 0 tot 50% van de betrokken omzet van de overtreder.⁷³¹
- 884** Nadat de ACM een basisboete heeft vastgesteld, beziet zij of sprake is van boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden en bepaalt zij in redelijkheid de mate waarin de betrokken omstandigheid leidt tot een verhoging of verlaging van de basisboete. Tot de omstandigheden die in ieder geval als boeteverhogende omstandigheid moeten worden aangemerkt, behoort de omstandigheid dat de overtreder het onderzoek van de ACM heeft belemmerd. Tot de omstandigheden die in ieder geval als boeteverlagende omstandigheid moeten worden aangemerkt, behoort de omstandigheid dat de overtreder anders dan in het kader van de Beleidsregel clementie verdergaande medewerking aan de ACM heeft verleend dan waartoe hij wettelijk gehouden was.⁷³²
- 885** Artikel 2.12 van de Boetebeleidsregel ACM 2014 bepaalt dat de ACM, indien de uitzonderlijke omstandigheden van het geval naar haar oordeel hiertoe aanleiding geven, een symbolische bestuurlijke boete kan opleggen.
- 886** Volgens de artikelen 3:4 en 4:84 Awb moet de ACM bij de vaststelling van de hoogte van de boete het evenredigheidsbeginsel in acht nemen; de nadelige gevolgen van het boetesluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.

⁷³⁰ Toelichting bij artikel 1.1 van de Boetebeleidsregel ACM 2014.

⁷³¹ Toelichting bij artikel 2.2 van de Boetebeleidsregel ACM 2014.

⁷³² Artikelen 2.8 t/m 2.10 van de Boetebeleidsregel ACM 2014.

- 887** Met betrekking tot de handhaving van artikel 102 VWEU is de ACM vrij in de keuze van de op te leggen sanctie, mits dit leidt tot een bestraffing die doeltreffend, evenredig en voldoende afschrikwekkend is en voldoet aan het equivalentiebeginsel.⁷³³

11.4.2 Functiescheiding

- 888** In haar schriftelijke zienswijze heeft NS allereerst een procedureel punt opgeworpen. Volgens NS is het in strijd met de functiescheiding die de ACM in acht moet nemen op grond van artikel 12q van de Instellingswet ACM, dat de toezichtsdirectie ten behoeve van de boeteberekening omzetcijfers heeft opgevraagd die in het Rapport zijn opgenomen en dat het Rapport boeteverhogende omstandigheden vermeldt.⁷³⁴
- 889** De toezichtsdirectie heeft omzetinformatie opgevraagd en in het Rapport opgenomen, opdat deze in de sanctiefase direct beschikbaar zou zijn. De in het Rapport vermelde *mogelijke* boeteverhogende omstandigheid heeft betrekking op de gegevensverstrekking van NS aan de toezichtsdirectie gedurende het onderzoek. De toezichtsdirectie heeft zich gebaseerd op de Boetebeleidsregel ACM 2014 en jurisprudentie. De toezichtsdirectie heeft niet vooruit willen lopen op de vragen *of* een boete moet worden opgelegd en *welke* boete in dat geval passend zou zijn.
- 890** De ACM blijft bij de uiteindelijke besluitvorming omtrent de boete dus vrij om zich niet op de informatie in het Rapport te baseren, of daaruit andere gevolgtrekkingen te maken, of andere gegevens op te vragen. De ACM is ook vrij om een andere uitleg of toepassing van het begrip 'betrokken omzet' of het begrip 'boeteverhogende omstandigheden' te geven. NS heeft in de sanctiefase de mogelijkheid gekregen – en ook ten volle aangegrepen – om zich over desbetreffende onderdelen van het Rapport en dossier uit te laten. De zienswijze van NS gaf de ACM geen aanleiding om nadere gegevens op te vragen. De ACM betreft de inhoudelijke argumenten van NS bij haar beoordeling (paragraaf 11.4.6).

11.4.3 Betrokken omzet

- 891** De inbreukmakende gedragingen hebben plaatsgevonden tijdens de aanbestedingsprocedure voor de Limburgse Concessie en vonden hun voltooiing in het uitbrengen van het bod door NS. Voor het bepalen van de betrokken omzet komt daarom in eerste instantie de met de Limburgse Concessie te realiseren omzet in aanmerking.
- 892** Behalve de omzet op basis van de Limburgse Concessie, houdt ook de (toekomstige) omzet op het HRN verband met de overtreding. Immers, het misbruik vond plaats teneinde de economische machtspositie van NS op de markt van het HRN in zijn huidige omvang na 2024 te continueren. De ACM laat echter in het midden of (een deel van) de omzet op het HRN ook in aanmerking kan worden genomen bij het bepalen van de betrokken omzet. Alleen al de opbrengst van de Limburgse Concessie laat de ACM voldoende ruimte om de overtredingen afdoende te bestraffen en tot een boete te komen die zowel afschrikwekkend als evenredig is. De ACM brengt het belang van het HRN als "beschermd" markt wel tot uitdrukking bij het waarderen van de ernst van de overtredingen (zie randnummer 911).
- 893** De gedragingen waarmee NS de beide overtredingen heeft begaan, hebben zich afgespeeld binnen één jaar, in 2014. Bij een aanbesteding als de onderhavige doet zich de omstandigheid voor dat de

⁷³³ HvJ EG 21 september 1989, C-68/88, ECLI:EU:C:1989:339, r.o. 23-25 (*Commissie/Griekenland*), HvJ EG 11 juni 2009, C-429/07, ECLI:EU:C:2009:359 (*Inspecteur van de Belastingdienst v X BV*), r.o. 33-37 en HvJ EU 18 juni 2013, C-681/11, ECLI:EU:C:2013:404 (*Schenker & Co*), r.o. 36.

⁷³⁴ Zienswijze NS, randnummers 559-565.

effecten van de overtreding in de tijd niet samenvallen met de periode waarin de inbreukmakende gedragingen plaats vinden. Bij aanbestedingen neemt de ACM daarom in de praktijk de opbrengst voor de hele looptijd van de betrokken opdracht of het betrokken project in aanmerking.⁷³⁵

- 894** In het onderhavige geval neemt de ACM bij de vaststelling van de betrokken omzet, de omzet die kan worden gerealiseerd op basis van het bod waartegen de Limburgse Concessie aan NS is verleend als uitgangspunt.
- 895** Op basis van de business case van Abellio Nederland zou de totale opbrengst van de Limburgse Concessie meer dan 2,34 miljard euro bedragen.⁷³⁶ Eerst licht de ACM toe waarom zij het principieel juist acht van de verwachte of beoogde omzet uit te gaan, ook nu NS deze omzet niet heeft gerealiseerd. Vervolgens neemt de ACM de bijzondere omstandigheden in ogenschouw op grond waarvan zij een deel van de totale opbrengst van de Limburgse Concessie als betrokken omzet aanmerkt (randnummers 902-907).
- 896** De Provincie heeft de Limburgse Concessie op 10 februari 2015 aan NS gegund. Op 29 april 2015 heeft de Provincie besloten om de gunning aan NS te herroepen (zie paragraaf 7.7.1). NS heeft de concessie, die op 12 december 2016 inging, dus niet uitgevoerd. Er is echter nog steeds sprake van omzet die NS naar eigen verwachting zou hebben gerealiseerd met het bod waartegen de opdracht in eerste instantie is verleend.⁷³⁷ De bedoeling van de boetebeleidsregel is om de betrokken omzet zo veel mogelijk te laten aansluiten bij de potentiële weerslag van de overtreding op de economie, zoals duidelijk blijkt uit artikel 2.3, vijfde lid, Boetebeleidsregel ACM 2014. In gevallen als deze, waarbij er door de betrokken onderneming geen daadwerkelijke omzet is behaald, geeft de waarde van de met de overtreding beoogde omzet deze weerslag het best weer.⁷³⁸
- 897** De ACM zoekt tevens aansluiting bij artikel 2.3, derde lid, Boetebeleidsregel ACM 2014. Dat artikel is weliswaar van toepassing op aanbestedingsafspraken in strijd met het kartelverbod, en niet op unilateraal gedrag zoals hier aan de orde, maar het bevestigt dat de ACM onder omstandigheden ook voor een betrokken onderneming die de opdracht niet verkrijgt, de omzet die kan worden gerealiseerd op basis van het bod waartegen de opdracht is verleend of een evenredig deel daarvan als betrokken omzet in aanmerking kan nemen.
- 898** In randnummer 674 van haar schriftelijke zienswijze stelt NS dat de berekening van de betrokken omzet op basis van verwachte omzet in plaats van gerealiseerde omzet in strijd is met het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Ook de uitspraak van de rechtbank Rotterdam in de zaak *OT2010* biedt voor een dergelijke berekening volgens NS geen basis, *“aangezien de Boetebeleidsregels ACM 2014 niet voorzien in een afwijkingsbevoegdheid”*. NS vervolgt:

⁷³⁵ Vgl. Besluit 4108/195 van de NMa van 21 november 2005 (*Nozema/Broadcast NT*), randnummer 119 (de looptijd van de geveilde zendvergunningen bedroeg 8 jaar en 3 maanden; in bezwaar werd de vaststelling van de overtreding herroepen). Vgl. verder de uitspraak van het CBb in de zaak WMO Friesland, ECLI:NL:CBB:2017:1, ov. 7.2.3: de ACM mocht de betrokken omzet vaststellen aan de hand van de gehele duur (2007 en 2008) van de gegunde raamcontracten, omdat een verstoring van de concurrentieverhoudingen bij gunning contracten effect sorteert op de na gunning van de contracten gecreëerde markt. Het betreft hier toepassingen van het verbod van artikel 6, eerste lid, Mw.

⁷³⁶ Bron 283.

⁷³⁷ Om die reden worden in geval van verboden aanbestedingsafspraken ook deelnemers die de opdracht niet verkrijgen beboet op voet van de waarde van de gegunde opdracht. Vgl. besluiten 6494_1/306 en 6836_1/217 van de NMa van 29 oktober 2010 (*Limburgse bouw 1 en 2*), randnummer 266 (gunning vond geen doorgang). Zie voorts besluit 6431_1/172 van de NMa van 5 juni 2009 (*Kazernestraat II*), randnummer 155 (gegunde onderneming failliet).

⁷³⁸ Zie besluit van 21 december 2011 in zaak 11.0183.29 (*OT2010*), randnummer 175 en de bevestiging van deze methode door de rechtbank Rotterdam, 24 oktober 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:8216 (*OT2010*), r.o. 2.6.

“De afwijking van deze beleidsregels is in dit geval in strijd met het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. In de genoemde uitspraak van de Rechtbank Rotterdam – waarin sprake is van een afwijking van de Boetebeleidsregels OPTA 2010 – is de strijd met deze beginselen niet aangevoerd. In het geval van de betreffende Boetebeleidsregels OPTA 2010 was strijd met deze beginselen echter minder evident, aangezien deze boetebeleidsregels, anders dan de Boetebeleidsregels ACM 2014, expliciet voorzien in een dergelijke afwijkingsmogelijkheid.”

NS doelt met de afwijkingsmogelijkheid op paragraaf 1.4 van de Boetebeleidsregel OPTA 2010.⁷³⁹

- 899** Van schending van het rechtszekerheids- of vertrouwensbeginsel is geen sprake, nu de ACM niet ten nadele van NS afwijkt van de Boetebeleidsregel ACM 2014, of van de bestaande rechtspraktijk. Ook in het geval van OT2010 had KPN (ten tijde van het aan KPN gerichte boetebesluit) de aanbestede opdracht niet verkregen en ging de OPTA als basis voor de op te leggen boete uit van de waarde van het door KPN in de aanbesteding *beoogde* contract. De rechtbank was van oordeel dat de ACM in het geval van OT2010 *“bij vaststelling van de boetegrondslag heeft mogen uitgaan van de omzet die met het OT 2010 contract gedurende 3,5 jaar gemoeid zou zijn.”*⁷⁴⁰
- 900** De ACM acht voorts de boven (bij randnummer 898) aangehaalde redenering van NS met betrekking tot de uitspraak in de zaak OT2010 onbegrijpelijk. Ten eerste wijst niets in de uitspraak erop dat de rechtbank vindt dat de vaststelling van de boete voor KPN afwijkt van de berekeningswijze die was voorzien in de bedoelde OPTA-beleidsregel. Ten tweede wijkt ook de ACM in het onderhavige besluit niet op onvoorzienbare wijze af van de toepasselijke beleidsregel, maar sluit zij, rekening houdende met de omstandigheden van het geval, aan bij het doel en het systeem ervan. Ten derde dient de ACM jegens NS de algemene rechtsbeginselen sowieso in acht te nemen. Dat zou kunnen nopen tot een afwijking van de berekeningswijze waarin de beleidsregel voorziet, ook zonder een bepaling als die welke in paragraaf 1.4 Boetebeleidsregel OPTA 2010 is opgenomen. Een dergelijke situatie doet zich echter niet voor.
- 901** Als altijd is het vaststellen van de hoogte van de boete maatwerk. Zo zag de rechter in het geval van OT2010 aanleiding de boetegrondslag met 10% te verlagen omdat één bepaalde gedraging niet aan de boete ten grondslag had mogen worden gelegd.
- 902** De omstandigheden verschillen sterk tussen beide zaken. In de zaak OT2010 ging het om een aanbestede opdracht met een aanzienlijk kortere looptijd en een aanzienlijk lagere waarde per jaar, dan in het onderhavige geval van de Limburgse Concessie. De Limburgse Concessie heeft ook in absolute termen een zeer lange looptijd (15 jaar) en een hoge totale waarde (zie randnummer 895).
- 903** De ACM voorziet dat, indien de volledige concessiewaarde in de betrokken omzet zou worden verdisconteerd, dit zou resulteren in een disproportioneel hoge boete voor NS. De ACM neemt daarbij in aanmerking dat, nu Arriva de Limburgse Concessie in tweede instantie alsnog heeft verkregen, de *daadwerkelijke* negatieve gevolgen voor de mededinging op de langere termijn zijn uitgebleven. De ACM is voorts van oordeel dat in dit specifieke geval niet de volledige concessiewaarde als grondslag hoeft te worden genomen om tot een passende boete te komen.

⁷³⁹ Paragraaf 1.4 van de Boetebeleidsregels OPTA 2010 luidde: “Vorenstaande laat onverlet dat in elke individuele situatie rekening wordt gehouden met de specifieke relevante omstandigheden van het geval, zoals recidive, de ernst van het feit, het berokkende nadeel of het behaalde voordeel. Om recht te kunnen doen aan deze specifieke omstandigheden van het individuele geval, zal steeds sprake dienen te blijven van een voldoende ruime discretionaire marge voor het college. De vaststelling van (de hoogte van) boetes blijft immers altijd maatwerk. Het college kan dan ook in voorkomende gevallen van de Boetebeleidsregels afwijken, met name indien onverkorte toepassing ervan evident onbillijke gevolgen zou hebben.”

⁷⁴⁰ OT2010 (uitspraak rechtbank) (voetnoot 738), r.o. 2.6.

- 904** Op grond van de bijzondere omstandigheden die de onderhavige zaak kenmerken, neemt de ACM voor het bepalen van de betrokken omzet van NS de gemiddelde opbrengst van de Limburgse Concessie van één jaar in aanmerking. De ACM baseert zich hierbij op de in randnummer 895 vermelde waarde van de concessie.
- 905** NS stelt dat de omzet van de Limburgse Concessie op grond van de Boetebeleidsregel ACM 2014 in ieder geval dient te worden verminderd met de subsidie van de Provincie (te weten [vertrouwelijk] euro). NS geeft aan – zonder dit voldoende te motiveren – dat deze subsidie geen opbrengst is die zij zou behalen met de levering van goederen en diensten die direct of indirect verband houden met de overtredingen. Een verdere aanwijzing dat de subsidie niet tot de betrokken omzet kan worden gerekend, ziet NS in de omstandigheid dat over een subsidie die de overheid verstrekt om bepaalde voorzieningen mogelijk te maken, geen omzetbelasting (btw) hoeft te worden berekend.
- 906** De opvatting van NS is onjuist. De concessiehouder ontvangt van de Provincie een exploitatiebijdrage voor het uitvoeren van de concessie.^{741, 742} Evident is dus dat die exploitatiebijdrage rechtstreeks verband houdt met de exploitatie van vervoersdiensten ten behoeve van de reiziger door de concessiehouder. De exploitatiebijdrage bepaalt mede de waarde van de concessie. NS kan haar dienstverlening niet alleen bekostigen uit de verkoop van vervoersbewijzen. De bijdrage moest worden verdisconteerd in de business case van de inschrijvers.⁷⁴³ Bij stakingen of werkonderbrekingen wordt de exploitatiebijdrage verminderd voor de betreffende niet gereden zitplaatskilometers.⁷⁴⁴ De exploitatiebijdrage van de Provincie maakt dan ook volledig deel uit van de betrokken omzet.
- 907** Dat fiscaal een onderscheid wordt gemaakt tussen subsidies waarover wel of juist geen omzetbelasting wordt berekend, leidt niet tot een ander oordeel. Dit onderscheid acht de ACM voor de mededingingsrechtelijke beoordeling van ondergeschikt belang.
- 908** De ACM stelt de betrokken omzet vast op 1/15 van 2.340.000.000 euro, een bedrag van 156.000.000 euro.

11.4.4 Basisboete

- 909** De ACM ziet aanleiding om voor de beide geconstateerde overtredingen door NS van artikel 24, eerste lid, Mw en van artikel 102 VWEU één gezamenlijke bestuurlijke boete op te leggen. Weliswaar heeft NS deze bepalingen op twee onderscheiden wijzen overtreden: het hanteren van een roofof prijs en een complex van gedragingen. Beide vonden echter plaats in het kader van de aanbesteding van de Limburgse Concessie. Zij kwamen tevens voort uit één intentie, namelijk om te

⁷⁴¹ Zie het Programma van Eisen (bron 57), p. 11: “De door de Provincie aan de Concessiehouder te verstrekken financiële middelen ten behoeve van de exploitatie van het krachtens de Limburgse Concessie te verrichten Openbaar Vervoer” (onderstreping ACM).

⁷⁴² Vergelijk paragraaf 162 van de geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende controle op concentraties van ondernemingen (2008/C 95/01), PB C 95 van 16 april 2008: “De inkomsten moeten niet noodzakelijkerwijs voortkomen van de afnemer van de producten of diensten. Steun die door publiekrechtelijke lichamen aan ondernemingen wordt toegekend, moet in de berekening van de omzet worden opgenomen, indien de onderneming zelf de ontvanger van de steun is en die steun rechtstreeks verband houdt met de verkoop van producten en het verrichten van diensten door de onderneming. De steun is derhalve een opbrengst van de onderneming uit de verkoop van producten of het verrichten van diensten naast de prijs die door de afnemer wordt betaald”.

⁷⁴³ Programma van Eisen, p. 27 onder C.1.4 (bron 57). Daar Veolia niet ‘uit kwam’ met het bedrag, werd haar bod ongeldig verklaard.

⁷⁴⁴ Programma van Eisen, p. 99 onder D.3.25 (bron 57).

voorkomen dat succesvolle Samenloop in Limburg zou leiden tot verdere decentralisatie en bedreiging van de positie van NS op het HRN.

- 910** De ACM acht het hanteren van een roofterprijs en het complex van gedragingen tijdens de aanbesteding van de Limburgse Concessie ernstige inbreuken op het misbruikverbod van artikel 24, eerste lid, Mw en artikel 102 VWEU. NS heeft de mededinging bewust beperkt. Dat pleit ervoor om een hoog percentage van de betrokken omzet als basisboete te nemen.
- 911** De ACM betreft daarbij het grote economische belang van de door NS “beschermde” markt, wat tevens de relevante markt is waarop NS een machtspositie heeft. De ACM roept in herinnering dat zij omzet op deze markt bij het bepalen van de betrokken omzet buiten beschouwing heeft gelaten, maar de impact op het HRN op deze plaats meeweegt. Voorts neemt de ACM in aanmerking dat NS bewust op verschillende manieren haar concurrenten heeft gedwarsboomd: door een verlieslatend bod in te dienen, door de kosten van concurrenten te verhogen en hen te hinderen bij het uitbrengen van een concurrerend bod en door de kennis die zij verkreeg van bedrijfsvertrouwelijke informatie van de andere inschrijvers aan te wenden bij het opstellen van de eigen business case. NS ondermijnde daarmee het doel en het proces van de Limburgse aanbesteding.
- 912** De ACM onderkent niettemin dat deze zaak de eerste is waarin zij het bekende roofterprijzenkader toepast in de specifieke context van de aanbesteding van een concessie waarbij NS *ex ante* een business case moest opstellen. Dat is voor de ACM aanleiding om geen hoog percentage toe te passen, zoals bij randnummer 911 overwogen, maar in dit specifieke geval de basisboete vast te stellen op 25 procent van de betrokken omzet.⁷⁴⁵ Voor alle duidelijkheid: hiermee verdisconteert de ACM de genoemde omstandigheid met betrekking tot de roofterprijs in het percentage dat geldt voor beide overtredingen tezamen.
- 913** NS betoogt dat de ACM vanwege de onvoorzienbaarheid van de toepasselijkheid van het misbruikverbod in deze context helemaal zou moeten afzien van het opleggen van een boete, of hooguit een symbolische boete zou moeten opleggen. De ACM volgt NS hierin niet, zoals zij hierna toelicht (paragraaf 11.5.4).
- 914** De basisboete bedraagt derhalve 25 procent van 156.000.000 euro, te weten 39.000.000 euro.

11.4.5 Boeteverhogende en -verlagende omstandigheden

- 915** Het Rapport stelt dat NS door onvoldoende medewerking te verlenen het onderzoek van ACM heeft gefrustreerd. In de Boetebeleidsregel ACM 2014 is het belemmeren van het onderzoek aangemerkt als boeteverhogende omstandigheid.⁷⁴⁶ NS heeft bestreden dat zij tijdens het onderzoek onvoldoende heeft meegewerkt. NS heeft betoogd dat zij daarentegen juist meer dan de wettelijk vereiste medewerking heeft verleend.
- 916** In de volgende subparagraaf (11.4.6) beoordeelt de ACM eerst de medewerking van NS aan het onderzoek in het licht van wat het Rapport en NS zelf daarover stellen.

⁷⁴⁵ In het arrest *AKZO* (voetnoot 68), zag het Hof aanleiding tot vermindering van de door de Commissie opgelegde boete, mede omdat de misbruiken die daar aan de orde waren “*binnen een gebied van het recht vallen waar de mededingingsregels nooit nader zijn uitgewerkt*”; zie r.o. 163 en 164.

⁷⁴⁶ Artikel 2.9, eerste lid, sub b Boetebeleidsregel ACM 2014.

- 917** In paragraaf 11.5 bespreekt de ACM de overige punten die NS over de boete naar voren heeft gebracht, waaronder boeteverlagende omstandigheden waarmee de ACM volgens NS rekening zou moeten houden.

11.4.6 (Niet-)medewerking van NS aan het onderzoek

- 918** In verband met de opstelling van NS tijdens het onderzoek, vermeldt het Rapport het volgende. Ten eerste heeft NS niet volledig voldaan aan de informatievorderingen van 4 november 2014.⁷⁴⁷ Daarbij zou NS hebben doen voorkomen alsof de vragen van de ACM onduidelijk waren en de ACM niet bereid zou zijn geweest die duidelijkheid te verschaffen. Vervolgens zou volgens het Rapport NS belastende e-mails hebben achtergehouden voor het onderzoek van de ACM. Ten tweede heeft NS tijdens het besloten deel van de hoorzitting op 28 november 2014 expliciete vragen van de ACM niet naar waarheid beantwoord. Verschillende onderdelen van NS waren volgens het Rapport ervan op de hoogte dat NS nog andere vertrouwelijke informatie van Veolia en Arriva had doorgespeeld naar dochteronderneming Abellio Nederland dan aan de ACM was verstrekt. Ten derde heeft NS in een later stadium evenmin uit eigen beweging volledig voldaan aan de informatievordering van de ACM. Volgens het Rapport was de gevorderde informatie nodig om de tweede overtreding, met betrekking tot het complex van gedragingen, vast te stellen.
- 919** NS bestrijdt de conclusie in het Rapport.⁷⁴⁸ Volgens NS was het informatieverzoek van 4 november 2014 onduidelijk en zodanig ruim dat er uit een oogpunt van evenredigheid reden was met de ACM tot afspraken te komen over een inperking.
- 920** De ACM acht het informatieverzoek weliswaar ruim, maar niet onduidelijk. Voor NS was voldoende bepaalbaar wat zij zou moeten aanleveren, namelijk: alle correspondentie tussen NS en haar dochterondernemingen (in welke vorm ook) betreffende de Limburgse aanbesteding. Op de genoemde hoorzitting verzekert NS desgevraagd dat slechts eenmaal informatie van de concurrerende bidders aan Abellio is doorgespeeld, terwijl NS later moest toegeven dat dit vaker is gebeurd.⁷⁴⁹
- 921** Over het informatieverzoek is tot in december 2014 gecorrespondeerd, zonder dat dit iets opleverde. Op 13 mei 2015 stuurde NS nog niet eerder verstrekte e-mails. Uit een telefoongesprek van 12 mei 2015 tussen Abellio-werknemers, onder wie [lid directie Abellio Nederland], blijkt dat NS bewust niet alle beschikbare materiaal aan de ACM heeft gestuurd.⁷⁵⁰ Bij de bedrijfsbezoeken op 27 en 28 mei 2015 treffen de toezichthouders ten slotte nog weer andere e-mails aan die onder het informatieverzoek vallen.
- 922** De hierboven geschetste gang van zaken maakt duidelijk dat NS niet aan haar medewerkingsplicht heeft voldaan en daardoor het onderzoek naar het complex van gedragingen heeft belemmerd.
- 923** NS stelt daar tegenover dat zij juist medewerking heeft verleend die verder gaat dan waartoe zij verplicht is:⁷⁵¹
- NS is in februari 2015 een intern compliance-onderzoek gestart met ondersteuning van Alvarez & Marsal.

⁷⁴⁷ Bronnen 170 en 171.

⁷⁴⁸ Zienswijze NS, randnummers 650 t/m 668.

⁷⁴⁹ Bron 188.

⁷⁵⁰ Bron 223.

⁷⁵¹ Zienswijze NS, randnummers 627 t/m 634.

- NS heeft in maart 2015 uit eigen beweging opdracht gegeven om een breed en objectief onderzoek in te stellen naar onregelmatigheden rondom de aanstelling van de heer [vertrouwelijk] en het delen van informatie door hem in het kader van het aanbesteden van de Limburgse Concessie.
- NS heeft de voorlopige bevindingen op 28 april 2015 gepubliceerd; zij heeft de ACM voortdurend over het verloop van het onderzoek geïnformeerd en in dat kader op 13 mei 2015 vrijwillig e-mails verstrekt.
- Het Rapport met definitieve bevindingen van De Brauw is 6 november 2015 aan de Tweede Kamer gezonden en daarmee openbaar toegankelijk geworden.
- NS acht in dit verband van belang dat zij hiertoe bereid is geweest, ongeacht de risico's daarvan voor haar positie in de verschillende lopende onderzoeken.

- 924** NS voert aan dat zij heeft meegewerkt, hoewel de ACM zich deels van zeer ongebruikelijke procedurele middelen bediende, die onder grote tijdsdruk werden ingezet.⁷⁵² NS heeft een viertal informatieverzoeken volledig en tijdig beantwoord. Na ontvangst van het (omvangrijke) Rapport heeft NS op korte termijn haar zienswijze gegeven.⁷⁵³
- 925** Wat de “ongebruikelijke middelen” betreft, dit heeft betrekking op het feit dat het onderzoek naar overtredingen van de mededingingsregels voor een deel samenliep met de geschilbeslechtsingsprocedure op grond van de Spoorwegwet die door Veolia in gang was gezet. Mogelijk stond NS hierdoor onder extra druk. NS stelt echter niet dat de ACM buiten haar bevoegdheden is getreden en er is dan ook geen grond voor de suggestie dat NS niet tot meewerken verplicht was, voor zover zij zich niet op haar zwijgrecht kon beroepen. NS verwijt de ACM wel onzorgvuldig handelen, maar dit blijkt veeleer de geschilbeslechtsingsprocedure te betreffen. Wat daar ook van zij, het kan geen grond zijn voor boetevermindering in de onderhavige procedure.
- 926** Bij het beoordelen of in een concreet geval sprake is van verdergaande medewerking waar een boeteverlaging tegenover kan staan, beziet de ACM de verleende medewerking in het licht van de omstandigheden van het concrete geval. De rechtbank Rotterdam aanvaardt dat de ACM bij de toepassing van deze boeteverlagende omstandigheid een zekere beoordelingsruimte toekomt, omdat ieder onderzoek en iedere procedure haar eigen verloop, kenmerken en bijzonderheden heeft. Daarbij toetst de ACM aan twee cumulatieve criteria:⁷⁵⁴
- de onderneming heeft in objectieve zin verdergaand medegewerkt dan waartoe een wettelijke verplichting bestond; en
 - deze verdergaande medewerking heeft het voor de ACM gemakkelijker gemaakt om de inbreuk vast te stellen.⁷⁵⁵
- 927** De ACM waardeert positief dat NS een zelfonderzoek is gestart, waarvoor zij het consultancykantoor Alvarez & Marsal en advocatenkantoor De Brauw Blackstone Westbroek (huisadvocaat van NS) inschakelde. Het rapport van voorlopige bevindingen van 28 april 2015 bevat een beschrijving van deels nieuwe feiten. Voor zover dat informatie opleverde die al in het eerder

⁷⁵² Zienswijze NS, randnummers 635 t/m 637.

⁷⁵³ Zienswijze NS, randnummers 638 t/m 643.

⁷⁵⁴ Zie Rechtbank Rotterdam, 6 mei 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM5246, ov. 2.4.

⁷⁵⁵ De rechtbank verwijst in dit verband naar het arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 10 maart 1992, zaak T-13/89, ECLI:EU:T:1992:35 (*Imperial Chemical Industries*).

genoemde informatieverzoek was begrepen, is geen sprake van verdergaande medewerking dan vereist. Door de brede scope heeft het zelfonderzoek echter ook extra informatie opgeleverd, waarmee het onderzoek van de ACM was gebaat. Door de openbaarmaking stelde NS zich bloot aan vervolging.

- 928** De ACM concludeert dat het zelfonderzoek waarop NS wijst tot op zekere hoogte opweegt tegen de weigerachtige houding van NS bij het verschaffen van informatie, maar dat deze de belemmering van het onderzoek niet geheel goedmaakt. Daarom acht de ACM per saldo een beperkte boeteverhoging op zijn plaats van 5 procent van de basisboete.
- 929** Deze boeteverhoging bedraagt 1.950.000 euro, wat het totaal op 40.950.000 euro brengt.

11.5 Zienswijze NS en beoordeling ACM

11.5.1 Korte weergave van de zienswijze

- 930** NS bestrijdt primair dat zij de mededingingsregels heeft overtreden. Enkel voor het geval de ACM toch een overtreding zou vaststellen, heeft NS een reeks van argumenten naar voren gebracht, waarom de ACM geheel zou moeten afzien van het opleggen van een boete, dan wel zou kunnen en moeten volstaan met een symbolische boete. Meer subsidiair verzoekt NS de in dit verband genoemde factoren – plus nog andere – als boeteverlagende omstandigheden in aanmerking te nemen.
- 931** NS stelt voorop dat de ACM bij een eventuele boete het proportionaliteitsvereiste in acht moet nemen. NS betoogt dat er geen aanleiding is een boete op te leggen, omdat een dergelijke sanctie niet geschikt en niet noodzakelijk is om het doel daarvan, het afschrikwekkende effect, te bereiken.
- 932** Kort samengevat noemt NS de volgende redenen en factoren waarom de ACM van een boete zou moeten afzien, dan wel hooguit een symbolische boete zou moeten opleggen.
- De afschrikwekkende werking die een herhaling van de vermeende overtreding door NS moet voorkomen, is ruimschoots verzekerd als gevolg van de zeer ingrijpende maatregelen die naar aanleiding van de gang van zaken rondom de aanbesteding van de Limburgse Concessie zijn getroffen. Tevens wijst NS op de zeer aanzienlijke publicitaire en financiële schade die NS door bedoelde gang van zaken lijdt.
 - NS heeft publiek een nieuwe strategie aangekondigd die inhoudt dat zij niet meer zal bieden op regionale spoorconcessies.
 - NS heeft geen winst of enige omzet met de vermeende gedragingen kunnen behalen omdat zij de concessie uiteindelijk niet heeft gekregen en effecten op de markt zijn derhalve uitgebleven.
 - Er is voor een deel van de vermeende gedragingen sprake van een complex novum, aangezien NS voor het eerst werd geconfronteerd met een integraal toegangsverzoek in het kader van een aanbesteding.
 - De kwalificatie als misbruik was onvoorspelbaar.
 - De oplegging van een eventuele (hogere) boete zal nadelige gevolgen hebben voor de reiziger en de belastingbetaler.⁷⁵⁶

⁷⁵⁶ Zienswijze NS, paragraaf 12.3.

- 933 Daarnaast acht NS het proportioneel dat hooguit een symbolische boete wordt opgelegd in verband met (a) boeteverlagende omstandigheden, (b) de afwezigheid van boeteverhogende omstandigheden en (c) het ontbreken van een passende boetesystematiek in de Boetebeleidsregel ACM 2014. Onder (a) en (b) geeft NS haar zienswijze op de kwestie van medewerking aan het onderzoek, die al in paragraaf 11.4.6 is besproken. Bij (a) wijst NS wederom op de getroffen compliancemaatregelen (*‘NS In Control’*) en op het feit dat zij aanzienlijke schade heeft geleden.
- 934 In de volgende subparagrafen bespreekt de ACM de punten die NS naar voren heeft gebracht. Enkele daarvan worden anders gegroepeerd, zonder afbreuk te doen aan hun zeggingskracht.

11.5.2 Afschrikking al veiliggesteld

- 935 Wat het risico op herhaling betreft, stelt NS dat al sprake is van grote afschrikwekkende werking als gevolg van de effecten van wat zij aanduidt als *“de gang van zaken rond de aanbesteding van de Limburgse Concessie”*. In de eerste plaats heeft NS zelf diepgaande onderzoeken ingesteld en een veelomvattend pakket aan maatregelen getroffen naar aanleiding van deze gang van zaken. In de tweede plaats beweert NS dat zij aanzienlijke (publicitaire) schade heeft geleden als gevolg van de negatieve aandacht in de media en in het publieke en politieke debat. Daarnaast loopt er een strafrechtelijke procedure tegen NS en heeft Veolia in een civiele procedure een aanzienlijke schadevergoeding van NS gevorderd. Beide procedures hebben eveneens voor negatieve publiciteit gezorgd en kunnen nog tot substantiële schade voor NS leiden, zowel publicitair als financieel. Deze factoren bewerkstelligen volgens NS reeds een dermate afschrikwekkend effect voor NS als concern dat er geen twijfel over bestaat dat NS ervan weerhouden wordt de vermeende overtreding nogmaals te begaan.
- 936 Met het pakket aan maatregelen doelt NS enerzijds op een strategiewijziging en anderzijds op het ingevoerde complianceprogramma.

Strategiewijziging

- 937 In de strategienota “Spoorslags beter” heeft NS aangekondigd dat zij zich gaat concentreren op haar kernactiviteiten in Nederland en daarom niet meer gaat meebieden op regionale spoorconcessies. NS trekt zich dus uitdrukkelijk uit delen van de markt terug en laat de ruimte aan andere spoorvervoerders. In dit verband haalt NS de recente beschikking van de Commissie in de zaak *Altstoff Recycling Austria (ARA)* aan.⁷⁵⁷
- 938 De ACM merkt op dat de strategiewijziging slechts voor een bepaalde periode is voorzien en nog door NS herroepen kan worden.⁷⁵⁸ Deze strategie betreft namelijk de periode tot 2019.⁷⁵⁹ Bovendien heeft NS op p. 5 van de strategienota een ‘disclaimer’ opgenomen:
- “Het kader voor de strategische keuzes die wij nu (februari 2016) maken wordt bepaald door de huidige ordening van de spoorsector en de vormgeving van marktwerking in het spoorvervoer op basis van concurrentie om het spoor door het verlenen van (exclusieve) concessies. Aan NS is een vervoersconcessie voor het hoofdrailnet verleend voor de periode 2015 tot en met 2024. [...] Indien door een (voorgenomen) wijziging in de ordening, de marktwerking, de afbakening of de inhoud van de hoofdrailnet-concessie het speelveld van NS verandert dan zullen wij de strategische keuzes die*

⁷⁵⁷ Beschikking van de Commissie van 20 september 2016 in zaak AT.39759 (*Altstoff Recycling Austria*).

⁷⁵⁸ Spoorslags Beter. De reiziger op 1, 2 en 3, Strategienota NS 1 maart 2016, p. 4 en 5,

http://www.ns.nl/binaries/_ht_1456824968312/content/assets/ns-nl/over-ns/23016/spoorslags-beter---strategie-ns-1-3-2016.pdf.

⁷⁵⁹ Zo ook NS Jaarverslag 2016, p. 49: “Met de primaire focus op het hoofdrailnet biedt NS tot 2019 niet meer op regionale spoorconcessies” (http://www.nsjaarverslag.nl/FbContent.ashx/pub_1000/Downloads/NS-jaarverslag-2016.pdf).

wij nu maken vanzelfsprekend heroverwegen. Dat doen wij dan zowel gericht op het belang van de reiziger als op het belang van de onderneming.”

- 939** Gezien deze slagen om de arm kan de ACM niet concluderen dat de strategiewijziging een boete uit een oogpunt van speciale preventie overbodig maakt.
- 940** In de zaak *ARA* verleende de Commissie een boetekorting van 30% voor medewerking in een schikkingsprocedure, waarin de overtreder bovendien een structurele remedie aanbood die door de Commissie geaccepteerd werd. De combinatie van meewerken aan vereenvoudigde afdoening en aanbieden van een structurele remedie die bindend wordt verklaard, is in de onderhavige zaak niet aan de orde, zodat de vergelijking die NS trekt, niet opgaat.⁷⁶⁰

Compliance

- 941** NS wijst er op dat zij inmiddels een uitgebreid pakket van compliancemaatregelen heeft geformuleerd en een zeer uitvoerig programma heeft ingevoerd dat ziet op alle aspecten van bedrijfsvoering, bestuur, cultuur en structuur. Zo heeft NS het ‘NS Plan van Aanpak Governance, Risicomanagement en Compliance’ opgesteld. Op de uitvoering wordt toegezien door het programmabureau ‘*NS In Control*’.⁷⁶¹ Uit het besluit van de NMa in de zaak *Fietsfabrikanten*⁷⁶² leidt NS af dat een complianceprogramma een boeteverlagende omstandigheid kan zijn. Hetzelfde geldt volgens NS voor de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie. ‘*NS In Control*’ zou niet alleen de compliance in brede zin van het gehele concern waarborgen, NS zou ook ruimhartig toegang bieden tot de verschillende diensten en voorzieningen tegen lagere (kostengeoriënteerde) tarieven.
- 942** De ACM hanteert het uitgangspunt dat een complianceprogramma slechts onder bijzondere omstandigheden kan leiden tot boeteverlaging en in beginsel enkel wanneer dit is ingevoerd vóórdat de overtreding plaatsvond.⁷⁶³ Het door NS aangehaalde besluit in *Fietsfabrikanten* bevestigt dit juist. De introductie van een complianceprogramma kan het feit dat voordien inbreuken zijn gepleegd niet wegnemen, noch verzachten.⁷⁶⁴
- 943** Dit standpunt van de ACM is ook in lijn met de rechtspraak van de EU.⁷⁶⁵ Het arrest in de zaak *Fiskeby Board* steunt de opvatting van NS al evenmin.⁷⁶⁶
- 944** Het beroep van NS op het (achteraf) invoeren van een complianceprogramma kan dus niet slagen.

⁷⁶⁰ Verslag van de hoorzitting van 10 oktober 2016, p. 52-53.

⁷⁶¹ Zienswijze NS, randnummers 644-648. Op de hoorzitting heeft het verantwoordelijk lid van de Raad van Bestuur van NS dit toegelicht (verslag van de hoorzitting van 10 oktober 2016, p. 3-4).

⁷⁶² Besluit NMa van 21 april 2004 in zaak 1615 (*Fietsfabrikanten*), punt 235.

⁷⁶³ Besluit NMa 30 december 2002, zaak 2658 (*Mobiele Operators*), punt 161: het moet gaan om een daadwerkelijk geïmplementeerd, werkend en voldoende effectief bedrijfscontrolesysteem met scherpe interne procedures om naleving van de Mw te bevorderen. Daarnaast geldt met name dat er geen hooggeplaatste vertegenwoordigers van de onderneming bij de desbetreffende overtreding betrokken mogen zijn. Zie ook besluit NMa 11 januari 2006, zaak 2112 (*Betonmortelcentrales*), punt 269-271 (om andere redenen in bezwaar herroepen).

⁷⁶⁴ Vgl. Rechtbank Rotterdam 26 oktober 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BK1215 (*B&U-sector*).

⁷⁶⁵ GvEA 15 maart 2006, T-15/02, ECLI:EU:T:2006:74 (*BASF*), r.o. 266-267 en daar aangehaalde jurisprudentie en GvEA 12 december 2007, T-101 en 111/05, ECLI:EU:T:2007:380 (*BASF en UCB*), r.o. 52. Zie ook beschikking van de Commissie van 28 maart 2012 in zaak 39.462 (*Freight Forwarding*), randnummer 993.

⁷⁶⁶ GvEA 14 mei 1998, T-319/94, (*Fiskeby Board*), ECLI:EU:T:1998:95, r.o.82-84. Zie ook verslag van de hoorzitting van 10 oktober 2016, p. 53-54.

Financiële en publicitaire schade

- 945** NS stelt dat de gevolgen van het onderzoek en de vermeende overtreding ook duidelijk (financieel) voelbaar zullen zijn zonder dat de ACM een sanctie oplegt.⁷⁶⁷ NS wijst op de financiële impact van het omvangrijke pakket aan maatregelen die zij heeft getroffen naar aanleiding van de gang van zaken rondom de aanbesteding van de Limburgse Concessie en die het hele concern raken. Daarnaast hebben de vele publicaties en de negatieve aandacht in de media en in het publieke en politieke debat grote publicitaire schade voor NS tot gevolg gehad. Voorts kan een eventueel boetebesluit vergaande gevolgen hebben voor de bedrijfsactiviteiten van NS in de vorm van uitsluiting van deelname aan aanbestedingen voor openbaar vervoer binnen de gehele Europese Unie. Ten slotte hebben de lopende strafzaak en de door Veolia gevorderde schadevergoeding voor de nodige negatieve publiciteit gezorgd. Beide procedures kunnen nog tot substantiële aanvullende schade voor NS leiden, zowel publicitair als financieel.
- 946** In de negatieve publiciteit ziet de ACM geen omstandigheid die tot boeteverlaging zou moeten leiden.⁷⁶⁸ Dat NS materiële schade zou leiden, heeft zij niet voldoende onderbouwd. Dat NS enige tijd afziet van het meedingen op regionale concessies, is daartoe in ieder geval niet toereikend. De mogelijkheid dat buitenlandse aanbestedende diensten NS (c.q. Abellio) zullen uitsluiten, lijkt al aanwezig met de erkenning van NS dat “onregelmatigheden” hebben plaatsgevonden en de intrekking van de concessie door de Provincie. De eventuele uitsluiting hangt voorts niet af van de hoogte van de opgelegde boete maar van de enkele vaststelling op zichzelf van overtredingen, door de ACM (en eventueel nog door de strafrechter). Op het HRN ten slotte, hoeft NS als gevolg van de overtredingen geen omzetverlies te duchten.
- 947** De ACM concludeert dat noch de strategiewijziging, noch het complianceprogramma, noch de gestelde schade een boete overbodig maken, in de zin dat zij NS ervan zullen weerhouden voortaan nog overtredingen van de mededingingsregels te begaan. NS verliest uit het oog dat haar concurrentieverstorende gedrag niet onbestraft mag blijven. Bovendien merkt de ACM op dat NS enkel de speciale preventie op het oog heeft, terwijl de beboeting ook nog de generale preventie dient. Voor boetevermindering ziet de ACM geen aanleiding.

11.5.3 Geen profijt voor NS en geen effecten op de markt

- 948** NS stelt dat zij geen winst of omzet met de vermeende overtredingen heeft kunnen behalen, omdat zij de concessie uiteindelijk niet heeft gekregen en effecten op de markt derhalve zijn uitgebleven.
- 949** De ACM roept in herinnering dat de NS in eerste instantie in haar opzet is geslaagd en de Limburgse Concessie heeft verkregen. NS wilde daarmee de kans verkleinen dat haar positie op het HRN onder druk zou komen te staan en concurrenten konden meedingen naar (delen van) het HRN. Indien de gedragingen van NS niet (deels) aan het licht waren gekomen, hadden deze ernstige gevolgen kunnen hebben voor de mededingingsstructuur van de spoorsector.
- 950** De ACM houdt met de omstandigheid dat de beoogde gevolgen zich uiteindelijk niet hebben gemanifesteerd rekening bij de bepaling van de betrokken omzet, waarin immers de weerslag op de economie tot uitdrukking komt. De ACM verwijst hiervoor naar de randnummers 896-897 van dit besluit. Een verdergaande reductie van de boete is niet gepast.

⁷⁶⁷ Zienswijze NS, randnummers 605 t/m 611.

⁷⁶⁸ Vgl. de besluiten van de NMa in de ‘dakdekkerszaken’, bijvoorbeeld besluit van 14 juni 2004 in zaak 3690 (*Aanbesteding Dakrenovatie Gouda*), randnummer 154.

11.5.4 Kwalificatie van gedraging als machtsmisbruik: nieuw en onvoorspelbaar

Verlieslatend bod

- 951** NS stelt dat de kwalificatie van haar gedragingen als ‘misbruik’ in de zin van de artikelen 24 Mw en 102 VWEU niet voorspelbaar was. Dat betreft ten eerste de aanduiding als “roofprijs”.
- 952** De ACM heeft rekening gehouden met de omstandigheid dat zij in eerdere zaken nog geen roofprijs heeft vastgesteld in de specifieke context van de aanbesteding van een concessie, waarbij NS *ex ante* een business case moest opstellen voor een omvangrijke investering die 15 jaar besloeg. Het percentage waarmee de betrokken omzet (voor beide overtredingen tezamen) is vermenigvuldigd om tot de basisboete te komen, is beperkt tot 25 (randnummer 912). In zoverre komt de ACM aan de zienswijze van NS tegemoet. De ACM ziet echter geen aanleiding verder te gaan dan deze aanpassing van het percentage van de betrokken omzet ter bepaling van de basisboete. Onvoorzienbaar was de kwalificatie immers niet; NS trad duidelijk buiten de grenzen die zij uit de rechtspraak had kunnen afleiden.
- 953** De ACM heeft eerder in hoofdstuk 8 van dit besluit uiteengezet dat de norm die de ACM hanteert voor het bepalen van een roofprijs, namelijk een IRR die lager is dan de WACC, overeenkomt met de norm voor het bepalen van verlies in zowel de beschikkingenpraktijk van de Commissie (onder meer op het gebied van staatssteun) als in het investeringsmanual van NS zelf.
- 954** Daarenboven blijkt uit het arrest *Post Danmark I* dat het Hof van Justitie ruimte laat voor een vertaling van de AKZO-criteria naar de concrete situatie die voorligt.⁷⁶⁹ Het gaat ook niet zozeer om het predikaat “roofprijs” als wel om het principe dat een onderneming met een economische machtspositie normaal gesproken geen redenen heeft om welbewust verliezen te accepteren, zodat zij vermoed mag worden geen ander doel na te streven dan concurrenten uit te schakelen. Van NS mocht daarom verwacht worden dat zij in de gaten had dat een verlieslatend bod als misbruik kon worden gezien. Voorts is gebleken dat NS ook de intentie had om te voorkomen dat een concurrent de Limburgse Concessie zou uitvoeren. NS was vanwege dit strategisch belang bereid een bod te doen dat zelfs volgens NS zelf financieel nauwelijks rendabel was en feitelijk verlieslatend.
- 955** De ACM wijst in dit verband voorts op de Europese rechtspraak volgens welke het feit dat de betrokken onderneming haar gedrag waarop de vaststelling van de inbreuk gebaseerd is, juridisch onjuist heeft gekwalificeerd, er niet toe kan leiden dat haar geen geldboete wordt opgelegd wanneer zij niet onkundig kon zijn van het mededingingversturende karakter van dat gedrag.⁷⁷⁰
- 956** De ACM ziet in het dossier ook indicaties dat NS zich bewust was van de grenzen die de Mededingingswet stelt. In het kader van de bieding Alphen-Gouda heeft Abellio op 3 februari 2014 bij voorbeeld een behandelingsvoorstel voor de Groepsraad (de voorloper van ExCo) opgesteld. Abellio stelt dat er een licht negatieve NCW is, zelfs als groepseffecten worden meegenomen. Daarin staat de volgende passage:⁷⁷¹

“5.j. Politieke consequenties (Den Haag/Brussel)

Deze aanbesteding is een specifieke wens van de lokale overheid. De uitkomsten kunnen politieke consequenties hebben. In geval van winst stelt de verliezende partij mogelijk dat NS haar dominante

⁷⁶⁹ *Post Danmark I* (voetnoot 82), r.o. 31-34 (zie ook randnummer 438).

⁷⁷⁰ HvJ EU 18 juni 2013, C-681/11, ECLI:EU:C:2013:404 (*Schenker & Co*), r.o. 37 (met verwijzing naar eerdere jurisprudentie) en 38.

⁷⁷¹ Bron 26, p. 8-9.

marktpositie misbruikt door onder de kostprijs aan te bieden. In geval van verlies zouden media of politiek kunnen stellen dat NS blijkbaar niet marktconform opereert." (onderstreping ACM)

- 957** In een e-mail (aan [lid management F&A]) over de inzet van NSFSC bij de aanbesteding van de Limburgse Concessie stelt een medewerker van CpC:⁷⁷²
- "maar dan nog wel check of we niet de bietenbrug opgaan met de ACM. In dat verband beter als MINFIN wel haar zegen geeft op de transactie zonder NSFSC en dat ze genoeg nemen met IRR onder [vertrouwelijk] lijkt me.*
- En dan de check met [medewerker juridische afdeling van NS] of dit wel acm proef is."*
- (Onderstrepingen ACM.)
- 958** Dat NS door het indienen van een verlieslatend bod mededingingsrechtelijk een risico nam, was dus niet alleen voorzienbaar, maar is binnen NS ook gesignaleerd.
- Complex van gedragingen**
- 959** Over de kwalificatie van het complex van gedragingen als misbruik merkt NS op dat het de eerste keer was dat zij te maken kreeg met een integraal toetredingsverzoek in het kader van een aanbesteding. Dit stelde haar voor complexe vraagstukken. NS wijst in dit verband op de beschikking van de Commissie in een zaak waarin de Duitse onderneming GVG toegang verzocht aan Ferrovie dello Stato (FS) tot een traject van het Italiaanse spoorwegnet dat deel uitmaakt van een internationale verbinding.⁷⁷³ De Commissie zag in die zaak af van het opleggen van een boete.
- 960** Op grond van het dossier heeft de ACM vastgesteld dat NS de behandeling van de toegangsverzoeken bewust heeft vertraagd, daarmee de concurrenten langer in onzekerheid latend, en uiteindelijk een zodanig aanbod heeft gedaan dat dit de concurrenten in een nadeliger positie bracht voor het uitbrengen van hun bod. Tevens is gebleken dat informatie over de verzoeken aan Abellio is toegespeeld. Dit 'strategische' gedrag kan hoe dan ook niet worden gerechtvaardigd door het gestelde feit dat de toegangsverzoeken nieuw en veelomvattend waren, wat daarvan ook zij. Overigens kunnen verzoeken om diensten en voorzieningen regelmatig bij alle decentrale concessies aan de orde zijn en in zoverre kon NS geacht worden daarop voorbereid te zijn.
- 961** Het aangehaalde geval van het toegangsverzoek van GVG moet gezien worden in het licht van de stapsgewijze opening van de nationale spoorinfrastructuur voor grensoverschrijdend personenvervoer per spoor, in het kader van het tot stand brengen van de interne markt van de EU. FS deed door de interventie van de Commissie vergaande toezeggingen, die niet enkel een oplossing boden voor het voorliggende geval, maar die een verdergaande openstelling van het Italiaanse spoorwegnet in de toekomst mogelijk maakten.⁷⁷⁴ De parallel die NS met deze zaak trekt, gaat derhalve helemaal niet op.
- 962** NS stelt dat zij ook niet kon voorzien dat het complex van gedragingen in aanloop naar de aanbesteding als machtsmisbruik zou worden gedefinieerd, omdat die gedragingen volgens de ACM uitsluitend samen en niet ieder op zich – zoals uit de vaste rechtspraak en beschikkingenpraktijk zou volgen – kunnen kwalificeren als misbruik.
- 963** De uitleg die NS aan het besluit van de Commissie in de zaak Orange Polska geeft, is onjuist, zoals de ACM uiteenzet in paragraaf 9.1.3 van dit besluit. In deze beschikking – door het Gerecht in stand

⁷⁷² Bron 160.

⁷⁷³ GVG/FS (voetnoot 168).

⁷⁷⁴ GVG/FS (voetnoot 168), punten 160-161.

gelaten – concludeert de Commissie dat gedragingen van Orange Polska die alle door dezelfde strategie zijn ingegeven, maar die ieder op zichzelf niet een zodanige belemmering van de mededinging vormen dat zij als misbruik kunnen worden aangemerkt, vanwege hun cumulatief effect gezamenlijk wel misbruik in de zin van artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU opleveren. De verwantschap met het complex van gedragingen in de onderhavige zaak is duidelijk.

11.5.5 Gevolgen voor reiziger en belastingbetaler

- 964** NS stelt dat een eventuele (hoge) boete in de eerste plaats nadelige gevolgen zal hebben voor de reizigers, aangezien de inkomsten van NS grotendeels gelimiteerd zijn door de gereguleerde tarieven en een boete zal leiden tot minder investeringen door NS in materieel en faciliteiten voor de reiziger. Voorts stelt NS dat, aangezien NS een 100% staatsdeelneming is, een (hoge) boete een lagere winstafdracht voor de Staat tot gevolg zal hebben, hetgeen uiteindelijk voor rekening van de belastingbetaler zal komen.
- 965** De (verdrags)wetgever heeft gekozen voor een ruim ondernemingsbegrip. De verbodsnormen in de artikelen 6 en 24 Mw en de artikelen 101 en 102 VWEU richten zich gelijkmatig tot publieke en private entiteiten die economische activiteiten verrichten. De eigendomsverhoudingen en de wijze van financiering van de onderneming spelen geen rol bij de wijze waarop de ACM de mededingingsregels handhaaft.⁷⁷⁵ Een andere opvatting zou als consequentie hebben dat commerciële ondernemingen waarin de staat deelneemt een speciale – gunstiger – behandeling krijgen in vergelijking met andere, privaat gefinancierde commerciële ondernemingen. Ook heeft de nationale wetgever er bewust voor gekozen om sectorspecifieke regels te handhaven door middel van bestuurlijke boetes, ook al betreft het overtredingen van publieke ondernemingen of ondernemingen waarin de staat deelneemt. Ten slotte valt in ieder geval niet in te zien dat een boete nadelige gevolgen voor de belastingbetaler zal hebben, omdat in geval van een door NS te betalen boete, deze wordt voldaan aan de Staat.

11.5.6 Geen passende boetesystematiek

- 966** NS stelt ten slotte dat de Boetebeleidsregel ACM 2014 niet voorziet in een passende systematiek voor de berekening van de boete. Geen van de drie opeenvolgende omschrijvingen van het begrip ‘betrokken omzet’ in artikel 1.1. van de Boetebeleidsregel ACM 2014 is toepasselijk (zie voor de tekst randnummer 879). Er is geen sprake van een door haar behaalde opbrengst die verband houdt met de overtredingen, of die behaald is met de eigen bijdrage aan de overtredingen, omdat NS de Limburgse Concessie niet uitvoert. Er is ook geen sprake van omzet op een te beschermen markt, omdat haar gedragingen ongeschikt waren om de omzet op het HRN te beschermen.
- 967** In paragraaf 11.4.3 bepaalt ACM de betrokken omzet op een wijze die recht doet aan het doel en het systeem van de beleidsregel, die immers niet kan voorzien in alle mogelijke feitelijke situaties. Het feit dat NS de Limburgse Concessie niet uitvoert, betekent niet dat geen betrokken omzet kan worden bepaald. Door uit te gaan van de te realiseren omzet op basis van de gunning aan NS, wat tevens de door NS beoogde en verwachte opbrengst van de Limburgse Concessie was, sluit de ACM trouwens nauw aan bij de bewoordingen van de beleidsregel. NS kan niet betogen dat haar gedrag ongeschikt was om het HRN te beschermen, nu haar strategie hier zo duidelijk op gericht was. Dat de ACM de omzet op het HRN niet als betrokken omzet in aanmerking neemt, heeft dan ook een andere reden (zie randnummer 892).

⁷⁷⁵ Vgl. Besluit NMa van 21 oktober 2010 in zaak 6442 (WMO Friesland): “Dat het hier gaat om instellingen die worden gefinancierd met gemeenschapsgeld kan derhalve geen reden zijn om geen boetes op te leggen.”, randnummers 301 en 302. Dit punt is niet aan bod gekomen bij de procedures bij de rechtbank Rotterdam (ECLI:NL:RBROT:2015:2912) en bij het CBB (voetnoot 735).

- 968** Voor zover NS bedoelt te stellen dat de ACM geen boete mag opleggen als de Boetebeleidsregel ACM 2014 niet heeft voorzien in een omschrijving van de betrokken omzet in bewoordingen die exact aansluiten op het voorliggende geval, wijst de ACM erop dat zij de bevoegdheid tot het opleggen van een boete niet ontleent aan de beleidsregel, maar aan de wet. Daarbij laat de beleidsregel ruimte voor flexibiliteit, zoals onder meer blijkt uit het in randnummer 881 aangehaalde artikel 2.3, vijfde lid, Boetebeleidsregel ACM 2014.

11.6 Conclusie

- 969** Een bestuurlijke boete van 40.950.000 euro vormt een passende punitieve sanctie voor de beide overtredingen van artikel 24, eerste lid, Mw en artikel 102 VWEU tezamen. De boete is gebaseerd op de betrokken omzet, bestaande uit de opbrengst van de Limburgse Concessie voor één jaar, rekening houdend met de relatief en absoluut lange duur en hoge waarde ervan en het feit dat daadwerkelijke gevolgen zijn uitgebleven omdat NS de concessie is ontnomen. De ACM bepaalt het vermenigvuldigingspercentage (eveneens voor beide overtredingen samen) op 25 procent, rekening houdend met de omstandigheid dat het rooiprijbegrip niet eerder in een dergelijke specifieke aanbestedingscontext is toegepast. De ACM ziet geen aanleiding van beboeting af te zien of met een symbolische boete te volstaan. De ACM ziet evenmin aanleiding de basisboete in verband met boeteverhogende en -verlagende omstandigheden aan te passen.

11.6.1 Wettelijk maximum

- 970** Ingevolge artikel 57, eerste lid, Mw bedraagt de boete voor overtreding van artikel 24, eerste lid, Mw ten hoogste 450.000 euro of, indien dat meer is, 10% van de omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking.⁷⁷⁶ Het boekjaar voorafgaande aan de beschikking is 2016. In 2016 heeft NS een omzet gerealiseerd van 5.093.000.000 euro.⁷⁷⁷ Het wettelijk maximum in dit boetebesluit bedraagt derhalve 509.300.000 euro.
- 971** De ACM constateert dat een boete van 40.950.000 euro het wettelijk maximum niet overschrijdt.

11.6.2 Finale vaststelling van de hoogte van de boete

- 972** Naar het oordeel van de ACM is de hoogte van de boete, alle bovenvermelde omstandigheden tezamen gezien, evenredig. De ACM ziet daarom geen aanleiding tot nadere bijstelling van de boete.
- 973** De ACM stelt de boete die zij oplegt aan de onderneming NS vast op 40.950.000 euro. Deze boete wordt opgelegd aan Abellio Limburg, Abellio Nederland, Abellio Holding, NS Groep en NV NS, die ieder voor het geheel hoofdelijk aansprakelijk zijn.

⁷⁷⁶ Zoals gold ten tijde van de gedragingen (Artikel XIV Wet verhoging boetemaxima ACM).

⁷⁷⁷ NS Jaarverslag 2016, p. 79 en 159 (http://www.nsjaarverslag.nl/FbContent.ashx/pub_1000/Downloads/NS-jaarverslag-2016.pdf).

12 Besluit

De Autoriteit Consument en Markt legt een boete op van 40.950.000 euro aan N.V. Nederlandse Spoorwegen, statutair gevestigd te Utrecht; NS Groep N.V., statutair gevestigd te Utrecht; Abellio Transport Holding B.V., statutair gevestigd te Utrecht; Abellio Nederland B.V., statutair gevestigd te Utrecht en Abellio Limburg B.V., statutair gevestigd te Amersfoort, waarbij alle genoemde vennootschappen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het geheel.

Dit besluit is gericht tot ieder van bovengenoemde rechtspersonen afzonderlijk.

Den Haag, 22 mei 2017

De Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

w.g.
mr. C.A. Fonteijn
Bestuursvoorzitter

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij het bestuur van de Autoriteit Consument en Markt, Juridische Zaken, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag. In dit bezwaarschrift kan een belanghebbende op basis van artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht het bestuur van de Autoriteit Consument en Markt verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter.

Bijlage 1: definities

AAC	<i>average avoidable cost</i> , de gemiddelde vermijdbare kosten in het rooftprijzenkader
Abellio	Abellio Holding, Abellio Nederland en Abellio Limburg
Abellio Holding	Abellio Transport Holding B.V.
Abellio Limburg	Abellio Limburg B.V.
Abellio Nederland	Abellio Nederland B.V.
Algemene Vergadering	Algemene Vergadering van Aandeelhouders van NV NS
Arriva	Arriva Transport Holding B.V. en haar groepsmaatschappijen
Awb	Algemene wet bestuursrecht
CAPM	<i>capital asset pricing model</i> , het model waarmee NS haar WACC heeft vastgesteld
CpC	<i>Corporate Control</i> , onderdeel van de financiële afdeling van NS Groep
Commissie	Europese Commissie
COR	centrale ondernemingsraad van NS
EBIT	<i>earnings before interest and tax</i> , winst voor aftrek van rente en belastingen
ExCo	<i>Executive Committee</i> van NS Groep
FMN	Federatie Mobiliteitsbedrijven Nederland, een samenwerkingsverband van Arriva, Connexion, Syntus en Veolia
Hof	Hof van Justitie van de Europese Unie (voor 1 december 2009 Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen)
HRN	hoofdrailnet, de Nederlandse spoorwegverbindingen die zijn opgenomen in het Besluit Hoofdrailnet (bron 1); dit betreft alle intercity-verbindingen en een aantal stoptreinverbindingen, met name in de Randstad
IenM	Infrastructuur en Milieu
Investeringsmanual	investeringsmanual van NS van 1 juli 2014, aangevuld met de rendementseis vastgesteld in augustus 2014
IRR	<i>internal rate of return</i> , het interne rendement van een investering
Limburgse Concessie	de multimodale concessie voor het regionale openbaar vervoer in Limburg voor de periode december 2016-december 2031

LRAIC	<i>long-run average incremental cost</i> , de gemiddelde incrementele kosten op de lange termijn in het rooftprijzenkader
Mw	Mededingingswet
NCW	netto contante waarde, de waarde van toekomstige kasstromen op het moment dat het bod wordt ingediend
NedTrain	NedTrain B.V.
NMa	Nederlandse Mededingingsautoriteit
NS	N.V. Nederlandse Spoorwegen en haar groepsmaatschappijen
NS Groep	NS Groep N.V.
NS Reizigers	NS Reizigers B.V.
NS Stations	NS Stations B.V.
NSFSC	NS Financial Services Company Limited
NV NS	N.V. Nederlandse Spoorwegen
Programma van Eisen	Programma van Eisen dat deel uitmaakt van het bestek voor de aanbesteding van de Limburgse Concessie
Qbuzz	Qbuzz B.V.
Rapport	rapport dat de Directie Telecom, Vervoer en Post van de ACM op 7 juli 2016 heeft opgemaakt, waarin zij concludeert dat NS misbruik heeft gemaakt van haar economische machtspositie tijdens de aanbesteding van de Limburgse Concessie
Richtsnoeren artikel 102	Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-verdrag (nu: artikel 102 VWEU) op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie (<i>PbEU</i> 2009, C 45/02)
RvB	Raad van Bestuur van NV NS en NS Groep
RvC	Raad van Commissarissen van NV NS
Samenloop	situatie waarin treindiensten van twee (of meer) vervoerders op hetzelfde traject rijden; in dit besluit betreft het intercitytreinen van NS op het HRN en stoptreinen van de vervoerder die een regionale openbaar-vervoersconcessie uitvoert
Sw	Spoorwegwet
TAG-concessie	concessie voor treinvervoer tussen Alphen aan den Rijn en Gouda voor de periode december 2016-december 2031
Veolia	Veolia Transport Holding B.V. en haar groepsmaatschappijen

WWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
WACC	<i>weighted average cost of capital</i> , de vermogenskostenvoet
Wp2000	Wet personenvervoer 2000