

ECLI:NL:RBROT:2014:8351

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	16-10-2014
Datum publicatie	16-10-2014
Zaaknummer	ROT 12-4947
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	ACM heeft vastgesteld dat er geen vergunning als bedoeld in artikel 34 van de Mededingingswet nodig is voor het overdragen van het bedrijfsonderdeel dat verantwoordelijk is voor het leveren van reisinformatie van ProRail naar NS Reizigers. De overgedragen activiteiten vallen niet onder het minimumtoegangspakket dat is omschreven onder punt 1 van bijlage II van Richtlijn 2001/14/EG, zodat deze richtlijn het overdragen van reisinformatie aan een niet-infrastructuurbeheerder zoals NS Reizigers niet beperkt. ACM heeft in redelijkheid geen voorwaarden als bedoeld in artikel 37 van de Mw hoeven verbinden aan de mededeling dat voor de totstandbrenging van de concentratie geen vergunning is vereist.
Wetsverwijzingen	Mededingingswet 34 Mededingingswet 37
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

Rechtbank Rotterdam

Team Bestuursrecht 1

zaaknummer: ROT 12/4947

uitspraak van de meervoudige kamer van 16 oktober 2014 in de zaak tussen

Arriva Openbaar Vervoer N.V., te Heerenveen,

Connexion Openbaar Vervoer N.V., te Hilversum,

Syntus B.V., te Doetinchem, en

Veolia Transport Rail B.V., te Breda, eiseressen,

gemachtigden: mr. C.T. Dekker en mr. E. Hameleers,

en

Autoriteit Consument & Markt, verweerster (ACM).

Als derde-partijen hebben aan het geding deelgenomen

ProRail B.V., te Utrecht,
gemachtigde mr. J.C.A. Houdijk,
en
NS Reizigers B.V., te Utrecht,
gemachtigde mr. M.J. Schaufeli.

Procesverloop

Op 25 mei 2012 heeft ACM een melding ontvangen van een voorgenomen concentratie in de zin van artikel 34 van de Mededingingswet (Mw).

Bij besluit van 3 oktober 2012 (het bestreden besluit) heeft ACM vastgesteld dat voor het tot stand brengen van de concentratie waarop de melding betrekking heeft geen vergunning is vereist.

Eiseressen hebben tegen het bestreden besluit (rechtstreeks) beroep ingesteld.

ACM heeft een verweerschrift ingediend.

Bij beslissing van 4 maart 2014 heeft de rechter-commissaris geoordeeld dat beperkte kennisname als bedoeld in artikel 8:29, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) van gedeelten van stukken gerechtvaardigd is. De gedeelten van stukken ten aanzien waarvan de rechter-commissaris geoordeeld heeft dat beperkte kennisname niet gerechtvaardigd is, heeft ACM bij brief van 21 maart 2014 alsnog openbaar gemaakt. Eiseressen en derde-partijen hebben toestemming als bedoeld in artikel 8:29, vijfde lid, van de Awb gegeven.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 31 maart 2014. Eiseressen hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigden, bijgestaan door T. IJdema. ACM heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. A.S.M.L. Prompers en mr.drs. G.J. la Bastide. Derde-partijen hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigden, bijgestaan door S. Brand, mr. W. Elzinga en mr.drs. D. van Bommel.

Overwegingen

1. ProRail en NS Reizigers hebben bij ACM melding gedaan dat zij voornemens zijn om het bedrijfsonderdeel Operatie van ProRail, voor zover dat verantwoordelijk is voor het leveren van reisinformatie en de daarmee samenhangende diensten, hardware, presentatiemiddelen en personeel, onder te brengen bij NS Reizigers, waardoor NS Reizigers uitsluitende zeggenschap krijgt over dit bedrijfsonderdeel. Aanleiding hiervoor is het voorstel van de minister van Infrastructuur en Milieu om in verband met winterproblematiek op het Nederlandse spoor de verantwoordelijkheid voor de reisinformatievoorziening bij NS Reizigers onder te brengen (zie de brief van de minister van 27

januari 2011 aan de Tweede Kamer, Kamerstukken II, 2010/11, 29984, nr. 255, p. 9). De door NS Reizigers over te nemen activiteiten betreffen het verwerken van dynamische en statische informatie via het zogenoemde InfoPlus-systeem tot actuele informatie, waarmee reizigers en vervoerders worden geïnformeerd via informatieborden en omroepberichten op (trein)stations (reisinformatie). De concentratie is op 25 mei 2012 op grond van artikel 34 van de Mw gemeld aan ACM.

2. Op basis van de oorspronkelijke melding achtte ACM het aannemelijk dat door de voorgenomen concentratie de daadwerkelijke mededinging op de (mogelijke) nationale relevante markt voor (betwistbaar) openbaar personenvervoer per spoor op significante wijze belemmerd zou kunnen worden, met name door het in het leven roepen of het versterken van een economische machtspositie. Om de gesignaleerde mededingingsrechtelijke problemen op voorhand weg te nemen heeft NS Reizigers de melding van de voorgenomen concentratie op 1 oktober 2012 gewijzigd, onder andere door de algemene verplichting op zich te nemen om zich non-discriminatoir te gedragen tegenover openbare personenvervoerders over het Nederlandse spoorweginet die gebruik (willen) maken van actuele reisinformatiediensten op treinniveau via presentatiemiddelen op stations. Na beoordeling van de gewijzigde melding heeft ACM geconcludeerd dat aan alle bestaande en toekomstige regionale spoorvervoerders toegang onder non-discriminatoire voorwaarden tot reisinformatie is gegarandeerd. ACM acht de aanvankelijk gesignaleerde mededingingsrechtelijke problemen weggenomen, zodat er geen reden meer is om aan te nemen dat de concentratie de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze zou kunnen belemmeren. Bij het bestreden besluit heeft ACM vastgesteld dat voor het tot stand brengen van deze concentratie geen vergunning is vereist.
3. Eiseressen voeren ten eerste aan dat het bestreden besluit in strijd is met Richtlijn 2001/14/EG. Zij stellen dat de door NS reizigers van ProRail overgenomen reisinformatie valt onder punt 1, onder d, van Bijlage II van de Richtlijn 2001/14/EG, zodat de infrastructuurbeheerder, zoals ProRail, verplicht is deze reisinformatie te verstrekken aan spoorwegondernemingen. Het verschaffen van deze informatie kan niet worden overgedragen aan een niet-infrastructuurbeheerder zoals NS Reizigers. Eiseressen beroepen zich daarbij op een arrest van het Hof van Justitie van 22 november 2012, zaak C-136/11, Westbahn Management GmbH v. Öbb-infrastruktur AG (r.o. 45).
4. Op grond van artikel 5, eerste lid, van Richtlijn 2001/14/EG hebben spoorwegondernemingen op een niet-discriminerende basis recht op onder meer het minimumtoegangspakket als omschreven in bijlage II.

In bijlage II bij de Richtlijn 2001/14/EG is, voor zover hier van belang, het volgende bepaald:

Aan de spoorwegondernemingen te verlenen diensten

1. Het minimumtoegangspakket omvat:

()

d. treinbeheer met inbegrip van seinen, regeling, treindienstleiding en 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.

()

5. De rechtbank is van oordeel dat de van ProRail aan NS Reizigers overgedragen activiteiten (informatievoorziening via het InfoPlus-systeem) niet voorzien in informatie die valt onder het minimumtoegangspakket dat is omschreven onder punt 1 van bijlage II van Richtlijn 2001/14/EG. Spoorwegondernemingen hebben op een niet-discriminerende basis recht op het minimumtoegangspakket. Er is geen aanleiding de dienst overdracht en levering van gegevens over treinbewegingen ruimer uit te leggen dan als de overdracht en levering van de onbewerkte (of ruwe) gegevens over treinbewegingen waarover ProRail als infrastructuurbeheerder beschikt. Uit de aard van de verplichting in de Richtlijn gaat het immers om een minimumpakket. Ter zitting is bevestigd dat

ProRail deze onbewerkte gegevens over treinbewegingen nog steeds ter beschikking stelt aan de spoorwegondernemingen. De informatie zoals deze na bewerking via het InfoPlus-systeem wordt geaggregeerd, betreft verrijkte informatie die naar het oordeel van de rechtbank buiten het minimumtoegangspakket valt. De via het InfoPlus-systeem bewerkte gegevens zijn dus niet de gegevens bedoeld in bijlage II onder d. De gegevens vallen ook niet onder de onder e genoemde overige gegevens, omdat het geen gegevens betreft die nodig zijn om de dienst waarvoor capaciteit is aangevraagd tot stand te brengen of te exploiteren. Dit kan ook zonder de verrijkte informatie omdat de onbewerkte gegevens die ProRail ter beschikking stelt, daarvoor voldoende zijn. Niet doorslaggevend is dat de dienst gemakkelijker of efficiënter tot stand gebracht kan worden met verrijkte gegevens. Het arrest waarop eiseressen zich beroepen is dan ook niet relevant voor deze zaak.

6. Nu de via het InfoPlus-systeem bewerkte gegevens niet vallen onder het minimumtoegangspakket, bestaat er op de basis van Richtlijn 2001/14/EG geen beperking om het verschaffen van deze informatie over te dragen aan een niet-infrastructuurbeheerder zoals NS Reizigers. Deze beroepsgrond slaagt dus niet.
7. Eiseressen voeren ten tweede aan dat het bestreden besluit in strijd is met artikel 37, vierde lid, van de Mw, omdat ACM ten onrechte de aanvragers in de gelegenheid heeft gesteld de melding aan te passen. Uit artikel 37, vierde en zesde lid, tweede volzin, van de Mw volgt volgens eiseressen dat de verplichting om zich non-discriminatoire te gedragen tegenover andere openbare personenvervoerders als voorwaarde aan het bestreden besluit verbonden had moeten worden. Weliswaar heeft ACM de mogelijke mededingingsbelemmeringen erkend, maar door niettemin geen vergunning voor de voorgenomen concentratie te eisen zal de handhaving van deze verplichting aan kracht inboeten. Door geen vergunning te eisen, heeft ACM gehandeld in strijd met haar eigen Richtsnoeren Remedies 2007 (Stcrt. 2007, 187), omdat de aanpassing van de melding betrekking heeft op toekomstig gedrag van NS Reiziger en niet structureel van aard is.
8. In artikel 37, vierde lid, van de Mw is bepaald dat de mededeling dat voor de totstandbrenging van de concentratie geen vergunning is vereist onder voorwaarden kan worden gedaan, als uit de ter zake van de melding verstrekte gegevens en voorstellen zonder meer blijkt dat de in het tweede en derde lid bedoelde gevolgen kunnen worden vermeden indien aan die voorwaarden is voldaan. In artikel 37, zesde lid, tweede volzin, van de Mw is bepaald dat ingeval van een mededeling als bedoeld in het vierde lid, het in artikel 34 vervatte verbod blijft gelden totdat aan de gestelde voorwaarden is voldaan. Voldoen partijen niet of niet tijdig aan de voorwaarden, dan is alsnog een vergunning vereist.
9. Eiseressen hebben niet bestreden dat de door ACM in de meldingsfase gesignaleerde mogelijke mededingingsrechtelijke problemen zijn opgelost door de wijziging van de voorgenomen concentratie. In een dergelijke situatie ontbreekt het belang om vast te houden aan de oorspronkelijke melding. Het staat de meldende partijen immers vrij om de voorgenomen concentratie op de door hen gewenste wijze vorm te geven. Bovendien kan ACM handhavend optreden als NS Reizigers zich, zonder nadere melding, niet houdt aan de verplichtingen zoals opgenomen in de gewijzigde melding, omdat dan sprake is van een andere concentratie dan de gemelde concentratie, hetgeen een overtreding van artikel 34 Mw oplevert.
10. Wat betreft de toepassing van de Richtsnoeren Remedies 2007 heeft ACM gesteld dat in dit geval een structurele remedie zou moeten leiden tot het afsplitsen van de reisinformatiedienst van NS Reizigers. Dit is echter geen optie, gegeven de aanleiding voor de concentratie: het voorstel van de minister om één organisatie te belasten met het leveren van reisinformatie en de daarmee samenhangende diensten, hardware, presentatiemiddelen en personeel. Deze concentratie zou, indien alleen een structurele remedie aan mededingingsproblemen tegemoet zou komen, niet kunnen plaatsvinden. Bovendien is een structurele remedie volgens verweerder niet nodig, gezien de waarborgen die getroffen zijn.

11. De rechtbank is van oordeel dat ACM in redelijkheid heeft kunnen afzien van het opleggen van een structurele remedie. Naar het oordeel van de rechtbank bieden de aangebrachte wijzigingen voldoende waarborgen om mededingingsproblemen op de relevante markten te voorkomen. NS Reizigers kan niet vrijelijk beschikken over de reisinformatie, als ware het een commercieel bedrijfsonderdeel. De Richtsnoeren Remedies 2007 laten ook de ruimte voor specifieke oplossingen voor specifieke mededingingsproblemen. ACM heeft dus niet gehandeld in strijd met haar eigen Richtsnoeren.
12. Uit het voorgaande volgt dat het beroep ongegrond is.
13. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De rechtbank verklaart het beroep ongegrond.

Deze uitspraak is gedaan door mr. C.A. Schreuder, voorzitter, en mr. J.H. de Wildt en mr. N. Saanen, leden, in aanwezigheid van mr. M.B. van Zantvoort, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 16 oktober 2014.

griffier voorzitter

Afschrift verzonden aan partijen op:

Rechtsmiddel

Tegen deze uitspraak kan binnen zes weken na de dag van verzending daarvan hoger beroep worden ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.