

ECLI:NL:CBB:2016:183

Instantie	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak	14-07-2016
Datum publicatie	14-07-2016
Zaaknummer	15/325
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	Spoorwegwet Verzoek om handhavend optreden door ACM afgewezen Aanbesteding Openbaar Vervoer Concessie Limburg 2016-2031
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

uitspraak

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

zaaknummer: 15/325

14050

uitspraak van de meervoudige kamer van 14 juli 2016 in de zaak tussen

1. **Veolia Transport Nederland Holding B.V.** te Breda,
2. **Veolia Transport Rail B.V.** te Amsterdam,
3. **Veolia Transport Limburg B.V.** te Maastricht, en
4. **Veolia Transport Brabant N.V.** te Breda, appellanten

hierna gezamenlijk ook aangeduid als: Veolia

(gemachtigden: mr. J.F. van Nouhuys en mr. M.C. de Smidt),

en

de Autoriteit Consument en Markt (ACM), verweerster

(gemachtigden: mr. drs. E.T.W.M. van Leeuwen en mr. J. de Vries).

Als derde-partij neemt aan het geding deel:

N.V. Nederlandse Spoorwegen, te Utrecht (NS)

(gemachtigden: mr. M. Rijke en mr. M. Smeets).

Procesverloop

Bij brief van 5 september 2014 heeft Veolia ACM verzocht om handhavend op te treden tegen overtreding van artikel 67 Spoorwegwet (Sw) en artikel 24 Mededingingswet (Mw) door NS.

Bij besluit van 6 maart 2015 heeft ACM ingevolge artikel 71, derde lid, Sw (oud) geoordeeld dat de klacht van Veolia op onderdelen gegrond is. Het verzoek van Veolia om handhavend optreden in de vorm van een last onder dwangsom heeft ACM afgewezen.

Veolia heeft tegen het bestreden besluit beroep ingesteld.

ACM heeft een verweerschrift ingediend. NS heeft een zienswijze ingediend.

Ten aanzien van een aantal stukken die ACM verplicht is over te leggen heeft zij medegedeeld dat uitsluitend het College daarvan kennis zal mogen nemen. Bij beslissing van 29 januari 2016 heeft het College de gevraagde beperking van de kennisneming deels gerechtvaardigd geacht. Veolia en NS hebben het College toestemming verleend om mede op grondslag van die stukken uitspraak te doen.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 3 maart 2016.

Partijen hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigden.

Overwegingen

1. De grondslag van het geschil

1.1 Richtlijn 2001/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2001 inzake de toewijzing van spoorweginfrastructuurcapaciteit en de heffing van rechten voor het gebruik van spoorweginfrastructuur alsmede inzake veiligheids certificering (PbEG 2001, L 75/29; hierna: Richtlijn) luidt, voor zover en ten tijde hier van belang:

"Artikel 5

Diensten

1. Spoorwegondernemingen hebben op een niet-discriminerende basis recht op het minimumtoegangspakket en op de toegang via het spoor tot voorzieningen, als omschreven in bijlage II. De in de punten 1 en 2 van bijlage II bedoelde diensten worden op een niet-discriminerende wijze verleend; verzoeken van spoorwegondernemingen mogen slechts worden afgewezen als er, onder marktvoorwaarden, haalbare alternatieven bestaan. Indien de diensten niet door één enkele infrastructuurbeheerder worden aangeboden, moet de verstrekker van de hoofdinfrastructuur alles doen wat redelijkerwijs mogelijk is om de verschaffing van deze diensten te vergemakkelijken.

2. Indien de infrastructuurbeheerder een van de in bijlage II, punt 3, als "aanvullende diensten" vermelde diensten aanbiedt, moet hij deze op verzoek aan een spoorwegonderneming verschaffen.

3. Spoorwegondernemingen mogen de infrastructuurbeheerder of andere leveranciers om een bijkomende reeks in bijlage II, punt 4, opgenomen "ondersteunende diensten" verzoeken. De infrastructuurbeheerder is niet verplicht deze diensten te verlenen.

Bijlage II

Aan de spoorwegondernemingen te verlenen diensten

1. Het minimumtoegangspakket omvat:

- a. a) behandeling van aanvragen voor infrastructuurcapaciteit;
- b) het recht gebruik te maken van toegewezen capaciteit;
- c) gebruik van aansluitingen en wissels op het net;
- d) treinbeheer met inbegrip van seinen, regeling, treindienstleiding en de overdracht en levering van gegevens over treinbewegingen;
- e) alle overige gegevens die nodig zijn om de dienst waarvoor capaciteit aangevraagd is, tot stand te brengen of te exploiteren.

()

3. De aanvullende diensten kunnen omvatten:

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

4. Ondersteunende diensten kunnen omvatten:

- a. a) toegang tot het telecommunicatienetwerk;
- b) levering van aanvullende informatie;
- c) technische keuring van het rollend materieel."

In de Sw is, ten tijde en voor zover hier van belang, bepaald:

"Artikel 1

1. In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

()

rechthebbende: eigenaar, bezitter of degene die een recht van erfpacht, opstal, vruchtgebruik, gebruik, huur of pacht heeft;

()

spoorwegonderneming: spoorwegonderneming als bedoeld in richtlijn 95/18/EG, alsmede iedere andere onderneming die gebruik maakt of beoogt te maken van de spoorweg en daarvoor de beschikking heeft over tractie;

()

Artikel 67

1. Een rechthebbende ten aanzien van een dienst als bedoeld in artikel 10, zesde lid, van richtlijn 91/440/EEG ten behoeve van spoorwegactiviteiten als bedoeld in dat lid, ten aanzien van een voorziening of dienst als bedoeld in onderdeel 2 van bijlage II bij richtlijn 2001/14/EG of ten aanzien

van een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen, voor het verrichten van vervoer via spoorwegen noodzakelijke voorziening of dienst doet een spoorwegonderneming die daarom verzoekt een redelijk aanbod voor het ter beschikking stellen van die dienst of voorziening tegen kostengeoriënteerde tarieven en onder voorwaarden die de mededinging niet beperken.

2. De rechthebbende onthoudt zich van iedere vorm van discriminatie tussen degenen jegens wie de in het eerste lid bedoelde verplichting geldt.

3. Op de grondslag van hetgeen ingevolge het eerste lid is overeengekomen, stelt de rechthebbende de dienst of voorziening ter beschikking. De rechthebbende mag slechts weigeren om de voorziening ter beschikking te stellen, indien de spoorwegonderneming onder marktvoorwaarden op een voor haar haalbare andere wijze kan voorzien in de behoefte die ten grondslag ligt aan haar verzoek.

4. Indien de beheerder rechthebbende is ten aanzien van een dienst als bedoeld in onderdeel 3 van bijlage II bij richtlijn 2001/14/EG, zijn het eerste tot en met derde lid van overeenkomstige toepassing op een zodanige dienst.

5. Indien er in Nederland slechts één rechthebbende is ten aanzien van een dienst als bedoeld in onderdeel 3 of 4 van bijlage II bij richtlijn 2001/14/EG, zijn, onverminderd het vierde lid, het eerste en tweede lid en het derde lid, eerste volzin, van overeenkomstige toepassing op een zodanige dienst.

Artikel 71

1. Een gerechtigde als bedoeld in artikel 57 of een andere belanghebbende kan de Autoriteit Consument en Markt schriftelijk verzoeken om te onderzoeken of de beheerder, een spoorwegonderneming of een rechthebbende als bedoeld in artikel 67 of 95 de verzoeker oneerlijk heeft behandeld, heeft gediscrimineerd of anderszins heeft benadeeld als bedoeld in artikel 10, zevende lid, van richtlijn 91/440/EEG of artikel 30, tweede lid, van richtlijn 2001/14/EG.

()

4. Indien de Autoriteit Consument en Markt van oordeel is dat de klacht gegrond is, legt zij zo nodig een last onder dwangsom op.

()."

In de Mw is, voor zover hier van belang, bepaald:

"Artikel 24

1. Het is ondernemingen verboden misbruik te maken van een economische machtspositie.

2. Het tot stand brengen van een concentratie als omschreven in artikel 27 wordt niet aangemerkt als het misbruik maken van een economische machtspositie."

1.2 Op grond van de stukken en het onderzoek ter zitting zijn in deze zaak de volgende feiten en omstandigheden voor het College komen vast te staan.

De Provincie Limburg (de Provincie) heeft op 26 juni 2014 aankondiging gedaan van de "Aanbesteding Openbaar Vervoer Concessie Limburg" (de Concessie). De looptijd van de opdracht is van 11 december 2016 tot en met 10 december 2031. Veolia Transport Limburg B.V. en Veolia Transport Brabant N.V. hebben gezamenlijk op de aanbesteding ingeschreven. Daarnaast hebben Arriva Personenvervoer Nederland B.V. (Arriva) en Abellio Limburg B.V. (Abellio) op de aanbesteding ingeschreven. Naar aanleiding van de bekendmaking door NS op 28 april 2015 dat zich bij de inschrijving door Abellio onregelmatigheden hebben voorgedaan, heeft de Provincie Abellio van de aanbesteding uitgesloten. Op 2 juni 2015 is de concessie gegund en verleend aan Arriva.

Met het oog op een latere inschrijving op de aanbesteding, heeft Veolia op 12 augustus 2014 NS bij brief verzocht om een redelijk aanbod uit te brengen ingevolge artikel 67 Sw voor de toegang tot meerdere diensten en voorzieningen. Aangezien NS niet inhoudelijk op het verzoek van Veolia heeft gereageerd, heeft Veolia bij brief van 5 september 2014 ACM onder meer verzocht om te onderzoeken of NS voldoet aan haar verplichtingen ingevolge artikel 67 Sw en, onder verwijzing naar artikel 24 Mw,

te onderzoeken of NS misbruik maakt van haar machtspositie. Veolia heeft ACM tevens verzocht om zo nodig handhavend op te treden om de naleving van de op NS rustende verplichtingen te herstellen. NS heeft op 15 september 2014 aan Veolia een aanbod gedaan. Bij brief van 23 september 2014 heeft Veolia ACM verzocht de behandeling van haar verzoek van 5 september 2014 onverminderd voort te zetten. In voormelde brief van 12 augustus 2014 heeft Veolia NS tevens om informatie verzocht.

2. Het bestreden besluit

In het bestreden besluit overweegt ACM dat zij, gelet op het spoedeisend belang, in eerste instantie onderzoek heeft verricht op basis van de Sw. Het bestreden besluit is dan ook enkel gegrond op de artikelen 67 en 71 Sw.

ACM is tot de slotsom gekomen dat de klacht van Veolia op een aantal onderdelen gegrond is. NS heeft het verzoek van Veolia onnodig vertraagd en daarmee geen redelijk aanbod als bedoeld in artikel 67 Sw gedaan. Voor zover het aanbod dat uiteindelijk door NS is gedaan niet onherroepelijk is, acht ACM dit evenmin redelijk. In het bestreden besluit heeft ACM overwogen dat de volgende door Veolia verzochte diensten en voorzieningen kwalificeren als bijkomende diensten en voorzieningen in de zin van artikel 67 Sw:

- i. pauzelocties voor trein- en buspersoneel en servicepunten voor reizigers;
- ii. (de locaties voor) het aanbrengen van nieuwe noodknopvoorzieningen en voor de huur of overname van bestaande noodknopvoorzieningen op passagiersstations;
- iii. (de locaties voor) de kaartverkoopautomaten en OV-chipkaartvoorzieningen op passagiersstations;
- iv. het gebruik van actuele reisinformatie op passagiersstations en de levering van statische reisinformatie met betrekking tot overstaprelaties op knooppunten, en;
- v. energie en afhandeling van storingen voor de hiervoor onder i, ii en iii genoemde voorzieningen.

Omdat in de aanbestedingsprocedure de termijn voor inschrijvingen inmiddels is gesloten, is het volgens ACM niet nodig een last onder dwangsom op te leggen. Voor zover Veolia heeft verzocht om handhavend optreden in de vorm van een last onder dwangsom, wijst ACM het verzoek af.

Ten aanzien van drie onderdelen acht ACM de klacht ongegrond. Het beschikbaar stellen van tijdelijk materieel valt naar het oordeel van ACM niet binnen de reikwijdte van artikel 67 Sw en ten aanzien van het verzoek tot aanvullende informatie over aansluitingen tussen het hoofd railnet en bussen en treinen van het Limburgnet, alsmede het verzoek tot omzetting informatie, oordeelt ACM dat onvoldoende duidelijk was welke aanvullende informatie Veolia wenste.

3. Het standpunt van Veolia

Het beroep van Veolia heeft betrekking op voormelde drie onderdelen van het bestreden besluit.

In beroepsgrond 1 voert Veolia aan dat zij, om te kunnen voldoen aan de eisen die in het Bestek betreffende de Concessie gesteld zijn aan het in te zetten treinmaterieel, NS heeft verzocht om een aanbod te doen voor elektrische treinen en dieseltreinen. Veolia heeft tevens verzocht om een opgave van de typen materieel alsmede de prijzen voor de beschikbare treinen. Voor het geval het niet mogelijk is om het materieel van NS te huren of te leasen, heeft Veolia aan NS gevraagd om een aanbod te doen voor de verkoop van het betreffende materieel. Volgens Veolia is ACM ten onrechte tot de vaststelling gekomen dat het verzoek van Veolia voor rijdend materieel niet valt binnen de reikwijdte van artikel 67 Sw. Aangezien NS de enige partij is die het betreffende treinmaterieel kan leveren, kan Veolia niet anders dan het benodigde tijdelijke materieel afnemen van NS. Veolia wijst erop dat de in Bijlage II bij de Richtlijn (Bijlage II), punt 3, onder d, vermelde dienst betreffende speciaal opgestelde overeenkomsten voor ondersteuning bij het laten rijden van speciale treinen goed past op de voorliggende kwestie van het tijdelijke materieel. Volgens Veolia dient daaronder begrepen te worden de support van de enige partij die over het materieel beschikt, te weten NS, aan Veolia door

het op basis van een daarvoor opgestelde overeenkomst tussen beide partijen de inzet van tijdelijk materieel mogelijk te maken. Veolia betoogt dat het treinmaterieel waarop haar verzoek betrekking had, kan worden beschouwd als speciale treinen in de zin van Bijlage II, punt 3, onder d.

Subsidiair voert Veolia aan dat de opsomming van de aanvullende diensten van Bijlage II, punt 3, nadrukkelijk niet limitatief is. Gelet op de doelstelling van de Richtlijn om ondernemingen gelijkwaardige en niet-discriminerende toegang tot het spoorwagennet en bijbehorende diensten en voorzieningen te bieden, en de omstandigheid dat NS de enige partij is die over geschikt materieel beschikt, is het passend om het beschikbaar stellen van het bedoelde treinmaterieel voor tijdelijk gebruik te begrijpen onder de kwalificatie van aanvullende diensten in genoemde bepaling.

Volgens beroepsgrond 2 van Veolia heeft ACM ten onrechte geconcludeerd dat Veolia onvoldoende duidelijk heeft gemaakt welke concrete aanvullende informatie zij van NS verlangt om aansluitingen tussen de Limburgse treinlijnen en het hoofdrailnet te kunnen bepalen. Veolia heeft aan NS gevraagd om een non-discriminatoire referentieaanbod te doen voor de best mogelijke aansluitingen tussen het hoofdrailnet en de regionale Limburgse lijnen. Daarbij heeft Veolia in haar verzoek aangegeven dat NS als exploitant van het hoofdrailnet over een potentieel beslissende kennisvoorsprong beschikt met betrekking tot de dienstregeling en zij als enige de best mogelijke aansluitingen in kaart kan brengen. De door Veolia bedoelde kennisvoorsprong ziet niet alleen op de dienstregeling van 2014 maar juist ook op de voornemens en plannen met betrekking tot de toekomstige dienstregeling(en). Omdat NS de enige partij is die kennis heeft van deze toekomstige ontwikkelingen, heeft Veolia gevraagd aan NS om een non-discriminatoire referentieaanbod te doen en derhalve alle relevante informatie over de dienstregeling, waaronder toekomstige ontwikkelingen, met Veolia te delen in de vorm van een overzicht met de beste aansluitingen tussen de treinen op het hoofdrailnet en de treinen op de regionale lijnen dan wel de bussen. ACM gaat er ten onrechte vanuit dat Veolia niet voldoende duidelijk heeft gemaakt welke concrete aanvullende informatie zij wil verkrijgen. Veolia heeft niet verzocht om informatie over de huidige dienstregeling op het hoofdrailnet aangezien zij die immers al voorafgaand aan de inschrijving van de Provincie heeft gekregen. Waarover Veolia niet beschikt en NS wel, is informatie betreffende toekomstige wijzigingen van de dienstregeling op het hoofdrailnet. ACM is in het bestreden besluit niet toegekomen aan de kwalificatie van de gevraagde informatie. Veolia stelt zich op het standpunt dat het gaat om de informatie als bedoeld in Bijlage II, punt 4, onder b, te weten de levering van aanvullende informatie. Daarmee is sprake van informatie als bedoeld in artikel 67 Sw en rustte op NS de plicht om deze informatie aan Veolia te verstrekken.

In beroepsgrond 3 komt Veolia op tegen de vaststelling door ACM dat Veolia onvoldoende duidelijk heeft gemaakt welke concrete aanvullende informatie zij van NS verlangt betreffende omzettinginformatie, zodat ACM niet kan vaststellen of het verzoek van Veolia valt onder de reikwijdte van artikel 67 Sw. Ter zitting heeft Veolia deze beroepsgrond ingetrokken.

4. Het verweer van ACM en hetgeen partijen overigens hebben aangevoerd

Het College acht het niet noodzakelijk het verweer van ACM alsmede de zienswijze van NS en de betogen van partijen ter zitting hier afzonderlijk weer te geven. Het College zal hetgeen partijen naar aanleiding van de verschillende beroepsgronden hebben aangevoerd, betrekken en zo nodig bespreken bij de beoordeling van het beroep.

5. De beoordeling van het geschil

- 5.1 Het College overweegt in de eerste plaats als volgt. Het bestreden besluit is gebaseerd op artikel 71 Sw. Aan het verzoek van Veolia om handhavend op te treden ligt evenwel tevens een klacht op grond van artikel 24 Mw ten grondslag. Vanwege het spoedeisend belang heeft ACM zich in het kader van het bestreden besluit beperkt tot een onderzoek naar de gestelde overtreding van artikel 67 Sw. Uit de beroepsgronden, noch uit het onderzoek ter zitting blijkt dat Veolia zich verzet tegen de stellingname van ACM in randnummer 18 van het bestreden besluit, inhoudende dat ACM dit onderdeel van de

klacht van Veolia in een later stadium kan beoordelen. Gelet hierop ziet het College dan ook geen aanleiding om in het kader van dit geding bij de beoordeling van het bestreden besluit het niet beslissen van ACM op het tweede deel van het verzoek van Veolia mede te betrekken.

5.2 Procesbelang

- 5.2.1 Veolia heeft betoogd dat zij in de onderhavige beroepsprocedure voldoende belang heeft bij de beoordeling door het College van haar beroepsgronden. Ter onderbouwing van haar standpunt heeft Veolia benadrukt dat in beroep voorligt de beoordeling van ACM van de vraag of de verzoeken van Veolia aan NS vallen onder de reikwijdte van de Sw en zo ja, of NS haar verplichtingen op grond van de Sw heeft nageleefd. Naar de mening van Veolia is het niet zo dat bepaalde ontwikkelingen tijdens of na de aanbestedingsprocedure en de bestreden concessieverlening aan Arriva het belang van Veolia kunnen aantasten of wegnemen. Subsidiair voert Veolia aan dat in het geval het College tot het oordeel komt dat NS ook in het kader van de twee, resterende, beroepsgronden in strijd heeft gehandeld met de Sw, dat oordeel ten grondslag kan worden gelegd aan een eventuele schadevergoedingsprocedure van Veolia tegen NS.
- 5.2.2 Ten aanzien van het procesbelang van Veolia overweegt het College als volgt. ACM heeft het bestreden besluit genomen naar aanleiding van het verzoek van 5 september 2014 van Veolia Transport Nederland Holding B.V. en haar dochtermaatschappijen. In het kader van de destijds lopende aanbestedingsprocedure heeft Veolia met haar verzoek beoogd dat ACM jegens NS handhavend optreedt teneinde de naleving van de op NS rustende verplichtingen te bewerkstelligen. Gelet op de omstandigheid dat de Provincie de concessie inmiddels aan een ander heeft gegund is het College van oordeel dat Veolia met haar beroep thans niet meer kan bereiken wat zij initieel met haar verzoek beoogde, te weten de naleving van de op NS rustende verplichtingen met het oog op een correct verloop van de aanbestedingsprocedure. In zoverre ontbeert zij derhalve procesbelang.
- 5.2.3 Veolia heeft ter zitting evenwel toegelicht dat zij vanwege de overtreding van de Sw schade heeft geleden die zij mogelijk op NS wenst te verhalen. Indien het College tot het oordeel komt dat het beroep gegrond is, brengt dit, naar zij stelt, met zich dat de overtreding door NS - en daarmee de schade die Veolia als gevolg van die overtreding heeft geleden - groter in omvang is. Naar het oordeel van het College kan in het licht van de aanbestedingsprocedure op zich zelf niet worden uitgesloten dat een of meer appellanten financieel nadeel hebben geleden als gevolg van de overtreding van de Sw door NS. Het College stelt vervolgens vast dat Veolia Transport Limburg B.V. en Veolia Transport Brabant N.V. gezamenlijk op de aanbesteding hebben ingeschreven. Gelet hierop hebben Veolia Transport Limburg B.V. en Veolia Transport Brabant N.V. een resterend procesbelang en zijn zij ontvankelijk in het beroep. Het College is er bij het vormen van dit oordeel niet aan voorbij gegaan dat de inschrijving van Veolia Transport Limburg B.V. en Veolia Transport Brabant N.V. door de Provincie ongeldig is verklaard en dat het beroep van deze partijen tegen de beslissing op bezwaar inzake het besluit tot gunning en verlening van de Concessie aan Arriva inmiddels door hen is ingetrokken. Gelet op de omstandigheid dat de betreffende inschrijving ongeldig is verklaard aangezien daarin een te hoge exploitatiebijdrage is gevraagd, kan niet worden uitgesloten dat het oordeel van het College omtrent de door Veolia opgeworpen vraag of NS in strijd heeft gehandeld met de Sw - en zij, beweerdelijk, als gevolg van deze met de Sw strijdige handelwijze noodzakelijkerwijs om een hogere exploitatiebijdrage heeft moeten vragen - met kans op succes ten grondslag kan worden gelegd aan een eventueel verzoek om schadevergoeding. Aangezien Veolia Transport Nederland Holding B.V. en Veolia Transport Rail B.V. geen inschrijving op de aanbesteding hebben gedaan is ten aanzien van deze partijen van een dergelijk resterend procesbelang niet gebleken. De beroepen van Veolia Transport Nederland Holding B.V. en Veolia Transport Rail B.V. moeten daarom niet-ontvankelijk worden verklaard wegens het ontbreken van een zodanig belang.

5.3 Rijdend materieel

5.3.1 Op 12 augustus 2014 heeft Veolia NS onder meer verzocht om een aanbod te doen voor (i) elektrische treinen voor de periode december 2016 - december 2017 en (ii) voor dieseltreinen voor de periode medio december 2016 - medio december 2020. Met dit verzoek heeft Veolia beoogd om met NS tot overeenstemming te komen inzake de tijdelijke levering van rijdend materieel, in het geval de concessie aan Veolia zou worden gegund en verleend.

5.3.2 Het College staat, in de kern samengevat, voor de beantwoording van de vraag of het besluit van ACM, dat het verzoek van Veolia een aanbod te doen voor rijdend materieel niet valt binnen de reikwijdte van artikel 67 Sw, juist is. In dit verband staat voorop dat artikel 67 Sw de implementatie vormt van artikel 5 van de Richtlijn. Dit betekent dat artikel 67 Sw overeenkomstig tekst en strekking van de Richtlijn dient te worden uitgelegd. Uit tekst en strekking van de Richtlijn volgt zonder, tot het stellen van prejudiciële vragen nopende, twijfel dat met die Richtlijn is beoogd een regeling in het leven te roepen inzake de toewijzing van spoorweginfrastructuurcapaciteit en de heffing van rechten voor het gebruik van spoorweginfrastructuur alsmede inzake veiligheids certificering.

Gelet hierop is het College van oordeel dat ACM terecht heeft geoordeeld dat het verzoek voor het (tijdelijk) ter beschikking stellen van elektrische treinen en dieseltreinen niet valt binnen de reikwijdte van artikel 67 Sw. Het betoog van Veolia dat hier sprake is van een aanvullende dienst zoals bedoeld in Bijlage II, punt 3, onder d volgt het College niet. Die bepaling biedt een regeling voor ondersteuning bij het laten rijden van speciale treinen. Daarvan is hier geen sprake. Dat betekent dat het College de hiervoor geformuleerde vraag bevestigend beantwoordt. Beroepsgrond 1 slaagt derhalve niet.

5.4 Aanvullende informatie omtrent de dienstregeling

5.4.1 In beroepsgrond 2 heeft Veolia betoogd dat ACM in het bestreden besluit ten onrechte tot de conclusie komt dat Veolia niet voldoende duidelijk heeft gemaakt welke concrete aanvullende informatie zij van NS wenst te verkrijgen om de aansluitingen tussen de Limburgse treinlijnen en het hoofdrailnet te kunnen bepalen. Bij brief van 12 augustus 2014 heeft Veolia NS gevraagd een non-discriminatoir referentieaanbod te doen voor de best mogelijke aansluitingen tussen het hoofdrailnet en de regionale Limburgse lijnen. Ter onderbouwing van beroepsgrond 2 heeft Veolia ter zitting aangevoerd dat haar verzoek geen betrekking had op informatie over de destijds geldende dienstregeling op het hoofdrailnet aangezien zij deze informatie voorafgaand aan de inschrijving op de aanbesteding van de Provincie reeds had ontvangen. Met het oog op de door NS in het tweede kwartaal van 2014 aangekondigde structuurwijziging, beoogde Veolia met haar verzoek informatie te verkrijgen betreffende voorgenomen toekomstige wijzigingen van de dienstregeling op het hoofdrailnet.

Het College overweegt dat spoorwegondernemingen ingevolge artikel 5, eerste lid, Richtlijn op een niet-discriminerende basis recht hebben op de toegang via het spoor tot voorzieningen als omschreven in Bijlage II. Gelet op het derde lid van voornoemde bepaling houdt dit recht tevens in dat een spoorwegonderneming aan andere leveranciers dan de infrastructuurbeheerder kan verzoeken om de in Bijlage II, punt 4, opgenomen ondersteunende diensten, waaronder de levering van aanvullende informatie, te verlenen. In het kader van de tweede beroepsgrond van Veolia staat het College, eveneens in de kern samengevat, voor de beantwoording van de vraag of ACM in redelijkheid tot de in het bestreden besluit vervatte conclusie heeft kunnen komen dat Veolia onvoldoende duidelijk heeft gemaakt welke aanvullende informatie zij van NS verlangde. In dit verband dient voorop gesteld te worden dat, zoals ter zitting is gebleken, Veolia in haar brief van 12 augustus 2014 NS heeft verzocht om onder bepaalde nader geformuleerde schriftelijke garanties een referentieaanbod uit te brengen voor de best mogelijke aansluitingen tussen de regionale Limburgse lijnen en het hoofdrailnet. Veolia heeft daaraan, samengevat weergegeven, het verzoek aan NS toegevoegd de beste mogelijkheden voor aansluitingen tussen

de regionale lijnen in Limburg en de lijnen uit het hoofdrailnet in kaart te brengen en die aan haar beschikbaar te stellen. Ter zitting heeft Veolia erkend dat haar verzoek geen expliciete verwijzing bevatte naar de door NS eerder aangekondigde structuurwijziging. Pas in beroep heeft Veolia toegelicht dat haar verzoek betrekking had op mogelijke voorgenomen toekomstige wijzigingen van de dienstregeling en niet zozeer gericht was op informatie omtrent de dienstregeling die ten tijde van het verzoek van kracht was. Veolia heeft in haar verzoek van 12 augustus 2014, noch op de door ACM in het kader van haar besluitvorming gehouden hoorzitting van 28 november 2014 melding gemaakt van de omstandigheid dat haar verzoek aan NS was ingegeven door de door NS eerder dat jaar aangekondigde structuurwijziging. Evenmin heeft Veolia in enig stadium van de besluitvorming aan NS of ACM kenbaar gemaakt dat haar verzoek geen betrekking had op de dienstregeling die op dat moment van kracht was. In het licht van de bewoordingen van het - met de hiervoor aangeduide aanbestedingsprocedure samenhangende - verzoek van Veolia aan NS en in samenhang bezien met wat, naar blijkt, Veolia kennelijk in wezen wilde vernemen, is het College van oordeel dat niet met vrucht kan worden gezegd dat ACM niet in redelijkheid tot de conclusie heeft kunnen komen dat Veolia onvoldoende duidelijk heeft gemaakt op welke aanvullende informatie haar verzoek betrekking had. De omstandigheid dat Veolia, naar in de loop van deze beroepsprocedure duidelijk is geworden, met haar verzoek aan NS van 12 augustus 2014 mede het oog heeft gehad op aanvullende informatie met betrekking tot de eerder aangekondigde structuurwijziging, kan niet tot gevolg hebben dat dit oordeel van het College over de door ACM ten tijde van het nemen van het bestreden besluit getrokken conclusie omtrent het door Veolia aan NS gedane verzoek, anders zou moeten zijn. Ook de hiervoor geformuleerde vraag beantwoordt het College derhalve bevestigend. Beroepsgrond 2 slaagt niet.

6. Conclusie

Het beroep van Veolia Transport Limburg B.V. en Veolia Transport Brabant N.V. is ongegrond. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

Het College:

- verklaart Veolia Transport Nederland Holding B.V. en Veolia Transport Rail B.V. nietontvankelijk in het beroep;
- verklaart het beroep van Veolia Transport Limburg B.V. en Veolia Transport Brabant N.V. ongegrond.

Deze uitspraak is gedaan door mr. R.R. Winter, mr. H.A.B van Dorst-Tatomir en mr. M. van Duuren, in aanwezigheid van mr. G.D. Kleijne, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 14 juli 2016.

w.g. R.R. Winter w.g. G.D. Kleijne