

ECLI:NL:CBB:2025:351

Instantie	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak	30-06-2025
Datum publicatie	30-06-2025
Zaaknummer	24/358
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig Voorlopige voorziening Tussenuitspraak
Inhoudsindicatie	Tussenuitspraak over Mobility as a Service (MaaS) en de spelregels die de staatssecretaris heeft opgenomen in de aan NS gegunde HRN-concessie 2025-2033. Artikel 106 jo. 102 VWEU. Verordening (EG) nr. 1370/2007. Reëel risico dat NS haar economische machtspositie uit de concessie misbruikt op de MaaS-markt. De spelregels in de HRN-concessie zijn niet genoeg om een gelijk speelveld te verzekeren. De staatssecretaris moet daarom de uitgangspunten voor het aanbod van NS aan de andere MaaS-dienstverleners in de HRN-concessie vastleggen. Verder moet hij de rekenmethode voor het inkooptarief concreet maken, nagaan of dat tarief de concurrentie belemmert en zo nodig zelf dat tarief vaststellen. Ten slotte moet worden vastgelegd dat voor de MaaS-dienstverleners ongunstige wijzigingen in de onderlinge afspraken van de (regionale) concessieverleners niet zonder meer doorwerken in de HRN-concessie.
Wetsverwijzingen	Wet personenvervoer 2000
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl ABkort 2025/138

Uitspraak

tussenuitspraak

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

zaaknummer: 24/358

tussenuitspraak van de meervoudige kamer van 30 juni 2025 in de zaak tussen

Reisbalans B.V., te Amersfoort,

Shuttel B.V., te Leusden,
XXImo B.V., te Utrecht,
Gaiyo B.V., te Almere,
Mobility Mixx B.V., te Almere,
uMOB B.V., te Rotterdam, en
Tranzer B.V., te Amersfoort
(hierna gezamenlijk: de MaaS-aanbieders)
(gemachtigde: mr. N.J. Linssen)

en

de staatssecretaris Openbaar Vervoer en Milieu

(gemachtigden: mr. J. Mulder, mr. S.H.G. Cnossen en mr. I.D.W. Barends)

met als derde partijen

N.V. Nederlandse Spoorwegen, te Utrecht, en
NS Reizigers B.V., te Utrecht (NSR)
(hierna gezamenlijk: NS)
(gemachtigde: mr. J.R. van Angeren)

Procesverloop

Met het besluit van 21 december 2023 heeft de staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat (thans: de staatssecretaris Openbaar Vervoer en Milieu) aan NSR voor de periode van 1 januari 2025 tot en met 24 december 2033 de concessie verleend tot het uitvoeren van het openbaar personenvervoer per trein over de verbindingen die zijn opgenomen in het Besluit hoofdrailnet en die zijn opgenomen in de concessie, onder de in de concessie genoemde voorwaarden (HRN-concessie).

De MaaS-aanbieders hebben tegen het besluit van 21 december 2023 bezwaar gemaakt. Het bezwaarschrift is met toepassing van artikel 7:1a van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) ter behandeling als beroepschrift doorgezonden aan het College.

Op 3 juni 2024 zijn partijen door de rechter-commissaris gehoord voor het maken van afspraken over het verloop van de procedure.

De staatssecretaris heeft een verweerschrift ingediend en NS heeft een schriftelijke uiteenzetting over de zaak gegeven.

Op 10 oktober 2024 heeft het College beslist dat de door de staatssecretaris verzochte beperking van de kennisneming van bepaalde op de zaak betrekking hebbende stukken of delen daarvan gerechtvaardigd is.

De MaaS-aanbieders hebben erin toegestemd dat alleen het College van deze stukken kennis neemt.

De MaaS-aanbieders hebben op 17 oktober 2024 en 6 december 2024 nadere stukken ingediend en verder uiteengezet voor welke problemen zij komen te staan als op de ingangsdatum van de HRN-concessie niet duidelijk is onder welke voorwaarden NS wholesale toegang tot het treinvervoer over het hoofdrailnet (HRN) moet verlenen.

Het College heeft partijen op 23 oktober 2024 uitgenodigd om binnen vier weken met elkaar buiten rechte werkbare afspraken te maken voor de korte(re) termijn.

Op 18 december 2024 zijn partijen door de rechter-commissaris gehoord om te onderzoeken of tussen NS en de MaaS-aanbieders tijdelijke afspraken over hun contractuele relatie konden worden gemaakt voor de periode vanaf de inwerkingtreding van de HRN-concessie, voor het geven van inlichtingen en voor het maken van afspraken over het verdere verloop van de procedure. De beoogde tijdelijke afspraken zijn niet tot stand gekomen.

Op 10 en 19 februari 2025 hebben de MaaS-aanbieders opnieuw nadere stukken ingediend.

De staatssecretaris heeft op 21 februari 2025 nadere stukken ingediend.

De zitting was op 5 maart 2025. Aan de zitting hebben deelgenomen: namens de MaaS-aanbieders mr. N.J. Linssen, vergezeld door [naam] van Reisbalans B.V., en verder door mr. M. Kuijper en mr. J.F. Oostenbrink, gemachtigden van de Federatie Mobiliteitsbedrijven Nederland; namens de staatssecretaris mr. J. Mulder en mr. S.H.G. Cnossen; namens NS mr. J.R. van Angeren en mr. S. de Jong, vergezeld door mr. H.S. Huber en mr. J.F. Gielen van NS.

Overwegingen

Inleiding

- 1.1 MaaS-dienstverleners zijn actief op de markt voor "Mobility as a Service" (MaaS). De kern van MaaS is de mogelijkheid om met een daarvoor bestemd medium (een fysieke kaart of een app) een "deur-tot-deur-reis" met verschillende vervoermiddelen van verschillende vervoerders te boeken en te betalen (multimodale ketenreizen). De staatssecretaris heeft, mede ter stimulering van het openbaar vervoer, het bevorderen en daartoe faciliteren van de "deur-tot-deur-reis" als beleidsdoel vastgesteld. MaaS wordt aangeboden op de zakelijke markt, waarbij organisaties (ondernemingen, overheidsinstanties en andere zakelijke entiteiten) de dienst afnemen ten behoeve van hun medewerkers, en op de consumentenmarkt, waarbij de individuele gebruiker de dienst rechtstreeks afneemt. Het treinvervoer is het belangrijkste onderdeel van de ketenreis: MaaS-gebruikers leggen 90% van de kilometers die zij verbruiken af met de trein. MaaS-dienstverleners bieden, naast multimodaal vervoer, ("on top") aan de zakelijke afnemers ondersteunende administratieve diensten aan gericht op het uitvoeren van hun mobiliteitsbeleid en de daaraan verbonden wettelijke verplichtingen. Die afnemers hoeven dat dan niet (meer) zelf te doen.
- 1.2 Ook NS biedt, via NSR, MaaS-diensten aan. Uitgaande van de kern van MaaS zoals omschreven in 1.1 bestaat haar MaaS-aanbod op de zakelijke markt uit de NS Business Card, de NS Business Card Collectief (voor meer dan 30 werknemers) en NS Go. De medewerkers ten behoeve van wie de dienst wordt afgenomen kunnen hiermee gebruik maken van trein, bus, tram en metro van alle vervoerders en kunnen "deur-tot-deur" vervoermiddelen gebruiken (OV-fiets, Dott e-bikes, deelscooters en Greenwheels). Ook zijn aanvullende faciliteiten beschikbaar, zoals treinklassewissel, geld terug bij vertraging, vergeten in- en uitchecken corrigeren, parkeren voor auto (P+R, parkeren op straat) en fiets (stallen op stations). De afnemers betalen NSR de reizigerskilometers of de door de werknemer gekozen abonnementsvorm en de gebruikte aanvullende faciliteiten tegen het tarief dat ook geldt voor consumenten (retail tarief). De Business Card is een "alles op rekening" dienst en met de Business Card Collectief is reizen met betaling achteraf van de daadwerkelijk gereisde kilometers mogelijk. Met NS Go biedt NSR, naast multimodaal vervoer, ondersteunende administratieve diensten aan zoals omschreven in 1.1. Op de consumentenmarkt biedt NSR NS Flex (reizen op rekening) aan met, op dit moment, een beperkt aantal andere vervoersmodaliteiten (OV-fiets en Dott e-bikes) en de hiervoor genoemde aanvullende faciliteiten. NSR bedient 80% van de zakelijke en 99% van de consumentenmarkt voor MaaS-diensten.
- 1.3 Behalve dat NSR actief is op de MaaS-markt en dus concurrent van andere MaaS-dienstverleners is, is zij ook houder van de HRN-concessie en daarmee de exclusief gerechtigde voor de exploitatie van het grootste deel van het openbaar vervoer per trein in Nederland.
- 1.4 Het aanbod van de MaaS-dienstverleners is in omvang en inhoud bijna volledig afhankelijk van het tarieven- en aanvullende faciliteitenaanbod (wholesale aanbod) door de vervoerders. De marge tussen de inkoop tarieven (wholesale tarieven) van de verschillende vervoerders en de retail tarieven die zij hanteren, is bepalend voor de omvang van de beschikbare markt voor MaaS-dienstverleners. De retail tarieven die NSR aan haar afnemers in rekening brengt, vormen de bovengrens van de tarieven die een MaaS-dienstverlener aan zijn afnemers (ondernemingen en consumenten) in rekening kan brengen. De marge tussen wholesale tarieven en retail tarieven gebruiken de MaaS-dienstverleners om hun kosten te dekken. Daarnaast genereren zij omzet met ondersteunende administratieve diensten zoals omschreven in 1.1 en met het in rekening brengen van een vast bedrag per kaart of app. Wat de aanvullende faciliteiten betreft bestaat eenzelfde afhankelijkheid van de vervoerders als bij het tarievenaanbod.

- 1.5 Het wholesale aanbod van NSR aan MaaS-dienstverleners bestond in de periode van 2018 tot 2023 uit een inkoopkortingsregeling, het Referentie Aanbod Zakelijk. De korting bedroeg 15% op dalritten plus 3,4% additionele korting op spits- en dalritten (onder de noemers volumekorting en marketing fee). De kortingsregeling gold alleen voor het aanbod van treinvervoer door MaaS-dienstverleners aan zakelijke afnemers en MaaS-dienstverleners hoefden deze korting niet volledig door te geven aan hun klanten. Vanaf 2020 biedt NSR het NS Resell Pakket (NSRP) aan. Het vervoer dat MaaS-dienstverleners hiermee inkopen, kunnen zij zowel in het zakelijke als het consumenten segment van de markt aanbieden. De NSRP korting bedraagt 15% op dalritten plus 2% additionele korting op spits- en dalritten. Deze additionele korting heeft als noemer distributiekostencompensatie (DKC). De DKC is in de loop van de tijd verhoogd naar 3,4%.
- 1.6 De staatssecretaris heeft de beleidskeuze gemaakt dat de "deur-tot-deur-reis" wordt bevorderd. Dit beleidsdoel realiseert de staatssecretaris (mede) door in de concessies voor het openbaar vervoer (de regionale concessies en de HRN-concessie) daarop gerichte voorwaarden voor de vervoerders (concessiehouders) op te nemen. De voorwaarden in de HRN-concessie zijn weergegeven in 2.
- 1.7 Vanaf 1 januari 2025 biedt NSR onder de nieuwe HRN-concessie opnieuw het NSRP aan. De DKC bedraagt vanaf dan 3,6%. De staatssecretaris heeft onlangs opdracht gegeven voor een economisch onderzoek naar dit referentieaanbod van NSR. Hij verwacht in juli 2025 een besluit te nemen over de vraag of hij gebruik zal maken van zijn bevoegdheid zelf een referentieaanbod, waaronder een wholesale tarief (resell tarief), vast te stellen.

Wat bepaalt de HRN-concessie over MaaS?

- 2.1 Het opschrift van hoofdstuk 4 van de HRN-concessie is: "Faciliteren dat NS-reizigers zo optimaal en drempelloos mogelijk van deur-tot-deur kunnen reizen", waarbij gelet op artikel 1 van de HRN-concessie met NS is bedoeld: NSR.
- 2.2 Het opschrift van paragraaf 4.2 is: "Samenwerking". Artikel 39 ("Samenwerkingsstrategie"), eerste lid, luidt, voor zover hier van belang:
- " NS werkt constructief samen met derden [], in het belang van de reiziger en draagt hiermee bij aan de invulling van het Beleidsdoel Deur-Tot-Deurreis. Onder derden worden verstaan:
- {};
 - andere vervoerders: dit zijn []; MaaS-dienstverleners;
 - {};
 - {};
 - zakelijke mobiliteits- en serviceproviders;
 - deelmobiliteitsaanbieders."
- 2.3 Het opschrift van paragraaf 4.3 is: "Overige maatregelen om (de betaling voor) de deur-tot-deurreis te vereenvoudigen." Artikel 44 ("Verkoop en betaling van kaarten via derden") luidt:
- " 1. NS voldoet aan de eisen zoals opgenomen in het document Concessiebijlage MaaS-waardige bestekseisen [versie 3.0 van 26 november 2021] dat is opgesteld door CROW-KpVV en is vastgesteld door de concessieverlenende overheden.
2. In het geval CROW-KpVV een nieuwe versie van het document Concessiebijlage MaaS-waardige bestekseisen opstelt, treden NS en de Concessieverlener in overleg over de baten voor NS-reizigers en de (financiële) gevolgen voor de uitvoering van de Concessie van de implementatie van die nieuwe versie ten opzichte van de voorheen geldende versie. Voorafgaand aan het overleg brengt NS de (eventuele) (financiële) effecten van die implementatie in kaart en deelt deze op een transparante wijze met de Concessieverlener.

3. Indien uit het overleg als bedoeld in het tweede lid volgt dat het te verwachten negatieve financieel effect op de Concessie groter is dan 1 miljoen euro per jaar op het rendement van NS, geven NS en de Concessieverlener gezamenlijk opdracht tot het uitvoeren van een onafhankelijk onderzoek naar deze (financiële) effecten en andere gevolgen van de implementatie op de uitvoering van de Concessie.

4. Indien de Concessieverlener vraagt om informatie ten behoeve van besluitvorming over de MaaS-waardige bestekseisen overeenkomstig het eerste lid, levert NS deze informatie, voor zover beschikbaar, binnen een redelijke termijn op.

5. Voordat de Concessieverlener instemt met een nieuwe versie van het document Concessiebijlage MaaS-waardige bestekseisen maken NS en de Concessieverlener afspraken over:

a. de eventuele financiële compensatie aan NS voor die implementatie overeenkomstig artikel 76, derde tot en met zevende lid; en/of

b. de gevolgen voor de uitvoering van de Concessie overeenkomstig artikel 76, negende lid, en de eventuele niet financiële gevolgen volgend uit de toepassing van artikel 76, vierde lid.

Hierbij wordt rekening gehouden met de uitkomsten van de onderzoeken, genoemd in het derde lid en artikel 76, vierde lid.

6. NS implementeert vervolgens de nieuwe versie van het document Concessiebijlage MaaS-waardige bestekseisen binnen één jaar na publicatie van de door de concessieverlenende overheden vastgestelde versie.

7. In het geval de termijn van één jaar volgens NS niet haalbaar is, verzoekt zij de Concessieverlener schriftelijk en met redenen omkleed om toestemming voor uitstel.

8. NS kan, in aanvulling op het bepaalde in het eerste en tweede lid, jaarlijks een voorstel doen aan de Concessieverlener voor een eigen referentieaanbod. Dit voorstel moet een onderbouwing bevatten van zijn bijdrage aan het Beleidsdoel Deur-Tot-Deurreis, de ontwikkeling van duurzame mobiliteit en het verhogen van de bezetting in het OV. De onderbouwing geeft inzicht in de (financiële) consequenties en bevat een impactanalyse door een onafhankelijke partij, waarin de berekening is getoetst.

9. De Concessieverlener beslist of het voorstel voor een eigen referentieaanbod uit het achtste lid wordt aangemerkt als invulling van de (tarifierings)eisen die onderdeel zijn van de MaaS-waardige bestekseisen, genoemd in het eerste en tweede lid, of als aanvulling daarop. Als de Concessieverlener dit voorstel voor een referentieaanbod van NS als een aanvulling op die (tarifierings)eisen ziet, heeft NS het recht om haar eigen referentieaanbod in te trekken indien NS aantoonbaar dat de combinatie van die (tarifierings)eisen en het door NS voorgestelde referentieaanbod negatieve (financiële) gevolgen hebben, waarvoor de Concessieverlener NS niet in een vergelijkbare positie wil brengen als voor de aanvulling. Indien de Concessieverlener instemt met een nieuwe versie van het document Concessiebijlage MaaS-waardige bestekseisen als bedoeld in het zesde lid, dan heeft NS het recht haar eigen referentieaanbod (indien van toepassing) in te trekken.

10. NS en de Concessieverlener evalueren gezamenlijk de implementatie binnen één jaar na de implementatie. De Concessieverlener kan op basis van de uitkomsten uit de evaluatie voorstellen tot aanpassingen doen aan de wijze van implementatie."

2.4 In punt 1 van het document Concessiebijlage MaaS-waardige bestekseisen (versie 4.1 van 1 juli 2024) (MaaS-waardige bestekseisen) staat:

" De Concessiehouder werkt mee aan de verkoop en betaling via Derden, zoals MaaS-dienstverleners, waarbij de Concessiehouder bij deze Derden ten hoogste de prijs in rekening brengt die Reizigers betalen wanneer zij de betreffende reis bij de Concessiehouder aanschaffen (1). De concessiehouder maakt daarbij geen ongeoorloofd onderscheid tussen Derden. Om de prijs voor de betreffende reis te bepalen kan de Concessieverlener een Reselltarief vaststellen. In dat geval berekent de Concessieverlener het Reselltarief (of de reselltarieven), waarbij de Concessieverlener in overleg met de Concessiehouder de variabelen vaststelt (2).

(1): 1 In deze eisenset wordt het resellmodel gehanteerd. In het Toelichtend [document] is een uitleg opgenomen over zowel het resellmodel als het elders gehanteerde agentuurmodel.

(2): Het Reselltarief kan op verschillende manieren worden berekend, bijvoorbeeld met een formule. In het Toelichtend document is hiervan een voorbeeld opgenomen. Andere manieren om één of meerdere reselltarieven vast te stellen zijn ook mogelijk, zoals in het Toelichtend document wordt uitgelegd.”

Verkorte weergave standpunten van partijen

- 3.1 De MaaS-aanbieders betogen in de kern dat de staatssecretaris door in de HRN-concessie wel een exclusief recht op te nemen, maar onvoldoende strikte en precieze eisen te stellen aan NSR wat de MaaS-markt betreft, een situatie in het leven heeft geroepen die het reële risico meebrengt dat NSR de economische machtspositie die zij aan de HRN-concessie ontleent, misbruikt om de mededinging op de aanpalende markt voor MaaS-diensten, waarop zij eveneens actief is, te belemmeren. Artikel 44 van de HRN-concessie en de MaaS-waardige bestekseisen beperken deze risico's niet of onvoldoende. Dat is in strijd met artikel 106, eerste lid, gelezen in samenhang met artikel 102, van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU). Om die strijd weg te nemen moet (artikel 44 van) de HRN-concessie zowel in materieel opzicht als in procedureel opzicht worden aangescherpt.
- 3.2 De staatssecretaris betoogt in de eerste plaats dat de HRN-concessie een openbardienstcontract is en daarom niet aan het algemene kader van artikel 106, eerste lid, gelezen in samenhang met artikel 102, van het VWEU moet worden getoetst, maar aan de bijzondere regels van Verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en Verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad (Pb. 2007, L 315, blz. 1), per 24 december 2017 gewijzigd met Verordening (EU) 2016/2338 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2016 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1370/2007, met betrekking tot de openstelling van de markt voor het binnenlands personenvervoer per spoor (Pb. 2016, L 354, blz. 22) (PSO-verordening). De PSO-verordening heeft exclusieve werking en is daarmee het exclusieve wettelijke kader waarbinnen compensatie en/of exclusieve rechten voor openbardienstverplichtingen zoals opgenomen in de HRN-concessie moeten worden beoordeeld. Ook de bepalingen in de HRN-concessie die zijn gericht op het realiseren van het beleidsdoel “deur-tot-deur-reis” vallen onder het toepassingsbereik van de PSO-verordening. De staatssecretaris is niet gehouden om meer te doen dan de PSO-verordening vergt. De MaaS-aanbieders hebben niets aangevoerd op grond waarvan zou moeten worden geconcludeerd tot strijdigheid van de HRN-concessie met de PSO-verordening. Ook als het voorgaande niet zo zou zijn, slaagt het betoog van de MaaS-aanbieders niet. De mededingingsregels, waaronder artikel 102 van het VWEU, zijn hier op grond van artikel 106, tweede lid, van het VWEU niet van toepassing, omdat NSR met de HRN-concessie is belast met het uitvoeren van een dienst van algemeen economisch belang. Verder ligt aan de stellingen van de MaaS-aanbieders geen economische analyse ten grondslag waarin de relevante markt is afgebakend en aannemelijk wordt gemaakt dat NSR op die markt een economische machtspositie heeft. Ook maken de MaaS-aanbieders niet aannemelijk dat sprake is van een reëel risico op misbruik van die economische machtspositie op de aanpalende markt van MaaS-dienstverlening. De verplichtingen voor NSR die in artikel 44 van de HRN-concessie zijn opgenomen, en de dynamische verwijzing in dit artikel naar de MaaS-waardige bestekseisen, borgen bovendien voldoende dat op de MaaS-markt een gelijk speelveld bestaat, zodat er hoe dan ook geen reëel risico op misbruik is.
- 3.3 Het standpunt van NS komt overeen met dat van de staatssecretaris.

Beoordeling door het College

Vallen de MaaS-voorwaarden in de HRN-concessie onder het toepassingsbereik van de PSO-verordening?

4 Het College stelt voorop dat het in de HRN-concessie vastleggen van afspraken over de samenwerking van NSR met MaaS-dienstverleners en de verkoop en betaling van vervoerbewijzen via

hen, niet meebrengt dat het gebod van artikel 106, eerste lid, gelezen in samenhang met artikel 102, van het VWEU om geen enkele maatregel te nemen die in strijd is met het verbod dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de interne markt of een wezenlijk onderdeel daarvan, daarop niet van toepassing is. Op grond van artikel 93 van het VWEU zijn met de Verdragen verenigbaar de steunmaatregelen die beantwoorden aan de behoeften van de coördinatie van het vervoer of die overeenkomen met de vergoeding van bepaalde met het begrip "openbare dienst" verbonden, verplichte dienstverrichtingen. De PSO-verordening - die haar grondslag vindt in de artikelen 91 en 109 van het VWEU - heeft, gelet op artikel 1, eerste lid, eerste volzin, als doel vast te stellen op welke manier voor het openbaar personenvervoer bevoegde instanties ervoor kunnen zorgen dat in vergelijking met een volledig vrije marktwerking onder meer het aantal, de veiligheid en de kwaliteit van diensten van algemeen belang toenemen en deze diensten worden verzekerd tegen een lagere kostprijs. Daartoe worden volgens artikel 1, eerste lid, tweede volzin, in de PSO-verordening de voorwaarden gesteld waaronder de bevoegde instanties, wanneer zij een openbare dienstverplichting als bedoeld in artikel 2, aanhef en onder e), opleggen of daartoe een contract afsluiten, aan exploitanten een compensatie voor de kosten en/of exclusieve rechten verlenen als tegenprestatie voor het vervullen van openbare dienstverplichtingen. In zoverre bevat de PSO-verordening specifieke regels die de generieke regels van de Verdragen, waaronder de regels betreffende mededinging en staatssteun, opzij zetten. De voorwaarden in de HRN-concessie die strekken tot het verwezenlijken van het beleidsdoel "deur-tot-deur-reis" en het vastleggen van afspraken over de samenwerking van NSR met MaaS-dienstverleners en de verkoop en betaling van vervoerbewijzen via hen, maken echter geen deel uit van de openbare dienstverplichting en zijn ook geen tegenprestatie voor het vervullen van een openbare dienstverplichting. Daarom vallen de MaaS-voorwaarden in de HRN-concessie niet onder het toepassingsbereik van de PSO-verordening en zijn de generieke regels van de Verdragen, in het bijzonder de mededingingsregels en de staatssteunregels, daarop van toepassing.

Is de uitzondering van artikel 106, tweede lid, eerste volzin, van het VWEU hier van toepassing?

5 Niet in geschil is, en ook voor het College staat vast, dat NSR met de openbare dienstverplichting tot de exploitatie van het HRN een dienst van algemeen economisch belang uitvoert. De vraag is dan of toepassing daarop van de mededingingsregels van de Verdragen, in het bijzonder artikel 102 van het VWEU, de vervulling van de aan NSR toevertrouwde bijzondere taak verhindert. Dat is naar het oordeel van het College niet het geval. De MaaS-voorwaarden in de HRN-concessie raken als zodanig niet de exploitatie van het HRN en verhinderen in elk geval niet de uitvoering daarvan. Dat NSR mogelijk minder opbrengsten genereert doordat het door haar te hanteren wholesale tarief lager ligt dan haar retail tarief, is voor een ander oordeel niet toereikend. Daar komt bij dat het beleidsdoel "deur-tot-deur-reis" mede als oogmerk heeft het stimuleren van het openbaar vervoer en het aantal van NSR afgenomen reizigerskilometers ook groter kan worden. Daarnaast is van belang dat artikel 44 van de HRN-concessie ook bepalingen bevat op grond waarvan NSR, onder bepaalde voorwaarden, wordt gecompenseerd als de MaaS-waardige bestekseisen in voor haar ongunstige zin worden aangepast. Dit alles betekent dat artikel 106, tweede lid, eerste volzin, van het VWEU er niet aan in de weg staat dat artikel 106, eerste lid, gelezen in samenhang met artikel 102, van het VWEU hier van toepassing is.

Wat betekent het gebod van artikel 106, eerste lid, gelezen in samenhang met artikel 102, van het VWEU voor deze zaak?

6 Omdat het gebod van artikel 106, eerste lid, gelezen in samenhang met artikel 102, van het VWEU van toepassing is, geldt het volgende. Het verlenen van het exclusieve recht tot exploitatie van het HRN mag geen situatie scheppen waarin de concessiehouder door de enkele uitoefening van dit recht misbruik maakt van zijn machtspositie, of een situatie creëren waarin de concessiehouder tot een dergelijk misbruik wordt gebracht. Daarbij is niet van belang of daadwerkelijk misbruik plaatsvindt. Het College verwijst hier in het bijzonder naar overweging 41 van het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (Hof van Justitie) van 17 juli 2014, ECLI:EU:C:2014:2083; *Commissie/DEI*. Dit betekent dat wordt gehandeld in strijd met artikel 106, eerste lid, gelezen in samenhang met artikel

102, van het VWEU als het verlenen van het exclusieve recht zonder aanvullende maatregelen het reële risico meebrengt dat de concessiehouder misbruik maakt van zijn machtspositie. Daarbij geldt dat dit (potentiële) misbruik ook kan plaatsvinden op een - bestaande - aanpalende markt.

Is voldaan aan de voorwaarden om toepassing te geven aan artikel 106, eerste lid, gelezen in samenhang met artikel 102, van het VWEU?

- 7.1 Het College gaat ervan uit dat NSR een economische machtspositie heeft. Met artikel 2, eerste lid, van de HRN-concessie kent de staatssecretaris aan NSR het exclusieve recht toe tot het uitvoeren van openbaar personenvervoer per trein over de verbindingen die zijn aangewezen in het Besluit hoofdrailnet en die zijn opgenomen in de concessie. Dat betekent dat NSR de markt voor openbaar personenvervoer per trein op het HRN (vrijwel volledig) met uitsluiting van andere ondernemingen mag exploiteren. Mede gelet op het gegeven dat 95% van het totale aantal reizigerskilometers per trein wordt afgelegd op het HRN, kan NSR in beginsel worden geacht op die markt een economische machtspositie in te nemen. Het College verwijst naar de arresten van het Hof van Justitie van 13 februari 1979, ECLI:EU:C:1979:36; *Hoffmann-La Roche*, 18 juni 1991, ECLI:EU:C:1991:254; *ERT*, 3 juli 1991, ECLI:EU:C:1991:286; *AKZO*, en 10 december 1991, ECLI:EU:C:1991:464; *Porto di Genova*. In wat de staatssecretaris daarover heeft aangevoerd ziet het College geen grond om aan te nemen dat zich hier een uitzonderingssituatie voordoet als gevolg van de aanwezigheid van compenserende afnemersmacht (vgl. het arrest van het Hof van Justitie van 14 februari 1978, ECLI:EU:C:1978:22; *United Brands*) of het bestaan van een reële dreiging van toekomstige uitbreiding door bestaande concurrenten of door toetreding van potentiële concurrenten (vgl. *Hoffmann-La Roche*). Het beroep van de staatssecretaris op de uitspraak van het College van 1 juni 2021, ECLI:NL:CBB:2021:560, slaagt niet. In die zaak oordeelde het College dat NS geen economische machtspositie heeft bij de concurrentie *om* het spoor. In de context van deze zaak gaat het echter om de positie van NSR *op* het spoor en is relevant dat de HRN-concessie is verleend tot en met 24 december 2033 en dus voor een lange periode.
- 7.2 De volgende vraag is of het reële risico bestaat dat NSR misbruik maakt van haar economische machtspositie op de markt voor openbaar personenvervoer per trein op het HRN. Die markt is nauw verweven met de bestaande markt voor MaaS-dienstverlening waarvan het (concessie)vervoer per trein veruit het belangrijkste element is. Treinvervoer is namelijk dé "grondstof" voor het aanbod van MaaS-dienstverleners en zonder die grondstof is dat aanbod onbestaanbaar. De wijze waarop NSR haar uitsluitende recht uitoefent kan dan ook (rechtstreeks) invloed hebben op de mate waarin MaaS-dienstverleners marktactiviteiten kunnen (blijven) ontplooien. Daarbij komt dat er spanning bestaat tussen aan de ene kant het belang dat NSR als concessiehouder en MaaS-dienstverlener heeft bij de omzet uit treinvervoer, en aan de andere kant haar wholesale aanbod dat de MaaS-dienstverleners in staat moet stellen tot een marktaanbod dat (doordat ten minste gelijke tarieven worden geboden) kan concurreren met het retail aanbod van NSR. Het wholesale aanbod van NSR, dat het verwezenlijken van het beleidsdoel "deur-tot-deur-reis" moet dragen, is nauwelijks aan voorwaarden gebonden. Het onderzoek Gelijk speelveld voor bedrijvenkaartaanbieders van 28 augustus 2023 van de Autoriteit Consument en Markt (ACM), uitgevoerd naar aanleiding van de motie-Minhas van 28 september 2022 (Tweede Kamer, vergaderjaar 2022-2023, 23 645, nr. 777), en het in opdracht van de MaaS-aanbieders uitgebrachte rapport Vermeden kosten van NS bij de wederverkoop van treintickets van 6 mei 2024 van e-Conomics bevestigen een beperking van de concurrentieruimte onder de vorige HRN-concessie en met de huidige concessievoorwaarden is de situatie niet wezenlijk veranderd. Het eveneens in opdracht van de MaaS-aanbieders uitgebrachte rapport (Mogelijk) Misbruik van Dominantie van 10 februari 2025 waarin e-Conomics onderzoekt of de recente HRN-concessie kan leiden tot misbruik van de dominante positie van NSR, maakt voldoende aannemelijk dat NSR via de inkoopcontracten die zij aanbiedt de omvang van de (retail) markt en het concurrentieproces kan bepalen. Verder vindt ook e-Conomics aanwijzingen dat de marges van de MaaS-dienstverleners in de praktijk lager zijn dan die van NSR doordat in de DKC niet alle vermeden kosten zijn meegenomen. Daarnaast lijkt sprake te zijn van prijsdiscriminatie en niet-prijsgerelateerde discriminatie, zoals beperkte toegang tot aanvullende faciliteiten waaronder treinklassewissel en restituties bij vergeten in-

en uitchecken. Ook lijkt de dalurenkorting voor MaaS-dienstverleners niet in verhouding te staan tot de (consumenten)kortingen die NSR in haar eigen MaaS-aanbod geeft. Hieruit volgt dat het risico reëel is dat NSR met de machtspositie op de markt voor openbaar personenvervoer per trein op het HRN de concurrentie op de MaaS-markt belemmert.

Is het risico van misbruik van de economische machtspositie van NSR in materieel opzicht voldoende geredresseerd?

8.1 In de HRN-concessie zijn twee bepalingen opgenomen die gericht zijn op het wholesale aanbod van NSR aan MaaS-dienstverleners: artikel 39, eerste lid, en artikel 44 met daarin onder meer de dynamische verwijzing naar de MaaS-waardige bestekseisen. Artikel 39, eerste lid, houdt een samenwerkings- en medewerkingsplicht van NSR in. Punt 1 van de MaaS-waardige bestekseisen bevat een tariefplafond en een (algemeen) verbod voor een concessiehouder op het maken van ongeoorloofd onderscheid tussen derden. In de toelichting bij artikel 44 van de HRN-concessie is verder opgenomen:

“ In de MaaS-waardige bestekseisen zijn verschillende randvoorwaarden opgenomen. Deze voorwaarden waar ook NS richting derden onder andere aan moet voldoen zijn: (1) transparant, (2) non-discriminerend en (3) concurrerend. De MaaS-waardige bestekseisen zijn van toepassing voor alle derde partijen. Deze randvoorwaarden borgen een gelijk speelveld voor mobiliteitsdienstverleners en MaaS-aanbieders.”

De drie voorwaarden waarnaar verwezen wordt, zijn echter niet in de MaaS-waardige bestekseisen opgenomen maar in het Toelichtend document bij de Concessiebijlage MaaS-waardige bestekseisen, waarover de toelichting bij artikel 44 van de HRN-concessie opmerkt dat dit document voor NS niet bindend is. Het College stelt vast dat daarmee in de MaaS-waardige bestekseisen zelf de drie pijlers van het gelijke speelveld, dat volgens de toelichting bij artikel 44 van de HRN-concessie geborgd zou zijn, ontbreken. Ook het hoofdoel, het borgen van dat gelijke speelveld, is daarin niet opgenomen.

8.2 Het voordeel van de dynamische verwijzing naar de MaaS-waardige bestekseisen is dat de staatssecretaris bij een wijziging van deze eisen de HRN-concessie niet hoeft aan te passen. De keerzijde hiervan is dat een wijziging van de MaaS-waardige bestekseisen voor MaaS-dienstverleners ook onvoordelig kan uitpakken. Dat betekent dat niet verzekerd is dat de waarborgen die de eisen voor MaaS-dienstverleners bieden, gedurende de looptijd van de HRN-concessie ten minste op het initiële niveau gehandhaafd blijven.

8.3 In de MaaS-waardige bestekseisen leggen (regionale) concessieverleners en andere betrokkenen afspraken vast over de aan concessiehouders te stellen eisen om de condities te creëren en belemmeringen weg te nemen om de MaaS-markt verder te ontwikkelen. Het gaat om algemene eisen, die de betrokken concessieverlener met aanvullend en invullend maatwerk kan uitbreiden. Die MaaS-waardige bestekseisen zijn niet toegesneden op de situatie, zoals in dit geval, dat de concessiehouder die de verkoopvoorwaarden aan de MaaS-dienstverleners stelt, het belangrijkste onderdeel van de ketenreis exploiteert en tegelijkertijd als dienstverlener op de MaaS-markt veruit het grootste marktaandeel heeft. Ook de bevoegdheden die de concessieverlener heeft jegens de concessiehouder, zijn daarop niet toegesneden. Volgens punt 1 van de MaaS-waardige bestekseisen kan de concessieverlener een resell tarief (het wholesale tarief) vaststellen. In dat geval berekent hij het resell tarief, waarbij hij in overleg met de concessiehouder de variabelen vaststelt. De bestekseisen geven geen richting aan de berekeningsmethode van het resell tarief en daarin te betrekken variabelen en kostensoorten. In de praktijk legt NSR een referentieaanbod voor aan de staatssecretaris, naar het College aanneemt als invulling van de (tarifierings)eisen die onderdeel zijn van de MaaS-waardige bestekseisen (zoals bedoeld in artikel 44, negende lid, van de HRN-concessie). De staatssecretaris beoordeelt dit aanbod en stelt zo nodig, als hij het aanbod onvoldoende acht, zelf een resell tarief vast. De rekenmethode voor het referentieaanbod en de variabelen, waaronder de daadwerkelijk vermeden kosten, zijn echter niet bepaald, net zo min als de criteria aan de hand waarvan de staatssecretaris het referentieaanbod beoordeelt. In dit verband is relevant dat het onderzoek van de ACM en het rapport

Vermeden kosten van NSR bij de wederverkoop van treintickets van e-Conomics een aanwijzing vormen dat nadere waarborgen nodig zijn om het risico dat NSR met haar machtspositie de concurrentie op de MaaS-markt belemmert, het hoofd te bieden. Beide rapporten hebben de situatie onder de vorige HRN-concessie als vertrekpunt genomen. De ACM heeft onderzocht in hoeverre er een gelijk speelveld is tussen NSR en de MaaS-dienstverleners op de zakelijke markt. Het onderzoek veronderstelt een gelijk speelveld wanneer de marges tussen wholesale tarieven en retail tarieven voldoende zijn om de verkoopkosten van een even efficiënte aanbieder als NSR te dekken. De ACM concludeert dat het beleid van NSR in de basis geschikt is om een gelijk speelveld te borgen en dat zij het beeld heeft dat de kortingen van het wholesale aanbod van NSR in de jaren tot het moment van onderzoek in de praktijk hoger zijn geweest dan dat beleid voorschrijft. De ACM signaleert ruimte voor verbetering voor een gelijk speelveld bij het vaststellen van de DKC, door daarin de kosten (waaronder vaste verkoopkosten) te betrekken die NSR op termijn bespaart bij een bepaalde toename van het volume van de via de MaaS-dienstverleners geleverde vervoersdiensten. Daarnaast ontbreken volgens de ACM de vermogenskosten, de restitutiekosten voor vergeten in- en uitchecken en een deel van de vermijdbare kaartkosten die NSR bij verkoop van vervoersdiensten via bedrijfskaarten vermijdt. Dit zijn volgens de ACM kosten die even efficiënte aanbieders wel maken. Voor een gelijk speelveld is het nodig al deze kosten mee te nemen bij het vaststellen van de DKC. Volgens de ACM zou de DKC van 3,4% met 2 tot 3% vermeerderd moeten worden. e-Conomics heeft op basis van de uitgangspunten van de ACM de verkoopkosten van NSR aan de hand van openbare bronnen en modellen verder in beeld gebracht en geconcludeerd dat de ruimte voor verbetering van de distributiekostenvergoeding nog hoger is, namelijk tot 7,6%. Daarbij merkt e-Conomics wel op dat vraagtekens kunnen worden gezet bij de gepastheid van even efficiënte aanbieder (zoals in beide onderzoeken is gedaan) als uitgangspunt, vanwege de directe relatie tussen de omvang van de gemiddelde nettomarge tussen retail tarieven en wholesale tarieven en de omvang van de voor concurrenten beschikbare markt.

8.4 Uit 8.1, 8.2 en 8.3 volgt dat (artikel 44 van) de HRN-concessie, met daarin de dynamische verwijzing naar de MaaS-waardige bestekseisen, in materieel opzicht niet toereikend is om het risico op misbruik van de economische machtspositie van NSR voldoende te redresseren.

Tussenconclusie

9.1 Artikel 44 van de HRN-concessie is in strijd is met artikel 106, eerste lid, gelezen in samenhang met artikel 102, van het VWEU. Artikel 44, zoals dit nu luidt, kan daarom niet in stand blijven. Om te voorkomen dat de waarborgen voor een gelijk speelveld op de MaaS-markt die artikel 44 op dit moment bevat, (tijdelijk) verloren gaan, gaat het College nu niet tot grondverklaring en vernietiging over, maar doet het een tussenuitspraak met de opdracht aan de staatssecretaris om deze gebreken te herstellen met inachtneming van (de overwegingen en) de aanwijzingen in deze tussenuitspraak.

9.2 Allereerst moet de staatssecretaris in de HRN-concessie de uitgangspunten opnemen dat het wholesale aanbod van NSR transparant, non-discriminair en concurrerend moet zijn en ertoe moet strekken een gelijk speelveld tot stand te brengen tussen NSR en MaaS-dienstverleners. Deze uitgangspunten zijn vervolgens bepalend voor het antwoord op de vraag of het referentieaanbod dan wel het resell tarief aanvaardbaar is en behoeven bovendien concrete invulling. Daartoe moet in de HRN-concessie worden vastgelegd volgens welke methode (variabelen en kostensoorten) het referentieaanbod wordt berekend en beoordeeld. De rekenmethode moet het mogelijk maken de daadwerkelijk vermeden kosten vast te stellen. Hierbij geldt dat, zoals de staatssecretaris ook bij herhaling heeft onderschreven, MaaS-dienstverleners onder de voorwaarden en tarieven van het wholesale aanbod van NSR, het retail aanbod van NSR moeten kunnen "matchen". Dit omvat niet alleen de prijsstelling, maar ook de aanvullende faciliteiten die NSR biedt. Ten slotte moet een voorziening worden getroffen die er in elk geval toe leidt dat voor MaaS-aanbieders ongunstige wijzigingen in de MaaS-waardige bestekseisen niet zonder meer doorwerken in (artikel 44 van) de HRN-concessie.

9.3

De wijzigingen moeten uiterlijk per 1 september 2025 zijn aangebracht en in werking treden. Het College taxeert dat een termijn van twee maanden toereikend is om dit te realiseren. Een langere termijn zou naar het oordeel van het College ook onvoldoende recht doen aan de financiële belangen van de MaaS-aanbieders die met het realiseren van deze wijzigingen (kunnen) zijn gemoeid.

Is het risico van misbruik in procedureel opzicht voldoende geredresseerd?

10 Het College gaat ervan uit dat zowel de beslissing van de staatssecretaris over het referentieaanbod van NSR als het besluit van de staatssecretaris tot vaststelling van een resell tarief een publiekrechtelijke rechtshandeling inhoudt, zodat de MaaS-dienstverleners daartegen bezwaar kunnen maken en vervolgens beroep bij het College kunnen instellen. Het College gaat er verder van uit dat de in de HRN-concessie op te nemen verplichting om een gelijk speelveld op de MaaS-markt te borgen en de verplichting van een transparant, non-discriminatoir en concurrerend wholesale aanbod, voorschriften zijn als bedoeld in artikel 32, eerste lid, van de Wet personenvervoer 2000. Dat betekent dat de staatssecretaris aan NSR, indien zij tekortschiet in het naleven daarvan, ambtshalve of op verzoek van belanghebbenden, waaronder de MaaS-dienstverleners, een last onder dwangsom kan opleggen. Ook daartegen staat bezwaar en vervolgens beroep bij het College open. Sluitstuk is de mogelijkheid om bij (vermeend) misbruik van de door NSR aan de HRN-concessie ontleende economische machtspositie, de ACM te verzoeken handhavend op te treden op grond van de Mededingingswet. Gelet op dit samenstel van mogelijkheden vindt het College de procedurele waarborgen toereikend.

Voorlopige voorziening

- 11.1 De MaaS-aanbieders hebben het College verzocht om, in het geval van een tussenuitspraak, bij wijze van voorlopige voorziening de DKC alvast met een percentage (van bijvoorbeeld 2) te verhogen of te bepalen dat NSR haar MaaS-dienstverlening niet mag bevoordelen. Een voorlopige voorziening van die aard vindt het College niet aangewezen. Bij de huidige stand van zaken kan het College de redelijkheid van (de omvang van) een eventuele verhoging van de DKC niet bepalen en is het risico op onomkeerbare nadelige gevolgen voor NSR te groot. Dat NSR de eigen MaaS-dienstverlening niet mag bevoordelen volgt al uit het verbod om misbruik te maken van haar aan de HRN-concessie ontleende economische machtspositie.
- 11.2 Wel ziet het College, gelet op de in 9.3 genoemde belangen van de MaaS-aanbieders, grond om de staatssecretaris op te dragen om, uitgaande van de met inachtneming van deze tussenuitspraak uiterlijk per 1 september 2025 in de HRN-concessie aan te brengen wijzigingen, uiterlijk op 1 oktober 2025 een besluit te nemen over het referentieaanbod van NSR en, als de staatssecretaris dat aanbod niet aanvaardt, een besluit te nemen tot vaststelling van het resell tarief. Op grond van artikel 8:80b, derde lid, tweede volzin, van de Awb moet het College ook bepalen wanneer deze voorlopige voorziening vervalt. Het College ziet geen aanleiding om daarvoor een andere termijn te bepalen dan de termijn die van rechtswege al voortvloeit uit artikel 8:80b, vierde lid, aanhef en onder b, van de Awb.
- 11.3 Voor de goede orde overweegt het College nog dat het aangewezen is dat ook een met toepassing van artikel 8:80b, derde lid, van de Awb getroffen voorlopige voorziening, ambtshalve of op verzoek van een partij, kan worden opgeheven of gewijzigd. Anders dan in de gevallen waarover artikel 8:87, eerste lid, van de Awb gaat, is niet de voorzieningenrechter daartoe bevoegd maar de rechter die de tussenuitspraak heeft gedaan. Dat is zo, omdat in geval van een tussenuitspraak de zaak nog steeds bij die rechter in behandeling is, zoals ook blijkt uit artikel 8:51a, tweede lid, tweede volzin, van de Awb.

Slotoverweging

12 Het College houdt iedere verdere beslissing aan tot de einduitspraak op het beroep en zal ook over de proceskosten en het griffierecht in de einduitspraak beslissen.

Beslissing

Het College:

- draagt de staatssecretaris op om uiterlijk per 1 september 2025 de gebreken in de HRN-concessie te herstellen met inachtneming van de aanwijzingen in deze tussenuitspraak;
- treft de voorlopige voorziening dat de staatssecretaris met inachtneming van het herstelde artikel 44 van de HRN-concessie een besluit neemt over het referentieaanbod van NSR en, indien nodig, een besluit tot vaststelling van het resell tarief, alles uiterlijk op 1 oktober 2025, en bepaalt dat deze voorlopige voorziening vervalt zodra het College einduitspraak heeft gedaan;
- houdt iedere verdere beslissing aan.

Deze tussenuitspraak is gedaan door mr. T.G.M. Simons, mr. R.C. Stam en mr. M. van Duuren, in aanwezigheid van mr. C.G.M. van Ede, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 30 juni 2025.

w.g. T.G.M. Simons w.g. C.G.M. van Ede