

# ECLI:NL:RBROT:2019:5089

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	27-06-2019
Datum publicatie	27-06-2019
Zaaknummer	ROT 18/2537
Rechtsgebieden	Mededingingsrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	

ACM heeft NS een boete opgelegd omdat NS volgens ACM een economische machtspositie heeft op het Hoofdrailnet (HRN) en NS van die machtspositie misbruik maakte op een andere markt, namelijk de markt van de Limburgse OV-aanbesteding. Dat misbruik bestond volgens ACM uit het indienen van een verlieslatend bod en uit het ernstig hinderen van haar concurrenten in de aanbesteding, Arriva en Veolia.

De boete blijft niet in stand. De rechtbank is van oordeel dat ACM niet overtuigend heeft bewezen dat NS een economische machtspositie heeft op het HRN. De rechtbank is verder van oordeel dat het gedrag van NS in de Limburgse OV-aanbesteding niet onder de reikwijdte van het verbod op misbruik van een economische machtspositie valt, omdat het verband tussen de Limburgse OV-concessie en de positie van NS op het HRN na 2024 te onzeker is. Aan de vraag of het bod van NS in de Limburgse OV-aanbesteding daadwerkelijk verlieslatend was, komt de rechtbank niet toe.

Vindplaatsen [Rechtspraak.nl](https://rechtspraak.nl)

## Uitspraak

### Rechtbank Rotterdam

Bestuursrecht

zaaknummer: ROT 18/2537

**uitspraak van de meervoudige kamer van 27 juni 2019 in de zaak tussen**

**N.V. Nederlandse Spoorwegen (NS), eiseres 1,**

**[naam] N.V., eiseres 2,**

**[naam] B.V., eiseres 3,**

**[naam] B.V., eiseres 4,**

allen te [plaats] ,

**[naam] B.V.**, eiseres 5, te [plaats] , tezamen eiseressen,  
gemachtigden: mr. R. Wesseling en mr. S. de Jong,

en

**Autoriteit Consument en Markt (ACM), verweerster,**

gemachtigden: mr. F.A. Kroon, mr. dr. J. Mulder, mr. drs. G.J. la Bastide en dr. J. Tichem.

**Procesverloop**

Bij besluit van 22 mei 2017 (het primaire besluit) heeft ACM eiseressen wegens overtreding van artikel 24 van de Mededingingswet (Mw) en artikel 102 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU) een boete opgelegd van € 40.950.000,-.

Bij besluit van 29 maart 2018 (het bestreden besluit) heeft ACM het door eiseressen hiertegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard, het primaire besluit - onder aanvulling van de motivering - gehandhaafd en het verzoek van eiseressen om vergoeding van de kosten in bezwaar afgewezen.

Eiseressen hebben tegen het bestreden besluit beroep ingesteld.

Arriva Personenvervoer Nederland B.V. (Arriva) heeft bij brief van 14 juni 2018 de rechtbank verzocht om haar op grond van artikel 8:26 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) in de gelegenheid te stellen als partij aan het geding deel te nemen.

ACM heeft de op de zaak betrekking hebbende gedingstukken aan de rechtbank gezonden. Ten aanzien van gedeelten van stukken heeft ACM op grond van artikel 8:29, eerste lid, van de Awb de rechtbank meegedeeld dat uitsluitend zij daarvan kennis zal mogen nemen en verzocht om met toepassing van artikel 8:29, derde lid, van de Awb te beslissen dat de beperkte kennisneming gerechtvaardigd is (verzoek artikel 8:29 Awb). ACM heeft daarbij verzocht de gelegenheid te krijgen haar verzoek artikel 8:29 Awb aan te vullen indien derde belanghebbenden bij de procedure worden betrokken.

Bij brief van 13 juli 2018 hebben eiseressen een reactie gegeven op dit verzoek van ACM.

Bij brieven van 24 juli 2018 heeft de rechtbank meegedeeld dat Arriva voorlopig is toegelaten als partij. ACM is daarbij in de gelegenheid gesteld haar verzoek artikel 8:29 Awb aan te vullen.

ACM heeft bij brief van 24 augustus 2018 een aanvulling op het dossier ingezonden en voor een aantal (delen van) deze stukken eveneens een verzoek artikel 8:29 Awb gedaan.

Bij brieven van 20 september 2018 hebben eiseressen en ACM gebruik gemaakt van de door de rechtbank geboden mogelijkheid zich uit te laten over de voorlopige toelating van Arriva.

De rechtbank heeft op 3 oktober 2018 een regiezitting gehouden. Eiseressen hebben zich daar laten vertegenwoordigen door hun gemachtigde mr. Wesseling, bijgestaan door [naam 1] en [naam 2]. Voor ACM zijn verschenen haar gemachtigden mr. Kroon, mr. dr. Mulder en mr. A.S.M.L. Prompers. Arriva heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigden mr. M.J.J.M. Essers en mr. D. de Jong, bijgestaan door [naam].

Bij beslissing van 13 december 2018 heeft de rechtbank beslist dat Arriva niet wordt toegelaten als partij in dit geding.

ACM heeft een verweerschrift ingediend en daarbij meegedeeld dat het eerdere verzoek artikel 8:29 Awb ook voor randnummer 209 van het verweerschrift geldt.

De rechtbank heeft op 25 januari 2019 een tweede regiezitting gehouden. Eiseressen hebben zich daar laten vertegenwoordigen door hun gemachtigden, bijgestaan door [naam 1]. Voor ACM zijn verschenen haar gemachtigden mr. Kroon, mr. dr. Mulder, mr. A.S.M.L. Prompers en mr. S. Sukul.

Bij de regiezittingen is afgesproken dat ter zitting van 17 april 2019 - kort gezegd - slechts twee onderwerpen aan de orde zullen komen en dat de rechter-commissaris nog geen beslissing op het artikel 8:29 Awb verzoek hoeft te nemen.

Eiseressen hebben bij brief van 1 maart 2019 een als repliek aangeduid nader stuk ingediend.

Bij brief van 14 maart 2019 heeft ACM een aantal stukken overgelegd die abusievelijk niet eerder zijn overgelegd. Ten aanzien van gedeelten van deze stukken heeft ACM een verzoek artikel 8:29 Awb gedaan.

Bij brief van 15 maart 2019 heeft ACM in een als dupliek aangeduid nader stuk gereageerd op de 'repliek'.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 17 april 2019. Voor eiseressen zijn verschenen haar gemachtigden, bijgestaan door [naam 1] (bedrijfsjurist NS), [naam] (bedrijfsjurist NS) en [naam 2] (hoofd Juridische Zaken NS) en de door hen als deskundige meegebrachte dr. G. Niels (Oxera). Voor ACM zijn verschenen haar gemachtigden, bijgestaan door [naam].

## Overwegingen

### Achtergrond

- 1.1 De liberalisering en decentralisatie van het openbaar vervoer in de jaren negentig van de vorige eeuw heeft geleid tot de introductie van aanbestedingen van het openbaar vervoer en een systeem van concessieverlening. De uitvoering van openbaar vervoer in Nederland vindt plaats op basis van concessies die gedurende een vastgestelde periode het exclusieve recht geven op het uitvoeren van het openbaar vervoer in een specifiek gebied.
- 1.2 Provinciale en andere regionale overheden verlenen de concessies op basis van openbare aanbestedingen (met enkele uitzonderingen voor vooral tram- en metrovervoer in enkele grote steden dat niet wordt aanbesteed). Deze concessies zien op regionaal treinvervoer, busvervoer of beide. De Staat verleent de concessie voor het Hoofdrailnet (HRN) en kan deze onderhands verlenen. Het HRN bestaat - kort gezegd - uit alle intercityverbindingen en een aantal stoptreinverbindingen, vooral in de Randstad. Sinds 2015 omvat het HRN ook de HSL-Zuid.
- 1.3 De HRN-concessie is voor de periode van 2005 tot 2015 en voor de huidige periode 2015 tot 2025 onderhands verleend aan NS die tot aan het verlenen van de HRN-concessie ook al exclusief het personenvervoer op het spoor verrichtte. De HRN-concessie geeft recht op het aanbieden van personenvervoer per trein op het HRN onder de in de concessie genoemde voorwaarden. NS betaalt hiervoor jaarlijks een bedrag. Deze concessie verhindert niet dat op een aantal specifieke trajecten ook treindiensten mogen worden verricht op basis van regionale concessies. Op die trajecten kan dan sprake zijn van de situatie dat twee of meer spoorvervoerders, waaronder NS als vervoerder op het HRN, spoorvervoerdiensten mogen aanbieden tussen dezelfde, aan het HRN gelegen stations (samenloop). De Limburgse Concessie betreft een van die specifieke trajecten.
- 2.1 De Limburgse Concessie omvat al het openbaar vervoer (treindiensten, busdiensten en buurtbussen) in Limburg, met uitzondering van de intercitytreinen van NS en kent een looptijd van vijftien jaar. Onderdeel van deze concessie zijn de - eerder tot het HRN behorende - stoptreinlijnen "Roermond - Maastricht Randwyck" en "Sittard - Heerlen".  
De Limburgse Concessie is een zogeheten netto-contract of opbrengstencontract. Hierbij verstrekt de concessieverlener een exploitatiebijdrage en behoudt de vervoerder de vervoersopbrengsten. De concessieverlener gunt de concessie aan de bidder die het hoogste scoort op vooraf bepaalde criteria, zoals het aantal aangeboden ritten en de kwaliteit van het materieel.
- 2.2 De openbare aanbestedingsprocedure voor de Limburgse Concessie door de provincie Limburg vond plaats in 2014. Op dat moment had Veolia Transport Limburg B.V. (Veolia) - tot en met 10 december 2016 - de concessie voor het openbaar vervoer in Limburg per trein en bus. Op de aanbesteding voor de Limburgse Concessie schreven eiseres 4 via haar dochteronderneming eiseres 5, Arriva en een combinatie van Veolia en Veolia Transport Brabant N.V. (de Veolia-combinatie) in. De concessie werd door de provincie Limburg gegund aan eiseres 5. Arriva en de Veolia Combinatie tekenden beiden bezwaar aan tegen de gunning. Op 2 juni 2015 trok de provincie Limburg de gunning aan eiseres 5 in en gunde zij de concessie aan Arriva.

### Gedragingen

- 3.1 ACM stelt dat eiseressen bij de aanbesteding van de Limburgse Concessie misbruik hebben

gemaakt van de economische machtspositie die NS volgens ACM heeft op de markt voor (het uitoefenen van) het exploitatierecht van de HRN-concessie.

- 3.2 ACM meent dat de gedragingen van eiseressen verband houden met de rol van NS op het HRN. Volgens ACM tonen interne documenten van (verschillende entiteiten binnen) NS aan dat zij de Limburgse Concessie per se wilde winnen om te voorkomen dat een concurrent in Limburg kon laten zien dat samenloop tussen intercity's van NS en stoptreinen van de regionale concessie op hetzelfde traject succesvol kan zijn. ACM stelt dat het Ministerie van Infrastructuur en Milieu (IenM) heeft aangegeven dat het tijdens de zogenoemde "mid-term review" van de HRN-concessie in 2019 wil onderzoeken, mede op basis van ervaringen met deze samenloop, of ook andere treinverbindingen voor decentralisatie in aanmerking komen. De Limburgse Concessie is daarmee een proeftuin voor decentralisatie. Volgens ACM wilden eiseressen door zelf de Limburgse Concessie uit te voeren de kans verkleinen dat de positie van NS op het HRN onder druk zou komen te staan en concurrenten kunnen meedingen naar (delen van) het HRN.
- 3.3 Volgens ACM is in het streven om de Limburgse Concessie te winnen op twee manieren misbruik gemaakt van de economische machtspositie van NS, namelijk door het indienen van een verlieslatend bod (misbruik I) en door een complex van verschillende gedragingen (misbruik II). ACM kwalificeert deze vormen van misbruik als uitsluitingsmisbruik. Met het misbruik zouden eiseressen volgens ACM namelijk hebben beoogd ervaring met samenloop in Limburg, wat volgens ACM een benchmark in het besluitvormingsproces over verdere decentralisatie van het HRN is, te voorkomen. Daarmee zou de kans op verdere decentralisatie van het HRN en daarmee de kans van concurrentie om (delen van) het HRN worden verkleind. ACM heeft wegens overtreding van artikel 24 van de Mw en artikel 102 van het VWEU een boete opgelegd aan eiseressen.

#### Economische machtspositie en verwantschap markten

- 4.1 Bij de regiezittingen is afgesproken dat ter zitting van 17 april 2019 - kort gezegd - alleen de onderwerpen "heeft NS een machtspositie op het exploitatierecht op het vervoer op de HRN-concessie" en "is er een verwantschap tussen deze markt en de Limburgse Concessie" aan de orde zullen komen. Als deze vragen negatief worden beantwoord, vervalt de grondslag aan het bestreden besluit en komt de rechtbank niet meer toe aan een bespreking van de overige beroepsgronden van eiseressen.
- 4.2 De rechtbank stelt bij haar beoordeling voorop dat uit vaste rechtspraak (bijvoorbeeld het arrest van 15 april 2011 van de Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2011:BN6324 rov. 4.8.3 en de uitspraak van 17 december 2014, van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, ECLI:NL:RVS:2014:4579) volgt dat bij het opleggen van een bestuurlijke boete strenge eisen aan de bewijsvoering van de overtreding en aan de motivering van het sanctiebesluit dienen te worden gesteld. Gelet op de waarborgen die voortvloeien uit artikel 6, tweede lid, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, geldt als uitgangspunt dat op het bestuursorgaan de bewijslast rust van een overtreding. In geval van twijfel dient aan de betrokkene het voordeel van de twijfel te worden gegund.
- 4.3 Hieruit volgt dat ACM moet bewijzen dat er sprake is van een overtreding van artikel 24 van de Mw en artikel 102 van het VWEU.

#### Heeft ACM bewezen dat NS een economische machtspositie heeft?

- 5.1. Artikel 24, eerste lid, van de Mw bepaalt dat het ondernemingen verboden is misbruik te maken van een economische machtspositie. Een economische machtspositie wordt in artikel 1, aanhef en onder i, van de Mw gedefinieerd als een positie van een of meer ondernemingen die hen in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een

deel daarvan te verhinderen door hun de mogelijkheid te geven zich in belangrijke mate onafhankelijk van hun concurrenten, hun leveranciers, hun afnemers of de eindgebruikers te gedragen.

5.2 Artikel 102 van het VWEU bepaalt dat het onverenigbaar met de interne markt en verboden is, voor zover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de interne markt of op een wezenlijk deel daarvan. Dit misbruik kan met name bestaan in:

- a. het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden;
- b. het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers;
- c. het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging;
- d. het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.

6.1 ACM stelt dat NS beschikt over een economische machtspositie op de relevante markt. Die relevante markt bestaat volgens ACM uit het (uitoefenen van) het exploitatierecht van de HRN-concessie en die markt vormt gezien de omvang en het economische belang ervan ook een wezenlijk deel van de interne markt. Wat betreft de economische machtspositie stelt ACM dat NS in ieder geval nog tot 2025 beschikt over een exclusief exploitatierecht op basis van de huidige HRN-concessie en daarmee over 100% marktaandeel voor de betreffende dienstverlening op het HRN. Een marktaandeel van 100% bij een concessie geeft volgens ACM weinig informatie over de mate van daadwerkelijke marktmacht van een onderneming. De concurrentie vindt immers om de markt plaats.

ACM is daarom nog nagegaan in hoeverre sprake is van potentiële concurrentie om het HRN. Als de concessieverlener voor de gunning aan NS reële alternatieven had en heeft en als de concessieverlener de prikkel en mogelijkheid heeft om kopersmacht uit te oefenen, gaat daarvan mogelijk een disciplinerend effect uit op de handelingsvrijheid van NS. ACM gaat er daarbij vanuit dat eindgebruikers (treinreizigers of werkgevers die voor hun werknemers vervoersabonnementen inkopen) niet beschikken over noemenswaardige kopersmacht. Elke afnemer vertegenwoordigt maar een klein deel van de totale vraag naar personenvervoer per spoor. Bovendien hebben deze afnemers onvoldoende alternatieven om NS daadwerkelijk te disciplineren.

6.2 ACM voert aan dat het, omdat het gaat om concurrentie om de markt, relevant is te bezien op welke wijze NS de concessie op het HRN heeft verworven. In theorie kan er zelfs in een systeem van onderhandse gunning concurrentiedruk zijn. ACM stelt dat in de praktijk NS echter geen concurrentiedruk van betekenis heeft ondervonden bij de verwerving van de HRN-concessie. Vóór de verzelfstandiging van NS in 1996 had zij als staatsbedrijf automatisch het recht om het vervoer op het spoor in Nederland te verzorgen. Maar ook sinds de verzelfstandiging gunt de Staat de concessie voor het HRN steeds aan NS zonder concurrenten in staat te stellen dit recht te verwerven. In theorie zou de Staat kopersmacht kunnen gebruiken door het HRN te verkleinen, dus door decentralisatie van onderdelen van het HRN. Dat is in het verleden in beperkte mate gebeurd. Er zijn in Nederland andere spoorvervoerders dan NS actief, maar deze zijn in vergelijking met NS klein op het gebied van het personenvervoer op het spoor. Hun rol zou in theorie kunnen worden vergroot als de Staat tot verdere decentralisatie zou overgaan. De Staat zou, ook weer in theorie, NS kunnen dreigen met decentralisering en zo een bepaalde mate van kopersmacht uitoefenen. Tot op heden blijkt de Staat als concessieverlener evenwel over zeer beperkte mogelijkheden te beschikken om daadwerkelijk tot (verdere) decentralisatie over te gaan. Decentralisatie van lijnen die nu nog onderdeel van het HRN zijn, is namelijk niet eenvoudig en aan politieke discussie onderhevig. ACM meent dan ook dat de Staat als concessieverlener tot op heden in de praktijk slechts beschikt over een beperkte mogelijkheid om decentralisatie van het

HRN aan te wenden als drukmiddel op NS.

Dit leidt tot een afhankelijke positie van de Staat ten opzichte van NS. Als gevolg hiervan is geen sprake van substantiële kopersmacht van de Staat. De wijze waarop de meest recente HRN-concessie aan NS is gegeven, illustreert volgens ACM dat de Staat afhankelijk is van NS en zij niet eenvoudig kan switchen naar een alternatieve aanbieder. Ook het rapport van de parlementaire enquêtecommissie HSL-Zuid geeft voorbeelden die wijzen op een gebrek aan kopersmacht van de Staat. Daarbij komt nog dat de Staat voor 100% aandeelhouder is van NS, waardoor ze geen prikkel heeft om het HRN aan een andere partij te gunnen. Indien het HRN openbaar zou worden aanbesteed en NS die aanbesteding verliest van een concurrent, zou dat immers leiden tot een waardeverlies voor de Staat als aandeelhouder en een negatief effect op de Rijksbegroting. Gezien deze financiële belangen van de Staat, zal diezelfde Staat niet snel kiezen voor de openbare aanbesteding van het HRN. Het onderhandelingsakkoord over de HSL-Zuid en de analyse van de enquêtecommissie illustreren dit.

6.3 Dat de Staat voorwaarden aan de concessie verbindt, zoals kwaliteitseisen en maximale tariefstijging, doet volgens ACM niet af aan de economische machtspositie van NS. Het Ministerie van I&M heeft bij de gunning van de huidige concessie van het HRN met NS onderhandeld over de tarieven en overige (kwaliteits-)voorwaarden. Het is volstrekt logisch dat NS aan het resultaat van die onderhandelingen is gebonden. Daaruit blijkt niet dat van de concessievoorwaarden een disciplinerende werking uitgaat. Bovendien valt op die voorwaarden volgens ACM veel af te dingen. Zo is de hoogte van de boetes die NS betaalt bij achterblijvende prestaties beperkt. De totale boete bedraagt nooit meer dan 0,5% van de circa € 21 miljard aan omzet die NS in de komende tien jaar zou behalen op het

HRN en de HSL-Zuid. Overigens stelt de Staatssecretaris van I&M dat de boetes aan NS een kwestie zijn van "vestzak-broekzak", omdat NS volledig eigendom is van de Staat.

Er zou volgens haar bovendien nog een nieuw systeem moeten worden ontwikkeld waarmee goed kan worden bepaald of NS voldoet aan de gestelde kwaliteitseisen voor punctualiteit.

6.4 Het economisch onderzoeksbureau Europe Economics heeft in opdracht van ACM onderzoek verricht naar mogelijke spoorwegmarkten en de mededinging op die markten; ACM heeft deze opdracht verleend met het oog op de implementatie van Richtlijn 2012/34/EU tot instelling van één Europese spoorwegruimte. In haar rapport van 22 september 2015 noemt Europe Economics een aanvullende reden waarom er voor de Staat als concessieverlener geen reële alternatieven op korte termijn voor NS bestaan op het HRN. Hoewel sommige andere aanbieders in potentie actief kunnen zijn op het HRN, is het de vraag welke aanbieders daadwerkelijk een realistisch bod kunnen doen vanwege de enorme investeringen die zij moeten doen. Daarnaast haalt Europe Economics de moeilijkheid aan die ontstaat als een andere vervoerder een groot deel van het personeel van NS overneemt. Dit zou op het eerste gezicht eenvoudig mogelijk moeten zijn maar er is twijfel of het personeel binnen het businessmodel en de cultuur van de toetreders past. ACM concludeert uit deze bevindingen dat er, in ieder geval tot nu toe, in bepaalde mate

sprake is van toetredingsdrempels voor partijen die in potentie voor de Staat als alternatief in aanmerking zouden kunnen komen. Het bestaan van deze toetredingsdrempels voor alternatieve aanbieders, zeker in combinatie met de afwezigheid van reële kopersmacht, bevestigt volgens ACM de economische machtspositie van NS.

6.5 ACM concludeert dat reële kopersmacht van de Staat en van reizigers ontbreekt.

NS kan het zich veroorloven zich in grote mate onafhankelijk op te stellen van de vraagzijde van de markt. De zeer sterke positie van NS op de markt voor het (uitoefenen van) het exploitatierecht op de HRN-concessie, wordt door kopersmacht (voor zover hiervan sprake is) in onvoldoende mate gemitigeerd.

7. Eiseressen stellen dat deze redenering van ACM geen recht doet aan de feitelijke positie van NS

als concessiehouder op het HRN en de vele factoren voortvloeiend uit de concessie die een disciplinerende werking hebben op NS, waardoor zij zich niet onafhankelijk kan gedragen. Deze factoren bestaan er - kort gezegd - uit dat NS niet vrij is zelf haar prijsbeleid te bepalen, er strikte voorwaarden aan de HRN-concessie met betrekking tot uiteenlopende concrete prestaties zijn (bijvoorbeeld op het gebied van haar dienstverlening, kwaliteit, capaciteit en (aantrekkelijkheid van) de producten). Verder zijn er diverse stakeholders (zoals reizigersorganisaties, ProRail, decentrale overheden, andere vervoerders en de Ministers van Financiën en IenW) waar NS rekening mee dient te houden. Los hiervan voorkomt ook het feit dat de Staat na de huidige concessieperiode opnieuw een concessie zal uitgeven voor de exploitatie van het HRN dat NS zich bij de exploitatie van het HRN in de periode tot en met 2024 geheel onafhankelijk op deze markt kan gedragen. NS bestrijdt dat de Staat niet over kopersmacht zou beschikken, omdat (i) NS een staatsbedrijf is, (ii) de HRN-concessie door de Staat wordt gegund, en (iii) de Staat de omvang van de concessie en de voorwaarden waaronder die mag worden uitgevoerd, bepaalt.

8.1 De rechtbank oordeelt als volgt.

8.2 Door de op 15 december 2014 - tot 1 januari 2025 - verleende concessie voor het HRN heeft NS het exclusieve recht tot het bieden van vervoer aan reizigers op het HRN.

Op grond van rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie geldt bij een aanzienlijk marktaandeel (50% of hoger) of een wettelijk monopolie een vermoeden van een economische machtspositie (arrest van 9 juli 1986, AKZO, C-62/86, EU:C:1991:286, punt 60 en arrest van 10 december 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova*, C-179/90, EU:C:1991:464, punt 14). In dit geval is er geen wettelijk monopolie toegekend aan NS maar NS heeft ook niet in concurrentie met andere partijen een marktaandeel van 100% verkregen. De HRN-concessie is voor een periode van tien jaren onderhands door de Staat aan NS verstrekt zonder dat andere partijen konden meedingen. Dat er geen concurrentie om de markt heeft plaatsgevonden betekent echter nog niet dat reeds daarom sprake is van een economische machtspositie. De toets of een economische machtspositie bestaat ligt in de mate waarin een onderneming zelfstandig haar marktgedrag kan bepalen, zonder zich daarbij te laten leiden door hoe (potentiële) concurrenten of andere relevante partijen, zoals afnemers, leveranciers en eindgebruikers zich gedragen (vergelijk Conclusie van

20 december 2017 van A-G Wahl, MEO, C-525/16, EU:C:2017:1020, punten 51-53).

De afwezigheid van concurrentie om de markt bij verlening van de huidige HRN-concessie doet vermoeden dat NS zich gedurende de looptijd van deze concessie onafhankelijk van haar afnemer (de Staat) en eindgebruikers (consumenten) zal kunnen gedragen. Bepalend is echter of NS zich in praktijk daadwerkelijk in belangrijke mate onafhankelijk kan gedragen zonder dat dit afbreuk doet aan haar positie.

8.3 Tussen partijen is verschil van mening over de relevantie van de concessievoorwaarden bij beantwoording van de vraag of NS zich in belangrijke mate onafhankelijk kan gedragen. ACM stelt dat de concessievoorwaarden niet relevant zijn, omdat daarmee niet de bron van de marktmacht van NS verdwijnt of wordt aangetast.

Zelfs als de concessievoorwaarden NS geen enkele ruimte zouden laten om eigen keuzes te maken en de Staat NS volledig zou voorschrijven hoe het HRN geëxploiteerd moet worden, zou dat volgens ACM niet afdoen aan het bestaan van een economische machtspositie.

Dat standpunt van ACM roept de onbeantwoorde vraag op in welk opzicht NS zich in die situatie bij de exploitatie van het HRN in belangrijke mate onafhankelijk zou kunnen opstellen. Die mogelijkheid zou naar het oordeel van de rechtbank slechts daarin kunnen bestaan dat de concessievoorwaarden zo zijn geformuleerd dat die geheel overeenkomen met de bedrijfseconomische keuzes die NS zou willen maken en die voorwaarden dus geen enkele disciplinerende werking kunnen hebben. Dat betekent echter dat de inhoud van de concessievoorwaarden wel degelijk relevant is om te toetsen of NS zich in belangrijke mate onafhankelijk kan gedragen. Wat ACM aanvoert over het onderhandelingsakkoord over de HSL-Zuid, over de parlementaire enquête HSL-Zuid en het gebrek aan kopersmacht dat daaruit zou blijken, betekent niet dat de concessievoorwaarden irrelevant zijn. Het gaat er in deze zaak



immers om of NS een economische machtspositie heeft op het HRN en dus over de vraag op welke wijze het door ACM veronderstelde tekort aan kopersmacht van de Staat is geconcretiseerd in de voorwaarden die gelden voor exploitatie van de concessie voor het HRN. De concessievoorwaarden zijn in onderhandeling met NS tot stand gekomen. Een economische machtspositie van NS veronderstelt dat NS de onderhandelingen vrijwel dicteerde, wat zou moeten resulteren in concessievoorwaarden die veel ruimte laten aan NS. Bovendien veronderstelt een economische machtspositie dat de wijze waarop NS de HRN exploiteert niet relevant kan zijn omdat NS er zeker van kan zijn dat zij de concessie toch wel behoudt. ACM heeft de concessievoorwaarden echter niet onderzocht zodat niet kan worden vastgesteld of de concessievoorwaarden inderdaad uitdrukking geven aan de gestelde economische machtspositie doordat zij het NS mogelijk maken om het spel in belangrijke mate volgens haar eigen regels te spelen zonder dat dit afbreuk doet aan haar huidige en toekomstige positie op de markt voor het HRN.

8.4 Eiseressen hebben ten aanzien van verschillende onderdelen van de concessievoorwaarden gesteld dat daaruit blijkt dat NS wel degelijk wordt beperkt in de mogelijkheden zich in belangrijke mate onafhankelijk op te stellen. Zo hebben zij er op gewezen dat de wijze waarop NS de HRN-concessie uitvoert een van de factoren is die meewegen bij de beslissing over de periode na afloop van de concessie. Om die reden kan NS zich niet onafhankelijk van de Staat opstellen in die zin dat zij de concessievoorwaarden, zoals bijvoorbeeld de daarin opgenomen prestatie-indicatoren, in belangrijke mate zou kunnen negeren. Dat zou er immers toe kunnen leiden dat de Staat tussentijds of na afloop van de concessieperiode zou kunnen besluiten tot gehele of gedeeltelijke decentralisatie van het HRN. ACM wijst er in dat verband op dat het niet realistisch is om te veronderstellen dat een andere spoorwegonderneming het gehele HRN in één keer zou kunnen overnemen van NS. Maar dat laat onverlet dat het HRN wel in stukken opgeknipt zou kunnen worden en aan verschillende spoorwegondernemingen in concessie kan worden uitgegeven. Die mogelijkheid, waarvan de Limburgse Concessie in feite een voorbeeld op kleine schaal is, kan de marktpositie van NS wel degelijk aantasten en zal er daarom aan kunnen bijdragen dat NS onder de huidige HRN-concessie 'in de pas blijft lopen'.

Verder hebben eiseressen onder meer gesteld dat NS in haar prijsbeleid, een zeer relevante economische parameter, wordt gedisciplineerd doordat in de concessievoorwaarden beperkingen zijn gesteld. ACM volstaat met de stelling dat NS wel degelijk in staat is gebleken haar prijzen te verhogen. Daarmee gaat ACM eraan voorbij dat prijsverhogingen als zodanig nog niet betekenen dat NS zich onafhankelijk kan opstellen. Bovendien blijven de prijsverhogingen van NS binnen de in de concessievoorwaarden gestelde bandbreedte. Of die bandbreedte zodanig ruim is dat NS in feite alsnog haar eigen prijsbeleid kan voeren of dat de prijzen die NS hanteert niet in verhouding staan tot de geleverde diensten, heeft ACM niet gesteld. In dat verband had ACM bijvoorbeeld de prijzen en het prijsbeleid van NS kunnen vergelijken met de prijzen en het prijsbeleid van spoorwegondernemingen in andere landen om inzichtelijk te maken dat het binnen de concessievoorwaarden mogelijk gemaakte prijsbeleid van NS duidt op een belangrijke mate van onafhankelijk opereren. Dat heeft ACM niet gedaan.

Volgens ACM blijkt uit het feit dat NS misbruikelijk gedrag heeft vertoond in de aanbesteding voor de Limburgse Concessie, dat de concessievoorwaarden onvoldoende disciplinerend werken op een moment waarop NS daadwerkelijk in concurrentie moet treden met andere spoorwegondernemingen. Of het gedrag van NS misbruikelijk is hangt primair af van het antwoord op de vraag of NS een economische machtspositie heeft. Gedrag kan op zichzelf wel een indicatie vormen voor het hebben van een economische machtspositie, maar is daarvoor niet doorslaggevend. Doorslaggevend is of een onderneming zich in belangrijke mate onafhankelijk kan opstellen. Bovendien is van belang dat in dit geval het gedrag plaatsvond op een andere markt zodat dit gedrag alleen een indicatie voor een economische machtspositie zou kunnen opleveren als er een voldoende nauw verband bestaat tussen beide markten. Daarover zal de rechtbank hierna oordelen. Overigens stelt ACM dat er geen causaal verband bestaat en hoeft te bestaan tussen de gestelde economische machtspositie van NS en het misbruikelijke gedrag in de aanbesteding voor de Limburgse Concessie. Die stelling is niet goed te rijmen met de stelling dat

uit het gestelde misbruikelijke gedrag van NS blijkt dat zij zich onafhankelijk kon gedragen en dus een economische machtspositie heeft. Bovendien is ook dan de vraag ten opzichte van wie NS zich in belangrijke mate onafhankelijk opstelde: de Staat was geen partij in de aanbesteding om de Limburgse Concessie en de concurrentie in de aanbesteding bestond uit partijen die aanzienlijk groter en kapitaalkrachtiger waren dan NS.

- 8.5 In het door ACM aan haar besluitvorming ten grondslag gelegde rapport van Europe Economics van 22 september 2015 worden de concessievoorwaarden evenmin onderzocht of besproken. Het rapport is ook niet specifiek opgesteld voor onderzoek naar het bestaan van een economische machtspositie van NS op de hier relevante markt. Het rapport vermeldt immers:

*"The research from Europe Economics responds to the request from the Authority for Consumers and Markets (ACM) to conduct an investigation to help them identify possible railway markets and the competitive conditions in these markets. The research does not aim to draw any definite conclusions but to be used as an input in ACM's future research or decision making processes."*

Verder spreekt het rapport bij de bevindingen in termen als "at first sight it seems", "the evidence suggest" en concludeert over de economische machtspositie van NS dat " (...) NS is likely to have significant market power". Op ACM rust echter niet de last om aannemelijk te maken dat NS een economische machtspositie heeft; ACM dient buiten redelijke twijfel aan te tonen dat NS een economische machtspositie heeft. De conclusies van het rapport van Europe Economics zijn te terughoudend geformuleerd om die als bewijs ten grondslag te leggen aan de stelling dat sprake is van een economische machtspositie. Ter zitting hebben eiseressen nog gesteld dat het oordeel in dit rapport over de afbakening van de markt en de positie van NS daarop mede is gebaseerd op de veronderstelling dat "no real viable alternatives to NS" bestaan voor de exploitatie van het HRN gelet op de enorme investeringen die dit van partijen zou vergen. Eiseressen stellen - onweersproken door ACM - dat de onderzoekers kennelijk niet op de hoogte waren van de zogenaamde Redelijke Regeling die voorziet in de overgang van productiemiddelen bij gehele of gedeeltelijke beëindiging van de concessie waardoor een andere vervoerder dan NS op het HRN zou gaan rijden. Verder wijzen eiseressen op het kader voor overgang van personeel in de Wet Personenvervoer 2000. Zowel de Redelijke Regeling als het in de Wet Personenvervoer 2000 gegeven kader vergemakkelijken volgens eiseressen de overgang van de HRN-concessie op een andere onderneming. In het rapport van Europe Economics wordt op beide niet ingegaan. Op grond van al het voorgaande kan op dit rapport dan ook niet het standpunt worden gebaseerd dat NS een economische machtspositie heeft.

- 8.6. Door het gebrek aan onderzoek is er geen inzicht in de vraag of NS zich in belangrijke mate onafhankelijk kan gedragen. Gelet daarop staat niet buiten redelijke twijfel vast dat NS een economische machtspositie heeft. De rechtbank zou kunnen volstaan met dit oordeel, maar ziet aanleiding om ook de beroepsgronden van eiseressen met betrekking tot de verwantschap tussen de markt waarop NS actief is en de Limburgse Concessie te bespreken.

#### Heeft ACM een voldoende mate van verwantschap tussen de markten aangetoond?

9. ACM stelt dat eiseressen de economische machtspositie van NS op de markt voor het HRN hebben misbruikt door middel van roofgedrag en een complex van samenhangende gedragingen bij de aanbesteding van de Limburgse Concessie om daarmee de positie van NS op het HRN te beschermen. Het misbruik vond dus plaats buiten de markt waarop NS volgens ACM een economische machtspositie inneemt.

10. Uit de rechtspraak blijkt dat bij toepassing van artikel 24 van de Mw en artikel 102 van het VWEU ook rekening mag worden gehouden met misbruikelijk gedrag door een dominante onderneming dat plaatsvindt of effect heeft op een andere markt dan waarop de onderneming beschikt over een economische machtspositie. Het kan gaan om misbruikelijk gedrag op de gedomineerde markt dat effect heeft op een andere markt dan de gedomineerde markt (arresten van 6 maart 1974, Istituto Chemioterapico Italiano en Commercial Solvents, gevoegde zaken C-73

en C-73, EU:C:1974:18 en 3 oktober 1985, CBEM, C-311/84, EU:C:1985:394). Het kan ook gaan om misbruikelijk gedrag door een dominante onderneming dat plaatsvindt op een andere markt en ook effect heeft op die andere markt (arrest van 14 november 1996, Tetra Pak II, C-333/94, EU:C:1996:436). Ook kan het gaan om misbruikelijk gedrag op een andere markt dat effect heeft op de gedomineerde markt (arresten van 3 juli 1991, AKZO, C-62/86, EU:C:1991:286 en 1 april 1993, BPB Industries en British Gypsum, T-65/89, EU:T:1993:31). Het rekening houden met misbruik op een andere markt dan die waarop het bestaan van een machtspositie werd vastgesteld, mag zodra er verwantschap tussen de markten bestaat (arrest van 6 april 1995, BPB Industries, C-310/93 P, EU:C:1995:101, punt 11 in samenhang met punten 82 en 83 van de conclusie van 13 december 1994 van AG-Léger, EU:C:1994:408). Uit de arresten blijkt dat deze verwantschap aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval wordt beoordeeld.

11.1 De verwantschap tussen de HRN-markt en de markt van de Limburgse Concessie ligt volgens ACM in het feit dat de Minister van IenM de Limburgse Concessie wilde gebruiken als "proeftuin" om ervaringen op te doen met samenloop tussen twee of meer vervoerders op dezelfde trajecten. Op basis van deze ervaringen zou de Minister willen onderzoeken of ook andere lijnen buiten "de brede Randstad" voor decentralisatie in aanmerking kwamen. De ervaringen bij de uitvoering van de Limburgse Concessie zouden worden meegewogen in de besluitvorming over verdere decentralisatie van delen van het HRN. Deze besluitvorming zou plaatsvinden na de mid-term review van de HRN-concessie in 2019. Indien tot verdere decentralisatie zou worden besloten zou dat ten koste gaan van de positie van NS op het HRN, omdat de omvang van het HRN daardoor zou afnemen. Ook acht ACM het voor de verwantschap van belang dat de ondernemingen die meedongen naar de Limburgse Concessie op dat moment potentieel ook tot de gegadigden behoorden voor concessies die voort zouden vloeien uit verdere openstelling van het HRN.

11.2 ACM stelt dat NS haar machtspositie op het HRN trachtte te beschermen door concurrenten niet de kans te geven om de Limburgse Concessie - als "proeftuin" voor samenloop - te exploiteren en daarmee het pad te effenen voor verdere decentralisatie van het HRN (prikkel), waarmee deze concurrenten toegang zouden krijgen tot (delen van) het HRN. De gedragingen van NS hadden derhalve in potentie zowel gevolgen voor de concurrentie in het kader van de aanbesteding van de Limburgse Concessie en de uitkomst daarvan, als voor de mogelijke betwistbaarheid van (delen van) het HRN in de toekomst.

12. Eiseressen voeren aan dat hun gedragingen bij de bieding op de Limburgse Concessie geen effect kunnen hebben op de positie van NS op het HRN. Zij stellen dat de gedragingen ongeschikt waren om een effect op de concurrentie te hebben, laat staan om te kunnen leiden tot uitsluiting van concurrenten. Daartoe voeren zij aan dat de Limburgse Concessie van geen enkel belang was voor de positie van NS op het HRN gedurende de lopende concessie (tot 2025). De gedragingen zouden ook niet tot uitsluiting kunnen leiden in de periode vanaf 2025, omdat de besluitvorming over verdere decentralisatie vooral zeer onzeker was en de ervaring met decentralisatie in de Limburgse Concessie slechts één van de factoren was die daarop van invloed zou zijn. Verder stellen eiseressen dat de eventuele verkrijging van de Limburgse Concessie door (dochterondernemingen van) NS geen invloed zou kunnen hebben op het besluitvormingsproces over decentralisatie. Een onvoldoende presteren zou het decentralisatieproces juist versnellen, terwijl een voldoende presteren het decentralisatieproces niet zou hebben voorkomen.

13.1 Zoals volgt uit de onder 10 vermelde Europese rechtspraak, strekt het verbod op misbruik van een economische machtspositie zich in beginsel niet uit tot handelen buiten de markt waarop die economische machtspositie bestaat. Dat is slechts anders wanneer vanwege een sterke verwantschap tussen die markten in hoge mate zeker is dat het handelen buiten de markt waarop een economische machtspositie bestaat, leidt tot versterking of bescherming van die economische machtspositie. Die rechtspraak geeft echter geen uitsluitsel over de situatie - zoals hier aan de

orde - waarin het gestelde misbruik plaatsvindt op een markt waarop degene die dat misbruik zou hebben gemaakt zelf geen positie heeft, terwijl dat misbruik effect zou hebben op de markt waarop een economische machtspositie zou bestaan maar het effect zich eerst zou kunnen verwezenlijken na afloop van de huidige concessie voor die markt en er over de inhoud van de nieuw te verlenen concessie nog politieke besluitvorming moet plaatsvinden. De rechtbank zal beoordelen of in dit geval van een sterke verwantschap tussen de door ACM onderscheiden markten sprake is.

Het door ACM gestelde verband tussen de HRN-concessie en de Limburgse Concessie berust op de 'prikkel' die er volgens ACM voor NS was om de Limburgse Concessie te winnen om daarmee samenloop te voorkomen en daarmee de kans te vergroten dat er na afloop van de HRN-concessie geen delen van het HRN gedecentraliseerd zouden worden. Die prikkel is volgens ACM de economische rationale voor eiseressen om een roofofferte te hanteren omdat zij het 'offer' dat zij daarvoor moesten brengen konden 'goedmaken' door de dominante positie van NS op het HRN te verdedigen. Daarmee is mogelijk wel een verklaring gegeven voor de handelwijze van eiseressen, maar is nog niet gegeven dat er een sterke verwantschap bestaat tussen de markt voor de Limburgse Concessie en de mogelijke markt voor (delen van) het HRN na 2024. Daarvoor zou naar het oordeel van de rechtbank vereist zijn dat ervaringen met samenloop in de Limburgse Concessie doorslaggevend zouden zijn voor de beslissing om het HRN na 2024 geheel of gedeeltelijk te decentraliseren. Daarvan is geen sprake. Ervaring met samenloop in de Limburgse Concessie is wel één van de factoren die meewegen bij de beslissing over verdere decentralisatie van het HRN, maar is niet doorslaggevend. Dat NS in de interne besluitvorming de ervaringen met samenloop in Limburg wel van zeer groot gewicht heeft ingeschat, is op zichzelf onvoldoende om tot een ander oordeel te komen nu niet de subjectieve inschatting van NS maatgevend is (Gerecht EU 1 juli 2010, AstraZeneca, T-321/05, ECLI:EU:T:2010:266).

Zoals eiseressen ook stellen moet het besluit over de wijze waarop de HRN-concessie wordt toegekend en ingevuld, genomen worden binnen het bestaande EU-kader. In dit verband is de EU PSO (Public Services Obligations)-verordening die beoogt de gunning van spoorwegconcessies binnen de EU te harmoniseren, van belang.

Het Commissievoorstel tot wijziging van de PSO-verordening nr. 1370/2007 dat in 2014 voorlag, ging er vanuit dat HRN-concessies niet meer onderhands gegund mochten worden en uitsluitend konden worden aanbesteed. Gelet daarop moest NS er ten tijde van aanbesteding van de Limburgse Concessie serieus rekening mee houden dat het HRN na 2024 sowieso geheel of in delen aanbesteed zou worden. Ook daarmee wordt het belang van samenloop in Limburg ten tijde van de aanbesteding van de Limburgse Concessie in objectieve zin gerelativeerd. Verder heeft de wetgever uitdrukkelijk toegestaan dat NS bij aanbestedingen waarbij er sprake zou zijn van samenloop mee mocht dingen. Dit roept de vraag op of de wetgever ervaring met samenloop in haar besluitvorming over decentralisatie van het HRN daadwerkelijk van zo groot gewicht achtte als ACM veronderstelt. De wetgever nam immers de kans voor lief dat er geen samenloop zou ontstaan doordat NS de aanbestedingen voor spoortrajecten waar samenloop aan de orde was zou winnen. Daarnaast speelt ook de tijd en onzekerheid een rol: hoe dan ook zou één en ander zich pas kunnen gaan voordoen vanaf 2025 (periode van een nieuwe concessie) en konden er zich in de tussentijd (vanaf 2014) onverwachte ontwikkelingen voordoen die van grote invloed zouden kunnen blijken voor de politieke besluitvorming over decentralisatie van het HRN.

13.2 De conclusie is dat de effecten van het handelen van eiseressen in het kader van de aanbesteding van de Limburgse Concessie op de positie van NS op het HRN onvoldoende zeker zijn. Daarom is niet gebleken van een zodanig sterke verwantschap tussen de Limburgse Concessie en de mogelijke markt voor (delen van) het HRN na 2024, dat het handelen van eiseressen in het kader van de aanbesteding van de Limburgse Concessie onder de reikwijdte van het verbod op misbruik van een machtspositie valt.

14.1 Gelet op al het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat ACM niet heeft aangetoond dat er sprake is van een economische machtspositie en van verwantschap waardoor ACM rekening mag

houden met het gestelde misbruik bij de Limburgse Concessie als bedoeld in artikel 24 van de Mw en artikel 102 van het VWEU. Dat betekent dat de door ACM gestelde overtreding niet is bewezen en de daarvoor opgelegde boete geen stand kan houden.

14.2 Het beroep is gegrond. De rechtbank komt, gelet hierop, niet meer toe aan een bespreking van de overige beroepsgronden van NS. Gelet op de fundamentele aard van de geconstateerde gebreken en het punitieve karakter van het besluit, ziet de rechtbank geen mogelijkheid om ACM met toepassing van de bestuurlijke lus in de gelegenheid te stellen de geconstateerde gebreken te herstellen. De rechtbank herroept dan ook het primaire besluit tot boeteoplegging.

15. Omdat de rechtbank het beroep gegrond verklaart, bepaalt de rechtbank dat ACM aan eiseressen het door hen betaalde griffierecht vergoedt.

### Proceskosten

16.1 Eiseressen verzoeken ACM te veroordelen in de door hen gemaakte proceskosten voor de door de derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand. Eiseressen verzoeken ook om integrale vergoeding van de kosten van de door hen ingeschakelde deskundigen voor een bedrag van in totaal € 533.868,10.

#### *Vergoeding door derde beroepsmatig verleende bijstand*

16.2 De rechtbank veroordeelt ACM in deze door eiseressen gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt de rechtbank op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht (Bpb) vast op € 5120,-- (1 punt voor het indienen van het bezwaarschrift, 1 punt voor het verschijnen ter hoorzitting, 1 punt voor het indienen beroepschrift, 1 punt voor het bijwonen van twee regiezittingen en 1 punt voor verschijnen ter zitting) met een waarde per punt van € 512,-- en een wegingsfactor 2 (zeer zwaar).

#### *Vergoeding kosten deskundigen*

16.3 Eiseressen verzoeken om integrale vergoeding van de door hen ingeschakelde deskundigen RBB Economics, PwC en Oxera. Volgens eiseressen komt daarbij ook het deel van de werkzaamheden dat in de rapportfase is uitgevoerd voor vergoeding in aanmerking omdat deze werkzaamheden noodzakelijk zijn geweest voor het voeren van verweer in de bezwaar- en beroepsfasen. Een integrale kostenvergoeding is volgens eiseressen gerechtvaardigd omdat het om een bijzonder complexe zaak gaat, waarin ACM een niet eerder gebruikte 'theory of harm' heeft toegepast. Die rechtvaardiging ligt volgens eiseressen ook in de grote hoeveelheid stukken en de hoogte van de boete.

16.4 Wat betreft de kosten van RBB Economics en PwC gemaakt in de rapportfase, overweegt de rechtbank dat deze kosten niet voor vergoeding op grond van artikel 8:75 van de Awb in aanmerking komen, omdat zij niet in een bezwaar- of beroepsfase zijn gemaakt. Dat deze rapporten ook bruikbaar zijn geweest in de bezwaar- en beroepsfase, doet daaraan niet af.

16.5 De rechtbank overweegt dat de kosten van een deskundige op de voet van artikel 8:75 van de Awb voor vergoeding in aanmerking komen als het inroepen van die deskundige redelijk was en de deskundigenkosten zelf redelijk zijn. Uit de jurisprudentie (zie bijvoorbeeld de uitspraak van het CBB van 10 juli 2014, ECLI:NL:CBB:2014:264) volgt dat ter bepaling of het inroepen van een niet-juridisch deskundige, zoals hier aan de orde, redelijk was, in het algemeen als maatstaf kan worden gehanteerd of degene die deze deskundige heeft ingeroepen, gezien de feiten en omstandigheden zoals die bestonden ten tijde van inroeping, ervan mocht uitgaan dat de deskundige een relevante bijdrage zou leveren aan een voor hem gunstige beantwoording door de rechter van een voor de uitkomst van het geschil mogelijk relevante vraag. De rechtbank is van oordeel dat hiervan sprake is behoudens voor de werkzaamheden van PwC die betrekking hebben

op "ondersteuning repliek" (onder 9 genoemd in de toelichting bij het proceskostenformulier). Die werkzaamheden behelzen een analyse van het rapport van het Economisch Bureau van ACM "Roofgedrag van NS in de Limburgse aanbesteding van december 2018".

Deze analyse is neergelegd in een rapport van 1 maart 2019 van PwC. Op dat moment was door de eerste regiezitting op 3 oktober 2018 al duidelijk dat het onderwerp waarop het rapport betrekking heeft niet op de zitting van 17 april 2019 aan de orde zou komen en, afhankelijk van de uitkomst van die zitting, mogelijk niet door de rechtbank beoordeeld zou hoeven worden. Naar het oordeel van de rechtbank was, gelet op de hiervoor gegeven maatstaf, het invoeren van deze deskundige op dat moment in de procedure niet redelijk. Deze kosten komen dan ook daarom al niet voor vergoeding in aanmerking.

16.6 Krachtens het op grond van artikel 2, eerste lid, onder b, Bpb toepasselijke artikel 3, eerste lid, van de Wet tarieven in strafzaken in samenhang met artikel 6 van het Besluit tarieven in strafzaken 2003 geldt voor deskundigenkosten een tarief van ten hoogste € 126,47 per uur. Uit de toelichting bij artikel 2, derde lid, van het Bpb volgt dat de mogelijkheid tot afwijking die in dat artikellid wordt geboden is bedoeld voor uitzonderlijke, schrijnende gevallen waarbij strikte toepassing van de regeling evident onrechtvaardig zou zijn. De rechtbank ziet in de door eiseressen aangevoerde omstandigheden geen grond voor het oordeel dat van een dergelijk uitzonderlijk, schrijnend geval in dit geval sprake is. Voor toekenning van een integrale vergoeding zoals eiseressen verzoeken, bestaat dan ook geen grond. Wel zal de rechtbank in het licht van de daadwerkelijk aan eiseressen in rekening gebrachte uurtarieven van de door hen ingeschakelde deskundigen uitgaan van het maximale forfaitaire tarief.

16.7 Dit betekent dat ACM eiseressen op basis van de gestelde, door de deskundigen opgevoerde - en door ACM niet betwiste - uren een bedrag van:

- 98,25 uur x € 126,47 = € 12.425,68 voor de werkzaamheden van Oxera genoemd onder 5 in de toelichting op het proceskostenformulier);

- 70,50 uur x € 126,47 = € 8.916,14 voor de werkzaamheden van Oxera genoemd onder 6 in de toelichting op het proceskostenformulier);

- 422,20 uur x € 126,47 = € 53.395,63 voor de werkzaamheden van PwC genoemd onder 7 in de toelichting op het proceskostenformulier, dient te vergoeden.

16.8 Voor de onder 8 in de toelichting bij het proceskostenformulier genoemde werkzaamheden van Oxera is een zogenaemde 'fixed fee' in rekening gebracht van € 30.000,-- voor "ondersteuning hoorzitting beroepsfase 2019". Nu er geen urenspecificatie is gegeven kan de rechtbank hier niet uitgaan van het (maximale) forfaitaire tarief van daadwerkelijk aan eiseressen in rekening gebrachte uurtarieven van de door hen ingeschakelde deskundige. De rechtbank ziet evenmin aanleiding om hier een vergoeding voor de uren aanwezigheid van deze deskundige ter zitting van 17 april 2019 toe te kennen. Immers in hun brief van 12 april 2019 hebben eiseressen aangegeven dat zij ook kosten hebben gemaakt voor de zitting van 17 april 2019 en dat de facturen voor deze kosten zo spoedig mogelijk na de zitting worden toegestuurd. De rechtbank neemt aan dat eiseressen daarmee (ook) doelen op de kosten voor de aanwezigheid van deze deskundige ter zitting van 17 april 2019. De rechtbank heeft echter geen facturen meer ontvangen.

16.9 ACM dient aan eiseressen een bedrag van in totaal € 74.737,45 aan kosten deskundigen te vergoeden.

#### *Conclusie vergoeding proceskosten*

16.10 ACM dient in totaal een bedrag van € 79.857,45 (€ 5120,-- + € 74.737,45) aan eiseressen te vergoeden.

## **Beslissing**

De rechtbank:

- verklaart het beroep gegrond;
- vernietigt het bestreden besluit
- herroept het primaire besluit;
- bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde besluit;
- bepaalt dat ACM aan eiseressen het door hen betaalde griffierecht van € 338,-, vergoedt;
- veroordeelt ACM in de proceskosten van NS tot een bedrag van € 79.857,45.

Deze uitspraak is gedaan door mr. A.C. Rop, voorzitter, en mr. T. Boesman en mr. S.A. de Vries, leden, in aanwezigheid van mr. M. Traousis - van Wingaarden, griffier. De uitspraak is in het openbaar gedaan op 27 juni 2019.

griffier voorzitter

Een afschrift van deze uitspraak is 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.