



Methodiek voor de analyse van het economisch evenwicht van een concessie voor openbaar personenvervoer per spoor

Ons kenmerk : ACM/UIT/524822

Zaaknummer : ACM/19/037830

Datum : 13 januari 2020

1	Inleiding	3
2	Procedure	5
3	Analyse van het economisch evenwicht	8
3.1	Impact op de concessie	8
3.1.1	Rentabiliteit concessiehouder	8
3.1.2	Netto kosten concessieverlener	11
3.1.3	Beoordeling van het netto financieel effect	11
3.2	Netto voordelen voor de reiziger	12
3.3	Resultaat van de analyse van het economisch evenwicht	12
4	Aan te leveren gegevens	13
5	Inwerkingtreding	15
6	Nota van bevindingen	16
6.1	Algemeen	16
6.2	Transparantie	17
6.3	Toets op de impact op de concessie	17
6.4	Norm voor aanzienlijk negatief	19
6.5	Raakvlak met capaciteitsverdeling	20
6.6	Netto voordelen voor reizigers	21
6.7	Multimodale toetsing, toetsing voor meerdere concessies	22
6.8	Marktmacht, gelijk speelveld	23
6.9	Levering informatie	24
6.10	Overige onderwerpen	26

1 Inleiding

1. Per dienstregelingsjaar 2021 is het in Nederland mogelijk om op basis van ‘open toegang’ openbaar personenvervoer per spoor aan te bieden. Dit houdt in dat spoorwegondernemingen dergelijk vervoer mogen aanbieden, zonder dat zij daarvoor over een concessie¹ beschikken. Spoorwegondernemingen mogen nieuwe (nationale en internationale) passagiersdiensten² aanbieden, tenzij de nieuwe passagiersdienst het economisch evenwicht van een concessie in gevaar brengt. Het hoofdrailnet is tot en met 2024 uitgezonderd van open toegang.³ Het kader voor de analyse van het economisch evenwicht⁴ is beschreven in de Uitvoeringsverordening EU 2018/1795 (hierna: de Uitvoeringsverordening).
2. Op basis van artikel 4, eerste lid, van de Uitvoeringsverordening en artikel 57, vierde lid, van de Spoorwegwet dient de vervoerder het voornemen voor het starten van een nieuwe⁵ passagiersdienst te melden bij de Autoriteit Consument en Markt (hierna: de ACM). Deze melding moet uiterlijk 18 maanden voor de aanvang van de dienstregeling waarvoor capaciteit wordt aangevraagd, worden gedaan.⁶ De ACM dient deze melding bekend te maken op haar website en in de Staatscourant.
3. Vervolgens kunnen concessiehouders,⁷ concessieverleners⁸ en infrastructuurbeheerders de ACM verzoeken om te onderzoeken of de voorgenomen nieuwe passagiersdienst het economisch evenwicht van één of meer betrokken concessies in gevaar brengt. In dat geval moet de ACM binnen zes weken nadat zij alle relevante informatie voor het maken van een

¹ Een concessie als bedoeld in artikel 1 van de Wet personenvervoer 2000 of ander openbare dienstcontract als bedoeld in artikel 3, onder 3, van de Uitvoeringsverordening EU 2018/1795, met daaraan verbonden exclusieve rechten, als bedoeld in artikel 6 van die Uitvoeringsverordening.

² Een nieuwe passagiersvervoersdienst per spoor, als bedoeld in artikel 3, eerste lid, van de Uitvoeringsverordening.

³ De lidstaten van de EU mogen een regeling treffen om open toegang per definitie te weigeren, als het gaat om vervoer in gebieden van concessies die onderhands zijn gegund vóór 16 juni 2015. Per 7 maart 2019 heeft Nederland een dergelijke uitzondering van toepassing verklaard op de concessie voor het hoofdrailnet (HRN). Open toegang zal daar verboden blijven tot het einde van de HRN-concessie (dienstregelingsjaar 2025) op grond van artikel 19a, vijfde lid, van de Wp2000.

⁴ De analyse van het economisch evenwicht, zoals bedoeld in artikel 3, onder 2, van de Uitvoeringsverordening.

⁵ Het kan ook gaan om een aanzienlijke wijziging van een bestaande personenvervoersdienst per spoor, zoals bedoeld in artikel 3, eerste lid, van de Uitvoeringsverordening. Conform die bepaling wordt in dit document onder ‘nieuwe passagiersdienst’ ook steeds een aanzienlijke wijziging van een bestaande dienst begrepen.

⁶ Zie artikel 38, vierde lid, van Richtlijn 2012/34/EU van het Europees Parlement en de Raad, van 21 november 2012 tot instelling van één Europese spoorwegruimte (herschikking), *PbEU* (2012) L 343/32, zoals gewijzigd door Richtlijn (EU) 2016/2370 van het Europees Parlement en de Raad, van 14 december 2016 tot wijziging van Richtlijn 2012/34/EU, met betrekking tot de openstelling van de markt voor het binnenlands passagiersvervoer per spoor en het beheer van de spoorweginfrastructuur, *PbEU* (2016) L 352/1 (hierna: Richtlijn 2012/34/EU).

⁷ Een concessiehouder als bedoeld in artikel 1 van de Wet personenvervoer 2000 of houder van een ander exclusief recht als bedoeld in artikel 6 van de Uitvoeringsverordening.

⁸ Een concessieverlener als bedoeld in artikel 1 van de Wet personenvervoer 2000, of andere ‘bevoegde instantie’, als bedoeld in artikel 3, onder 4, van de Uitvoeringsverordening.

analyse van het economisch evenwicht heeft ontvangen, een besluit nemen of het economisch evenwicht in gevaar komt.⁹

4. Op grond van artikel 14 van de Uitvoeringsverordening dient de ACM voor haar analyse een heldere, transparante en niet-discriminerende methodiek te hanteren en op haar website bekend te maken. Dit document bevat de methodiek waarmee de ACM beoordeelt of het economisch evenwicht in gevaar komt, als bedoeld in artikel 14, eerste lid, van de Uitvoeringsverordening. Deze methodiek vormt een nadere invulling van de voorschriften uit de Uitvoeringsverordening.
5. Deze methodiek is uitdrukkelijk een aanvulling op de Uitvoeringsverordening. De bepalingen van de Uitvoeringsverordening hebben een directe werking en worden in deze methodiek voor een deel niet herhaald.

Waar gaat deze methodiek niet over?

6. De ACM benadrukt dat de Uitvoeringsverordening en deze methodiek niet het enige kader vormen dat relevant is voor open toegang. Deze methodiek behandelt alleen de analyse van het economisch evenwicht. Daarnaast bepalen ook andere zaken of, en onder welke voorwaarden, open toegang mogelijk is.
7. Een voorbeeld daarvan is ten eerste de mate waarin er spoorcapaciteit aanwezig is en de prioriteringsregels waarmee ProRail deze capaciteit verdeelt indien er sprake is van schaarste. Die regels zijn opgenomen in het Besluit capaciteitsverdeling hoofdspoorweginfrastructuur (hierna: Besluit capaciteitsverdeling) en bepalen bijvoorbeeld de prioritering tussen een concessiehouder en de aanbieder van een nieuwe passagiersdienst. Daarbij kan ook relevant zijn hoe concessies zijn vormgegeven. Bijvoorbeeld: maakt de concessie een onderscheid in een minimumniveau van bediening en extra dienstverlening, en welke prioriteringsregels gelden voor beide niveaus ten opzichte van een nieuwe passagiersdienst? Gelet hierop is het aan te bevelen dat de aanvrager van een nieuwe passagiersdienst voorafgaand aan de melding bij de ACM bij de infrastructuurbeheerder nagaat of er voldoende capaciteit is en dat de infrastructuurbeheerder dan op zijn minst een indicatie geeft van de capaciteit die beschikbaar is voor de nieuwe passagiersdienst.
8. Een tweede voorbeeld is de mogelijkheid dat de minister van Infrastructuur en Waterstaat (hierna: IenW) op grond van artikel 12 van Richtlijn 2012/34/EU een extra heffing oplegt aan aanbieders van nieuwe passagiersdiensten.

⁹ Conform artikel 11, tweede lid, van Richtlijn 2012/34/EU.

2 Procedure

9. Artikel 38, vierde lid, van Richtlijn 2012/34/EU en artikel 57, vierde lid, van de Spoorwegwet bepalen dat de aanvrager van de nieuwe passagiersdienst (hierna: de aanvrager) de ACM en de infrastructuurbeheerder, uiterlijk 18 maanden voor de aanvang van de dienstregeling waarvoor capaciteit wordt aangevraagd, in kennis stelt (hierna: de kennisgeving).
10. De aanvrager dient bij de kennisgeving de informatie te verstrekken zoals genoemd in het kennisgevingsformulier dat te vinden is op de website van de ACM.
11. Artikel 4, vierde lid, van de Uitvoeringsverordening bepaalt dat de ACM onverwijld en uiterlijk 10 werkdagen na ontvangst van een volledige kennisgeving, de kennisgeving op haar website publiceert en de volgende partijen in kennis stelt:
 - a) de betrokken concessieverleners;
 - b) de betrokken concessiehouders.
12. Op grond van artikel 5, eerste lid, van de Uitvoeringsverordening kunnen de volgende entiteiten binnen één maand vanaf de ontvangst van de kennisgeving, de ACM verzoeken om een analyse van het economisch evenwicht uit te voeren:
 - a) de betrokken concessiehouders;
 - b) de betrokken concessieverleners;
 - c) de infrastructuurbeheerder.
13. De entiteit die een verzoek om een analyse indient, verstrekt bij dat verzoek de in artikel 7, eerste lid, van de Uitvoeringsverordening genoemde informatie. Een belangrijk onderdeel daarvan zijn de gegevens waaruit blijkt dat economisch evenwicht van de relevante concessie in gevaar komt.
14. Wordt er binnen de in randnummer 12 genoemde termijn geen verzoek om een analyse ingediend, dan stelt de ACM de aanvrager van de nieuwe passagiersdienst en de infrastructuurbeheerder daarvan in kennis.¹⁰
15. Ontvangt de ACM wel een verzoek om een analyse, dan kan zij op grond van artikel 9, eerste en derde lid, van de Uitvoeringsverordening binnen één maand na ontvangst van het verzoek aanvullende informatie vragen bij de concessiehouders, concessieverleners en de infrastructuurbeheerder. In hoofdstuk 4 gaat de ACM nader in op de aard van de gegevens die kunnen worden gevraagd. De ACM stelt op basis van de aard van de informatie een redelijke termijn vast waarbinnen de informatie dient te worden verstrekt.
16. Artikel 5, zesde lid, van de Uitvoeringsverordening bepaalt dat de ACM binnen zes weken na de ontvangst van alle relevante informatie een besluit neemt en daarvan de infrastructuurbeheerder

¹⁰ Dit is bepaald in artikel 5, derde lid, van de Uitvoeringsverordening.

onverwijld in kennis stelt. De ACM zal ook de aanvrager van de nieuwe passagiersdienst en de entiteit die om een analyse heeft verzocht in kennis stellen en het dictum¹¹ van het besluit op haar website publiceren.

17. Artikel 9, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening bepaalt het volgende. Indien de informatie die de om een analyse vragende entiteit aan ACM moet verstrekken, zes weken vóór de datum waarop definitieve capaciteitsaanvragen¹² bij de infrastructuurbeheerder moeten worden ingediend, nog steeds onvolledig is, verricht de ACM de analyse op basis van de beschikbare informatie. Indien de ACM van oordeel is dat de informatie ontoereikend is om de analyse te verrichten, wijst zij het verzoek om een analyse af (zie randnummer 52).
18. Artikel 9, vierde lid van de Uitvoeringsverordening bepaalt het volgende. Indien de informatie die de aanvrager van de nieuwe passagiersdienst aan ACM moet verstrekken, zes weken vóór de datum waarop de definitieve capaciteitsaanvragen bij de infrastructuurbeheerder moeten worden ingediend, nog steeds onvolledig is, verricht de ACM de analyse op basis van de beschikbare informatie. Indien de ACM van oordeel is dat de informatie ontoereikend is om de analyse te verrichten, stelt de ACM een besluit vast waarbij de toegang wordt geweigerd. De ACM vult dat laatste in via een besluit dat concludeert dat het economisch evenwicht in gevaar komt (zie randnummer 51).
19. Omdat de ACM binnen zes weken dient te beslissen (zie randnummer 16), borgen de bepalingen genoemd in randnummer 17 en 18 dat er een besluit is vóór de datum waarop de definitieve capaciteitsaanvraag voor de nieuwe dienst bij de infrastructuurbeheerder moet worden ingediend.
20. Definitieve capaciteitsaanvragen dienen in Nederland in april van het jaar voorafgaande aan het jaar waarvoor capaciteit wordt aangevraagd bij de infrastructuurbeheerder te worden ingediend. De ACM verwijst naar de infrastructuurbeheerder voor de precieze datum. De in voorgaande randnummers beschreven bepalingen borgen dus dat er een besluit is voor de uiterste datum voor het indienen van de capaciteitsaanvraag. De ACM onderkent dat aanvragers van een nieuwe passagiersdienst mogelijk een (aanzienlijk) langere periode van voorbereiding willen dan de ongeveer negen maanden tussen een besluit van de ACM begin april en de start van de nieuwe dienst in het nieuwe kalenderjaar. De ACM heeft echter geen wettelijke bevoegdheden om een dergelijke langere termijn te garanderen via de in de voorgaande randnummers genoemde procedure. Naar het oordeel van de ACM staat het de aanvrager van een nieuwe passagiersdienst wel vrij om na een besluit van de ACM (in het geval van een conclusie dat het economisch evenwicht niet in gevaar komt) te beslissen dat de nieuwe passagiersdienst later wordt gestart dan in de kennisgeving werd aangegeven.

¹¹ De ACM zal later ook de volledige openbare versie van het besluit op haar website publiceren.

¹² De ACM verduidelijkt dit als de datum waarop de definitieve capaciteitsaanvraag voor de betreffende nieuwe passagiersdienst (gelet op de geplande startdatum daarvan) bij de infrastructuurbeheerder moeten zijn ingediend.

21. De ACM beslist op de aanvragen voor analyses van het economisch evenwicht in beginsel op volgorde van de ontvangst van de kennisgeving. Dit betekent dat indien er meerdere aanvragen lopen, de ACM die tegelijkertijd behandelt, maar dat de besluiten op die aanvragen op volgorde van ontvangst van de kennisgeving worden genomen. Ofwel, een besluit naar aanleiding van een kennisgeving ontvangen op datum X die betrekking heeft op concessie A, wordt eerder genomen dan een besluit naar aanleiding van een kennisgeving ontvangen op de latere datum Y die betrekking heeft op diezelfde concessie. De ACM kan hier gemotiveerd van afwijken indien de omstandigheden daar om vragen. De Uitvoeringsverordening geeft geen aanwijzingen over de beslisvolgorde, maar de dit randnummer gegeven invulling acht de ACM het meest voor de hand liggend.

Verzoek om de analyse te verrichten voor de toekomstige concessie

22. De ACM beoordeelt in de analyse de impact voor de bestaande concessie, ofwel de concessie die wordt geëxploiteerd op het moment van de kennisgeving (zie randnummer 32). Een mogelijke uitzondering hierop is de situatie waarin op de ontvangstdatum van de kennisgeving van de nieuwe passagiersdienst een aanbesteding van een relevante concessie¹³ loopt en de termijn voor de indiening van de offertes bij de concessieverlener is verstreken. Op grond van artikel 5, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening kan de entiteit die een analyse aanvraagt, de ACM in dat geval verzoeken om de analyse van het economisch evenwicht met betrekking tot de toekomstige concessie te verrichten. De ACM verricht de analyse in dat geval met betrekking tot de toekomstige concessie.

Schorsing bij een lopende aanbesteding

23. Artikel 9, zevende lid, van de Uitvoeringsverordening bepaalt dat indien er een analyse wordt aangevraagd voor een concessie waarvan de aanbestedingsprocedure nog loopt, de ACM de capaciteitsaanvraag voor maximaal twaalf maanden na de ontvangst van de kennisgeving kan schorsen. De ACM interpreteert "capaciteitsaanvraag" als de aanvraag voor de nieuwe passagiersdienst bij de ACM. De ACM baseert dit mede op overweging 13 van de Uitvoeringsverordening, die deze schorsingsbevoegdheid behandelt en waarin is aangegeven dat de ACM de "behandeling van de aanvraag voor de nieuwe passagiersdienst" voor maximaal twaalf maanden kan schorsen. De ACM zal in beginsel van deze bevoegdheid gebruikmaken bij analyses waarvan de verwachting is dat er een korte periode zou resteren tussen het besluit van de ACM en de uiterste datum voor de indiening van de offertes bij de concessieverlener.¹⁴ Na de schorsing verricht de ACM de analyse met betrekking tot de toekomstige concessie. Dit laatste vloeit logisch voort uit de schorsingsbevoegdheid: het heeft geen zin een analyse met betrekking tot de huidige concessie te schorsen indien na de schorsing de analyse wordt vervolgd met betrekking tot de bestaande concessie. Door na de schorsing de impact op de volgende concessie te beoordelen, wordt voorkomen dat de nieuwe passagiersdienst een aanzienlijke

¹³ Een relevante concessie is een concessie waarop de nieuwe passagiersdienst impact kan hebben (in termen artikel 5 van de Uitvoeringsverordening voor een "openbaredienstcontract dat dezelfde route of een alternatieve route bestrijkt").

¹⁴ Of waarvan de verwachting is dat het besluit van de ACM ná de uiterste datum voor het indienen van de offertes zou worden genomen.

negatieve impact heeft op de nieuwe concessie. Met het voorgaande wordt voorkomen dat partijen die bieden op een nieuwe concessie, vlak vóór of na het indienen van een bod worden geconfronteerd met een nieuwe passagiersdienst waarvan de impact op de nieuwe concessie niet is getoetst. Indien er wel een voldoende lange periode resteert tussen een besluit van de ACM en de uiterste datum voor het indienen van de offertes, dan richt de ACM de analyse op de bestaande concessie en kunnen de bidders op een nieuwe concessie in hun bod zo nodig rekening houden met de aanwezigheid van de nieuwe dienst.

3 Analyse van het economisch evenwicht

24. Dit hoofdstuk beschrijft de nadere invulling van de ACM van de analyse van het economisch evenwicht. Artikel 10 van de Uitvoeringsverordening bevat het kader voor de analyse van het economisch evenwicht.¹⁵

3.1 Impact op de concessie

25. Artikel 10, eerste lid, van de Uitvoeringsverordening bepaalt dat de ACM bij een verzoek om een analyse van het economisch evenwicht beoordeelt of het economisch evenwicht in gevaar komt. Het economisch evenwicht komt in gevaar indien de nieuwe passagiersdienst een aanzienlijke negatieve impact zou hebben op ten minste één van de volgende elementen:
- a) de rentabiliteit voor de concessiehouder;
 - b) de netto kosten voor de concessieverlener.

3.1.1 Rentabiliteit concessiehouder

Interne rendement

26. Wat betreft de rentabiliteit voor de concessiehouder vult de ACM de Uitvoeringsverordening nader in door in eerste instantie te kijken naar de impact van de nieuwe passagiersdienst op het interne rendement voor de concessiehouder.
27. Het interne rendement is het gemiddelde rendement over de volledige concessieperiode. Meer precies is het interne rendement de disconteringsvoet waarbij de netto contante waarde van het geheel van inkomsten en uitgaven (en daarmee de netto kasstroom) voor de concessie nul is. Bij de uitgaven dienen de financieringskosten (rente op leningen of obligaties) niet te worden meegenomen. De financieringskosten dienen te worden gedekt uit het interne rendement. De restwaarde van investeringen aan het einde van de concessieperiode dient te worden meegenomen als een positieve kasstroom aan het einde van de concessie.
28. De ACM kiest ervoor om in eerste instantie naar het interne rendement te kijken omdat deze maatstaf het gemiddelde rendement over de volledige looptijd van de concessie geeft.

¹⁵ De analyse van het economisch evenwicht, zoals bedoeld in artikel 3, onder 2, van de Uitvoeringsverordening.

Alternatieve maatstaven, zoals het rendement op activa, geven het rendement in een bepaald jaar en zijn moeilijker te vertalen naar één rendement over de volledige looptijd.

29. Als sprake is van overlap tussen de nieuwe passagiersdienst en de concessie, waardoor de omzet van de concessiehouder afneemt, zal het interne rendement voor de concessiehouder naar verwachting dalen. De ACM zal bij de beoordeling of sprake is van een aanzienlijke negatieve impact, bijzonder gewicht toekennen aan een eventuele afname van dit interne rendement in procentpunt. De ACM is van oordeel dat een afname van het interne rendement van minder dan 0,2 procentpunt in de regel geacht moet worden niet aanzienlijk te zijn en is van oordeel dat een afname van meer dan 1 procentpunt in de regel geacht moet worden wel aanzienlijk te zijn. Afnames van het interne rendement die tussen deze waardes liggen, zullen worden beoordeeld in de context van het concrete geval. Indien er onvoldoende informatie over het interne rendement beschikbaar is, kan de ACM kijken naar alternatieve rendementsmaatstaven zoals het rendement op activa of de winstmarge als percentage van de omzet.

Levensvatbaarheid

30. Overweging 15 van de Uitvoeringsverordening geeft aan dat de ACM bij de beoordeling of de impact aanzienlijk is, rekening moet houden met de vraag of de nieuwe passagiersdienst de levensvatbaarheid en continuïteit van de concessie in gevaar zou brengen, hetzij omdat de uitvoering van de overheidsopdracht [de concessie] voor de exploitant van een openbare dienst niet langer financieel haalbaar zou zijn, hetzij omdat de nieuwe dienst de netto kosten voor de bevoegde instantie [de concessieverlener] aanzienlijk zou doen stijgen.
31. Gelet op deze overweging toetst de ACM, naast de daling van het rendement voor de concessiehouder in procentpunt, ook of de levensvatbaarheid van de concessie in gevaar komt. De ACM beoordeelt in dat geval de levensvatbaarheid van het exploiteren van de relevante concessie en dus niet de levensvatbaarheid van de onderneming als geheel (indien die onderneming naast de exploitatie van de concessie nog andere diensten levert). Die invulling volgt naar het oordeel van de ACM uit het in overweging 15 gestelde dat de ACM dient te toetsen of “de uitvoering van de overheidsopdracht [de concessie] voor de exploitant van een openbare dienst niet langer financieel haalbaar zou zijn”. De ACM beoordeelt de levensvatbaarheid over de gehele looptijd van de concessie.

Impact op de bestaande concessie

32. Uit de Uitvoeringsverordening volgt rechtstreeks dat de analyse betrekking heeft op de bestaande concessie. Dit volgt bijvoorbeeld uit overweging 9 en 13 van de Uitvoeringsverordening waar wordt gesproken over de bestaande concessie. Uitzonderingen hierop zijn de in randnummer 22 beschreven situatie waarin de om een analyse vragende entiteit verzoekt om de analyse met betrekking tot de toekomstige concessie te verrichten en de in randnummer 23 genoemde situatie waarin de ACM de analyse schorst en daarna hervat met betrekking tot de toekomstige concessie. De impact van de nieuwe passagiersdienst op de

toekomstige concessie vormt – behoudens deze uitzonderingen – dus geen onderdeel van de analyse.

Impact op de volledige concessie over de volledige looptijd

33. Artikel 10, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening bepaalt dat de analyse van de ACM betrekking heeft op de impact op de volledige concessie en op de volledige looptijd daarvan.
34. Hieruit volgt dat het rendement over de volledige concessie en de volledige looptijd daarvan in afwezigheid van de nieuwe passagiersdienst, dient te worden vergeleken met het rendement over de volledige concessie en de volledige looptijd daarvan in aanwezigheid van de nieuwe passagiersdienst in de resterende looptijd van de concessie waarin de nieuwe passagiersdienst zal worden aangeboden. Dit impliceert dat een nieuwe passagiersdienst die later in de looptijd van een concessie wordt aangevraagd, een beperktere impact zal hebben dan eenzelfde nieuwe passagiersdienst die eerder in de concessieperiode wordt aangevraagd. Aanvragen voor een nieuwe passagiersdienst die later in de concessieperiode worden ingediend, zullen daarom het economisch evenwicht minder snel in gevaar brengen.
35. Het interne rendement over de volledige looptijd van de concessie dient te worden geschat door uit te gaan van de vastgestelde in het verleden gerealiseerde uitgaven en inkomsten en een op basis van de huidige inzichten zo goed mogelijke schatting van de toekomstige uitgaven en inkomsten over de resterende looptijd van de concessie zowel in afwezigheid als aanwezigheid van de nieuwe vervoerdienst.

Cumulatieve toets

36. De ACM beoordeelt steeds individuele kennisgevingen maar beoordeelt daarbij wel de cumulatieve impact op de rentabiliteit van (a) de individuele beoordeelde nieuwe passagiersdienst boven op (b) de impact van nieuwe passagiersdiensten waarvan eerder voor de bestaande concessieperiode is geconcludeerd dat die geen gevaar voor het economisch evenwicht opleveren, tenzij is gebleken dat die eerder beoordeelde diensten niet meer (of niet meer zullen) worden geëxploiteerd.
37. Voor de impact van nieuwe passagiersdiensten waarvan eerder voor de bestaande concessieperiode is geconcludeerd dat het economisch evenwicht niet in gevaar komt, zal de eerdere schatting van de impact worden geactualiseerd op basis van recente gegevens over de daadwerkelijk gerealiseerde impact.
38. Ter illustratie het volgende voorbeeld. Stel dat voor een concessieperiode eerder van één nieuwe passagiersdienst is geconcludeerd dat het economisch evenwicht niet in gevaar komt en de geschatte impact van die dienst op het interne rendement voor de concessiehouder was A%. Stel de geactualiseerde impact op basis van recente gegevens is A'%. Stel de geschatte aanvullende impact van de nieuwe passagiersdienst die wordt beoordeeld, is B%. Dan gaat het in de beoordeling van de nieuwe passagiersdienst om de cumulatieve impact op het interne rendement van (A' + B)%.

39. Stel dat de eerder beoordeelde nieuwe passagiersdienst ziet op een voorgaande concessieperiode, dan wordt de impact van die dienst niet meer (cumulatief) meegenomen bij de beoordeling van een nieuwe passagiersdienst in een volgende concessieperiode. Het principe dat cumulatief wordt getoetst, geldt dus alleen binnen een concessieperiode. Dit volgt dwingend uit de tekst van de Uitvoeringsverordening die op diverse plaatsen een toets op “de concessie” en “de bestaande concessie” [“het (bestaande) openbardienstcontract”] voorschrijft.

3.1.2 Netto kosten concessieverlener

40. De ACM beoordeelt de impact van de nieuwe passagiersdienst op de netto kosten voor de concessieverlener (zie randnummer 25).
41. Onder de netto kosten voor de concessieverlener verstaat de ACM de kosten minus de opbrengsten van de concessie voor de concessieverlener.
42. De ACM beoordeelt de impact op de netto kosten door deze impact in eerste instantie te vergelijken met de opbrengsten uit reizigersvervoer (omzet) over de volledige looptijd van de concessie. Om te bepalen of er sprake is van een aanzienlijke negatieve impact op de netto kosten acht de ACM het passend de netto kosten te vergelijken met het belang van de concessie voor de concessieverlener. Naar het oordeel van de ACM is dat belang sterk gerelateerd aan het totale gebruik van de vervoersdiensten van de concessiehouder door reizigers. De opbrengsten uit reizigersvervoer zijn daarvan een goede afspiegeling. De ACM kan ook andere zaken meewegen, zoals hoe de impact op de netto kosten zich verhoudt met de netto kosten voor de concessieverlener in afwezigheid van de nieuwe passagiersdienst.
43. Evenals voor de rentabiliteit voor de concessiehouder, geldt voor de netto kosten voor de concessieverlener dat de impact wordt beoordeeld voor de bestaande volledige concessie over de volledige looptijd van de concessie. Ook bij de netto kosten wordt cumulatief getoetst, ofwel de impact van eerder voor de bestaande concessieperiode getoetste nieuwe passagiersdiensten die het economisch evenwicht niet in gevaar brengen, wordt meegenomen in de analyse.

3.1.3 Beoordeling van het netto financieel effect

44. Artikel 10, derde lid, van de Uitvoeringsverordening bepaalt dat de ACM het netto financieel effect op de concessie dient te beoordelen en bij de analyse van de kosten en inkomsten in aanwezigheid van de nieuwe passagiersdienst rekening dient te houden met:
- het verschil in de kosten en inkomsten van de concessiehouder met inbegrip van eventuele besparingen (kostenreducties) die in de aanwezigheid van de nieuwe passagiersdienst kunnen worden gerealiseerd;
 - eventuele positieve effecten van de nieuwe passagiersdienst op het netwerk dat onder de concessie valt, zoals reizigers die gebruik maken van de nieuwe passagiersdienst en overstappen op binnen de concessie geleverde vervoersdiensten;
 - de potentiële commerciële reactie van de concessiehouder;
 - de effecten op relevante investeringen door de concessiehouder of -verlener, zoals in

- rollend materieel;
- e) de waarde van alle bestaande exclusieve rechten.

45. Randnummer 44, onder a, betekent onder andere dat rekening wordt gehouden met eventuele kostenreducties voor de concessiehouder die het gevolg zijn van een lager reizigersvolume in de aanwezigheid van de nieuwe passagiersdienst.

3.2 Netto voordelen voor de reiziger

46. Artikel 10, vijfde lid, van de Uitvoeringsverordening bepaalt dat de ACM tevens beoordeelt:
- a) de netto voordelen van de nieuwe passagiersdienst op korte en middellange termijn voor reizigers;
 - b) het effect van open toegang op de prestatie en de kwaliteit van spoorvervoerdiensten;
 - c) het effect van open toegang op de dienstregeling.
47. Onder netto voordelen voor reizigers verstaat de ACM wat de nieuwe passagiersdienst toevoegt aan de concessiediensten. De nieuwe passagiersdienst kan verschillende voordelen opleveren voor de reizigers, zoals een vervoersaanbod dat voorheen nog niet bestond (vervoer op andere routes en tijden), een lagere prijs, een kortere reistijd op bepaalde trajecten, een hogere rittfrequentie of meer comfort.
48. De netto voordelen kunnen naar de mening van de ACM voor een belangrijk deel worden uitgedrukt in de toename van reizigersopbrengsten. In termen van reizigersopbrengsten ziet de ACM de opbrengsten voor de aanbieder van de nieuwe passagiersdiensten als de bruto voordelen. De opbrengsten voor de aanbieder van de nieuwe passagiersdiensten minus het verlies aan reizigersopbrengst voor de concessiediensten, ziet de ACM als een voorbeeld van netto voordelen voor de reizigers.
49. De ACM kan de netto voordelen voor reizigers meewegen in de beoordeling of het economisch evenwicht in gevaar komt en zal deze in beschouwing nemen bij de aanbeveling aan een concessieverlener (zie randnummer 55).

3.3 Resultaat van de analyse van het economisch evenwicht

50. Artikel 11 van de Uitvoeringsverordening bepaalt dat de ACM kan besluiten dat toegang moet worden verleend of geweigerd ten behoeve van de nieuwe passagiersdienst. Daarbij kan de ACM aan het verlenen van het recht van toegang voorwaarden verbinden.
51. Het resultaat van een analyse van het economisch evenwicht is een besluit waarin de ACM oordeelt dat het economische evenwicht door de nieuwe passagiersdienst:
- a) niet in gevaar komt; of
 - b) niet in gevaar komt indien wordt voldaan aan de door de ACM genoemde voorwaarden;

of

c) in gevaar komt.

52. Uitzondering op randnummer 51 is de in randnummer 16 genoemde situatie waarin de informatie van de om een analyse verzoekende entiteit onvolledig blijft en de ACM een besluit neemt waarin het verzoek om een analyse wordt afgewezen.
53. Wat betreft de voorwaarden zal de ACM in beginsel uitgaan van voorwaarden die de aanvrager van de nieuwe passagiersdienst zelf voorstelt in het geval de ACM tijdens de beoordeling kenbaar maakt dat het economisch evenwicht zonder voorwaarden in gevaar zou komen. De Uitvoeringsverordening noemt niet om welke voorwaarden het kan gaan. Naar de mening van de ACM zou het bijvoorbeeld kunnen gaan om voorwaarden als het beperken van de frequentie van de nieuwe passagiersdienst (een lagere frequentie dan in de kennisgeving door de aanvrager gemeld), wijzigingen in de halteringen of de voorwaarde dat de aanbieder van de nieuwe passagiersdienst de concessieverlener of de bestaande concessiehouder periodiek een vergoeding betaalt die een aanzienlijke negatieve impact voorkomt.
54. Indien het economisch evenwicht in gevaar komt, is er van rechtswege geen recht op toegang tot de infrastructuur.
55. Indien de nieuwe passagiersdienst het economisch evenwicht in gevaar brengt, doet de ACM waar mogelijk aanbevelingen aan de concessieverlener of concessieverleners, die tot doel hebben dat de voorwaarden voor de verlening van het recht van toegang toch kunnen worden vervuld.
56. Zoals artikel 10, vijfde lid, van de Uitvoeringsverordening vermeldt, kan de ACM de in het vorige randnummer genoemde aanbeveling doen in het licht van de netto voordelen voor reizigers.

4 Aan te leveren gegevens

57. Artikel 4, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening bepaalt welke informatie de aanvrager¹⁶ van de nieuwe passagiersdienst bij zijn aanvraag moet voegen.
58. Artikel 7, eerste lid, van de Uitvoeringsverordening, bepaalt welke informatie de verzoeker¹⁷ om een analyse van het economisch evenwicht bij zijn verzoek moet voegen (zie randnummer 13).

¹⁶ De aanvrager van een nieuwe passagiersvervoerdienst per spoor, als bedoeld in artikel 4, eerste lid, van de Uitvoeringsverordening.

¹⁷ De entiteit die om een analyse van het economisch evenwicht verzoekt, als bedoeld in artikel 7, eerste lid, van de Uitvoeringsverordening.

-
59. Op grond van artikel 7, tweede lid, van de Uitvoeringsverordening, kan de ACM om bepaalde nadere informatie verzoeken. Gelet op de hiervoor beschreven nadere invulling van de analyse (de methodiek), kan het bijvoorbeeld gaan om de hierna genoemde informatie.
 60. Voor de aanvrager van de nieuwe passagiersdienst:
 - a) de verwachte inkomsten van reizigers voor de nieuwe passagiersdienst, inclusief toelichting bijvoorbeeld in termen van verwachte reizigerskilometers en de gemiddelde prijs per reizigerskilometer.
 - b) de mate waarin de nieuwe passagiersdienst naar de verwachting van de aanvrager van de nieuwe passagiersdienst resulteert in een verlaging van de inkomsten van de concessiehouder en/of concessieverlener.
 61. Voor de concessiehouder: de verwachte impact op het interne rendement van de concessie, met een uitgebreide toelichting op de inkomsten en uitgaven van de volledige concessie en over de volledige looptijd van de concessie, inclusief een motivering van het effect van de nieuwe passagiersdienst op de inkomsten en uitgaven.
 62. Voor de concessieverlener: de verwachte impact van de nieuwe passagiersdienst op de netto kosten, inclusief de toelichting daarop.
 63. Voor de infrastructuurbeheerder: een beoordeling van de effecten van de nieuwe passagiersdienst op de benutting van de capaciteit van het spoor.

5 Inwerkingtreding

64. Van deze methodiek wordt een kennisgeving in de Staatscourant geplaatst.
65. Deze methodiek treedt in werking met ingang van de dag na de datum van uitgifte van de Staatscourant waarin de kennisgeving wordt geplaatst
66. Deze methodiek is van toepassing op treindiensten die vanaf 12 december 2020 van start gaan.
67. De “ACM Beleidsregel internationale passagiersvervoerdienst”¹⁸ is van toepassing op treindiensten die vóór 12 december 2020 van start gaan.
68. Hierbij trekt de ACM de “ACM Beleidsregel internationale passagiersvervoerdienst” per 12 december 2020 in.

Den Haag, 13 januari 2020

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

dr. F.J.H. Don
bestuurslid

¹⁸ Sct. 2016, 17944.

6 Nota van bevindingen

69. Van 10 september tot en met 7 oktober 2019 heeft de ACM marktpartijen geconsulteerd over de concept-methodiek voor de analyse van het economisch evenwicht op het spoor.
70. De volgende partijen hebben op deze consultatie gereageerd:
- DOVA (Samenwerkingsverband Decentrale OV Autoriteiten);
 - FMN (Federatie Mobiliteitsbedrijven Nederland);
 - Flixbus;
 - NS (rapport RBB) (hierna: NS/RBB);
 - ProRail;
 - Provincie Limburg.
71. In deze nota van bevindingen gaat de ACM in op deze reacties.

6.1 Algemeen

72. **NS/RBB** merkt op dat open toegang gaat om het toestaan van spoordiensten die direct concurreren met de diensten van concessiehouders. Toetreders hebben een inherente prikkel tot *cherry picking* van de meest rendabele onderdelen van reeds gegunde concessies. Daarmee heeft toetreding tot het spoor in potentie belangrijke gevolgen voor het economische evenwicht van verleende concessies, en kan toegang potentieel leiden tot uitholling van de in Nederland gekozen ordening van de markt: concurrentie tussen vervoerders om concessies waarbij tijdelijk het alleenrecht voor de exploitatie van een concessie wordt gegund aan één partij. Dit onderstreept het belang van een zeer zorgvuldige beoordeling van toegangsverzoeken.
73. De **ACM** onderschrijft het belang van een zorgvuldige beoordeling.
74. **NS/RBB** acht het wenselijk dat de ACM in de methodiek opneemt dat het concessiestelsel als zodanig niet ter discussie staat en dat toegangsverzoeken die het concessiestelsel ondermijnen, in beginsel zullen worden afgewezen.
75. De **ACM** merkt op dat de wetgever heeft beoogd de werking van het concessiestelsel te borgen via de analyse van het economisch evenwicht waardoor wordt voorkomen dat de nieuwe passagiersdienst een aanzienlijke negatieve impact heeft op de rentabiliteit voor de concessiehouder of netto kosten voor de concessieverlener. Dit blijkt uit overweging 2 van de Uitvoeringsverordening waarin is aangegeven:

“Aan de andere kant mogen dergelijke diensten [nieuwe passagiersdiensten], afhankelijk van hun specifieke kenmerken, zoals kwaliteit, dienstregeling, bestemmingen en doelpubliek, niet in directe concurrentie staan met openbare diensten [concessiediensten], en daardoor slechts

een beperkte impact op het economisch evenwicht van een openbaredienstcontract hebben.
[onderstreping van de ACM]

6.2 Transparantie

76. **DOVA** is van mening dat nog niet is voldaan aan het gestelde in artikel 14, eerste lid, van de Uitvoeringsverordening: “De toezichthoudende instantie hanteert voor haar analyse een heldere, transparante en niet-discriminerende methodiek en maakt die bekend op haar website.” Volgens DOVA geeft de concept-methodiek de betrokken partijen onvoldoende houvast. DOVA noemt daarbij het ontbreken van een norm voor “aanzienlijke negatieve impact”.
77. **NS/RBB** is van mening dat de concept-methodiek onvoldoende handvatten en zekerheden biedt voor een zorgvuldige beoordeling. De door de ACM voorgestane methodiek is zeer generiek en niet precies, waarbij vooral de (letterlijke) tekst van de Uitvoeringsverordening wordt gevolgd.
78. De **ACM** heeft de methodiek op verschillende onderdelen verduidelijkt. Naar het oordeel van de ACM is deze definitieve methodiek daarmee helder, transparant en voldoende precies. In paragraaf 6.4 gaat de ACM specifiek in op de norm voor “aanzienlijk negatief”.

6.3 Toets op de impact op de concessie

Impact bij start in een nieuwe concessieperiode

79. **FMN** geeft aan dat de ACM uitgaat van een situatie met een zittende concessiehouder en een nieuwe aanbieder op basis van open toegang. FMN geeft aan dat het ook mogelijk is dat er een nieuwe concessiehouder is en tegelijkertijd een nieuwe partij die wil gaan rijden op basis van open toegang. FMN verzoekt de ACM aandacht besteden aan de toepassing van de toets in die situatie.
80. De **ACM** begrijpt dit als de situatie waarin de aanvrager van de nieuwe passagiersdienst in de kennisgeving aangeeft dat de nieuwe passagiersdienst start in een nieuwe concessieperiode. Een eerste mogelijkheid is dat de kennisgeving plaatsvindt nadat de termijn voor het indienen van offertes voor de nieuwe concessie is verstreken (zie randnummer 22) of dat er sprake is van een korte periode tussen een besluit van de ACM en de termijn voor het indienen van offertes voor de nieuwe concessie (zie randnummer 23). In die gevallen richt de ACM de analyse op de toekomstige concessie. In andere gevallen is sprake van een nieuwe passagiersdienst die start in de nieuwe concessieperiode en een analyse die zich richt op de impact op de bestaande concessie. In dat geval is er geen impact op de bestaande concessie en komt het economisch evenwicht niet in gevaar.

Impact op eerdere toetreders

81. **FMN** verzoekt de ACM aan te geven of in de analyse van het economische evenwicht ook de impact van de nieuwe passagiersdienst op eerdere toetreders op basis van open toegang wordt getoetst.
82. De **ACM** toetst alleen de impact op de concessiehouder en concessieverlener. De Uitvoeringsverordening biedt geen ruimte voor het toetsen van de impact op eerdere toetreders op basis van open toegang. De ACM ziet daarvoor overigens ook geen aanleiding. Wel houdt de ACM rekening met het bestaan van eventuele passagiersdiensten waarvan eerder is geconcludeerd dat zij het economisch evenwicht niet in gevaar brengen. De ACM verwijst hiervoor naar randnummer 38.

Alternatieve maatstaven

83. **NS/RBB** constateert dat de ACM, indien er onvoldoende informatie over het interne rendement beschikbaar is, alternatieve rendementsmaatstaven kan gebruiken zoals het rendement op activa of de winstmarge als percentage van de omzet. Voor NS/RBB zijn die begrippen onduidelijk. Als toetreding op de laatste dag van de concessie plaatsvindt, zou de ACM dan in voorkomende gevallen de winstmarge van die dag als percentage van de omzet voor die laatste dag meten?
84. De **ACM** benadrukt dat zij een voorkeur heeft voor het interne rendement als maatstaf. De andere rendementsmaatstaven komen aan de orde indien de betreffende concessiehouder onvoldoende informatie heeft over het interne rendement. In dat geval zal de ACM, mede op basis van de inbreng van de betreffende concessiehouder, bepalen voor welke geschikte maatstaf wel informatie beschikbaar is. Dat maakt het dus thans niet mogelijk die maatstaven te definiëren. Wel zal altijd worden gekeken naar de impact op de volledige concessieperiode. Indien een nieuwe passagiersdienst start in het laatste jaar van de concessie, wordt dus niet alleen gekeken naar de impact op de winstmarge als percentage van de omzet in dat jaar, maar naar de impact op de gemiddelde winstmarge als percentage van de omzet over de volledige concessieperiode. Voor de eerdere jaren van de concessie is er geen impact, de nieuwe passagiersdienst werd in die jaren immers nog niet aangeboden. De impact van nul in de eerdere jaren van de concessie wordt dan gewogen gemiddeld met de geschatte impact in het laatste jaar.

Cumulatief toetsen

85. **DOVA** gaat ervan uit dat de ACM kijkt naar de totale impact van nieuwe passagiersdiensten op de concessie. Daar waar sprake is van twee of meer nieuwe passagiersdiensten, zou de analyse moeten gaan om de optelsom van het effect van deze nieuwe treindiensten op de betrokken concessie. De concept-methodiek voor de toets lijkt hierin niet te voorzien.
86. De **ACM** onderschrijft dit en heeft dit beginsel van cumulatief toetsen in randnummer 36 van de (definitieve) methodiek opgenomen.

87. De **Provincie Limburg** is van mening dat de opbrengst uit reizigersvervoer een te beperkte afspiegeling is van het belang van de vervoersdiensten voor de concessieverlener en een te beperkte weergave van het belang van de concessies. Openbaar vervoer verbindt mensen en heeft een groot economisch en maatschappelijk belang. Met het uitsluitend beschouwen van opbrengsten (die op verlieslatende verbindingen beperkt van omvang zullen zijn) gaat de toets voorbij aan het maatschappelijk en economisch nut van verbindingen en de waarde die de concessieverlener – via een exploitatiebijdrage – ervoor over heeft om vervoer ten behoeve van haar burgers mogelijk te maken, ook als dat vervoer bedrijfseconomisch gezien niet rendabel is.
88. De Provincie Limburg ziet graag dat het belang van een vervoerdienst voor een concessieverlener bij de analyse ook in de hier beschreven context wordt beschouwd, bijvoorbeeld door het meewegen van een nieuwe passagiersdienst op het realiseren van doelen en ambities van de concessieverlener op het gebied van openbaar vervoer maar ook op doelen en ambities op het gebied van economie, leefbaarheid, duurzaamheid etc.
89. De **ACM** constateert dat de Uitvoeringsverordening de impact op de concessieverlener definieert als de impact op de netto kosten, bijvoorbeeld in termen van een afname van de opbrengsten van de concessie of een toename van de subsidie, maar in beginsel ook in termen van ambities op het gebied van economie, leefbaarheid en duurzaamheid. Als een nieuwe passagiersdienst een negatieve impact heeft op die ambities, dan kan dat worden geïnterpreteerd als hogere netto kosten voor de concessieverlener.¹⁹ De ACM acht het in dat geval aan de concessieverlener om die impact aannemelijk te maken en te kwantificeren.

6.4 Norm voor aanzienlijk negatief

90. **NS/RBB** geeft aan dat een daling van het interne rendement geen objectief toetsingscriterium is.
91. **FMN** geeft aan dat belangrijke normen zoals “aanzienlijke daling” of “hoge kosten” niet concreet zijn gedefinieerd. Hoe gaat de ACM hier in de praktijk mee om? Verschilt dit van geval tot geval of hanteert de ACM altijd dezelfde maatstaven? Gaat de ACM de concrete maatstaven nader uitwerken?
92. De **ACM** heeft in deze (definitieve) methodiek de norm waarbij de daling van het interne rendement aanzienlijk negatief wordt, verder ingevuld als de bandbreedte tussen een (cumulatieve) daling van 0,2 tot 1 procentpunt (zie randnummer 29). Ofwel, de ACM is van oordeel dat een afname van het interne rendement van minder dan 0,2 procentpunt in de regel geacht moet worden niet aanzienlijk te zijn en een afname van meer dan 1 procentpunt in de regel geacht moet worden wel aanzienlijk te zijn. Het betreft een norm voor de cumulatieve impact van nieuwe passagiersdiensten waarvoor het economisch evenwicht niet in gevaar komt.

¹⁹ Andersom kan een nieuwe passagiersdienst ook positieve impact hebben op die ambities.

93. Daarnaast merkt de ACM op dat de norm ook verder is ingevuld wat betreft het toegevoegde criterium dat de nieuwe passagiersdienst er niet toe mag leiden dat de levensvatbaarheid van de concessie in gevaar komt.

Financieringskosten

94. Volgens **NS/RBB** moet de ACM rekening houden met de financieringskosten, bijvoorbeeld door een minimum rendement te hanteren zoals de gewogen gemiddelde kosten van kapitaal (WACC). Zolang het interne rendement hoger is dan de WACC, is sprake van de mogelijkheid om in de financieringskosten te voorzien. Doordat concessies in concurrentie worden verkregen, zullen het interne rendement en de WACC volgens NS/RBB dicht in elkaars buurt liggen en zal een grote daling van het interne rendement snel leiden tot een aantasting van de mogelijkheid om de financieringskosten terug te verdienen.
95. De **ACM** onderschrijft dat de analyse rekening moet houden de financieringskosten. Het niet opnemen van de financieringskosten in het interne rendement, een onderdeel van de definitie van intern rendement, betekent niet dat met de financieringskosten geen rekening wordt gehouden. De ACM is van oordeel dat het niet gewenst is om – zoals in het voorbeeld van NS/RBB – als norm te hanteren dat sprake is van aanzienlijke negatieve impact indien – en uitsluitend indien – het interne rendement lager is dan de WACC. In een dergelijk geval zou bij een concessiehouder die een rendement realiseert dat significant hoger is dan de WACC, minder snel sprake zijn van een aanzienlijke negatieve impact, en vice versa. Naar het oordeel van de ACM geeft dat geen goede prikkels om een concessie (kosten)efficiënt te exploiteren. Overigens merkt de ACM op dat het overgrote deel van het spoorconcessieervoer vooralsnog niet in concurrentie is verkregen, doch onderhands is gegund.

6.5 Raakvlak met capaciteitsverdeling

96. **DOVA** verzoekt de ACM te verduidelijken hoe in de analyse van het economische evenwicht het effect op de benutting van de capaciteit van het spoor wordt meegewogen.
97. De **ACM** verduidelijkt dat het effect op de capaciteit geen onderdeel is van de analyse van het economisch evenwicht. Uitzondering hierop is een situatie waarin de nieuwe passagiersdienst door capaciteitsbeperkingen resulteert in een beperking van de diensten van de concessiehouder (of die situatie zich kan voordoen is afhankelijk van de prioriteringscriteria in het Besluit capaciteitsverdeling). Een dergelijke beperking is dan onderdeel van de impact.
98. **FMN** geeft aan dat het onduidelijk is op welke wijze de informatie van de infrastructuurbeheerder over de capaciteit van het spoor wordt meegewogen in de economische evenwichtstoets.
99. De **ACM** ziet vooralsnog de volgende relevantie van die informatie. Ten eerste is het voor de ACM en de aanvrager van de toets belangrijk om te worden geïnformeerd indien capaciteit

schaars is en de prioriteringscriteria erop duiden²⁰ dat aan de nieuwe passagiersdienst geen capaciteit kan worden toegewezen. Daarnaast is het voor het bepalen van impact relevant indien de prioriteringscriteria erop zouden duiden dat de concessiehouder door de start van de nieuwe passagiersdienst minder kan gaan rijden onder de concessie.

100. Voor **ProRail** is niet duidelijk welk gevolg een besluit van de ACM dient te hebben voor capaciteitsaanvragen. In de huidige wetgeving is een besluit van de ACM met de conclusie dat het economisch evenwicht niet in gevaar komt, geen voorwaarde voor het in behandeling nemen van capaciteitsaanvragen.
101. De **ACM** is van mening dat het aan de minister van IenW is om hier regels voor te maken (in beginsel via het Besluit capaciteitsverdeling).
102. **ProRail** verzoekt de ACM te verduidelijken of een door de ACM gestarte analyse in de weg staat aan het in behandeling nemen van de jaardienstaanvraag door de partij die de nieuwe passagiersdienst wil uitvoeren.
103. De **ACM** wijst erop dat de procedure is ingericht om te voorkomen dat de analyse van de ACM nog loopt indien de definitieve capaciteitsaanvraag voor de nieuwe passagiersdienst wordt ingediend. Zie hiervoor de randnummers 17 en 18.
104. **ProRail** verzoekt de ACM aan te geven of, voor leveren van gegevens aan de ACM (zie randnummer 63), enkel wordt verwacht dat ProRail aangeeft dat de nieuwe dienst wel of niet past in de huidige dienstregeling of dat een complete analyse voor een aantal jaar wordt verwacht. Dit laatste kost veel tijd en capaciteit, die thans in ieder geval niet direct beschikbaar zou zijn.
105. De **ACM** verwacht op dit punt een indicatieve analyse of er voor de komende jaren capaciteit is op uurniveau.

6.6 Netto voordelen voor reizigers

106. **Flixbus** merkt op dat het erop basis van de methodiek op lijkt dat de ACM eerst een analyse van het economisch evenwicht uitvoert, en dat pas daarna de voordelen voor de reizigers worden meegenomen in het eindadvies. Volgens Flixbus moeten de voordelen voor de reiziger worden meegenomen in de analyse van het economisch evenwicht, en niet na die toets.
107. **FMN** merkt op dat niet duidelijk is hoe de netto voordelen voor de reiziger worden meegewogen in de analyse van het economisch evenwicht.

²⁰ De ACM gaat ervan uit dat de informatie over capaciteitstoewijzing bij de analyse van het economisch evenwicht nog en voorlopig karakter heeft.

108. **NS/RBB** merkt op dat de ACM geen methodiek ontwikkelt voor het beoordelen van de netto voordelen voor de reiziger en andere in artikel 10, vijfde lid, van de Uitvoeringsverordening bedoelde zaken. Het is niet duidelijk welke rol deze netto voordelen zouden kunnen spelen in de overwegingen van de ACM om al dan niet voorwaarden te verbinden aan de toelating van een nieuwe dienst of die toelating te weigeren in een situatie waarin het economisch evenwicht in gevaar komt. Ook geeft de ACM niet aan welke weging zij zou toekennen aan mogelijke voordelen.
109. De **ACM** kan de netto voordelen voor reizigers meewegen in de beoordeling of het economisch evenwicht in gevaar komt (zie randnummer 49). De ACM zal dit nader invullen bij concrete beoordelingen.

6.7 Multimodale toetsing, toetsing voor meerdere concessies

Verschillende modaliteiten

110. **NS/RBB** stelt dat het beoordelen van uitsluitend de impact op het spoordeel van een concessie, niet in lijn is met de regelgeving. De Uitvoeringsverordening bepaalt immers dat de analyse om de volledige concessie moet gaan en niet om individuele diensten die daaronder vallen.
111. Naar het oordeel van de **ACM** is de interpretatie van NS/RBB onjuist. De Uitvoeringsverordening bepaalt dat de analyse zich moet richten op de volledige concessie ["openbaredienstcontract"]. Zoals in de aankondiging van de consultatie door de ACM is aangegeven, is het begrip openbaredienstcontract gedefinieerd als 'openbaredienstcontract voor spoorvervoer' (artikel 3, derde lid, Uitvoeringsverordening). Dit laat naar het oordeel van de ACM geen ruimte om te beoordelen of een nieuwe vervoersdienst per spoor ook gevolgen heeft voor het verzorgen van openbaar vervoer met een andere modaliteit, zoals busvervoer. Ook niet als dat vervoer onderdeel is van dezelfde concessie. NS/RBB licht niet toe waarom deze conclusie van de ACM onjuist zou zijn.
112. **FMN** is op het gebied van marktordening voorstander van een systematiek waarin met een regionale focus integraal wordt gekeken naar verschillende vormen van vervoer, maar deelt het standpunt van ACM dat een economische evenwichtstoets zich volgens de uitvoeringsverordening lijkt te beperken tot een concessie voor spoorvervoer.

Verschillende concessiegebieden

113. **Dova** verzoekt de ACM om toe te lichten hoe zij in de analyse omgaat met een nieuwe passagiersdienst die door verschillende concessiegebieden loopt.
114. De **Provincie Limburg** wijst op de omstandigheid in Limburg dat twee vervoerders vanuit een concessie op dezelfde baanvakken opereren en geeft aan dat de toets van de ACM daarin niet lijkt niet te voorzien.

115. De **ACM** toetst de impact op de concessiehouder of concessieverlener die om een analyse verzoeken (zie randnummer 12). Indien verschillende concessiehouders of concessieverleners de ACM om een analyse verzoeken, wordt de impact op die verschillende concessies afzonderlijk getoetst. De impact op beide concessies wordt in dat geval op dezelfde wijze getoetst als de toets voor één concessie, maar in dit geval wordt er tweemaal getoetst. Indien in één van beide toetsen (of in beide toetsen) wordt geconstateerd dat het economisch evenwicht in gevaar komt, dan zal de conclusie van de analyse zijn dat het economisch evenwicht door de nieuwe passagiersdienst in gevaar komt.

Toets op de volledige concessie

116. **DOVA** constateert dat enkel wordt getoetst op de impact op de concessie, niet op de lijn.
117. De **ACM** beaamt dit. Toetsing van de impact op de volledige concessie volgt direct uit de Uitvoeringsverordening (zie randnummer 33).

6.8 Marktmacht, gelijk speelveld

118. **DOVA** noemt als aandachtspunt dat de analyse van de ACM een gelijk speelveld moet borgen met betrekking tot de voorwaarden waaronder nieuwe passagiersdiensten moeten opereren: er moeten gelijke voorwaarden gelden op het gebied van ticketing, open data, sociale veiligheid etc., die ook voor bestaande vervoerders gelden.
119. De **ACM** merkt op dat deze zaken buiten het bereik van de analyse van het economisch evenwicht vallen.
120. **Flixbus** ziet een risico dat partijen met marktmacht open toegang kunnen gebruiken om hun dominantie uit te breiden of om de activiteiten van concurrenten te frustreren. Hierbij kan gedacht worden aan de situatie dat NS treindiensten gaat aanbieden op basis van open toegang, terwijl zij beschikt over een onderhands gegunde (en tot 2025 zelfs tegen open toegang beschermd) hoofdrailnetconcessie waartoe volgens Flixbus 85% van de volledige markt hoort. Door het aanbieden van open toegang kan NS de resterende 15% nog kleiner maken. Flixbus kan zich voorstellen dat wanneer NS een nieuwe passagiersdienst wil starten op een regionale spoorlijn, dit bezien vanuit het bredere perspectief van marktdominantie en het gelijke speelveld wellicht toch als onwenselijk moet worden gekwalificeerd. Wanneer de ACM deze omstandigheid niet kan meenemen in haar analyse van het economisch evenwicht, dan zou zij volgens Flixbus op z'n minst de mogelijkheid moeten hebben om gelijktijdig een aanvullend oordeel te geven op basis van haar algemene bevoegdheden als markttoezichthouder.
121. De **ACM** ziet dit pleidooi als vergelijkbaar met het soms genoemde voorstel om de NS uit te sluiten van regionale aanbestedingen. In de "Update Quicksan personenvervoer 2013" van 16 mei 2019 achtte de ACM die maatregel niet passend. In Uitvoeringsverordening en

overige wetgeving ziet de ACM ook geen bevoegdheid om de NS uit te sluiten van open toegang.

122. **FMN** merkt op dat open toegang op dit moment beperkt is tot de regionale concessies en pas in 2025 mogelijk is op het hoofdrailnet. Daardoor is volgens FMN pas op dat moment sprake van een gelijk(er) speelveld. FMN is van mening dat de ACM met deze uitgangssituatie in de economische evenwichtstoets rekening dient te houden.
123. De **ACM** ziet hiervoor geen wettelijke bevoegdheid.
124. **Flixbus** wijst op het risico dat een concessiehouder bewust de capaciteit kan volplannen om open toegang te voorkomen. Bijvoorbeeld door het inplannen van verlieslatende treindiensten of het plannen van een inefficiënte dienstregeling. Doordat concessievervoer in rangorde vaak boven open toegang geplaatst zal worden, lijkt dit een effectieve methode om de mededinging te beperken. Flixbus ziet ook een risico dat NS om dezelfde reden capaciteit zal gebruiken (buiten de concessie om) op basis van open toegang.
125. De **ACM** ziet vooralsnog niet waarom NS in reactie op dreigende – kennelijk potentieel winstgevende – toetreding een prikkel zou hebben om inefficiënte, verlieslatende diensten te introduceren. Indien NS proactief acteert op potentiële toetreding, lijkt het waarschijnlijker dat dit kwalificeert als een normaal en positief aspect van concurrentie.

6.9 Levering informatie

126. **FMN** constateert een verschil in het type gegevens aangeleverd door een concessiehouder en de aanvrager van de nieuwe passagiersdienst. In het eerste geval zijn dit relatief harde gegevens uit bijvoorbeeld de boekhouding of de concessie. Voor een nieuwe toetredster wordt gevraagd naar plannen en voornemens. FMN verzoekt de ACM om aan te geven hoe de gegevens van een aanvrager van een nieuwe dienst worden gevalideerd. FMN vraagt ook hoe wordt omgegaan met de situatie waarin de impact op de zittende concessiehouder groter blijkt te zijn dan in de aanvraag van de nieuwe passagiersdienst is aangegeven.
127. De **ACM** merkt op dat de aanvrager van de nieuwe passagiersdienst in zijn kennisgeving in eerste instantie dient aan te geven welke dienst hij wil gaan aanbieden (in termen van routes, ritfrequentie, globale dienstregeling,²¹ capaciteit en aard/kwaliteit van de treinen). Dat zijn feitelijke (harde) gegevens die niet aan interpretatie en schatting onderhevig zijn. Het is in eerste instantie aan de concessiehouder of concessieverlener die een analyse aanvraagt, om aan te geven welke impact wordt verwacht op de rentabiliteit en de netto kosten en om dit te motiveren. Bij de impact gaat het om schattingen, ofwel 'zachtere' gegevens. De ACM zal op basis van de

²¹ Onder een globale dienstregeling verstaat de ACM een dienstregeling op uurniveau, bijvoorbeeld een trein vertrekt ieder dag tussen 13.00 en 14.00 uur.

motivering beoordelen of die schattingen reëel zijn. Ook de aanvrager van de nieuwe passagiersdienst zal daarbij in beginsel om een inbreng worden gevraagd.

128. De analyse die de ACM uitvoert – resulterend in de conclusie dat het economisch evenwicht niet / wel in gevaar komt – is noodzakelijkerwijs gebaseerd op de geschatte impact. Indien bij de exploitatie van de nieuwe passagiersdienst blijkt dat de impact op de concessie afwijkt van de schatting (groter of kleiner is), dan heeft dat geen gevolg voor de rechten van de nieuwe passagiersdienst. De Uitvoeringsverordening biedt geen ruimte voor het met terugwerkende kracht veranderen van de conclusie dat het evenwicht niet in gevaar komt naar een conclusie dat dit evenwicht wel in gevaar komt, en zou bovendien een onwerkbaar situatie opleveren. De impact die daadwerkelijk optreedt, wordt wel meegenomen in een, naar aanleiding van een nieuwe aanvraag uitgevoerde, volgende analyse (beginsel van cumulatief toetsen, zie randnummer 36 en volgend).

Motivering aangeleverde gegevens

129. **DOVA** en **FMN** vragen op welke wijze een goede inschatting wordt gemaakt van de financiële effecten van de nieuwe passagiersdienst op het interne rendement van de huidige concessiehouder en de netto kosten van de concessieverlener. Zowel de nieuwe passagiersdienst als de concessiehouder en concessieverlener zullen naar verwachting uiteenlopende effecten overhandigen.
130. De **ACM** merkt op dat zij van de partijen die informatie aanleveren een goede onderbouwing en motivering vraagt. Op basis van die informatie maakt de ACM een schatting van de meest aannemelijke impact. De ACM verwijst voor de volledigheid naar de randnummers 17 en 18 voor de situatie waarin de aan de ACM verstrekte informatie onvolledig is.

Vertrouwelijkheid informatie

131. **FMN** constateert dat de aanvrager van de nieuwe passagiersdienst, de concessiehouder en concessieverlener veel cijfers moeten verstrekken die tevens zeer bedrijfsgevoelig zijn. Hoe gaat de ACM om met de publicatie van de resultaten van een economische evenwichtstoets en de bedrijfsvertrouwelijkheid van de gegevens van de concessiehouder (en andere betrokken partijen)?
132. De **ACM** verwijst hiervoor naar artikel 8 van de Uitvoeringsverordening dat onder andere bepaalt dat de ACM geen commercieel gevoelige informatie bekend maakt die zij in het kader van de analyse heeft ontvangen. Concreet zal dit betekenen dat de besluiten van de ACM naar verwachting – en zoals bij de ACM ook te doen gebruikelijk is – een vertrouwelijke en een openbare versie zullen hebben. Artikel 8 bepaalt tevens dat de ACM geen door partijen als vertrouwelijk aangemerkte informatie zal publiceren, zonder daarvan partijen eerst met een (openbaarmakings)besluit te hebben geïnformeerd.

Zes weken beslistermijn

133. **FMN** vraagt hoe de ACM omgaat met eventuele nadere vragen die zij heeft over aangeleverde informatie of het aanleveren van aanvullende informatie. De beslistermijn van zes weken lijkt namelijk erg ambitieus. Wordt aan betrokken partijen gecommuniceerd wanneer deze periode van zes weken van start gaat?
134. De **ACM** merkt op dat de beslistermijn van zes weken ziet op de termijn ná de ontvangst van alle relevante informatie. De ACM zal pas aangeven dat deze termijn ingaat op het moment dat zij daadwerkelijk weet dat zij over alle relevante informatie beschikt. Bij ontvangst van de informatie kan in het algemeen immers nog niet worden uitgesloten dat later nog aanvullende informatie noodzakelijk is. Wel bepaalt het in randnummer 17 en 18 gestelde, dat die termijn in ieder geval ingaat zes weken vóór de datum waarop de definitieve capaciteitsaanvraag voor de betreffende nieuwe dienst bij de infrastructuurbeheerder moet zijn ingediend.

6.10 Overige onderwerpen

Onderscheid tussen concessie en openbaredienstcontract

135. **Flixbus** geeft aan dat de ACM geen onderscheid maakt tussen een openbaredienstcontract en een concessie. Een concessie is een openbaredienstcontract dat exclusief is: de concessiehouder heeft een exclusief recht om de in de concessie omschreven activiteiten te verrichten – met uitsluiting van ieder ander.
136. De **ACM** onderkent het verschil: een concessie is een bijzondere vorm van een openbaredienstcontract. De ACM spreekt steeds over concessie daar waar het meer algemene openbaredienstcontract wordt bedoeld. Dit is aangegeven in voetnoot 1 waar concessie is gedefinieerd als “concessie of – meer algemeen – openbaredienstcontract”. Reden hiervoor is de leesbaarheid en de in het dagelijks gebruik bredere betekenis van het begrip concessie. Het begrip concessie komt in deze methodiek vaak voor en zonder deze vereenvoudiging zou de ACM steeds moeten spreken van “een openbaredienstcontract”, “een spoorwegonderneming die het openbaredienstcontract exploiteert” en “een bevoegde instantie” (die een openbaredienstcontract kan verlenen). Naar de mening van de ACM komt dat de leesbaarheid niet ten goede.

Gelijktijdige aanvragen met impact op dezelfde concessie

137. **FMN** verzoekt de ACM te behandelen hoe de situatie wordt beoordeeld waarin twee nieuwe toetreders voor hetzelfde gebied/lijn/traject toegang vragen?
138. De **ACM** heeft dit toegelicht in randnummer 21. Kern daarvan is dat de aanvragen individueel op volgorde van ontvangst van de kennisgeving worden behandeld.

Duur van open toegang

139. **FMN** verzoekt de ACM in te gaan op de vraag voor welke termijn een partij gebruik kan en mag maken van open toegang (indien het economisch evenwicht niet in gevaar komt).

140. De **ACM** analyseert (slechts) of door de nieuwe passagiersdienst het economisch evenwicht in gevaar komt. Indien het economisch evenwicht niet in gevaar komt, is er van rechtswege sprake van een recht op toegang (vervolgens toetst de infrastructuurbeheerder of er capaciteit is). Dat recht geldt voor onbepaalde tijd, tenzij daar door de wetgever grenzen aan worden gesteld. De ACM stelt in haar besluit geen grens aan de duur van de periode waarin het economisch evenwicht niet in gevaar komt.

Periode waarin de nieuwe passagiersdienst wordt aangeboden

141. **FMN** vraagt de ACM hoe wordt omgegaan met de termijn waarvoor de aanvrager de nieuwe passagiersdienst wil aanbieden. Mogelijk wil de aanvrager de dienst incidenteel aanbieden – voor evenementen – of als proefperiode.
142. De **ACM** gaat er in de analyse van het economisch evenwicht in beginsel vanuit dat de nieuwe passagiersdienst voor onbepaalde tijd wordt aangeboden, oftewel altijd aangeboden blijft worden. Uitzondering is de situatie waarin de aanvrager van de nieuwe passagiersdienst aangeeft dat de dienst een incidenteel karakter heeft. In dat laatste geval wordt alleen de incidentele impact van de nieuwe passagiersdienst geschat op de volledige concessie. Concreet betekent dit dat een eenmalige treindienst voor een evenement, waarschijnlijk slechts een zeer beperkte impact op de volledige concessie en volledige concessieperiode zal hebben. Indien de ACM in deze gevallen concludeert dat het economisch evenwicht niet in gevaar komt, zal als voorwaarde worden opgenomen dat de betreffende dienst slechts wordt aangeboden in de periode zoals in de kennisgeving aangegeven door de aanvrager van de dienst.

Afbakening nieuwe passagiersdiensten

143. Volgens **Flixbus** is niet duidelijk wat kwalificeert als concessiedienst en wat als nieuwe passagiersdienst. Volgens Flixbus is vooral onduidelijk of treindiensten boven het minimum dat de concessie specificeert, kwalificeren als nieuwe passagiersdienst. Deze treindiensten zouden volgens Flixbus als nieuwe passagiersdiensten (open toegang) moeten worden beschouwd om te voorkomen dat de NS alle krenten uit de pap haalt.
144. De **ACM** merkt op dat alle openbare diensten die niet onder een concessie vallen, per definitie kwalificeren als nieuwe passagiersdienst (open toegangsdienst). Wat niet onder een concessie valt, is afhankelijk van de vormgeving van concessies door concessieverleners. Naar de mening van de ACM kan een concessieverlener er bijvoorbeeld voor kiezen de concessie te beperken tot een bepaald bedieningsniveau (alles daarboven is dan dus open toegang) of er bijvoorbeeld voor kiezen alle diensten in een bepaald gebied (op bepaalde trajecten) als onderdeel van de concessie te zien.

Kostenreducties

145. **NS/RBB** merkt op dat de ACM aangeeft bij het schatten van de impact rekening te houden met kostenreducties voor concessiehouders door lagere reizigersvolumes. NS/RBB constateert dat dit niet verder is uitgewerkt door de ACM en wijst erop dat kostenreducties beperkt mogelijk zijn,

omdat er weinig tot geen variabele kosten zijn, de vervoerder ondanks open toegang moet voldoen aan de concessievoorwaarden en het materieel en personeel vaak alsnog nodig zijn in de spitsperiode.

146. De **ACM** neemt hiervan kennis: indien er geen (of minimaal) sprake is van kostenreducties dan worden die vanzelfsprekend ook niet (of minimaal) meegenomen in de analyse.

Verzoek om analyse van infrastructuurbeheerder

147. **ProRail** geeft aan dat de concept-methodiek lijkt af te wijken van artikel 5, eerste lid, van de Uitvoeringsverordening, waaruit volgt dat ook infrastructuurbeheerders om een analyse kunnen verzoeken.

148. De **ACM** constateert dat dit een omissie is in de concept-methodiek en heeft dit aangepast (zie randnummer 12).

Artikel 10, vierde lid, van de Uitvoeringsverordening

149. **ProRail** merkt op dat de concept-methodiek niet verwijst naar het gestelde in artikel 10, vierde lid, van de Uitvoeringsverordening. ProRail verzoekt de ACM om aan te geven hoe zij omgaat met het gestelde in dit lid.

150. De **ACM** benadrukt dat de Uitvoeringsverordening een directe werking heeft (zie ook randnummer 5). De ACM herhaalt niet alles wat in de Uitvoeringsverordening is gesteld, doch alleen datgene waaraan door de ACM een nadere invulling wordt gegeven of datgene wat essentieel is voor een goed begrip van het geheel. Artikel 10, vierde lid, van de Uitvoeringsverordening, wordt dus door de ACM gewoon gevolgd.