



Advies

Regulering van de OV- betaalmarkt

31 augustus 2018

Muzenstraat 41
2511 WB Den Haag

www.acm.nl
070 722 20 00



Managementsamenvatting

De ACM brengt op verzoek van het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat een advies uit over de wenselijkheid van economische regulering van de OV-betalmarkt. In 2013 signaleerde de ACM in de *Quickscan personenvervoer* een aantal mededingingsproblemen die samenhangen met de machtspositie van Trans Link Systems B.V. (TLS) in de markt voor landelijke vervoerbewijzen. Sindsdien heeft zich een aantal belangrijke ontwikkelingen voorgedaan. De *governance* van TLS is gewijzigd, en er zijn nieuwe ondernemingen ontstaan die gebruikmaken van de OV-chipkaart voor het aanbieden van mobiliteitsdiensten. Ook worden onder de noemer van *Mobility as a Service* (MaaS) diverse initiatieven ontplooid die het mogelijk maken om op één digitaal platform een deur-tot-deur-reis te plannen, boeken en betalen. Tegen deze achtergrond is de ACM gevraagd om op basis van de meest recente inzichten kenbaar te maken of nadere economische regulering wenselijk is en daarbij in te gaan op de volgende onderwerpen:

- a. de Coöperatie Openbaar Vervoerbedrijven en de wijze waarop deze invloed kan uitoefenen op TLS;
- b. de positie van aanbieders van mobiliteitsdiensten ten aanzien van vervoerders en TLS;
- c. de tarieven en voorwaarden van TLS en de besluitvorming daarover;
- d. eventuele nieuwe signalen over mogelijke problemen op de OV-betalmarkt.

a. De invloed van de Coöperatie Openbaar Vervoerbedrijven op TLS

In de *Quickscan* signaleerde de ACM een aantal knelpunten die gerelateerd waren aan de aandeelhoudersstructuur van TLS. In 2013 waren de aandelen van TLS in handen van de NS (68,75%), de GVB (12,5%), de RET (12,5%) en de HTM (6,25%). Andere (regionale) vervoerders namen wel diensten af van TLS, maar waren zelf geen aandeelhouder. Dit zorgde voor ongelijke verhoudingen. Sinds 31 december 2015 is de Coöperatie Openbaar Vervoerbedrijven U.A – waarin alle concessiehoudende vervoerders vertegenwoordigd zijn – eigenaar van TLS. Hiermee is een einde gekomen aan de situatie van ongelijke zeggenschap van de concessiehoudende vervoersbedrijven over de activiteiten van TLS. De uit die ongelijke verhoudingen voortvloeiende (mededingings)problemen lijken hiermee afdoende te zijn geadresseerd.

b. De positie van aanbieders van mobiliteitsdiensten ten aanzien van vervoerders en TLS

Om mobiliteitsdiensten te kunnen aanbieden, hebben marktpartijen toegang nodig tot openbaarvervoersdiensten (hierna: OV-diensten) en eventueel andere aanvullende (vervoers-)diensten, tot de betaalsystemen waarmee klanten hun reizen kunnen afrekenen en tot data (o.a. reisinformatie) waarmee reizigers hun reizen kunnen plannen. Zonder toegang tot de betreffende diensten (ook wel: *inputs*) is het niet mogelijk om toe te treden tot de markt voor mobiliteitsdiensten.

Het meest gebruikte betaalsysteem in het OV in Nederland is het OV-chipkaartsysteem. Dit maakt dat de meeste mobiliteitsdienstenaanbieders voor hun dienstverlening afhankelijk zijn van TLS voor toegang tot het OV-chipkaartsysteem. Daarnaast zijn zij afhankelijk van vervoerders voor toegang tot de door hen aangeboden OV-diensten. TLS en vervoerders bieden op vrijwillige basis toegang tot hun diensten. Met de registratie als bedrijvenkaartaanbieder (BKA) is het mogelijk zakelijke OV-chipkaarten uit te geven en het basisproduct *reizen op saldo* aan te bieden. Desalniettemin ervaren mobiliteitsdienstenaanbieders in de praktijk diverse knelpunten om effectief te kunnen concurreren met vervoerders op de markt voor mobiliteitsdiensten.

Zo hebben de mobiliteitsdienstenaanbieders op dit moment beperkte toegang tot de door de vervoerders aangeboden OV-diensten. Daarnaast ervaren BKA's knelpunten op het gebied van de voorwaarden van toegang. Zo bieden (bepaalde) vervoerders geen toegang tot kortingsproducten aan, en kunnen (enkele) vervoerders de overeenkomsten met BKA's eenzijdig aanpassen. Door vervoerders worden beperkingen gesteld aan het bedienen van de consumentenmarkt, waardoor de mobiliteitsdienstenaanbieders alleen tegen 'vol-tarief' winkelprijzen OV-diensten kunnen aanbieden aan particulieren. Hierdoor kunnen mobiliteitsdienstenaanbieders het aanbod van vervoerders (die diverse producten met kortingen verkopen aan consumenten) niet evenaren.

Ten slotte wijzen mobiliteitsdienstenaanbieders op onzekerheden rondom de individuele onderhandelingen over commissies en kortingspercentages met vervoerders. Deze onzekerheden zorgen ervoor dat mobiliteitsdienstenaanbieders mogelijk grotere risicomarges aanhouden. Dat brengt hogere kosten met zich mee.

De ACM verwacht dat met de opkomst van MaaS naast het zakelijk segment ook het consumentensegment interessanter gaat worden voor nieuwe mobiliteitsdienstenaanbieders. Door de opkomst van MaaS neemt de verwachte totale toegevoegde waarde die mobiliteitsdienstenaanbieders kunnen bieden in hun rol als intermediair toe. Waar BKA's zich tot op heden vooral richtten op het ontzorgen van grote zakelijke afnemers, bieden MaaS-aanbieders een platform voor plannen, boeken en betalen aan voor zowel zakelijke reizigers als consumenten. Hierdoor kan de consument profiteren van op maat gemaakte mobiliteitsdiensten, die passen bij zijn of haar specifieke reispatroon. De markt voor MaaS bevindt zich nog in een ontwikkelfase. Dit maakt het voor de ACM lastig om een goede inschatting te maken van de verwachte baten van MaaS. Als MaaS reizigers in staat stelt een betere afweging te maken van alle beschikbare opties voor mobiliteit, dan zijn de potentiële maatschappelijke baten hiervan groot. Effectieve toegang tot vervoersdiensten is een belangrijke randvoorwaarde voor het kunnen aanbieden van MaaS-diensten.

Standpunt ACM over wenselijkheid regulering

De ACM concludeert op basis van een economische analyse dat vervoerders de mogelijkheid en een prikkel hebben om de toegang tot OV-diensten te beperken, waardoor er risico's op uitsluiting ontstaan die economische regulering rechtvaardigen. Aangezien de vervoerders gezamenlijk eigenaar zijn van TLS, gelden die risico's ook voor het dienstenaanbod van TLS.

De geobserveerde risico's op uitsluiting kunnen naar het oordeel van de ACM alleen weggenomen worden als er zowel afdwingbare toegang tot TLS is als afdwingbare toegang tot OV-diensten. Indien alleen regulering wordt ingesteld voor het dienstenaanbod van TLS, dan is er nog steeds een reëel risico dat mobiliteitsdienstenaanbieders (effectief) worden uitgesloten van de mobiliteitsmarkt doordat bijvoorbeeld de toegang tot bepaalde reisproducten wordt geweigerd. Andersom geldt hetzelfde. Effectieve toegang tot OV-diensten is volgens de ACM alleen geborgd als mobiliteitsdienstenaanbieders tevens een recht op toegang hebben tot het OV-betaalsysteem. De ACM verwacht dat gereguleerde toegang zal bijdragen aan de ontwikkeling van MaaS-diensten en zal leiden tot een gelijk spelveld op de markt voor mobiliteitsdiensten tussen vervoerders en andere aanbieders van mobiliteitsdiensten.

Een toegangsverplichting stelt andere mobiliteitsdienstenaanbieders in staat om het aanbod (producten) van vervoerders te kunnen evenaren. Dit kan naar verwachting van de ACM de ontwikkeling van MaaS-achtige diensten stimuleren, doordat meer toetredingsmogelijkheden

ontstaan voor partijen die een opslag op de prijs kunnen vragen voor het bieden van toegevoegde waarde door verschillende reisproducten te bundelen.

Tegenover de mogelijke voordelen van regulering voor de concurrentie en de reiziger, staan mogelijk nadelen voor het bestaande concessiestelsel. Daarnaast brengt regulering kosten met zich mee. Als gevolg van de Nederlandse OV-concessies verkrijgen vervoerders een alleenrecht op het leveren van OV-diensten. Een verplichting om toegang te verlenen tot de OV-diensten kan, bijvoorbeeld door *cherry picking* door mobiliteitsdienstenaanbieders, leiden tot lagere inkomsten voor vervoerders. Die lagere inkomsten zouden mogelijk gecompenseerd moeten worden door concessieverleners (overheden). Aan de andere kant kan het nieuwe aanbod door mobiliteitsdienstenaanbieders ook leiden tot meer gebruik van het OV, waardoor de totale economische impact op het systeem door de ACM niet volledig te voorspellen is. De ACM adviseert de staatssecretaris daarom om in de transitieperiode naar een wettelijke basis (zie hieronder) voor toegangsregulering van OV-diensten te onderzoeken wat de eventuele gevolgen zouden zijn voor de huidige concessies en op welke wijze eventuele negatieve gevolgen zoveel mogelijk beperkt kunnen worden.

Wettelijke basis voor gereguleerde toegang

Artikel 30a van de Wp2000 biedt naar het oordeel van de ACM reeds voldoende grondslag voor het reguleren van toegang tot het dienstenaanbod van TLS. De ACM adviseert om een toegangsverplichting in ieder geval te koppelen aan een non-discriminatieverplichting en transparantieverplichting. Om effectieve concurrentie te bewerkstelligen, dient TLS gelijke mogelijkheden voor toegang te verschaffen aan alle mobiliteitsdienstenaanbieders onder dezelfde voorwaarden.

Aan een toegangsverplichting zal normaliter ook een transparantieverplichting worden gekoppeld, aangezien daarmee de werking van de toegangsverplichting wordt ondersteund. Het opleggen van een toegangsverplichting zonder dat de betrokken partij transparant moet maken wat zijn toegangs aanbod is, zal veelal niet effectief zijn.

Voor het reguleren van de toegang tot de OV-diensten biedt de Wp2000 op dit moment geen mogelijkheden. De ACM ziet in de huidige markt vanwege de grote variëteit in concessies (looptijden, voorwaarden, onderhands gegund vs. aanbesteed, Rijk vs. decentrale overheden) slechts beperkte mogelijkheden om de toegang tot OV-diensten af te laten dwingen door concessieverleners. Voor gereguleerde toegang van de OV-diensten dient daarom naar de mening van de ACM een wettelijke basis te worden gecreëerd. Voor effectieve toegang dient deze wettelijke basis te voorzien in een verplichting voor vervoerders om OV-diensten tegen non-discriminerende en transparante voorwaarden ter beschikking te stellen aan mobiliteitsdienstenaanbieders. Hieraan ontnemen alle mobiliteitsdienstenaanbieders de zekerheid dat zij tegen concurrerende voorwaarden de vervoersdiensten kunnen opnemen in hun aanbod van mobiliteitsdiensten. Bij de uitwerking van deze wettelijke regeling kan nader worden bekeken tegen welke voorwaarden de toegang tot de OV-diensten moet worden geboden om een gelijk speelveld te creëren.

c. De tarieven en voorwaarden van TLS en de besluitvorming daarover

In de afgelopen jaren zijn er zorgen geuit over de hoogte van de tarieven van de producten en diensten van TLS (zoals de OV-chipkaart) en het gebrek aan transparantie over de opbouw van deze tarieven.

Uit de analyse van de ACM blijkt dat TLS in het verleden hoge rendementen heeft behaald. Op basis van de huidige afspraken zullen deze rendementen daarbij tot in ieder geval 2021 hoog blijven. De ACM stelt echter ook vast dat deze rendementen een specifieke historische oorzaak hebben. In de jaren 2002-2010 heeft TLS forse aanloopverliezen geleden. Vanaf 2011 behaalt TLS positieve resultaten. TLS heeft de positieve resultaten vanaf 2011 gebruikt om daarmee een deel van de investeringen van haar voormalig aandeelhouders terug te betalen. Volgens TLS bedroeg haar gemiddelde positieve rendement over de periode 2011-2016 25%. TLS verwacht voor de periode 2017-2021 hoge rendementen te blijven behalen. Deze hoge rendementen worden met name behaald op basis van tarieven die in rekening worden gebracht bij de vervoerders, die zelf (via de Coöperatie) eigenaar zijn van TLS. Dat betekent dat hogere tarieven aan vervoerders zowel tot hogere opbrengsten als hogere kosten leiden voor de vervoerders.

Het voorgaande neemt niet weg dat er een risico bestaat dat TLS in de toekomst een soortgelijke financieringsconstructie zal optuigen, die (wederom) tot hoge rendementen zou kunnen leiden. De Coöperatie heeft namelijk nog een achtergestelde lening bij de voormalige aandeelhouders en TLS heeft kapitaal nodig om investeringen te kunnen financieren. Aangezien TLS echter geen winstoogmerk heeft, ziet de ACM met name een risico dat TLS afwijkt van gangbare bedrijfseconomische principes, door bijvoorbeeld leningen versneld af te lossen via een (hoge) opslag op de kostprijs van haar producten en diensten. Daarnaast bestaat er een (beperkt) risico op kruissubsidiëring tussen de verschillende afnemersgroepen van TLS. Deze factoren kunnen beide een prikkel vormen om te hoge tarieven in rekening te brengen bij (bepaalde) afnemers van TLS.

De prikkel om te hoge tarieven te rekenen aan *vervoerders* wordt volgens de ACM beperkt door het feit dat de vervoerders zowel afnemer als aandeelhouder zijn van TLS. De verwachte consumentenschade van te hoge tarieven voor vervoerders is daarbij relatief beperkt. Mogelijk werken te hoge tarieven wel door in de biedingen van vervoerders voor de OV-concessies. Als gezamenlijk aandeelhouder van TLS zijn de kosten van vervoerders voor het OV-chipkaartsysteem gelijk (hierop concurreren vervoerders niet). Of vervoerders de mogelijkheid hebben om deze (inefficiënte) kosten af te wentelen op concessieverleners, hangt onder meer af van de afspraken met en de onderhandelingsmacht ten opzichte van de concessieverlener.

De ACM verwacht niet dat TLS de prikkel heeft om de tarieven voor *consumenten* (met name de prijs van de OV-chipkaart) te verhogen. Dat is niet in het belang van TLS en van vervoerders, omdat daarmee de drempel voor toegang tot het OV hoger wordt. Daarnaast zou dit naar verwachting van de ACM tot veel maatschappelijke weerstand leiden, en niet op steun kunnen rekenen van consumenten- en overheidsorganisaties binnen het NOVB (hoewel deze steun formeel niet vereist is).

De ACM ziet wel een risico dat TLS in de toekomst te hoge tarieven in rekening brengt aan *mobiliteitsdienstenaanbieders*. Hierdoor zouden vervoerders via TLS effectief de toegang van mobiliteitsdienstenaanbieders tot de markt voor mobiliteitsdiensten kunnen belemmeren. Bovendien hebben mobiliteitsdienstenaanbieders in de KRvA momenteel beperkte inspraak in de tarieven van TLS om voldoende tegenwicht te bieden.

Standpunt ACM over wenselijkheid regulering

Naar het oordeel van de ACM zijn een non-discriminatieverplichting en een transparantieverplichting op dit moment noodzakelijk om te voorkomen dat TLS te hoge tarieven in rekening brengt bij mobiliteitsdienstenaanbieders. De non-discriminatieverplichting waarborgt dat de tarieven voor iedereen (vervoerders én mobiliteitsdienstenaanbieders) gelijk zijn. Daarnaast

maakt de transparantieverplichting het mogelijk om de ontwikkeling van tarieven te monitoren. Daarbij kan een stijging van de tarieven van TLS aanleiding geven tot het starten van een mededingingsrechtelijk onderzoek.

De ACM overweegt dat het daarnaast opleggen van tariefregulering op dit moment niet proportioneel is om de gesignaleerde risico's op te hoge prijzen van TLS weg te nemen. Het reguleren van de tarieven van TLS zou mogelijk kunnen leiden tot lagere tarieven voor vervoerders (in ieder geval tot 2021). De directe financiële gevolgen hiervan voor de reiziger zijn echter onzeker. In de eerste plaats is het maar de vraag in welke mate vervoerders deze kosten in rekening brengen bij de reiziger. Dit hangt onder meer af van de afspraken met en de onderhandelingsmacht ten opzichte van de concessieverlener. In de tweede plaats verwacht de ACM dat regulering van de tarieven die TLS in rekening brengt aan vervoerders maar een beperkt consumentenvoordeel zal opleveren (minder dan 1% van de totale kosten van het openbaar vervoer.) en dat dit niet zal opwegen tegen de verwachte reguleringskosten.

Om het risico weg te nemen dat TLS in de toekomst een (hoge) opslag op de tarieven hanteert om versneld leningen af te lossen, zou wel overwogen kunnen worden een aantal algemene bedrijfseconomische regels op te stellen over waardering van activa en toerekening van kosten en opbrengsten. Daarbij gaat het om regels als: hoe om te gaan met investeringen en afschrijvingen, hoe om te gaan met het aflossen van leningen en hoe om te gaan met *goodwill*. Volgens de ACM biedt artikel 30a van de Wp2000 hier mogelijkheden voor. Een accountant zou de toepassing van de rekenregels in de praktijk kunnen controleren. De kosten van een dergelijke manier van reguleren zijn zeer beperkt.

Voorts zou kunnen worden overwogen – als vorm van zelfregulering – om mobiliteitsdienstenaanbieders een sterkere stem te geven in de KRvA met betrekking tot de door TLS gehanteerde tarieven.

d. Nieuwe signalen over mogelijke problemen op de OV-betalmarkt

De ACM constateert dat de beperkte toegang tot data door marktpartijen als grootste belemmering wordt gezien voor de ontwikkeling van MaaS-diensten. Op dit moment is onbewerkte aanbodata (zoals reisinformatie) via de databank Nationale Data Openbaar Vervoer (NDOV) reeds beschikbaar gesteld. De gebruikersdata (data over reizigersstromen) is echter nog relatief beperkt en gefragmenteerd beschikbaar. Er ontbreken uniforme afspraken over de ontsluiting van data. Het gaat hier om data aan de aanbodzijde van de markt, zoals *real time* reisinformatie, en om data over de reizigersstromen.

Het is belangrijk dat data straks voor iedere partij tegen dezelfde voorwaarden beschikbaar is. Op deze manier wordt de concurrentie bevorderd, innovatie mogelijk gemaakt en voorkomen dat bestaande (verticaal geïntegreerde) spelers de markt voor het aanbieden van mobiliteitsdiensten bepalen. Idealiter is de beheerder van het systeem waarmee de data wordt verzameld en gedistribueerd een onafhankelijke partij. Indien vervoerders via TLS geaggregeerd data van hun eigen reizigers met elkaar gaan delen, dient deze informatie ook non-discriminatoir beschikbaar te worden gesteld aan mobiliteitsdienstenaanbieders en/of aanbieders van informatiediensten.

Een specifiek knelpunt is dat er nog geen *application programming interface* (API) is waarmee reizigers aan derden toegang kunnen geven tot hun reisdata. Reizigers kunnen momenteel alleen via TLS een overzicht krijgen van hun eigen reisgedrag.

Standpunt ACM over wenselijkheid regulering

Partijen hebben in het Nationaal Openbaar Vervoer Beraad (NOVB) een eerste stap gezet met het opzetten van een informatiehuishouding voor uitwisseling van de gegevens uit de OV-chipkaart. TLS vervult hierin een belangrijke operationele rol. Deze zelfregulering zal zich het komende jaar in de praktijk moeten gaan bewijzen. De ACM beveelt daarom aan om in 2019 de informatiehuishouding te evalueren – en mocht uit de evaluatie blijken dat dit nodig is – reeds nadere voorbereidingen te treffen om artikel 30c van de Wp2000 in werking te laten treden om daarmee toegang tot gebruiksdata te kunnen afdwingen.

Voorts zou TLS reizigers de gelegenheid moeten bieden om – mits de reiziger daar toestemming voor heeft gegeven – reisgegevens te delen met mobiliteitsdienstenaanbieders (waaronder vervoerders) of aanbieders die informatiediensten aan reizigers willen aanbieden. Op dit moment kan dat nog niet.

Om de toegang tot data te bevorderen, zou gedacht kunnen worden aan het ontwikkelen van vergelijkbare afspraken als de regels die voor banken gaan gelden voor de toegang tot de data van hun klanten onder de herziene Payment Services Directive (PSD2). De ACM adviseert de mogelijkheden voor het maken van dergelijke afspraken nader te onderzoeken.

Inhoudsopgave

Managementsamenvatting	2
1. Inleiding	10
1.1 Achtergrond	11
1.2 Adviesaanvraag lenW	12
1.3 Aanpak	13
1.3.1 Onderzoeksmethode	13
1.3.2 Theory of harm en onderzoeksvragen	14
1.4 Consultatie conceptadvies.....	16
1.5 Leeswijzer.....	17
2. De uitoefening van zeggenschap over TLS	18
2.1 Inleiding	18
2.2 Analyse Quicksan: voortdurende prikkel voor TLS om hoge prijzen door te berekenen ..	18
2.3 Oprichting en organisatie van de Coöperatie	19
2.4 Knelpunten met betrekking tot zeggenschap	20
2.5 Conclusie.....	20
3. De relevante markten	21
3.1 Inleiding	21
3.2 De markt voor OV-diensten.....	22
3.3 De markt voor betaaldiensten in het openbaar vervoer.....	23
3.4 De markt voor mobiliteitsdiensten	24
3.4.1 Bedrijvenkaartaanbieders op basis van het OV-chipkaartsysteem	24
3.4.2 Overige aanbieders van mobiliteitsdiensten.....	25
3.4.3 Conclusie.....	27
4. Dominantieanalyse	28
4.1 Inleiding	28
4.2 Beoordelingskader machtsposities.....	28
4.3 Machtsposities op de markt voor OV-diensten.....	28
4.4 Machtsposities op de markt voor OV-betaaldiensten.....	29
5. Mogelijke toegangsproblemen voor aanbieders van mobiliteitsdiensten	32
5.1 Inleiding	32
5.2 Huidige toegang mobiliteitsdienstenaanbieders	33
5.2.1 Toegang tot het OV-betaalsysteem	33
5.3 Mogelijkheid en prikkel voor uitsluiting	34
5.3.1 Beoordelingskader	34
5.3.2 Mogelijkheid TLS en vervoerders om toegang te beperken	35
5.3.3 Prikkel TLS en vervoerders om toegang te beperken	38
5.4 Conclusie.....	40
6. Risico op te hoge tarieven (uitbuiting)	42
6.1 Inleiding	42
6.2 Beoordelingskader.....	42
6.3 De diensten en tarieven van TLS	43

6.3.1	Consumentendiensten	44
6.3.2	Deelnemersdiensten	44
6.3.3	C&S-diensten	45
6.3.4	De wijze waarop de tarieven tot stand komen.....	45
6.3.5	Conclusie diensten en tarieven TLS.....	45
6.4	De mogelijkheid om te hoge tarieven in rekening te brengen	45
6.4.1	Rendementen van TLS	46
6.4.2	Inefficiënte kosten	47
6.5	De prikkel om te hoge tarieven in rekening te brengen	47
6.5.1	Algemene overwegingen.....	47
6.5.2	Consumententarieven	48
6.5.3	Deelnemerstarieven	48
6.5.4	Clearing and Settlement-tarieven.....	49
6.5.5	Mogelijkheid om hogere kosten door te berekenen aan de reiziger.....	49
6.6	Conclusie.....	50
7.	Effectiviteit van bestaande wet- en regelgeving.....	51
7.1	Inleiding	51
7.2	De Mededingingswet.....	51
7.3	Misbruik van een economische machtspositie	52
7.4	Effectiviteit van handhaving op grond van de Mededingingswet.....	55
7.5	Conclusie.....	57
8.	Advies wenselijkheid economische regulering	58
8.1	Inleiding	58
8.2	Mogelijkheden voor regulering van OV-betaaldiensten onder de Wp2000	58
8.2.1	Artikel 30a van de Wp2000	58
8.3	Beoordelingskader economische regulering	60
8.4	Mogelijke reguleringsopties toegangsproblemen (uitsluiting).....	60
8.4.1	Inleiding	60
8.4.2	Advies van Ecorys.....	60
8.4.3	Wenselijkheid van economische regulering	61
8.4.4	Reguleringsopties.....	63
8.4.5	Afweging en advies	64
8.5	Mogelijke reguleringsopties te hoge tarieven (uitbuiting)	66
8.5.1	Inleiding	66
8.5.2	Wenselijkheid van economische regulering	66
8.5.3	Reguleringsopties.....	67
8.5.4	Afweging en advies	69
9.	Mogelijke problemen bij de toegang tot data	71
9.1	Inleiding	71
9.2	Voor MaaS relevante data	71
9.3	Wijze waarop informatie gebruiksdata gedeeld moet worden.....	72
9.4	Mogelijkheden van informatie-uitwisseling binnen de Mededingingswet	73
9.5	Mogelijkheden voor regulering van de toegang tot data op grond van de Wp2000	73
9.6	Conclusie mogelijke problemen bij toegang tot data	73
9.7	Mogelijke reguleringsopties toegang tot data	74
BIJLAGE I	75

1. Inleiding

Bij brief van 28 november 2016 heeft het Ministerie van Infrastructuur en Milieu (inmiddels van Infrastructuur en Waterstaat, hierna: IenW) de Autoriteit Consument en Markt (hierna: de ACM) verzocht een scan uit te voeren op de markt voor de elektronische afwikkeling van betaaltransacties in het openbaar vervoer (hierna: OV-betalmarkt). De ACM is daarbij ook verzocht haar standpunt te geven over de wenselijkheid van economische regulering van de OV-betalmarkt. Het voorliggende advies vormt het resultaat van het onderzoek dat de ACM heeft uitgevoerd naar aanleiding van dit verzoek.

In dit advies staan de interacties centraal tussen drie marktpartijen, die ieder een eigen rol spelen op het gebied van OV-betalen. Allereerst is dit Trans Link Systems B.V. (hierna: TLS). TLS is de producent en uitgever van de OV-chipkaart, en is tevens de beheerder van het (achterliggende) OV-chipkaartsysteem. Betaaltransacties in het OV worden momenteel voornamelijk via dat systeem afgewikkeld, waardoor TLS een belangrijke positie inneemt in de markt voor OV-betalen.

Daarnaast is een centrale rol weggelegd voor de bedrijven die in Nederland op basis van een concessie openbaar vervoer verzorgen. Deze concessiehoudende vervoerders (ook wel: OV-bedrijven) zijn enerzijds afnemer van OV-betaaldiensten, maar spelen anderzijds ook een belangrijke rol bij het aanbieden van dergelijke diensten. Zij zijn namelijk niet alleen gezamenlijk eigenaar van TLS, maar zijn in sommige gevallen ook zelfstandig actief in het ontwikkelen en aanbieden van (nieuwe) vormen van OV-betalen.

Ten slotte zijn er nog de ondernemingen die veelal gebruikmaken van de OV-chipkaart voor het aanbieden van mobiliteitsdiensten. Deze ondernemingen, die verder in dit advies als 'mobiliteitsdienstenaanbieders' zullen worden aangeduid, faciliteren mobiliteitsoplossingen voor met name de zakelijke markt door het combineren van verschillende vervoersdiensten (zowel in het OV als daarbuiten) en flankerende diensten (zoals het verzorgen van de administratie) tot één product. Om dergelijke mobiliteitsdiensten aan te kunnen bieden, zijn zij afhankelijk van de diensten van de andere partijen die actief zijn in het OV-domein. Zij nemen betaaldiensten af bij TLS, en nemen daarnaast OV-diensten af bij de vervoerders.

Vervoerders kunnen op verschillende manieren aan mobiliteitsdienstenaanbieders toegang verlenen tot de OV-diensten. Dit kan door mobiliteitsdienstenaanbieders toe te staan om het bestaande aanbod van reisproducten¹ (al dan niet met een korting) door te verkopen aan klanten, of het creëren van de mogelijkheid tot het inkopen van vervoerskilometers waarmee mobiliteitsdienstenaanbieders eigen producten (zoals abonnementen) kunnen ontwikkelen. Voor beide toegangsopties gebruiken we in dit advies de term 'toegang tot OV-diensten' tenzij nadrukkelijk is aangegeven dat een van beide toegangsopties is bedoeld.

Van belang is voorts dat de OV-betalmarkt zich momenteel in een fase bevindt waarin technologische ontwikkelingen elkaar in een hoog tempo opvolgen. In de afgelopen jaren zijn naast de OV-chipkaart verscheidene nieuwe vormen van elektronisch OV-betalen geïntroduceerd. Concepten zoals betalen met *smartphones* en bankpassen bevinden zich in verschillende fasen van ontwikkeling en – in sommige gevallen – implementatie in het Nederlandse openbaar vervoer.

¹ Een reisproduct stelt de reiziger in staat om op een bepaalde tijd en plaats tegen een bepaalde prijs te kunnen reizen in het openbaar vervoer.

Dergelijke ontwikkelingen, en de mate waarin zij in de OV-betalmarkt tot uitdrukking kunnen komen, spelen een belangrijke rol bij de beantwoording van de door lenW gestelde onderzoeksvragen. In dit advies wordt om die reden niet alleen gekeken naar de huidige marktsituatie, maar wordt ook getracht rekening te houden met te verwachten toekomstige marktontwikkelingen op de korte tot middellange termijn.

In deze inleiding wordt een korte schets gegeven van de hoofdlijnen van het advies van de ACM. Allereerst wordt in vogelvlucht de achtergrond geschetst waartegen lenW haar verzoek heeft gedaan. Vervolgens wordt de adviesaanvraag besproken, waarna de aanpak van het onderzoek door de ACM uiteen wordt gezet.

1.1 Achtergrond

Eind 2013 heeft de ACM naar aanleiding van een verzoek van lenW de *Quickscan personenvervoer per spoor 2013* gepubliceerd. In deze Quickscan is onder andere ingegaan op knelpunten ten aanzien van de positie van TLS als producent en uitgever van de OV-chipkaart.

De ACM constateerde in de Quickscan dat TLS een machtspositie heeft in de markt voor landelijke vervoerbewijzen, aangezien vervoerders afhankelijk zijn van de diensten van TLS en er geen mogelijkheden zijn voor de introductie van alternatieven voor het OV-chipkaartsysteem of voor de OV-chipkaart zelf. Volgens de ACM waren er indicaties dat deze machtspositie ook daadwerkelijk tot mededingingsproblemen leidde. Om die reden heeft de ACM in de Quickscan een aantal oplossingsrichtingen voorgesteld, die (in combinatie) de geïdentificeerde mededingingsproblemen rondom TLS zouden kunnen wegnemen:

- Het OV-chipkaartsysteem van TLS dient, bijvoorbeeld bij AMvB in de Spoorwegwet, te worden aangewezen als benodigde dienst voor de uitvoering van spoordiensten;
- TLS dient toegang te verlenen tot het OV-chipkaartsysteem voor aanbieders van mobiliteitskaarten;
- De aandeelhoudersstructuur van TLS dient nader onder de loep te worden genomen.

In reactie op de Quickscan heeft de staatssecretaris van lenW bij brief van 11 november 2013 aangegeven een aantal maatregelen in gang te hebben gezet om de door de ACM geïdentificeerde knelpunten te adresseren. Deze maatregelen corresponderen met de tweede en derde door de ACM voorgestelde oplossingsrichtingen. De staatssecretaris geeft aan dat in overeenstemming met de aanbeveling van de ACM met alle concessiehoudende vervoerders onderzoek wordt gedaan naar een nieuw *governance* model van TLS. Daarnaast wordt – eveneens in lijn met het advies van de ACM – een wijziging van de Wet personenvervoer 2000 (hierna ook: Wp2000) voorbereid, die bedoeld is om *ex ante* toezicht op TLS mogelijk te maken.²

Het onderzoek naar een nieuwe vorm van *governance* heeft in de loop van 2015 geresulteerd in een afspraak tussen de concessiehoudende vervoerders om een coöperatie op te richten ter gezamenlijke besturing van TLS.³ Dit heeft geleid tot de oprichting van de Coöperatie Openbaar Vervoerbedrijven U.A. (hierna: de Coöperatie). Sinds 31 december 2015 is de Coöperatie eigenaar van TLS. Daarmee is een einde gekomen aan de in de Quickscan geschetste situatie, waarin

² TK 2013-2014, 29 984, nr. 442, brief van de Staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu d.d. 11 november 2013 inzake de QuickScan ACM personenvervoer per spoor 2013.

³ TK 2015-2016, 23 645, nr. 605.

alleen NS, GVB, RET en HTM zeggenschap hadden over TLS.⁴

Ten behoeve van mogelijke *ex ante* regulering van TLS is op 15 september 2015 een amendement op de Wet personenvervoer 2000 aangenomen, waarmee in die wet de basis is gecreëerd voor de regulering van “het systeem van vervoersbewijzen, betaalwijzen en betaaldienstverlening in het openbaar vervoer”.⁵ Op het moment van schrijven van dit advies is het amendement nog niet in werking gesteld. Daartoe wordt blijkens de toelichting pas overgegaan indien zelfregulering door de vervoerders binnen het Nationaal Openbaar Vervoer Beraad (NOVB) niet of niet tijdig tot de nodige afspraken over kaders voor de TLS-functies en de OV-betalmarkt leidt.⁶

Eveneens in 2015 is op verzoek van de staatssecretaris van IenW door economisch onderzoeksbureau Ecorys onderzoek gedaan naar de wenselijkheid van (aanvullende) wettelijke maatregelen om een gelijk speelveld op de OV-markt tot stand te brengen voor mobiliteitskaartaanbieders. Dit heeft geresulteerd in het rapport “*Effecten toetreding nieuwe mobiliteitskaartaanbieders op bestaande ov-concessies*” van 4 november 2015.⁷

Naar aanleiding van het Ecorys-rapport concludeerde de staatssecretaris begin 2016 dat er bij de in- en verkoop van reisproducten geen sprake is van marktfalen noch van een oneerlijk speelveld. De voordelen van regulering van het aanbod van reisproducten van OV-bedrijven wegen volgens de staatssecretaris niet op tegen de nadelen daarvan. De staatssecretaris besloot daarom niet over te gaan tot (verdergaande) regulering. Wel zegde zij toe een hoofdlijnennotitie te zullen toezenden over de vraag of de bestaande toegang van mobiliteitskaartaanbieders tot de OV-betalmarkt een wettelijke basis moet krijgen in de Wp2000.⁸

De hiervoor bedoelde hoofdlijnennotitie is op 13 juni 2016 toegestuurd aan de Tweede Kamer. Hierin geeft de staatssecretaris aan op dat moment geen noodzaak te zien voor sectorspecifieke regels voor regulering van de OV-betalmarkt op grond van de Wp2000. Wel acht zij het relevant om gezien de ontwikkelingen op de markt en de eerder door ACM uitgevoerde Quicksan zicht te houden op de effectiviteit van de in gang gezette stappen.⁹

1.2 Adviesaanvraag IenW

Bij brief van 28 november 2016 heeft de staatssecretaris van IenW de ACM verzocht om een scan uit te voeren op de OV-betalmarkt.¹⁰ De staatssecretaris verzoekt de ACM om in de scan in te gaan op een viertal onderwerpen, welke samenhangen met (potentiële) knelpunten die eerder zijn gesignaleerd in de Quicksan van de ACM en het Ecorys-rapport.

Ten eerste vraagt de staatssecretaris de ACM om in te gaan op **de Coöperatie Openbaar Vervoerbedrijven en de wijze waarop deze invloed kan uitoefenen op TLS**. De staatssecretaris wenst te vernemen of de problemen die door de ACM in haar Quicksan zijn gesignaleerd met betrekking tot de eigendomsstructuur van TLS zijn weggenomen door de oprichting van de

⁴ Quicksan, blz. 41.

⁵ Wet van 23 september 2015 tot wijziging van de Wet personenvervoer 2000 in verband met de invoering van delegatiebepalingen voor de regulering van het systeem van vervoersbewijzen, betaalwijzen en betaaldienstverlening in het openbaar vervoer, Stb. 2015, nr. 346.

⁶ TK 2014-2015, 34 042, nr. 3.

⁷ <http://www.ecorys.nl/sites/default/files/effecten-toetreding-nieuwe-mobiliteitskaartaanbieders-op-bestaande-ov-concessies.pdf>

⁸ TK 2015-2016, 23 645, nr. 612.

⁹ TK 2015-2016, 23 645, nr. 622.

¹⁰ Brief van 28 november 2016, kenmerk IENM/BSK-2016/271775.

Coöperatie en de wijze waarop de Coöperatie en haar leden invloed kunnen uitoefenen op TLS, of dat er nog problemen resteren die om een oplossing vragen.

Ten tweede verzoekt de staatssecretaris de ACM om in te gaan op **de positie van mobiliteitskaartaanbieders ten aanzien van vervoerders en TLS**. Mobiliteitsaanbieders kunnen momenteel via TLS toegang krijgen tot het OV-chipkaartsysteem door als Bedrijvenkaartaanbieder (BKA) een eigen OV-chipkaart uit te geven en daarmee zakelijke diensten te verlenen. Aanbieders kunnen ook zelf OV-chipkaarten inkopen en daar 'handmatig' producten op zetten. De staatssecretaris wenst te vernemen of zich hierbij knelpunten voordoen, en zo ja, of die economische regulering rechtvaardigen. Daarnaast wenst de staatssecretaris te vernemen of er ontwikkelingen zijn die aanleiding kunnen geven haar standpunt met betrekking tot regulering van (de toegang tot) het aanbod van reisproducten van vervoerders te heroverwegen.

Ten derde wordt de ACM verzocht haar visie te geven op **de tarieven en voorwaarden van TLS en de besluitvorming daarover**. Dit verzoek is ingegeven door mogelijke zorgen die bij concessie verlenende decentrale overheden kunnen leven over de hoogte van de tarieven van TLS en een gebrek aan transparantie over de berekening ervan. De staatssecretaris wenst te vernemen of zich hier problemen voordoen die nadere economische regulering zouden vereisen, wat partijen zelf kunnen doen om eventuele problemen op te lossen en in hoeverre dat in de praktijk ook gebeurt.

Ten slotte verzoekt de staatssecretaris in de scan ook **eventuele nieuwe signalen over problemen omtrent het functioneren van de OV-betalmarkt** mee te nemen, bijvoorbeeld in samenhang met de opkomst van nieuwe betaalwijzen in het openbaar vervoer.

1.3 Aanpak

De door de staatssecretaris gestelde vragen hebben betrekking op onderwerpen van verschillende aard, waardoor de beantwoording daarvan ook een aparte aanpak vergt.

1.3.1 Onderzoeksmethode

De eerste vraag van de staatssecretaris heeft betrekking op de *governance* van TLS en de Coöperatie. Om te bepalen of zich op dit gebied problemen voordoen, heeft de ACM een feitelijke en juridische analyse uitgevoerd van (onder andere) de statuten van de betrokken entiteiten. Daarnaast heeft de ACM gesprekken gevoerd met marktpartijen om te bepalen of zich in de praktijk problemen voordoen op het gebied van de zeggenschap over TLS.

De tweede en de derde vraag hebben betrekking op een tweetal mogelijke mededingingsproblemen op de OV-betalmarkt, die eventueel geadresseerd zouden moeten worden door middel van economische regulering. Dit betreffen:

- *Risico's op uitsluiting van mobiliteitsdienstenaanbieders*. Hierbij gaat het om de vraag of er risico's zijn dat mobiliteitsdienstenaanbieders¹¹ niet de benodigde toegang krijgen tot de producten, diensten en gegevens van TLS en vervoerders voor het aanbieden van mobiliteitsdiensten.

¹¹ In de adviesaanvraag gebruikt lenW de term mobiliteitskaartaanbieders. Hieronder worden doorgaans de partijen geschaard die gebruik maken van de OV-chipkaart voor het aanbieden van mobiliteitsdiensten. De ACM signaleert dat er ook aanbieders zijn van mobiliteitsdiensten die geen gebruik (wensen te) maken van de OV-chipkaart. Daarom gebruikt de ACM bij voorkeur de term 'mobiliteitsdienstenaanbieders' voor ondernemingen die mobiliteitsdiensten aanbieden en al dan niet gebruik maken van de OV-chipkaart.

- *Risico's op uitbuiting van afnemers van TLS.* Hierbij gaat het om de vraag of er risico's zijn dat TLS te hoge tarieven in rekening kan brengen bij afnemers.

Om te bepalen of deze potentiële mededingingsproblemen zich op de OV-betalmarkt voordoen, heeft de ACM onderzoek gedaan naar de huidige situatie op die markt, de ontwikkeling daarvan en de eventuele knelpunten die door marktpartijen worden ervaren. In dat kader heeft de ACM op verschillende manieren informatie verzameld met betrekking tot de OV-betalmarkt. De ACM heeft eerder gepubliceerde onderzoeksrapporten en andere openbaar toegankelijke informatiebronnen geanalyseerd, gesprekken gevoerd met marktpartijen (vervoerders, mobiliteitsdienstenaanbieders, TLS en de Coöperatie) en het Ministerie van IenW, en heeft informatie opgevraagd bij TLS. Uit dit onderzoek zijn signalen naar voren gekomen die bevestigen dat de hiervoor vermelde mededingingsproblemen zich mogelijk voordoen op de OV-betalmarkt. Tevens zijn er signalen ontvangen omtrent mogelijke mededingingsproblemen die het gevolg zijn van een gebrek aan data-uitwisseling tussen partijen die actief zijn op de OV-betalmarkt. Gelet op het verzoek van de staatssecretaris om ook in te gaan op eventuele nieuwe problemen omtrent het functioneren van de OV-betalmarkt (vierde vraag), wordt in dit advies ook op deze data-gerelateerde problemen ingegaan.

1.3.2 Theory of harm en onderzoeksvragen

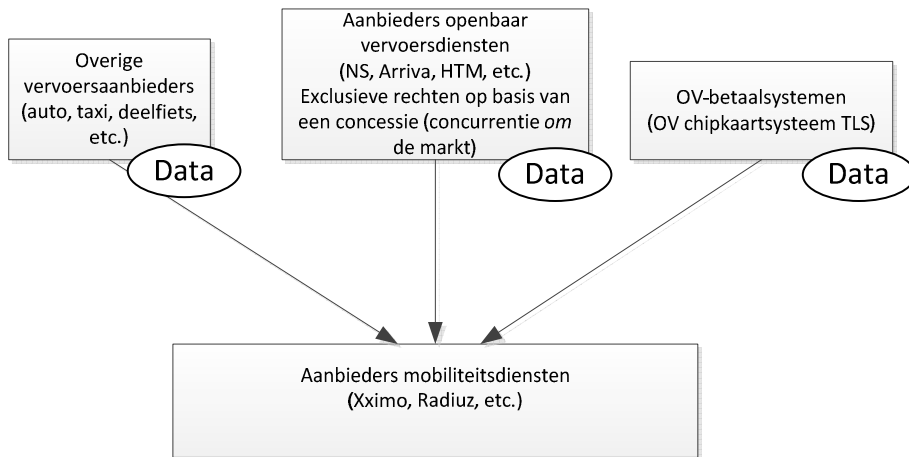
Ten behoeve van een logische en gestructureerde analyse van de potentiële mededingingsproblemen heeft de ACM vervolgens een tweetal schadehypothese (*theories of harm*) geformuleerd. Deze hypothesen dienen als uitgangspunt voor de (mededingingseconomische) analyse van de hiervoor genoemde mededingingsrisico's, en luiden als volgt:

Hypothese 1 (uitsluiting):

Concessiehoudende vervoerders die actief zijn in het aanbieden van mobiliteitsdiensten hebben individueel en/of gezamenlijk als aandeelhouders van TLS de mogelijkheid en prikkel om de toegang tot OV-diensten, OV-betaaldiensten en data te weigeren, waardoor mobiliteitsdienstenaanbieders worden uitgesloten van de markt voor mobiliteitsdiensten of (effectief) niet meer kunnen concurreren met deze vervoerders op de markt voor mobiliteitsdiensten. Dit zou ten nadeel kunnen zijn van eindgebruikers.

Toelichting hypothese 1

Om mobiliteitsdiensten te kunnen aanbieden, hebben marktpartijen toegang nodig tot OV-diensten (en eventueel andere aanvullende diensten), tot de betaalsystemen waarmee klanten hun reizen kunnen afrekenen en tot data (o.a. reisinformatie) waarmee reizigers hun reizen kunnen plannen. Zonder toegang tot de betreffende diensten (ook wel: *inputs*) is het niet mogelijk om toe te treden tot de markt voor mobiliteitsdiensten. Dit kan als volgt worden gevisualiseerd:



Figuur 1: toeleveringsrelaties mobiliteitsdiensten

Zoals blijkt uit dit schema, hebben mobiliteitsdienstenaanbieders een afhankelijkheidsrelatie ten opzichte van de concessiehoudende vervoerders. Deze vervoerders beschikken immers over twee *inputs* die essentieel zijn voor het aanbieden van mobiliteitsdiensten. Enerzijds leveren zij OV-diensten, en anderzijds beheren zij (gezamenlijk en via TLS) het OV-chipkaartsysteem. Als gevolg van deze afhankelijkheidsrelatie beschikken concessiehoudende vervoerders (individueel en gezamenlijk als aandeelhouders van TLS) mogelijk over marktmacht, die hen in staat zou kunnen stellen om mobiliteitsdienstenaanbieders uit te sluiten van de markt voor mobiliteitsdiensten.

Het bestaan van dergelijke marktmacht hoeft op zich geen probleem te vormen. Een deel van de concessiehoudende vervoerders is echter verticaal geïntegreerd en levert ook zelf mobiliteitsdiensten. Als gevolg daarvan kunnen deze concessiehoudende vervoerders een prikkel hebben om niet-verticaal geïntegreerde aanbieders van mobiliteitsdiensten uit te sluiten van de markt. Om te bepalen of er daadwerkelijk risico's zijn op uitsluiting van aanbieders van mobiliteitsdiensten, is het daarom belangrijk om na te gaan in hoeverre aanbieders van OV-diensten en OV-betaalsystemen beschikken over een machtspositie waarmee zij de toegang tot de benodigde *inputs* kunnen beperken.

In het vervolg van dit advies zal de ACM steeds de term 'mobiliteitsdienstenaanbieders' gebruiken om alle partijen aan te duiden die actief zijn op het gebied van het aanbieden van mobiliteitsdiensten. Dit omvat dus ook de (verticaal geïntegreerde) vervoerders. Ook voor die groep aanbieders kan een risico bestaan op uitsluiting van de markt voor mobiliteitsdiensten, afhankelijk van de marktmacht die vervoerders ten opzichte van elkaar hebben.

Hypothese 2 (uitbuiting):

TLS heeft de mogelijkheid en prikkel om te hoge tarieven in rekening te brengen voor haar diensten, hetgeen ten nadeel zou kunnen zijn van eindgebruikers.

Toelichting hypothese 2

Voor het identificeren van risico's op uitbuiting van afnemers van TLS is het van belang om vast te stellen of TLS als aanbieder van OV-betaaldiensten beschikt over een machtspositie die haar in staat stelt te hoge (dat wil zeggen: bovencompetitieve) tarieven te hanteren, en zo ja, of zij een prikkel heeft om dergelijke tarieven in de praktijk bij haar afnemers in rekening te brengen.

Onderzoeksmethode

Om aan de hand van deze twee hypothesen te bepalen of er sprake is van mededingingsproblemen die economische regulering vergen, heeft de ACM een beoordeling uitgevoerd die uit een aantal verschillende stappen bestaat. Dit beoordelingsschema is voor beide hypothesen identiek, en wordt hierna verder toegelicht.

Allereerst zet de ACM de voor de beoordeling **relevante markten** uiteen. Het bepalen van de relevante markten is een instrument dat in markt- en mededingingsonderzoek wordt gebruikt om de grenzen van de concurrentie tussen ondernemingen te kunnen bepalen. Ten behoeve van dit advies heeft de ACM alleen een beschrijving gegeven van de mogelijke relevante markten en geen formele marktafbakening uitgevoerd zoals gebruikelijk is in mededingingsrechtelijke onderzoeken.

Nadat de voor de beoordeling relevante markten zijn bepaald, kan worden onderzocht of op die markten ondernemingen actief zijn die over **marktmacht** beschikken. Een onderneming die over marktmacht beschikt, kan zich in een zekere mate onafhankelijk gedragen van andere marktpartijen (zoals concurrenten en afnemers), hetgeen kan leiden tot verstoringen van het normale proces van concurrentie. Mededingingsproblemen zullen zich echter alleen voordoen indien een onderneming niet alleen de mogelijkheid heeft om mededingingsbeperkend gedrag te vertonen, maar ook een **prikkel** heeft om dit gedrag in de praktijk te brengen. Ook dit wordt derhalve door de ACM onderzocht.

Ook wanneer een onderneming zowel de mogelijkheid als de prikkel heeft om mededingingsbeperkend gedrag te vertonen, hoeft er niet *per se* aanleiding te zijn om sectorspecifieke regulering in te stellen. Dit hangt onder meer af van de effectiviteit van **bestaande wet- en regelgeving**, zoals (met name) de Mededingingswet. Is er reeds wetgeving op grond waarvan het betreffende mededingingsbeperkende gedrag effectief kan worden geadresseerd, dan is additionele wetgeving niet noodzakelijk.

Indien de bestaande wet- en regelgeving een onvoldoende waarborg blijkt te vormen om het betreffende mededingingsbeperkende gedrag te voorkomen, dient ten slotte te worden beoordeeld of **sectorspecifieke regulering** op zijn plaats is. Deze beoordeling vereist een analyse van de verschillende reguleringsopties die zouden kunnen worden aangewend om de gesignaleerde (potentiële) mededingingsproblemen te adresseren. Om te bepalen of nadere economische regulering van de OV-betalmarkt wenselijk is, zet de ACM de verwachte effectiviteit van de verschillende reguleringsopties af tegen de verwachte voor- en nadelen van die reguleringsopties. Aan de hand van die afweging wordt ten slotte tot een advies gekomen omtrent de wenselijkheid van economische regulering.

1.4 Consultatie conceptadvies

De ACM heeft het conceptadvies over de wenselijkheid van de regulering van de OV-betalmarkt openbaar geconsulteerd.¹² Hiermee zijn de betrokken partijen in de gelegenheid gesteld om een zienswijze in te dienen op het conceptadvies. In de bijlage van dit advies gaat de ACM in op de negen zienswijzen die zijn ontvangen en wordt op de belangrijkste onderdelen van de zienswijzen een reactie gegeven. Daar waar de zienswijzen hebben geleid tot aanpassing van het conceptadvies is dat vermeld in de bijlage.

¹² <https://www.acm.nl/nl/publicaties/conceptadvies-regulering-ov-betalmarkt>

1.5 Leeswijzer

Conform de hiervoor geschetste aanpak, behandelt de ACM in dit advies de volgende onderwerpen.

In hoofdstuk 2 wordt ingegaan op de uitoefening van zeggenschap over TLS door de Coöperatie. In de hoofdstukken 3 en 4 worden de relevante markten uiteengezet en wordt onderzocht of, en zo ja: welke, partijen op die markten over marktmacht beschikken.

In de daarop volgende hoofdstukken wordt nader ingegaan op de mogelijkheid en de prikkel voor partijen om bepaalde specifieke vormen van mededingingsbeperkend gedrag te vertonen. Hoofdstuk 5 is gewijd aan de mogelijke uitsluitingsrisico's voor aanbieders van mobiliteitsdiensten, en in hoofdstuk 6 wordt ingegaan op het risico op te hoge tarieven aan de zijde van TLS.

In de daaropvolgende twee hoofdstukken wordt de noodzaak onderzocht van de invoering van (aanvullende) sectorregulering ter adressering van de gesignaleerde mededingingsrisico's. De effectiviteit van bestaande wet- en regelgeving wordt besproken in hoofdstuk 7. In hoofdstuk 8 worden de reguleringsopties besproken die zouden kunnen worden aangewend om de gesignaleerde (potentiële) mededingingsrisico's te adresseren, en wordt ingegaan op de wenselijkheid van de invoering van regulering.

Ten slotte wordt in hoofdstuk 9 ingegaan op de mogelijke mededingingsproblemen op het gebied van data.

2. De uitoefening van zeggenschap over TLS

2.1 Inleiding

Met haar eerste vraag verzoekt de staatssecretaris de ACM in te gaan op de positie van de Coöperatie en de wijze waarop zij invloed kan uitoefenen op TLS. De staatssecretaris wenst te vernemen of de problemen die door de ACM in haar Quickscan zijn gesignaleerd met betrekking tot de eigendomsstructuur van TLS zijn weggenomen door de oprichting van de Coöperatie en de wijze waarop de Coöperatie en haar leden invloed kunnen uitoefenen op TLS, of dat er nog problemen resteren die om een oplossing vragen.

Ter beantwoording van deze vraag geeft de ACM eerst een korte samenvatting van de in de Quickscan gesignaleerde problemen. Vervolgens wordt ingegaan op de wijzigingen die teweeg zijn gebracht door de oprichting van de Coöperatie. Daarna wordt een overzicht gegeven van de resultaten van het door de ACM op dit punt uitgevoerde marktonderzoek.

2.2 Analyse Quickscan: voortdurende prikkel voor TLS om hoge prijzen door te berekenen

De ACM heeft in haar Quickscan vastgesteld dat TLS over een machtspositie beschikte in de markt voor landelijke vervoerbewijzen.¹³ Ten tijde van de Quickscan bestonden er namelijk geen volwaardige alternatieven voor de OV-chipkaart, en toetreding door nieuwe dienstverleners was volgens de ACM moeilijk voorstelbaar gelet op de omstandigheid dat het OV-chipkaartsysteem zich kenmerkt door schaalvoordelen en netwerkeffecten. Daarnaast zag de ACM in de reacties van geraadpleegde vervoerders indicaties dat de marktmacht van TLS zich ook daadwerkelijk kon manifesteren. Zo hebben verscheidene vervoerders aangegeven dat de tarieven die TLS rekende naar hun inzicht te hoog waren, dat zij een gebrek aan transparantie ervoeren ten aanzien van de kostenstructuur van TLS, en dat over de contracten met TLS niet te onderhandelen viel.¹⁴

De hiervoor genoemde knelpunten hingen volgens de ACM samen met de aandeelhoudersstructuur van TLS. Ten tijde van de uitvoering van de Quickscan in 2013 waren de aandelen van TLS in handen van de NS (68,75%), de GVB (12,5%), de RET (12,5%) en de HTM (6,25%).¹⁵ Andere (regionale) vervoerders namen wel diensten af van TLS, maar waren zelf geen aandeelhouder. Deze ongelijke verhoudingen zorgden ervoor dat de belangen van TLS niet zonder meer in lijn waren met de belangen van de andere vervoerders. De toenmalige aandeelhouders hadden volgens de ACM een voortdurende prikkel om TLS hoge prijzen door te laten berekenen. Daarom adviseerde de ACM om de aandeelhoudersstructuur onder de loep te nemen. Een mogelijke oplossing zou zijn een aandeelhoudersstructuur te creëren waarbij alle vervoerders vertegenwoordigd zijn. Alternatief zou de uitvoering van het OV-chipkaartsysteem ondergebracht kunnen worden in een aparte entiteit. Daarin zou ofwel geen van de OV-bedrijven dienen deel te nemen, ofwel zou er sprake moeten zijn van gezamenlijke zeggenschap met gelijke stemrechten, dan wel gezamenlijke zeggenschap met doorslaggevende zeggenschap voor een neutrale partij.¹⁶

¹³ Anders dan in de Quickscan, spreekt de ACM in dit advies niet over een "markt voor landelijke vervoerbewijzen", maar wordt steeds verwezen naar de "markt voor betaaldiensten in het openbaar vervoer" (korthedshalve: OV-betalmarkt). Daarmee wordt beoogd aan te sluiten bij de terminologie die door de staatssecretaris wordt gebruikt in haar adviesaanvraag. Zie Hoofdstuk 3 van dit advies voor meer informatie over de reikwijdte van de OV-betalmarkt. Een OV-chipkaart is (in essentie) zowel een specifiek voor het OV bestemd betaalmiddel, als een vervoerbewijs in de zin van de Wet personenvervoer 2000. Met de wijziging in de terminologie is dan ook geen materiële wijziging beoogd.

¹⁴ Quickscan ACM, blz. 42-43 en 45.

¹⁵ Quickscan ACM, blz. 41.

¹⁶ Quickscan ACM, blz. 45-47.

2.3 Oprichting en organisatie van de Coöperatie

Zoals aangegeven in de inleiding van dit advies, is in de loop van 2015 tussen alle concessiehoudende vervoerders overeenstemming bereikt omtrent de oprichting van een coöperatie om TLS gezamenlijk te kunnen besturen.¹⁷ Dit heeft geleid tot de oprichting van de Coöperatie Openbaar Vervoerbedrijven U.A.. Sinds 31 december 2015 is de Coöperatie eigenaar van TLS. Hiermee is TLS ondergebracht bij een separate entiteit, en is een einde gekomen aan de situatie waarin enkel NS, GVB, RET en HTM zeggenschap hadden over TLS.

Lidmaatschap van de Coöperatie staat enkel open voor vervoerders die in het bezit zijn van een geldige concessie als bedoeld in de Wet personenvervoer 2000. Houdt een vervoersbedrijf op concessiehouder te zijn, dan wordt het lidmaatschap beëindigd. Verkrijgt een vervoersbedrijf dat momenteel geen lid is van de Coöperatie een concessie, dan kan deze vervoerder als lid toetreden tot de Coöperatie.¹⁸ Aan de hand van de statuten van de Coöperatie¹⁹ kan worden bepaald hoe haar leden zeggenschap kunnen uitoefenen over TLS.²⁰ De Coöperatie wordt bestuurd door een Dagelijks Bestuur. De uiteindelijke zeggenschap over de Coöperatie ligt echter bij de Algemene Ledenvergadering (ALV).

Blijkens de statuten wordt het aantal stemmen dat aan een lid toekomt in de ALV in beginsel bepaald op basis van het aandeel van het betreffende lid in de afdrachten aan Clearing & Settlement (C&S)-vergoedingen in het voorafgaande boekjaar.²¹ Bij het nemen van 'reguliere' besluiten binnen de ALV is derhalve geen sprake van gelijke zeggenschap tussen de vervoerders. Bij dergelijke besluiten heeft de NS – gelet op het hoge percentage C&S-vergoedingen dat zij voor haar rekening neemt – mogelijk een meerderheid in de ALV.

Uit de statuten blijkt echter ook dat een aantal specifieke besluiten van de ALV op basis van unanimiteit dient te worden genomen. Dit betreft de onderwerpen die essentieel zijn voor het strategische en commerciële beleid van TLS, waaronder:

- het vaststellen van de gewenste tariefgrondslag en tariefmethodologie van de basisdienstverlening ten behoeve van het OV-betaalsysteem, en
- het vaststellen van de (reikwijdte van de) basisdienstverlening ten behoeve van het OV-betaalsysteem.²²

Besluitvorming omtrent de gewenste tariefgrondslag en tariefmethodologie van de basisdienstverlening van het OV-betaalsysteem kan door een veto van een individueel lid worden tegengehouden.²³ Voor de overige onderwerpen die unanieme goedkeuring vereisen, geldt dat (individuele) leden normaliter niet de mogelijkheid hebben de besluitvorming in het geheel te blokkeren. Blijft unanieme goedkeuring door de ALV uit, dan wordt het voorgenomen besluit namelijk voorgelegd aan een commissie van arbiters.²⁴

¹⁷ TK 2015-2016, 23 645, nr. 605.

¹⁸ TK 2016-2017, Aanhangsel van de Handelingen, nr. 1580.

¹⁹ Oprichtingsstatuten van de Coöperatie Openbaar Vervoerbedrijven U.A., 14 december 2015.

²⁰ De ACM wijst erop dat de hierna volgende beschrijving van de zeggenschapsverhoudingen binnen de Coöperatie geen beoordeling betreft van de vraag of individuele vervoerders uitsluitende of gezamenlijke zeggenschap over TLS hebben in de zin van artikel 27 van de Mededingingswet.

²¹ Oprichtingsstatuten van de Coöperatie Openbaar Vervoerbedrijven U.A., 14 december 2015, artikelen 17.1 en 17.2.

²² Oprichtingsstatuten van de Coöperatie Openbaar Vervoerbedrijven U.A., 14 december 2015, artikel 16.1 onder c, jo. artikel 10.2.

²³ Oprichtingsstatuten van de Coöperatie Openbaar Vervoerbedrijven U.A., 14 december 2015, artikel 16.5.

²⁴ Oprichtingsstatuten van de Coöperatie Openbaar Vervoerbedrijven U.A., 14 december 2015, artikel 16.3 en 16.4.

2.4 Knelpunten met betrekking tot zeggenschap

In de gesprekken die de ACM met concessiehoudende vervoerders heeft gevoerd,²⁵ zijn geen knelpunten naar voren gekomen met betrekking tot de zeggenschap over TLS. Uit de gesprekken blijkt dat het oprichten van de Coöperatie heeft geleid tot betere verhoudingen tussen de vervoerders en TLS, en tot normalisering van de verhoudingen tussen de vervoerders binnen TLS. Voor zover er sprake is van frictie in de onderlinge verhoudingen, gaat dit niet verder dan 'normale' of 'gezonde' spanning, aldus de vervoerders. Al met al zijn de vervoerders positief over de huidige organisatie van de Coöperatie en de wijze waarop de besluitvorming binnen de Coöperatie plaatsvindt.

Hoewel de in de Quickscan gesignaleerde problemen ten aanzien van de ongelijke zeggenschapsverhoudingen tussen de concessiehoudende vervoerders door middel van de oprichting van de Coöperatie afdoende lijken te zijn geadresseerd, zijn in de gesprekken die de ACM met marktpartijen heeft gevoerd wel andersoortige knelpunten op het gebied van de organisatie van TLS naar voren gekomen. Met name de mobiliteitsdienstenaanbieders zijn kritisch over het niveau van inspraak dat zij hebben binnen TLS. Anders dan geldt voor de vervoerders loopt die inspraak niet via de Coöperatie, maar via de Klanten Raad van Advies (KRvA) van TLS.

Mobiliteitsdienstenaanbieders (die geen vervoerder zijn) geven aan zich onvoldoende gehoord te voelen binnen de KRvA. De concessiehoudende vervoerders zijn tevens lid van de KRvA, en vormen binnen die raad de meerderheid, hetgeen deze mobiliteitsdienstenaanbieders hindert in hun inspraakmogelijkheden. Daarnaast heeft de KRvA geen formele zeggenschap: haar functie is louter adviserend. Deze elementen maken dat deze mobiliteitsdienstenaanbieders in hun optiek onvoldoende invloed kunnen uitoefenen op de gang van zaken binnen TLS.

Ten slotte signaleert de ACM dat de huidige opzet van de Coöperatie in de toekomst toetredingsdrempels zou kunnen creëren voor vervoersbedrijven die buiten de concessiesystematiek om OV-diensten aan wensen te bieden. De mogelijkheden voor dergelijke 'open toegang'-toetreding worden naar verwachting in de komende jaren verruimd als gevolg van nieuwe Europese regelgeving. Hoewel de ACM geen signalen heeft ontvangen met betrekking tot concrete toegangsproblemen voor dergelijke toetreders, is het met het oog op de toekomst wenselijk om aansluiting op het OV-chipkaartsysteem ook voor hen mogelijk te maken, en om deze vervoerders in de gelegenheid te stellen om – al dan niet via de Coöperatie – zeggenschap uit te oefenen over de activiteiten van TLS.

2.5 Conclusie

Met het onderbrengen van TLS bij de Coöperatie Openbaar Vervoerbedrijven U.A. is een einde gekomen aan de in de Quickscan geschetste situatie van ongelijke zeggenschap van de concessiehoudende vervoersbedrijven over de activiteiten van TLS. De uit die ongelijke verhoudingen voortvloeiende (mededingings)problemen lijken hiermee afdoende te zijn geadresseerd. Wel heeft de ACM signalen ontvangen waaruit blijkt dat mobiliteitsdienstenaanbieders een gebrek aan inspraak ervaren binnen de KRvA van TLS. Deze problematiek zal door de ACM worden meegewogen bij de beoordeling van de mogelijke mededingingsproblemen die op het gebied van markttoegang door de mobiliteitsaanbieders worden ervaren.

²⁵ NS, Veolia, Connexion en Syntus.

3. De relevante markten

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk geeft de ACM een beschrijving van de voor dit advies relevante markten. Dit betreft:

- de markt voor OV-diensten (paragraaf 3.2);
- de markt voor betaaldiensten in het openbaar vervoer (paragraaf 3.3), en
- de markt voor mobiliteitsdiensten (paragraaf 3.4).

De ACM geeft een beschrijving van de producten en diensten die op deze markten worden aangeboden, en de geografische omvang van deze markten. Ten behoeve van dit advies heeft de ACM geen formele marktafbakening uitgevoerd zoals gebruikelijk is in mededingingsrechtelijke onderzoeken. Een dergelijke marktafbakening vereist doorgaans een diepgaand marktonderzoek, en is daarnaast in het kader van dit advies niet noodzakelijk om de relevante risico's op mogelijke mededingingsproblemen te kunnen identificeren. In hoofdstuk 4 wordt geanalyseerd of vervoerders en/of TLS op deze markten mogelijk beschikken over een machtspositie.

Marktafbakening

Om vast te kunnen stellen of ondernemingen beschikken over marktmacht dient eerst de relevante markt te worden afgebakend. Het begrip relevante markt impliceert de beschrijving van de producten of diensten die deze markt omvat, en de beoordeling van de geografische omvang van die markt.

- *Relevante productmarkt.* De relevante productmarkt omvat alle producten en/of diensten die op grond van hun kenmerken, prijzen en gebruiksdoelen door de consument als onderling verwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd. Hierbij wordt bijvoorbeeld gekeken of consumenten kunnen overstappen naar andere leveranciers en of bepaalde producten door consumenten als vervangingsproducten kunnen worden beschouwd.
- *Relevante geografische markt.* De relevante geografische markt is het gebied waarbinnen betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag en het aanbod van goederen of diensten. De concurrentievoorwaarden moeten binnen het betreffende gebied voldoende homogeen zijn en zich van aangrenzende gebieden onderscheiden, doordat daar duidelijk afwijkende concurrentievoorwaarden heersen. Hierbij wordt bekeken of afnemers makkelijk kunnen overstappen naar een elders gevestigde onderneming.

De ACM heeft veel ervaring met het afbakenen van markten bij de toepassing van de algemene mededingingsregels, bijvoorbeeld bij concentraties of om vast te stellen of ondernemingen beschikken over een economische machtspositie. Maar ook in de gereguleerde sectoren zoals post en telecom dient de ACM eerst te bepalen wat de relevante markt is alvorens kan worden vastgesteld of er ondernemingen zijn die marktmacht kunnen uitoefenen. Doorgaans is uitgebreid marktonderzoek nodig om vast te kunnen stellen wat de relevante product- en geografische markt is.

De ACM heeft zich voor de marktafbakening in dit advies voornamelijk gebaseerd op bestaand onderzoek, zoals de Quickscan personenvervoer per spoor 2013 en het onderzoek dat onderzoeksbureau Europe Economics in 2015 in opdracht van de ACM heeft uitgevoerd naar de concurrentieverhoudingen in de spoorsector. Ook heeft de ACM de recente ontwikkelingen in het aanbod van mobiliteitsdiensten in dit advies betrokken.

3.2 De markt voor OV-diensten

Het openbaar vervoer in Nederland wordt gekenmerkt door een concessiestelsel, waarbij een vervoerder voor een bepaalde tijd (in de regel tussen de vijf en vijftien jaar) het exclusieve recht verwerft om op bepaalde trajecten of in bepaalde gebieden openbaar vervoer te verzorgen. Het uitgangspunt hierbij is dat vervoerders met elkaar concurreren *om* de markt. Concessiegebieden zijn doorgaans geografisch van elkaar gescheiden, waardoor routes binnen de ene concessie niet als substituut kunnen dienen voor routes die deel uitmaken van een andere concessie. Van concurrentie *op* de markt is daarom doorgaans geen sprake.^{26,27}

Het Nederlandse personenvervoer per spoor is opgedeeld in een concessie voor het hoofdrailnet (waarin sinds 2015 ook de HSL-Zuid is opgenomen) en regionale concessiegebieden. Het hoofdrailnet beslaat ongeveer 90% van de reizigerskilometers op het gehele Nederlandse spoornetwerk. De hoofdrailnet-concessie is voor de periode 2015-2025 onderhands aan de NS gegund.²⁸ De concessies voor regionaal openbaar vervoer²⁹ zijn aanbesteed, met uitzondering van het tram- en metrovervoer in de steden Amsterdam,³⁰ Den Haag en Rotterdam.

De ACM is in eerdere zaken met betrekking tot openbaar vervoer uitgegaan van verschillende (mogelijke) aparte productmarkten, onderverdeeld naar type vervoer. Hierbij is geoordeeld dat de geografische omvang van de mogelijke markt(en) voor openbaar vervoer minimaal Nederland omvat. Daarbij is de precieze afbakening van de geografische markt(en) in het midden gelaten, omdat dit voor de materiële beoordeling van de betreffende concentraties niet uitmaakte.

De ACM is in eerdere besluiten uitgegaan van een afzonderlijke relevante markt voor openbaar vervoer dat openbaar wordt aanbesteed (betwistbaar openbaar vervoer). Dit komt doordat de voorwaarden van concurrentie voor betwistbare concessies verschillen van de voorwaarden die gelden voor concessies waarbij onderhands wordt gegund (niet-betwistbare concessies). Dit is een aanwijzing dat er bij de marktafbakening in het kader van dit advies in ieder geval onderscheid gemaakt dient te worden tussen de onderhands gegunde concessies, zoals de HRN-concessie, en concessies die via openbare aanbesteding worden aanbesteed.^{31,32}

Conclusie

Gelet op het voorgaande gaat de ACM in dit advies uit van een nationale markt voor (betwistbaar) openbaar vervoer. Deze markt zou waar nodig nader onderverdeeld kunnen worden naar type

²⁶ Hierop zijn twee uitzonderingen. Een uitzondering betreft de gebieden waar sprake is van samenloop. Dit is de situatie waarbij twee of meer concessiehouders het recht hebben om spoorvervoerdiensten aan te bieden tussen dezelfde stations. De tweede uitzondering betreft de mogelijkheid om via twee verschillende, maar parallelle routes te reizen tussen plaats van vertrek en plaats van bestemming. In beide situaties gaat het slechts om een beperkt aantal routes, zodat geen sprake is van wezenlijke concurrentiedruk. Bovendien kennen de alternatieve routes vaak een langere reistijd, waardoor reizigers dit in mindere mate als substituut zien.

²⁷ Momenteel bereidt het Ministerie van IenW een wetsvoorstel voor ter implementatie van het Europese Vierde Spoorwegpakket. Dit Vierde Spoorwegpakket beoogt een verdere openstelling van de markt voor binnenlands passagiersvervoer. De voorstellen omvatten mede een recht op open toegang voor binnenlandse passagiersvervoerdiensten. De toegang kan echter worden geweigerd indien hiermee het economisch evenwicht van de bestaande concessie teveel wordt aangetast.

²⁸ <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2014/12/15/bijlage-1-vervoerconcessie-2015-2025>

²⁹ Het regionaal openbaar vervoer omvat spoor-, bus-, metro- en tramvervoer.

³⁰ In Amsterdam is het busvervoer ook niet aanbesteed.

³¹ Het besluit van de NMa van 7 september 2010 in zaak 6957/*Transdev - Veolia*, punt 20, het besluit van 18 november 2005 in zaak 5159/*HTM - Novio*, het besluit van 19 december 2006 in zaak 5840/*Connexion - GVVU*, het besluit van 21 december 2006 in zaak 5899/*Connexion - Novio*, het besluit van 10 april 2008 in zaak 6340/*Veolia Cargo - Rail4Chem* en het besluit van 9 november 2009 in zaak 6785/*SNCF - Veolia Cargo*.

³² Zie ook het besluit van de ACM van 29 juni 2017 in zaak 16.0691.31 - Gedragingen van NS inzake openbaarvervoerconcessie in Limburg, punt 145

vervoer, waaronder treinvervoer.

3.3 De markt voor betaaldiensten in het openbaar vervoer

Het meest gebruikte betaalsysteem in het OV in Nederland is het OV-chipkaartsysteem. Momenteel zijn er 14 miljoen OV-chipkaarten in gebruik.³³ Het OV-chipkaartsysteem stelt reizigers in staat om landelijk met één betaal- en vervoerbewijs van het OV gebruik te maken. Het gebruik van de OV-chipkaart, met de mogelijkheid tot in- en uitchecken bij verschillende vervoerders, brengt met zich mee dat er *verrekentransacties* tussen vervoerders moeten plaatsvinden. In de praktijk is er binnen het OV-chipkaartsysteem een nauwe samenhang tussen de *betaaltransacties* tussen de reizigers en vervoerders en de *verrekentransacties* (Clearing & Settlement) tussen vervoerders onderling. In bijvoorbeeld de financiële sector zijn de C&S-activiteiten vaak organisatorisch gescheiden van de betaalactiviteiten. Dit is binnen het OV-chipkaartsysteem (nog) niet het geval.

Naast het gebruik van de OV-chipkaart is het nog mogelijk om losse kaartjes te kopen aan een OV-loket of bij een automaat. De verkoop van papieren kaartjes neemt echter steeds meer af. Daarvoor komen – naast de OV-chipkaart – ook *apps* in de plaats, waarmee voorafgaand aan de reis een kaartje kan worden gekocht.³⁴ Daarnaast zijn op dit moment verschillende nieuwe betaalmiddelen in ontwikkeling, die zijn bedoeld om het betalen in het OV nog makkelijker te maken. Zij maken bijvoorbeeld gebruik van de mobiele telefoon of bankpas.

In het Nationaal Openbaar Vervoer Beraad (NOVB) werken overheden, vervoerders en consumentenorganisaties samen om andere vormen van OV-betalen te introduceren.³⁵ In 2017 startte onder regie van het NOVB drie pilots op de Valleilijn (traject Amersfoort – Ede – Wageningen) om mogelijkheden voor enkelvoudig in- en uitchecken te beproeven. Een reiziger hoeft dan bij overstap naar een andere vervoerder niet uit- en in te checken. De proef betreft zowel een vernieuwende drager, de mobiele telefoon, als de gangbare drager de OV-chipkaart. Met *smartphones* kan via de Tranzer app een kaartje met barcode gekocht worden waarmee ook stations met een poortje gepasseerd kan worden.³⁶ Daarnaast liep er een proef met de app Swipe & Go, waarbij afrekening plaatsvond met behulp van een GPS-registratie waardoor duidelijk werd welk traject de reiziger heeft afgelegd. Ten slotte was er een proef met betaling achteraf, waarbij de reiziger niet meer in- en uitcheckt bij een tussentijdse overstap naar een andere vervoerder.

In de gesprekken die de ACM heeft gevoerd met marktpartijen, is de verwachting geuit dat deze nieuwe betaalmiddelen op termijn de OV-chipkaart zullen vervangen. Wel zal het gebruik vermoedelijk gebaseerd zijn op het (achterliggende) OV-chipkaartsysteem. Voor consumenten levert het gebruik van het OV-chipkaartsysteem namelijk veel gemak op. Zij kunnen in Nederland met één kaart gebruik maken van alle vormen van openbaar vervoer bij verschillende vervoerders. Ook is het met reizen op saldo niet nodig om vooraf een kaartje te kopen. Dit verklaart de populariteit van de OV-chipkaartsysteem ten opzichte van andere betaalvormen.

Conclusie

Ten behoeve van dit advies gaat ACM uit van een nationale markt voor betaaldiensten in het openbaar vervoer.

³³ <https://www.translink.nl/nl-NL/Persinformatie/Feiten-cijfers>

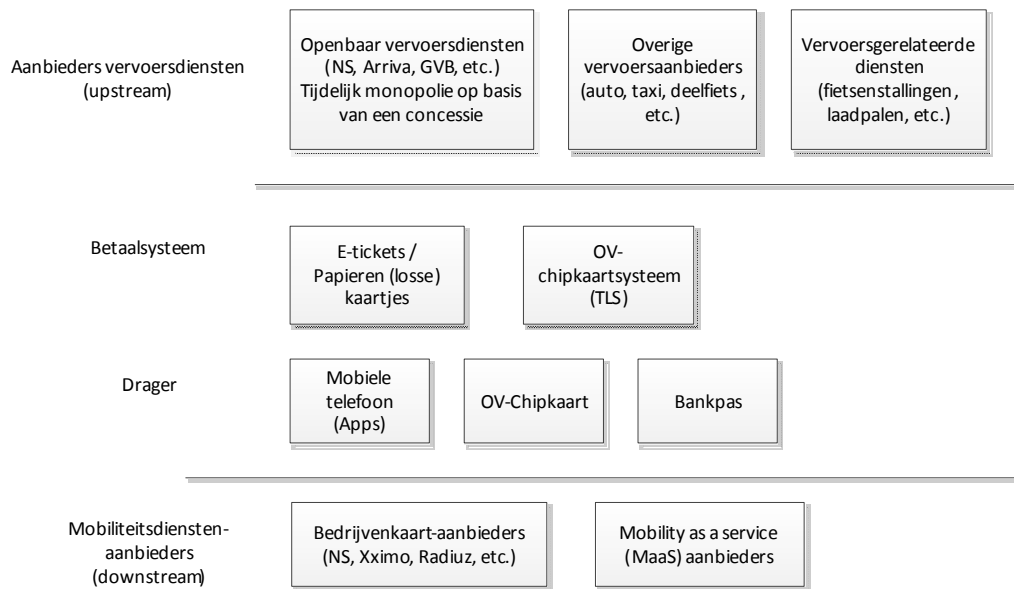
³⁴ Dit betreft bijvoorbeeld de Tranzer-app

³⁵ Voortgangsrapportage NOVB, eerste helft 2017, TK 23645, nr. 650

³⁶ Hierbij wordt de OV-chipkaart op de simkaart van de mobiele telefoon gezet, zodat een reiziger kan in- en uitchecken met de mobiele telefoon. Deze proef is inmiddels gestaakt (<https://www.ov-chipkaart.nl/ovchipmobiel.htm>).

3.4 De markt voor mobiliteitsdiensten

Door de opkomst van aanbieders van mobiliteitsdiensten is er een nieuwe laag in de waardeketen ontstaan (zie figuur 2). Deze mobiliteitsdienstenaanbieders combineren verschillende vervoersdiensten (zowel in het OV als daarbuiten) en flankerende diensten (zoals het verzorgen van de administratie) tot één product. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen aanbieders van mobiliteitsdiensten die gebruik maken van het OV-chipkaartsysteem van TLS en aanbieders van mobiliteitsdiensten die gebruik maken van een ander betaalsysteem.



Figuur 2: Waardeketen mobiliteitsdiensten

3.4.1 Bedrijvenkaartaanbieders op basis van het OV-chipkaartsysteem

TLS biedt diverse mogelijkheden voor mobiliteitsdienstenaanbieders om toegang te verkrijgen tot het OV-chipkaartsysteem.³⁷ Mobiliteitsdienstenaanbieders (zoals Mobility Mixx, Radiuz, Regiecentrale en XXimo) kunnen met de status van bedrijvenkaartaanbieder (BKA) OV-chipkaarten uitgeven voor zakelijke afnemers, met het uiterlijk van het eigen merk. Met deze zakelijke OV-chipkaarten worden voornamelijk de 'reizen op saldo'-producten van vervoerders aangeboden. Reizen op saldo houdt in dat de reiziger voor een reis betaalt door middel van een tegoed dat van tevoren op de OV-chipkaart is geladen. Dit tegoed kan desgewenst automatisch worden aangevuld indien het tegoed onder een bepaald niveau zakt (automatisch opladen). Voor het afnemen van dit product krijgen BKA's van enkele vervoerders een (beperkte) korting op de consumentenprijs en een kleine provisie per bedrijvenkaart die in de markt wordt gezet.

Daarnaast bieden BKA's aanvullende diensten aan, om bedrijven in hun totale mobiliteitsbehoefte te voorzien en kosten te besparen. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om mobiel betalen voor parkeren, deur-tot-deur planning, facturatie en budgetcontrole. BKA's leveren voor hun zakelijke klanten toegevoegde waarde, omdat de klanten geen individuele afspraken meer hoeven te maken met de

³⁷ Zie paragraaf 5.2 van dit advies voor een meer uitgebreide beschrijving van deze mogelijkheden.

aanbieders van OV-diensten. Ook kunnen de kosten die zij voor OV-diensten maken, beter worden beheerst.

Op de markt voor mobiliteitsdiensten concurreren marktpartijen die niet over een vervoersconcessie beschikken met concessiehouders zoals NS (met haar NS-Business Card³⁸) en Arriva (die tevens de BKA-status heeft). Dat hier sprake is van een aparte markt, blijkt bijvoorbeeld ook uit de Europese aanbestedingen die de Rijksoverheid uitschrijft voor het verzorgen van de mobiliteitsdiensten aan de Rijksoverheid. In 2013 is deze aanbesteding gewonnen door Mobility Mixx. In 2017 heeft de Rijksoverheid voor de tweede keer een tender uitgeschreven.

3.4.2 Overige aanbieders van mobiliteitsdiensten

Naast de bij TLS aangesloten BKA's zijn er andere aanbieders van mobiliteitsdiensten die gebruik maken van de diensten van BKA's om op één kaart diverse mobiliteitsdiensten te kunnen aanbieden aan zakelijke afnemers. Zo biedt MultiTankcard (MTc) OV-diensten aan in combinatie met autogerelateerde diensten (tanken, parkeren, elektrisch laden). Daarbij richten deze partijen zich op het verwerken en facturen van zakelijke reistransacties.

De huidige aanbieders van mobiliteitsdiensten richten zich voornamelijk – mede vanwege de huidige toegangsbeperkingen (zie hoofdstuk 6) – op de zakelijke markt (werkgevers die aan hun werknemers OV-chipkaarten bieden) en niet op de consumentenmarkt. Er bestaat wel een wens om meer mogelijkheden te hebben om de consumentenmarkt te bedienen, mede vanwege de opkomst van Mobility as a Service (MaaS).

Mobility as a Service

Momenteel worden onder de noemer van MaaS diverse initiatieven ontplooid. De verwachting is dat MaaS een belangrijke bijdrage kan leveren aan het oplossen van mobiliteitsproblemen, bijvoorbeeld op het gebied van bereikbaarheid, doorstroming en duurzaamheid. Zo kan MaaS het gebruik van deelsystemen voor auto's en fietsen stimuleren, en kan het reizigers verleiden meer gebruik te maken van het openbaar vervoer. Ook in het regeerakkoord van het kabinet-Rutte III is een passage opgenomen over het stimuleren van de ontwikkeling van MaaS.³⁹ MaaS kan een belangrijke rol vervullen bij het opvangen van de mobiliteitsgroei, met name door specifieke congestieproblemen te adresseren.⁴⁰

De centrale gedachte achter MaaS is dat de klant één digitaal platform gebruikt om van A naar B te reizen (de deur-tot-deur-reis). Dit digitale platform maakt het mogelijk om reisinformatie te vinden, het optimale vervoer te kiezen, te boeken en te betalen. Het idee is dat de MaaS-aanbieder een reiziger een aanbod kan doen door actuele informatie van de vervoerder (prijzen, routes, congestie) (aanbodzijde) te combineren met de voorkeuren van de klant (vraagzijde),⁴¹ om zo vraag en aanbod van OV-diensten optimaal op elkaar te laten aansluiten.⁴²

³⁸ <https://www.ns.nl/zakelijk/voordelen/voordelen-ns-business-card.html>

³⁹ Citaat uit regeerakkoord 2017-2021 "We passen wet- en regelgeving aan zodat openbaar vervoer- en taxibedrijven flexibel en vraaggericht vervoer ('mobility as a service') kunnen aanbieden. Provincies en vervoerregio's die met nieuwe vormen van doelgroepenvervoer, openbaar vervoer en deelsystemen willen experimenteren, krijgen daarvoor de ruimte."

⁴⁰ Tussen 2005 en 2016 is de totale mobiliteit uitgedrukt in reizigerskilometers gegroeid van 182,5 miljard naar 188 miljard. Bron: Kennisinstituut voor Mobiliteitsbeleid, Mobiliteitsbeeld 2017.

⁴¹ Maria Kamargianni, University College London - The Business Ecosystem of Mobility-as-a-Service, conference paper, January 2017.

⁴² Een MaaS-aanbieder in de vervoerssector vervult daarmee een vergelijkbare rol als een partij als Expedia in de reissector, Amazon in de retailsector en Netflix in de mediasector.

De diensten die een MaaS-aanbieder levert zijn vervoer (trein, taxi, fiets, enzovoort) en eventueel flankerende diensten (parkeren, bagagevervoer, tanken etc.). Deze diensten worden ingekocht bij de aanbieders van transportmiddelen en diensten.^{43,44}

Het MaaS-concept is ontwikkeld in Finland, waar door het bedrijf MaaS Global de Whim-app wordt uitgegeven. In deze app worden diverse abonnementsvormen aangeboden waarmee de reiziger voor een vast bedrag per maand gebruik kan maken van verschillende vormen van openbaar en privaat vervoer.⁴⁵

Ook in Nederland worden diverse MaaS-concepten ontwikkeld. Zo is door Tranzer een app ontwikkeld waarmee voor verschillende vormen van openbaar vervoer- en taxidiensten een reis gepland en vooraf betaald kan worden. In de app is het alleen mogelijk om voltarief-kaartjes voor openbaar vervoer te kopen. Met Tranzer is het nog niet mogelijk om te reizen met korting of een abonnement. Daarmee richt Tranzer zich nog voornamelijk op de individuele reizigers die niet in het bezit zijn van een OV-chipkaart.⁴⁶

In het algemeen geldt dat veel van de MaaS-concepten zich nog in de opstartfase bevinden en nog een relatief kleine groep klanten bedienen. Bij deze initiatieven kan een onderscheid worden gemaakt naar doelgroep (zakelijk vs. consumenten), functionaliteit (plannen, boeken, betalen), type vervoersaanbod (openbaar vervoer, privaat vervoer, deelfietsen, etc.), geografisch bereik (regionaal, landelijk) en aanvullende services (facturatie, hotelovernachtingen, parkeren, etc.). Een uniform systeem, waarbij plannen, boeken, betalen en factureren mogelijk is voor elk type vervoer, ontbreekt op dit moment nog.

Aanbesteding raamovereenkomst MaaS-pilots

Momenteel bereidt het Ministerie van IenW samen met decentrale overheden een Europese aanbesteding voor van een raamovereenkomst voor de totstandkoming van een aantal regionale MaaS-pilots. De ambitie is dat deze pilots landelijk schaalbaar zijn. Het doel hiervan is het versnellen van de ontwikkeling van MaaS-diensten in Nederland en het verkrijgen van inzicht in de effecten van MaaS. IenW signaleert daarbij dat de ontwikkeling van MaaS-diensten kan leiden tot markteffecten (bijv. nieuwe verhoudingen tussen dienstverleners en vervoeraanbieders) en daardoor gevolgen kan hebben voor het bestaande marktorderingsinstrumentarium zoals concessies, voorwaarden tot markttoegang en informatieverplichtingen.

Ter voorbereiding op de aanbesteding voor de raamovereenkomst voor MaaS-pilots heeft IenW een marktconsultatie uitgevoerd.⁴⁷ Uit deze consultatie blijkt dat marktpartijen nog diverse belemmeringen ervaren en uitdagingen zien voor de ontwikkeling van MaaS-diensten, zoals:

- Contractuele barrières om tickets te mogen verkopen van aanbieders van OV-diensten (zie hoofdstuk 5 van dit advies);
- Het gebrek aan afspraken voor een uniforme data-uitwisseling tussen de MaaS-dienstverlener en vervoersaanbieder (zoals real-time reisinformatie, reistransacties, etc.

⁴³ <http://www.pnoconsultants.nl/news/mobility-as-a-service-maas-een-ecosysteem-in-opbouw>

⁴⁴ Een mogelijke definitie van MaaS is gegeven in het whitepaper 'Mobility as a Service' van Mu Consult (2017): "het aanbod van multimodale, vraag gestuurde mobiliteitsdiensten, waarbij op maat gemaakte reismogelijkheden via een digitaal platform (bv. Mobiele app) met realtime informatie aan klanten worden aangeboden, inclusief betalingen afhandeling van transacties".

⁴⁵ <https://whimapp.com/>

⁴⁶ www.tranzer.com/faq

⁴⁷ <https://beterbenutten.nl/nieuws/1541/uitnodiging-marktconsultatie-maas>

(zie hoofdstuk 9 van dit advies);

- De technische koppeling van de aanbieders van OV-diensten aan de MaaS-dienstverlener. Hier wordt het belang van een goede interface/API's⁴⁸ bij vervoerders benadrukt.

Ten aanzien van de interface tussen aanbieders van OV-diensten en MaaS-dienstverleners is het nog de vraag of er een (landelijk) platform ingericht moet worden dat bij een onafhankelijke partij wordt belegd. De ACM heeft in het kader van dit advies niet onderzocht of de ontwikkeling van zo'n platform gewenst is en welke rol de overheid hierbij zou kunnen vervullen.

3.4.3 Conclusie

Er is in de afgelopen jaren een nieuwe laag in de waardeketen ontstaan als gevolg van de opkomst van mobiliteitsdienstenaanbieders. Daarbij gaat het momenteel nog voornamelijk om het aanbieden van zakelijke OV-chipkaarten voor bedrijven. Onder de noemer van MaaS worden momenteel ook nieuwe diensten ontwikkeld die zich niet alleen richten op bedrijven, maar ook direct op reizigers. Het gaat hierbij om een grote diversiteit aan mobiliteitsproducten en -diensten. Bovendien zijn deze diensten sterk in ontwikkeling. Aanbieders van mobiliteitsdiensten ervaren echter nog belemmeringen om op grote (landelijke) schaal MaaS-diensten te ontwikkelen. Dit heeft onder meer te maken met de beperkte toegang tot het productaanbod van aanbieders van OV-diensten.

⁴⁸ Een Application Programming Interface (API) is een set aan definities waarmee softwareprogramma's onderling kunnen communiceren. Het dient als een interface tussen verschillende softwareapplicaties waardoor de gebruikte code automatisch elkaar toegang tot informatie en/of functionaliteit geeft, zonder dat ontwikkelaars hoeven te weten hoe het andere programma exact werkt. API's bestaan voor (web)applicaties, softwarebibliotheken en besturingssystemen en kunnen voor allerlei doeleinden worden ingezet (bron: www.computerworld.nl).

4. Dominantieanalyse

4.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is een beschrijving gegeven van de relevante markten die van belang zijn om de vragen over de wenselijkheid van economische regulering te kunnen beantwoorden. Zoals in de inleiding is aangegeven, is het belangrijk om na te gaan in hoeverre marktpartijen op deze markten in staat zijn marktmacht uit te oefenen. De uitoefening van deze marktmacht zou immers kunnen resulteren in mededingingsproblemen, zoals het *uitsluiten* van marktpartijen of *uitbuiten* van afnemers.

4.2 Beoordelingskader machtsposities

Een onderneming beschikt over een machtspositie als hij de mededinging op een bepaalde markt kan verhinderen, doordat hij zich in sterke mate onafhankelijk kan gedragen van zijn concurrenten, afnemers en uiteindelijk consumenten.

Een eerste aanwijzing voor het bestaan van een machtspositie is het marktaandeel van de betrokken onderneming op de relevante markt. Zeer aanzienlijke marktaandelen (bijvoorbeeld 50% of meer) leveren, uitzonderingsomstandigheden daargelaten, vrijwel op zichzelf het bewijs van een machtspositie op. In vaste rechtspraak over openbare bedrijven en bedrijven waaraan uitsluitende rechten zijn toegekend (artikel 106, eerste lid, VWEU) is overwogen dat een onderneming die op een wezenlijk deel van de markt een wettelijk monopolie bezit, kan worden geacht een machtspositie in te nemen.⁴⁹

Volgens de jurisprudentie kunnen daarnaast tal van andere factoren in aanmerking genomen worden als indicatie voor een machtspositie, zoals de omvang van de onderneming, het ontbreken van kopersmacht, controle over niet gemakkelijk te dupliceren infrastructuur, verticale integratie en toetredingsdrempels.

Hieronder wordt voor de markten voor openbaar vervoer en OV-betaaldiensten op grond van bovengenoemde factoren geanalyseerd in hoeverre de vervoerders en TLS over een machtspositie beschikken.

De ACM heeft zich ten behoeve van dit advies vooral gebaseerd op bestaand onderzoek, zoals de Quicksan personenvervoer per spoor 2013 en het onderzoek dat onderzoeksbureau Europe Economics in 2015 in opdracht van de ACM heeft uitgevoerd naar de concurrentieverhoudingen in de spoorsector.

4.3 Machtsposities op de markt voor OV-diensten

In 2015 heeft de ACM onderzoek laten doen door Europe Economics naar de concurrentieverhoudingen op de spoormarkt. Met betrekking tot het personenvervoer per trein komt Europe Economics beknopt samengevat tot de volgende bevindingen:

⁴⁹ HvJ EG 3 oktober 1985, C-311/84, ECLI:EU:C:1985:394 (*CBEM – télémarketing/CLT en IPB*), r.o. 16; HvJ EG 10 december 1991, C-179/90, ECLI:EU:C:1991:464 (*Porto di Genova/ Siderurgica Gabrielli*); HvJ EG 23 april 1991, C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 (*Hoefner en Elser/Macrotron*); HvJ EG 18 juni 1991, C-260/89, ECLI:EU:C:1991:254 (*ERT*), r.o. 31; en HvJ EG 17 mei 1994, C-18/93, ECLI:EU:C:1994:195 (*Corsica Ferries*), r.o. 40.

*“[T]he evidence analysed in this chapter indicates that the relevant product market includes train services only – both those provided by the NS and those provided by other train operators. Under this market definition other modes of transport are not considered as close substitutes to train. [...] The relevant geographic market is likely to be either the NS concession area or the Netherlands as a whole.
[...] Under both relevant market definitions NS is likely to have significant market power.”⁵⁰*

De ACM ziet geen aanleiding te veronderstellen dat de relevante marktomstandigheden sinds 2015 zijn gewijzigd. Gelet daarop is het aannemelijk dat de NS ook nu nog beschikt over een economische machtspositie. Zij heeft nog steeds een hoog marktaandeel op de markt voor het Nederlandse personenvervoer per spoor, en opereert op basis van exclusieve exploitatierechten voor het hoofdrailnet die zij zonder concurrentie heeft verkregen. Daarnaast ontbreekt het aan substituten.

Ook andere (regionale) aanbieders van openbaar vervoer beschikken op grond van hun exclusieve rechten mogelijk over een machtspositie op de markt voor OV-diensten. Ten behoeve van dit advies gaat de ACM hier niet nader op in. Voorop staat dat aanbieders van mobiliteitsdiensten om een landelijk dekkend aanbod van OV-diensten te kunnen leveren, toegang nodig hebben tot de OV-diensten van concessiehouders. Bijgevolg beschikken de vervoerders in de relatie tot mobiliteitsdienstenaanbieders over (significante) marktmacht hetgeen wijst op het bestaan van een machtspositie.

4.4 Machtsposities op de markt voor OV-betaaldiensten

Zoals in paragraaf 3.3 is opgemerkt, is de OV-chipkaart het meest gebruikte betaalmiddel in het OV (meer dan 90% van alle betalingstransacties). De OV-chipkaart wordt uitgegeven door TLS. Daarom gaat de ACM hieronder eerst nader in op de dienstverlening van TLS. Vervolgens analyseert de ACM in hoeverre TLS beschikt over een machtspositie op de markt voor OV-betaaldiensten.

TLS levert de volgende diensten:

De productie en distributie van OV-Chipkaarten. De OV-chipkaarten worden door TLS geleverd aan de aangesloten vervoerders en aan andere distributeurs, zoals BKA's. TLS levert ook direct kaarten aan kaarthouders (consumenten).

Diensten als clearing operator. Het gebruik van de OV-chipkaart leidt onder andere tot reistransacties (op product of saldo), oplaadtransacties (van saldo) en restitutietransacties (van saldo of producten). Na het verwerken van de transacties verdeelt TLS de gelden die uit deze transacties voortvloeien. Zo krijgen OV-bedrijven dagelijks betaald voor de reizen die de reizigers bij hen maken (Clearing & Settlement). TLS vraagt voor het verrichten van voornoemde transacties vergoedingen aan OV bedrijven.

Het leveren van Scheme Provision diensten. de activiteit Scheme Provision betreft alle regels en afspraken tussen de partijen die gebruikmaken van het OV-chipkaartsysteem. Door deze afspraken is het mogelijk dat de OV-chipkaart overal in Nederland en bij alle vervoerders op dezelfde manier wordt gebruikt. De rol van TLS als Scheme Provider omvat het toezicht op deze regels en

⁵⁰ Europe Economics, *Research Study: Dominant Positions in National Railway Transport Services Markets*, 10 december 2015 (<https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/15195/Extern-onderzoek-naar-dominante-posities-op-de-spoormarkt/>). p. 36 en 47.

afspraken.

Het verrichten van algemene diensten. Algemene diensten (consumentendiensten) omvatten diensten die TLS levert aan eindgebruikers. Hieronder vallen de klantenservice, het in stand houden van een internetsite met informatie, het verzorgen van persoonlijke gebruikerspagina's met kaart- en reisgegevens (Mijn OV-chipkaart), het automatisch opladen van de kaart en het ophalen van bestelde OV-abonnementen en andere producten.

Machtspositie TLS

De ACM heeft reeds in de door haar uitgebrachte Quickscan in 2013 geconcludeerd dat TLS over een machtspositie beschikte.⁵¹ Hieraan lagen de volgende overwegingen ten grondslag:

- Vervoerders zijn op grond van artikel 32a van de Wp 2000, artikel 35a van het Besluit personenvervoer 2000 (Bp 2000) en de daarop gebaseerde voorwaarden die voortvloeien uit hun concessies, verplicht deel te nemen aan een landelijk dekkend systeem van elektronische vervoersbewijzen.
- TLS is het enige bedrijf dat een dergelijk landelijk dekkend systeem aanbiedt en diensten daaromtrent levert.
- Voor de OV-chipkaart zijn geen volwaardige alternatieven.
- TLS is de enige producent van mobiliteitskaarten die toegang heeft tot het betalingssysteem van de OV-chipkaart.
- Toetreding van nieuwe betaaldienstaanbieders is moeilijk voorstelbaar. Het OV-chipkaartsysteem kenmerkt zich door schaalvoordelen voor de aanbieder van de kaart en diensten, alsmede door netwerkeffecten: hoe meer vervoerders de kaart accepteren, hoe meer de waarde van de kaart toeneemt.

De ACM constateert dat de bevindingen uit de Quickscan anno 2018 nog steeds actueel zijn, met uitzondering van de genoemde wettelijke verplichting om deel te nemen aan een landelijk dekkend systeem. Het oude artikel 35a van de Bp2000 is namelijk buiten werking gesteld. De facto is er echter niets in de situatie gewijzigd, aangezien vervoerders ook op grond van de voor hen geldende concessievoorwaarden verplicht zijn om deel te nemen aan een landelijk dekkend systeem.⁵² Bovendien is in februari 2018 een ontwerp-AMvB aan de Tweede Kamer voorgelegd, op grond waarvan het landelijk gebruik van de OV-chipkaart zal worden geborgd.⁵³

Verder heeft zich sinds de Quickscan een aantal ontwikkelingen voorgedaan, die de machtspositie van TLS hebben versterkt:

- Bij de oprichting van de Coöperatie hebben de concessiehouders zich verbonden om de eerste vijf jaar (peildatum 2014) 90% van het volume aan betalingstransacties bij TLS af te nemen.
- Sinds 2015 zijn alle concessiehouders lid van de Coöperatie. Dit betekent dat de OV-bedrijven, die alle aandeelhouder zijn van TLS, geen prikkel hebben om een alternatief landelijk dekkend systeem op te zetten. In de gesprekken hebben vervoerders aangegeven

⁵¹ Quickscan personenvervoer per spoor 2013.

⁵² In de hoofdtrainnetconcessie is bijvoorbeeld bepaald dat NS constructief dient deel te nemen aan het landelijk interoperabel OV-betaalsysteem. Blijkens de definitie van 'OV-betaalsysteem' betreft dit momenteel het OV-chipkaart schema van TLS.

⁵³ Brief staatssecretaris IenW, Ontwerp-besluit tot wijziging van het Bp2000 i.v.m. landelijke werking OV-chipkaart, 27 februari 2018, kenmerk IENW/BSK-2018/18782

dat het creëren van een alternatief systeem voor opbrengstverdeling (C&S) complex is en extra kosten met zich meebrengt.

- Het aantal actieve gebruikers van de OV-chipkaart is sinds de Quickscan toegenomen. Momenteel zijn er 14 miljoen OV-chipkaarten in gebruik, terwijl het gebruik van papieren kaartjes is afgenomen.

Tegelijkertijd zijn in de gesprekken die de ACM in het kader van dit advies heeft gevoerd een aantal toekomstige ontwikkelingen genoemd die van invloed kunnen zijn op de *duurzaamheid* van de machtspositie van TLS.

- Vanwege technologische innovatie is het in de toekomst wellicht mogelijk het C&S-systeem van TLS te vervangen door *blockchain*-technologie, waarbij vervoerders onderling een openbaar verrekenmechanisme ontwikkelen dat vrij toegankelijk is voor alle vervoerders. De kosten voor C&S-diensten kunnen hierdoor worden verlaagd. Er is op dit moment echter nog geen zicht op een breed gedragen alternatief, en het is daarom dan ook niet de verwachting dat het C&S-systeem van TLS in de nabije toekomst (binnen 3 tot 5 jaar) kan worden vervangen.
- Er worden door verschillende vervoerders en andere partijen apps ontwikkeld waarmee een reis op de mobiele telefoon vooraf kan worden gepland en geboekt. Dit kan de afhankelijkheid van het gebruik van de OV-chipkaart voor consumenten verminderen. Mogelijk kan de rol van TLS als producent en leverancier van de OV-chipkaart hierdoor veranderen of verdwijnen. Deze apps worden momenteel echter zeer beperkt gebruikt. Daarbij spelen ook de beperkte toegangsmogelijkheden tot data een rol.
- De verwachting is dat de OV-chipkaart op termijn vervangen zal worden door alternatieve betaalvormen, zoals betalen met de pinpas of mobiele telefoon. Dit zou mogelijk gepaard kunnen gaan met toetreding door andere grote en gespecialiseerde partijen, zoals banken of telecomaanbieders. Deze partijen zullen vermoedelijk echter nog wel toegang nodig hebben tot het OV-chipkaartsysteem van TLS om de Clearing & Settlement met vervoerders te kunnen regelen.

De ACM heeft de verwachting dat de machtspositie van TLS bij gebrek aan alternatieven voor vervoerders en consumenten in de komende jaren niet zal worden aangetast. Voor vervoerders kan het in theorie interessant zijn om diensten van TLS bij andere marktpartijen te beleggen indien dit resulteert in kostenbesparingen. Gezien de complexiteit van de opbrengstverdeling die gepaard gaat met een zeer grote hoeveelheid transacties, zal het niet eenvoudig zijn om de C&S-functie van de OV-chipkaart bij een andere partij te beleggen en hierover tussen vervoerders overeenstemming te bereiken.

5. Mogelijke toegangsproblemen voor aanbieders van mobiliteitsdiensten

5.1 Inleiding

Zoals in de inleiding van dit advies is aangegeven, heeft de staatssecretaris van IenW de ACM verzocht om te onderzoeken wat de positie is van mobiliteitsdienstenaanbieders ten opzichte van vervoerders en TLS. Daarbij zijn de specifieke vragen of mobiliteitsdienstenaanbieders knelpunten ervaren op de markt voor OV-betalen, en of zich problemen voordoen bij het inkopen van diensten van vervoerders die economische regulering rechtvaardigen.

Om tot een antwoord te komen op de door de staatssecretaris gestelde vragen, wordt in dit hoofdstuk onderzocht welke mogelijkheden voor toegang op dit moment geboden worden door TLS en de vervoerders, en welke knelpunten mobiliteitsdienstenaanbieders daarmee ervaren.

Verticale relatie

Mobiliteitsdienstenaanbieders zijn voor de toegang tot het OV-chipkaartsysteem afhankelijk van TLS. Daarnaast zijn de mobiliteitsdienstenaanbieders voor de toegang tot OV-diensten afhankelijk van vervoerders. Deze relatie wordt door de ACM gekenmerkt als 'verticaal', omdat mobiliteitsdienstenaanbieders die OV-diensten willen aanbieden met de OV-chipkaart afhankelijk zijn van markten hoger in de waardeketen: de OV-betalmarkt en de OV-diensten van vervoerders. Figuur 2 (zie paragraaf 3.4 van dit advies) illustreert deze verticale relatie en definieert de *downstream* en *upstream* markten.

Van belang in dit geval is dat sommige vervoerders ook actief zijn op de markt voor mobiliteitsdiensten, waarbij zij (rechtstreeks) concurreren met mobiliteitsdienstenaanbieders. Als gevolg daarvan bestaat er een vergroot risico dat die vervoerders (individueel of als aandeelhouders van TLS) mobiliteitsdienstenaanbieders hinderen bij het aanbieden van hun producten. Dit heeft als mogelijke gevolgen dat mobiliteitsdienstenaanbieders niet tot de markt kunnen toetreden, bestaande partijen niet de gewenste dienstverlening kunnen aanbieden of niet zo hard kunnen groeien als zij zouden willen. In het vervolg van dit hoofdstuk spreekt de ACM in deze gevallen van 'uitsluiting' door vervoerders.

Om te beoordelen of deze mogelijke vormen van uitsluiting regulering zouden kunnen rechtvaardigen, wordt in de analyse aangesloten bij het telecomkader.⁵⁴ In het telecomkader worden de factoren **mogelijkheid** en **prikkel** gebruikt om te onderzoeken of het opleggen van economische regulering gerechtvaardigd is. Daarbij is het niet noodzakelijk om aan te tonen dat daadwerkelijk sprake is (geweest) van misbruik van een economische machtspositie in de zin van de Mededingingswet.⁵⁵

⁵⁴ Artikel 6a.2 en artikel 6a 6 van de Telecommunicatiewet.

⁵⁵ De toepassing van het telecomkader impliceert niet dat de ACM van oordeel is dat de marktordening of (fysieke) eigenschappen van de telecommunicatiesector (grote) gelijkenissen vertoont met de spoorsector. De ACM is zich bewust van de verschillen en heeft daarmee rekening gehouden in de analyse. Met de toepassing van het telecomkader hanteert de ACM een algemeen geaccepteerd economisch kader om potentiële mededingingsproblemen te identificeren die ex ante economische regulering kunnen rechtvaardigen. Raadpleeg voor meer informatie de marktanalysebesluiten van de ACM www.acm.nl/nl/onderwerpen/telecommunicatie/de-telecommarkt/recente-marktanalyses.

De ACM zal in paragraaf 5.2 eerst een overzicht geven van de diensten en producten van TLS en de vervoerders waartoe mobiliteitsdienstenaanbieders op dit moment toegang hebben. Vervolgens zal de ACM in paragraaf 5.3 analyseren in hoeverre TLS en de vervoerders daadwerkelijk de mogelijkheid en prikkel hebben om mobiliteitsdienstenaanbieders uit te sluiten door (effectief) de toegang tot het OV-betaalsysteem en/of OV-diensten te belemmeren of te weigeren. Daarbij zal onder andere worden ingegaan op de knelpunten die mobiliteitsdienstenaanbieders op dit moment in de praktijk ervaren. De ACM sluit dit hoofdstuk af met een tussenconclusie in paragraaf 5.4.

5.2 Huidige toegang mobiliteitsdienstenaanbieders

TLS en vervoerders bieden toegang tot het OV-betaalsysteem en de OV-diensten van vervoerders aan partijen die niet over een vervoersconcessie beschikken. Hierdoor kunnen mobiliteitsdienstenaanbieders OV-chipkaarten en OV-diensten aanbieden. Niet alle producten en diensten zijn echter toegankelijk voor mobiliteitsdienstenaanbieders. In dit onderdeel wordt besproken welke toegang geboden wordt door TLS en de vervoerders.

5.2.1 Toegang tot het OV-betaalsysteem

De drie belangrijkste mogelijkheden voor toegang tot het OV-betaalsysteem zijn co-branding, bedrijvenkaartaanbieder en productregisseur. Co-branders zijn vervoerders die beschikken over een concessie. Hiermee kunnen zij OV-chipkaarten uitgeven aan zakelijke reizigers en consumenten. Voor mobiliteitsdienstenaanbieders is het op dit moment mogelijk om toegang te verkrijgen tot het OV-betaalsysteem als bedrijvenkaartaanbieder en als productregisseur. Beide vormen van toegang worden hieronder nader uiteengezet.⁵⁶

Bedrijvenkaartaanbieder

Met een bedrijvenkaartaanbieder (BKA)-registratie is het voor mobiliteitsdienstenaanbieders mogelijk om zakelijke OV-chipkaarten uit te geven en het basisproduct *reizen op saldo voor de zakelijke reiziger* aan te bieden. Met een BKA-registratie kunnen mobiliteitsdienstenaanbieders reizigers bedienen die reizen voor hun werk.

Productregisseur

Daarnaast is het voor mobiliteitsdienstenaanbieders mogelijk om binnen het OV-betaalsysteem *productregisseur* te worden. De rol van productregisseur geeft mobiliteitsdienstenaanbieders de mogelijkheid om zelf abonnementen en kortingsproducten te ontwikkelen op basis van het standaard zakelijke product *reizen op saldo*, en overige reisproducten waartoe zij toegang krijgen van vervoerders.

De mogelijkheden die TLS biedt voor toegang tot het OV-betaalsysteem zijn nauw verbonden met de toegang tot de reisproducten van vervoerders.

Soorten reisproducten vervoerders

Binnen het OV-chipkaartsysteem is een reisproduct een (elektronisch) 'recht' dat op de OV-chipkaart kan worden geladen, en dat de reiziger in staat stelt om op een bepaalde tijd en plaats tegen een bepaalde prijs te kunnen reizen in het openbaar vervoer. In het totaalaanbod aan reisproducten kan een aantal verschillende productcategorieën worden onderscheiden:

⁵⁶ Brief van Translink aan de ACM van 27 februari 2018.

- Reisproducten gebaseerd op type betaling. Dit betreft met name de basisproducten *reizen op saldo* en *reizen op rekening*.
- Reisproducten voor specifieke afnemersgroepen, zoals zakelijke reisproducten, studenten- of consumentenreisproducten, leeftijdskortingen, etc.
- Reisproducten voor gebruik op een bepaalde locatie of tijdstip. Deze reisproducten hebben een bepaalde geografische reikwijdte (traject, regio, of landelijk), en kunnen ook temporele beperkingen kennen (alleen in de daluren en/of het weekend, of altijd geldig).

Daarnaast zijn er reisproducten die een combinatie vormen van de hierboven genoemde categorieën. Dit zijn bijvoorbeeld kortings- en vrij reizen-producten die alleen door een specifieke doelgroep afgenomen kunnen worden (zakelijke reizigers, jongeren, senioren, blinden en slechtzienden). Naar schatting worden er rond de 200 verschillende reisproducten aangeboden door de concessiehoudende vervoerders in Nederland.⁵⁷

Huidige toegang tot reisproducten

Op dit moment is het voor mobiliteitsdienstenaanbieders mogelijk om via TLS het standaard reisproduct *reizen op saldo voor de zakelijke reiziger* af te nemen. Met dit product kunnen mobiliteitsdienstenaanbieders zonder aanvullende afspraken met vervoerders tegen het volle tarief (eindgebruikersprijzen zonder korting) OV-diensten aanbieden aan zowel zakelijke reizigers als particulieren. TLS legt zelf geen contractuele beperkingen op aan BKA's voor het bedienen van de consumentenmarkt. Voor toegang tot de overige reisproducten, en de daarbij behorende kortingspercentages, commissies en overige voorwaarden, moeten mobiliteitsdienstenaanbieders individueel onderhandelen met vervoerders.

De praktijk laat zien dat er enkele vervoerders zijn die vrijwillig toegang bieden tot reis- en kortingsproducten. Zo biedt de NS bijvoorbeeld toegang met het Referentie Aanbod Zakelijk contract (RAZ-contract). In dit contract waarin een provisie, staffelkorting en een dalkorting zijn opgenomen, kunnen BKA's eigen proposities maken voor de zakelijke markt. Anders dan bij het vorige RosMob-contract⁵⁸, is er geen verplichting meer voor de BKA's om de dalkorting door te geven aan de zakelijke klant. Met het RAZ-contract kunnen BKA's alleen de zakelijke markt bedienen. NS staat niet toe dat BKA's de kortingen op basis van het RAZ-contract aan particulieren doorgeven. Ook sommige andere vervoerders bieden verruimde toegang tot enkele (zakelijke) reisproducten.

5.3 Mogelijkheid en prikkel voor uitsluiting

5.3.1 Beoordelingskader

Zoals is besproken in de inleiding van dit hoofdstuk, wordt het bestaan van een eventuele noodzaak tot het opleggen van economische regulering in dit advies – naar analogie van het telecomkader – onderzocht aan de hand van de vraag of de betreffende ondernemingen de mogelijkheid en de prikkel hebben om bepaald mededingingsbeperkend gedrag in de praktijk te brengen.

⁵⁷ www.ov-chipkaart.nl

⁵⁸ Het RAZ-contract is de opvolger van *reizen op saldo voor mobiliteitskaartenaanbieders* (RosMob). Dit reisproduct omvatte het zakelijke basisproduct *reizen op saldo* met een kortingspercentage voor reizen in daluren en een commissie van enkele procenten.

Om de **mogelijkheid** te hebben om mobiliteitsdienstenaanbieders uit te sluiten, is vereist dat TLS en/of de vervoerders *upstream* over een machtspositie beschikken. Zonder machtspositie kunnen mobiliteitsdienstenaanbieders, die op de downstreammarkt actief zijn, gemakkelijk uitwijken naar andere vervoersproducten of een ander OV-betaalsysteem. In dat geval hebben TLS en de vervoerders minder mogelijkheden om de concurrentie op de markt voor mobiliteitsdiensten te beperken.

Daarnaast moet er een **prikkel** zijn om mobiliteitsdienstenaanbieders uit te sluiten van de markt voor mobiliteitsdiensten. Eerder in dit advies is reeds vastgesteld dat mobiliteitsdienstenaanbieders en sommige vervoerders (potentieel) met elkaar concurreren op de markt voor mobiliteitsdiensten. Dit gegeven op zich levert echter nog geen prikkel tot uitsluiting op. Wanneer het product van de mobiliteitsdienstenaanbieder een substituut is voor het product van de vervoerder, geeft het vermijden van concurrentie op de markt voor mobiliteitsdiensten prikkels om mobiliteitsdienstenaanbieders uit te sluiten. Als er echter sprake is van een complementair product dan is het risico op uitsluiting niet evident, aangezien mobiliteitsdienstenaanbieders de mobiliteitsmarkt mogelijk zouden kunnen vergroten waardoor ook de totale vraag naar OV-diensten en OV-betaaldiensten zou kunnen toenemen.

Het voorgaande neemt echter niet weg dat er ook bij (deels) complementaire producten van vervoerders en mobiliteitsdienstenaanbieders per saldo een prikkel tot uitsluiting kan bestaan. Namelijk wanneer vervoerders het verlies aan inkomsten dat zij *upstream* lijden als gevolg van de toegangsweigering, voldoende kunnen compenseren door (potentiële) eigen extra inkomsten *downstream*.

In de volgende paragraaf worden zowel de **mogelijkheid** als de **prikkel** om uitsluitingsgedrag te vertonen besproken ten aanzien van het OV-betaalsysteem en de OV- OV-diensten.

5.3.2 Mogelijkheid TLS en vervoerders om toegang te beperken

De ACM heeft in hoofdstuk 4 vastgesteld dat TLS beschikt over een machtspositie op de markt voor OV-betalen. TLS beschikt over een marktaandeel van meer dan 90% op de markt voor OV-betaaldiensten en is het enige bedrijf dat een landelijk dekkend systeem van elektronische vervoerbewijzen aanbiedt. Voor mobiliteitsaanbieders is toegang tot dit landelijk dekkend systeem essentieel om op de markt voor mobiliteitsdiensten actief te kunnen zijn. Voor de OV-chipkaart zijn op dit moment geen volwaardige alternatieven beschikbaar. Hierdoor heeft TLS de mogelijkheid om de toegang te beperken voor mobiliteitsdienstenaanbieders en kunnen mobiliteitsdienstenaanbieders niet overstappen naar een alternatief OV-betaalsysteem.

De ACM heeft in hoofdstuk 4 daarnaast vastgesteld dat de NS, maar mogelijk ook andere (regionale) aanbieders van openbaar vervoer, op grond van hun exclusieve rechten over een machtspositie beschikken op de markten voor OV-diensten. Voorop staat dat aanbieders van mobiliteitsdiensten toegang nodig hebben tot de OV-diensten van concessiehouders, omdat er voor deze OV-diensten geen alternatieven zijn. Het hieruit voortvloeiende gebrek aan substitutiemogelijkheden zorgt ervoor dat de vervoerders in staat zijn om – binnen de concessieafspraken – de toegang tot en de voorwaarden van het gebruik van de OV-diensten te bepalen.

Zoals in paragraaf 5.2 is beschreven, zijn er enkele mogelijkheden voor toegang tot reisproducten van vervoerders. Met een BKA-registratie kan het basis zakelijke product *reizen op saldo* standaard afgenomen worden via TLS. Daarnaast kunnen mobiliteitsdienstenaanbieders op individuele basis

onderhandelen over de toegangsvoorwaarden voor het afnemen van overige reisproducten en abonnementen. Deze toegang betreft voornamelijk zakelijke reisproducten zoals dalurenabonnementen en commissies. Op dit moment bieden sommige vervoerders vrijwillige toegang tot overige reisproducten.

Uit de gesprekken die de ACM met mobiliteitsdienstenaanbieders heeft gevoerd, komt naar voren dat deze aanbieders een aantal knelpunten ervaren bij de huidige toegang tot het OV-betaalsysteem van TLS en de reisproducten van vervoerders. Deze knelpunten worden hierna besproken.

Geen volledige toegang tot zakelijke reisproducten

Zoals in de vorige paragraaf is beschreven, is het voor mobiliteitsdienstenaanbieders slechts mogelijk om enkele zakelijke reisproducten af te nemen. Belangrijke zakelijke producten zoals de treintrajectabonnementen en de reisproducten NS Vrij en OV Vrij zijn niet toegankelijk voor mobiliteitsdienstenaanbieders. Volgens mobiliteitsdienstenaanbieders zijn deze producten alleen op de zakelijke NS-Business Card te laden. In de aanbesteding voor de mobiliteitskaarten van de Rijksoverheid worden om die reden twee contracten afgesloten, zowel met een mobiliteitsdienstenaanbieder als met de NS (voor de reisproducten NS Vrij en OV vrij).

De NS maakt het mobiliteitsdienstenaanbieders wel mogelijk om hun klanten ook een NS-Business Card te verstrekken voor die medewerkers voor wie een reisproduct van de NS voordeliger is. Dit is volgens mobiliteitsdienstenaanbieders echter een suboptimale optie, aangezien de reisproducten niet op één OV-chipkaart geladen kunnen worden maar de werkgever twee kaarten krijgt aangeboden. Als de werkgever voor de NS kiest, kunnen alle producten wel op één kaart – de NS-Business Card – geladen worden. Volgens de mobiliteitsdienstenaanbieders geeft dit de NS een groot concurrentievoordeel.

Geen volwaardig referentieaanbod voor vervullen rol productregisseur

De mobiliteitsdienstenaanbieders geven aan dat er meerdere factoren zijn waardoor er in de praktijk niet of nauwelijks gebruik wordt gemaakt van de rol als productregisseur. Via de rol *productregisseur* kan een mobiliteitsdienstenaanbieder zelf abonnementen en kortingsproducten maken op basis van het standaard zakelijke product *reizen op saldo* en de overige reisproducten waar de vervoerders vrijwillig toegang toe bieden. Volgens marktpartijen is het echter niet mogelijk om met het standaard product *reizen op saldo* abonnementen en kortingsproducten te ontwerpen en die rendabel te maken, omdat de reisproducten tegen vol (*retail*) tarief worden aangeboden.⁵⁹ Vervoerders die ook actief zijn op de *downstream* mobiliteitsmarkt hebben een kostenvoordeel, omdat zij aan zichzelf *wholesale* tarieven kunnen rekenen.

Mobiliteitsdienstenaanbieders geven aan dat het RAZ-contract van NS een verbetering is ten opzichte van de voorganger RosMob omdat het meer mogelijkheden biedt om eigen proposities te maken. De hoogte van de kortingspercentages op de voltarief prijzen en de commissies is echter ontoereikend om te kunnen spreken van een volwaardig referentieaanbod tegen groothandelsprijzen waarmee mobiliteitsdienstenaanbieders het aanbod van NS kunnen evenaren. Hierdoor is er volgens mobiliteitsdienstenaanbieders met de rol als productregisseur geen sprake van effectieve toegang tot de markt.

⁵⁹ Bij sommige vervoerders is dit minder van toepassing, omdat zij een commissie en/ of korting bieden op het volle (*retail*) tarief. Bijvoorbeeld de NS biedt een dergelijke korting.

Geen ondersteuning voor consumentendiensten

Op dit moment is het mogelijk om het reisproduct *reizen op saldo voor de zakelijke reiziger* af te nemen via TLS. Het aanbieden van mobiliteitsproducten gericht op de individuele reiziger of groepen reizigers zonder zakelijk motief (consument) wordt op dit moment alleen gefaciliteerd voor de voltarief *reizen op saldo* producten. Aangezien vervoerders diverse abonnementsvormen aanbieden met kortingen van 40% of voordelige jaartrajectkaarten, is het op basis van de voltarief producten voor mobiliteitsdienstenaanbieders niet mogelijk om het aanbod van vervoerders te evenaren. Voor de ontwikkeling van MaaS-diensten kan dit in de toekomst een knelpunt zijn.

Risico's onderlinge afstemming vervoerders

Daarnaast geven mobiliteitsdienstenaanbieders aan dat het onderbrengen van TLS bij de Coöperatie – waar alle vervoerders lid van zijn – ervoor heeft gezorgd dat het moeilijker is geworden voor mobiliteitsdienstenaanbieders om met individuele vervoerders te onderhandelen over toegang en kortingspercentages. Daarbij is er een potentieel risico dat als gevolg van de oprichting van de Coöperatie vervoerders hun gedrag (al dan niet stilzwijgend) eenvoudiger onderling kunnen afstemmen en hiermee de ontwikkeling van de mobiliteitsmarkt remmen.

Onzekere voorwaarden en tarieven

De individuele onderhandelingen met vervoerders over commissies en kortingspercentages worden volgens mobiliteitsdienstenaanbieders omgeven door onzekerheden. Zo kunnen vervoerders de kortingen, commissies en voorwaarden in sommige gevallen eenzijdig aanpassen gedurende de looptijd van een contract of aanbesteding. Daarbij wordt verwezen naar de gang van zaken rondom de aanbesteding van mobiliteitsdiensten door de Rijksoverheid waarbij sprake was van een wijziging van de contractvoorwaarden voor bedrijvenkaartaanbieders door NS.⁶⁰ Een dergelijke wijziging in de afspraken tussen vervoerders en de bedrijvenkaartaanbieders kan gevolgen hebben voor de bedrijfsvoering van deze bedrijvenkaartaanbieders. Dit heeft tot gevolg dat mobiliteitsdienstenaanbieders mogelijk grotere risicomarges moeten aanhouden, hetgeen hogere kosten met zich meebrengt. Mobiliteitsdienstenaanbieders geven aan dat de marges die zij nodig hebben om risico's af te dekken, ervoor zorgen dat zij het aanbod van sommige vervoerders niet kunnen evenaren.

Financiële buffers

Het product *Reizen op rekening*, dat door TLS wordt aangeboden, biedt de mogelijkheid aan reizigers om achteraf te betalen voor hun reizen. Daardoor is het niet langer nodig om saldo op de OV-chipkaart te laden. Op dit moment hebben mobiliteitsdienstenaanbieders geen (effectieve) toegang tot het product *reizen op rekening*.⁶¹ Het niet hebben van toegang tot het reisproduct *reizen op rekening* kan er volgens mobiliteitsdienstenaanbieders toe leiden dat zij financiële buffers moeten aanhouden om voldoende saldo te garanderen op hun uitstaande OV-chipkaarten. De kapitaalskosten op dat uitstaande saldo zorgen voor een kostennadeel ten opzichte van vervoerders, aldus de mobiliteitsdienstenaanbieders.

Kosten gemoeid met de rollen in OV-betaalsysteem

Mobiliteitsdienstenaanbieders betalen jaarlijks een vaste bijdrage voor hun BKA-registratie. Daarnaast betalen zij extra vaste jaarlijkse (licentie)kosten voor het afnemen van overige dienstverlening binnen het bestaande TLS *scheme*, zoals de mogelijkheid om als productregisseur op te treden. Mobiliteitsdienstenaanbieders geven aan deze kosten onevenredig hoog te vinden ten

⁶⁰ Zie antwoord door Staatssecretaris Mansveld op kamervragen over mobiliteitskaarten, TK 2014/2015, nr. 598.

⁶¹ Op dit moment zijn de onderhandelingen over de voorwaarden voor toegang tot reizen op rekening gaande.

opzichte van de (potentiële) opbrengsten.⁶² Volgens de mobiliteitsdienstenaanbieders belemmert dit de ontwikkeling van nieuwe mobiliteitsdiensten.

Kredieteisen en garantstellingen

In het verleden zijn er hoge kredieteisen en garantstellingen geëist van mobiliteitsdienstenaanbieders voor het verkrijgen van een BKA-registratie. Momenteel worden deze eisen niet meer gesteld. Mobiliteitsdienstenaanbieders geven echter aan dat zij een risico zien dat er in de toekomst opnieuw dergelijke eisen worden gesteld, met als mogelijk doel het opwerpen van een toegangsdrempel. Voorbeelden die genoemd worden waarbij dit risico speelt, zijn de introductie van nieuwe rollen in het OV-betaalsysteem, of wanneer er verruimde toegangsmogelijkheden ontstaan voor (MaaS-)partijen.

Informatievoordeel

De ACM heeft signalen ontvangen dat er een mogelijk gebrek aan transparantie bestaat ten aanzien van het *upstream* productaanbod, waardoor er voor mobiliteitsdienstenaanbieders een mogelijke informatieachterstand ontstaat. Voorbeelden die genoemd worden door mobiliteitsdienstenaanbieders zijn het niet (of niet tijdig) verstrekken van informatie over voorwaarden, productinnovaties en systeemveranderingen.

Daarnaast geven mobiliteitsdienstenaanbieders aan dat sommige vervoerders een concurrentievoordeel hebben op de downstreammarkt omdat zij door verticale integratie de beschikking hebben over *upstream* procesinformatie. Dit informatievoordeel gebruiken zij in sommige gevallen, aldus mobiliteitsdienstenaanbieders, om hun *business case* op de *downstream* markt te verstevigen ten koste van mobiliteitsdienstenaanbieders. Een voorbeeld is dat sommige vervoerders beschikken over informatie over de eindgebruikers (reizigers) van de mobiliteitsdienstenaanbieders. Met behulp van dergelijke informatie zouden sommige vervoerders mogelijke *win-back*-activiteiten kunnen ontplooiën, waardoor er een ongelijke concurrentiesituatie ontstaat tussen de betreffende vervoerders en mobiliteitsdienstenaanbieders.

Tussenconclusie

De ACM concludeert dat TLS en de vervoerders beschikken over de (theoretische) mogelijkheid om toegang te beperken. De knelpunten die in de praktijk door mobiliteitsdiensten ervaren worden, vormen een indicatie dat de toegangsmogelijkheden die momenteel aangeboden worden niet effectief zijn of in ieder geval verbeterd kunnen worden.

5.3.3 Prikkel TLS en vervoerders om toegang te beperken

De enkele omstandigheid dat marktpartijen de mogelijkheid hebben andere partijen van de markt uit te sluiten, is niet voldoende om economische regulering te rechtvaardigen. In deze paragraaf onderzoekt de ACM of TLS en vervoerders ook de prikkel hebben om de toegang tot het OV-betaalsysteem en de OV-diensten te beperken.

Er zijn meerdere motieven als gevolg waarvan een prikkel kan ontstaan om uitsluitingsgedrag te vertonen. De belangrijkste daarvan is de potentiële winstgevendheid van eventueel uitsluitingsgedrag. Ook andere (niet-economische) motieven kunnen een rol spelen, zoals de angst om een sterke marktpositie te verliezen, waardoor de vrijheid afneemt om prijs- en arbeidsvoorwaarden te bepalen. Ook de wens om de naam en reputatie van de onderneming te

⁶² Dit wordt nader beschreven in hoofdstuk 6, over het risico op te hoge tarieven.

beschermen kan een motief vormen. In deze paragraaf gaat de ACM in op de vraag of het uitsluiten van mobiliteitsdienstenaanbieders een winstgevende strategie kan vormen voor vervoerders.

Winstgevende strategie

Het afschermen van de *upstream* markt kan winstgevend zijn voor een onderneming die over een machtspositie beschikt, indien als gevolg daarvan (in potentie) hogere rendementen kunnen worden behaald op de *downstream* markt. Dit is doorgaans het geval als de verschillende diensten of producten op de retailmarkt sterk overeenkomstige karakteristieken vertonen, waardoor er sprake is van substitutie. Daarnaast is afscherming op het upstream niveau slechts winstgevend als de onderneming meer winst kan behalen door het product zelf aan te bieden op de downstreammarkt in plaats van een (hogere) wholesale prijs te vragen.

De winstgevendheid van uitsluiting is daarnaast niet evident als er sprake is van (enige mate van) complementariteit tussen de producten of diensten van de onderneming die *upstream* dominant is en de producten of diensten van andere ondernemingen die actief zijn op de *downstream* markt. Een complementair product op de retailmarkt zorgt doorgaans voor een grotere afzetmarkt, omdat het product een marktsegment bedient dat de dominante onderneming zelf niet kan of wil bedienen. Is dat het geval, dan ontstaat er niet per se een prikkel om de aanbieders van deze (concurrerende) diensten of producten van upstream toegang uit te sluiten. Uitsluiting zou in dat geval namelijk welvaartsverlies kunnen opleveren voor de dominante onderneming.

Substitutie of complementariteit bij mobiliteitsdiensten

De praktijk wijst uit dat de mobiliteitsdiensten die door sommige vervoerders worden aangeboden en de diensten die door (niet verticaal geïntegreerde) mobiliteitsdienstenaanbieders worden verricht, sterke overeenkomstige karakteristieken hebben. Beiden bieden grotendeels dezelfde functionaliteiten, gericht op veelal dezelfde zakelijke afnemersgroepen, en de diensten vallen binnen dezelfde *prijsrange*. Vooral de NS biedt een mobiliteitsdienst – de NS-Business Card – die sterke overeenkomsten vertoont met de diensten van mobiliteitsdienstenaanbieders. Ook andere vervoerders oriënteren zich op toetreding, of zijn gestart met het ontwikkelen van soortgelijke mobiliteitsdiensten.

Daarnaast zijn er bij de ACM meerdere aanbestedingen bekend waarbij zowel de mobiliteitsdienstenaanbieders als sommige vervoerders zich voor de gunning hebben ingeschreven. Dit wijst erop dat zij (grotendeels) dezelfde dienstverlening kunnen bieden, waardoor er overwegend sprake is van substitutie. Substitutie op de retailmarkt tussen de diensten van vervoerders en mobiliteitsdienstenaanbieders kan ervoor zorgen dat de (impliciete) prijs van de diensten naar het niveau van de kosten gedrukt worden waardoor er een prikkel ontstaat om toegang te beperken. In de praktijk lijkt hier sprake van. Er zijn verschillende aanbestedingen geweest waarbij de mobiliteitsdienstenaanbieders - bij gelijke dienstverlening - lager op prijs hebben ingeschreven dan enkele vervoerders.

Een kanttekening hierbij is dat er waarschijnlijk ook een zekere mate van complementariteit bestaat. Sommige vervoerders geven aan dat mobiliteitsdienstenaanbieders deels een complementair product aanbieden ten opzichte van vervoerders als gevolg van hun connecties met markten zoals de zakelijke dienstverlening, de leasebranche of de technische sector.

Het valt de ACM daarnaast op dat sommige vervoerders op aanpalende markten strategische posities innemen om zich te profileren op de mobiliteitsmarkt. Te denken valt aan het nemen van aandelen in mobiliteitsdienstenaanbieders, het aangaan van samenwerkingsovereenkomsten en

het doen van investeringen. Dit maakt het aannemelijk dat de mobiliteitsdiensten van vervoerders en van mobiliteitsdienstenaanbieders steeds directer met elkaar in concurrentie komen te staan op de downstream mobiliteitsmarkt.

De praktijk laat ook zien dat bijvoorbeeld de NS onlangs de kortingspercentages en commissies van de mobiliteitsdienstenaanbieders heeft verlaagd, met als mogelijke reden dat mobiliteitsdienstenaanbieders een markt bedienen die de NS (nu) zelf ook kan bereiken. Deze ontwikkelingen wijzen er op dat vervoerders en mobiliteitsdienstenaanbieders steeds meer in concurrentie met elkaar komen te staan op de mobiliteitsmarkt. Daarmee wordt ook de prikkel voor (bepaalde) vervoerders⁶³ groter om mobiliteitsdienstenaanbieders uit te sluiten door beperkte toegang te verlenen tot het OV-betaalsysteem en de OV-diensten van vervoerders.

Concessieafspraken

De gemaakte keuzes op het gebied van de marktordeningssystematiek en de inrichting van concessies hebben effect op de prikkel van vervoerders om uitsluitingsgedrag te vertonen. In vervoersconcessies worden voorwaarden gesteld aan de kwaliteit van de dienstverlening en de tarieven die daarvoor in rekening kunnen worden gebracht. Aan de hand van deze informatie ontwikkelen vervoerders bij de voorbereiding van een aanbesteding een *business case*. Vervoerders geven aan dat hun *business case* op dit moment geen rekening houdt met toegang tot hun hele productaanbod voor mobiliteitsdienstenaanbieders, waardoor toegang zou betekenen dat zij (onverwachts) marges mislopen. Gelet daarop vormt ook de huidige wijze van marktordening voor vervoerders een mogelijke prikkel om mobiliteitsdienstenaanbieders uit te sluiten.

Tussenconclusie

De ACM ziet verschillende aanwijzingen waaruit naar voren komt dat het uitsluiten van mobiliteitsdienstenaanbieders van *upstream* toegang in potentie winstgevend aan het worden is voor verticaal geïntegreerde vervoerders. Dit is het gevolg van de groeiende overlap qua karakteristieken van de mobiliteitskaarten van vervoerders (voornamelijk de NS-Business Card) en de diensten die door mobiliteitsdienstenaanbieders worden aangeboden. Dit vormt voor vervoerders die ook actief zijn op de markt voor mobiliteitsdiensten een prikkel om uitsluitingsgedrag te vertonen.

5.4 Conclusie

TLS biedt voor mobiliteitsdienstenaanbieders door middel van de BKA-registratie toegang tot het OV-betaalsysteem ten aanzien van de zakelijke markt. Het product *reizen op saldo* is beschikbaar voor zakelijke afnemers en wordt ook daadwerkelijk afgenomen door de mobiliteitsdienstenaanbieders. Ook bieden enkele vervoerders op vrijwillige basis verruimde toegang tot enkele andere zakelijke reisproducten.

Mobiliteitsdienstenaanbieders geven aan dat belangrijke (kortings- en traject)producten niet toegankelijk zijn, waardoor er een concurrentievoordeel ontstaat voor vervoerders. Deze producten zijn volgens mobiliteitsdienstenaanbieders essentieel voor een goede dienstverlening aan werkgevers. Door het gebrek aan toegang tot deze reisproducten – of een alternatief in de vorm van een volwaardig *wholesale* referentieaanbod – kunnen mobiliteitsdienstenaanbieders zich niet ontplooien en wordt de ontwikkeling van de mobiliteitsmarkt geremd.

⁶³ Het gaat hier met name over het deel van de vervoerders dat actief is op de downstreammarkt. De NS heeft hier veruit het grootste marktaandeel.

Bij de reisproducten waar wel toegang toe wordt verleend, ervaren mobiliteitsdienstenaanbieders knelpunten die samenhangen met de voorwaarden van toegang. Met de rol als productregisseur is het volgens mobiliteitsdienstenaanbieders niet mogelijk om zelf abonnementen en kortingsproducten rendabel op de markt te brengen, omdat de reisproducten veelal tegen vol (*retail*) tarief worden aangeboden.

De onzekerheden rondom de individuele onderhandelingen over commissies, kortingspercentages en toegang tot overige reisproducten zoals trajectabonnementen leiden tot hogere risico's voor mobiliteitsdienstenaanbieders.

Ten slotte bieden vervoerders slechts de mogelijkheid aan mobiliteitsdienstenaanbieders om voltarief producten aan particulieren aan te bieden. Hiermee is de consumentenmarkt voor een belangrijk deel afgeschermd.

De hiervoor genoemde knelpunten hebben tot gevolg dat er in de praktijk mogelijk geen sprake is van volledige (effectieve) toegang tot de OV-diensten van vervoerders. Hierdoor hebben mobiliteitsdienstenaanbieders een concurrentienadeel. Daarnaast concludeert de ACM dat de vervoerders de *mogelijkheid* en de *prikkel* hebben om toegang te beperken. Dit heeft een remmend effect op de ontwikkeling van de mobiliteitsmarkt, en kan nadelig zijn voor de ontwikkeling van een bredere markt van MaaS-diensten. Dit kan eventuele economische regulering rechtvaardigen. Dit wordt nader behandeld in dit advies in hoofdstuk 8 over de reguleringsopties.

6. Risico op te hoge tarieven (uitbuiting)

6.1 Inleiding

In dit hoofdstuk beoordeelt de ACM of er risico's zijn dat TLS te hoge tarieven in rekening kan brengen bij afnemers. Hiertoe beschrijft de ACM eerst welk beoordelingskader zij hanteert om te bepalen wat buitensporige tarieven zijn (6.2). Daarna schetst de ACM met welke diensten TLS haar omzet behaalt, en op welke wijze de tarieven van deze diensten tot stand komen (6.3). Vervolgens gaat de ACM in op de vraag of TLS over de mogelijkheid en prikkel beschikt om haar tarieven op de OV-betalmarkt op een buitensporig hoog niveau vast te stellen (6.4 en 6.5).

6.2 Beoordelingskader

De ACM heeft eerder in dit advies vastgesteld dat TLS over een machtspositie beschikt op de OV-betalmarkt. TLS zou daarom te hoge tarieven in rekening kunnen brengen aan haar afnemers (zie kader).

Economische literatuur

Uit de economische theorie volgt dat een partij met marktmacht de mogelijkheid heeft om zijn tarieven op een hoger niveau vast te stellen dan dat de tarieven zouden zijn op een competitieve markt. Dit leidt tot een welvaartsverlies. Ter illustratie. TLS vraagt op dit moment € 7,50 voor de OV-chipkaart. Stel – hypothetisch – dat de competitieve prijs € 5,- zou bedragen. Dat zou betekenen dat reizigers die voor de OV-chipkaart meer dan € 5,-, maar minder dan € 7,50 willen betalen, de OV-chipkaart niet meer zullen kopen en er dus ook geen 'gebruikersnut' uit halen.

Naast een welvaartsverlies, is er in deze hypothetische situatie ook een welvaartsverschuiving van de reiziger naar TLS. De boven-competitieve prijs leidt tot hogere opbrengsten (hoger 'nut') bij TLS, omdat reizigers die de OV-chipkaart kopen voor € 7,50 een hogere prijs betalen dan de competitieve prijs van € 5,-. Hier staat lager 'nut' voor deze reizigers tegenover.

De hogere opbrengsten als gevolg van te hoge tarieven kunnen tot uitdrukking komen in een boven-competitieve winst van TLS. Echter ook als er geen sprake is van een boven-competitieve winst, kan er sprake zijn van buitensporig hoge tarieven. Bijvoorbeeld als TLS inefficiënte kosten en/of investeringen kan terugverdienen die zij in een competitieve markt niet had kunnen terugverdienen (x-inefficiëntie).

In de praktijk van het algemene mededingingsrecht blijkt het lastig om te bepalen of sprake is van hoge, maar niettemin concurrerende prijzen, of dat er daarentegen sprake is van buitensporig hoge prijzen.⁶⁴ Dit komt met name doordat vastgesteld moet worden wat de relevante efficiënte kostenniveaus zijn en wat een redelijk rendement is. Voor dat laatste is het weer nodig om het risicoprofiel van de onderneming goed in te kunnen schatten.

⁶⁴ Ingevolge vaste jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie (hierna: HvJ) is sprake van een buitensporig hoge prijs (of excessieve prijs) indien deze "niet in een redelijke verhouding staat tot de economische waarde van de geleverde prestatie". Het HvJ heeft in haar arrest van 14 februari 1978, zaak C-27/76 (*United Brands*) overwogen dat het buitensporige karakter van de prijs onder meer objectief zou kunnen worden vastgesteld "door de verkoopprijs van het product te vergelijken met de kostprijs en aldus de hoogte van de winstmarge aan te tonen (...); dat het daarbij zou gaan om de vraag of een al te grote disproportie bestaat tussen de werkelijk gemaakte kosten en de werkelijk gevraagde prijs en zo ja, of er sprake is van het opleggen van een onbillijke prijs, zowel absoluut gezien als in vergelijking met de concurrerende producten."

Een andere mogelijkheid om vast te stellen of sprake is van buitensporig hoge prijzen, is het vergelijken van de prijs van de onderzochte onderneming met de prijs van vergelijkbare ondernemingen, bijvoorbeeld in het buitenland. Het probleem hierbij is vaak dat goede benchmarks ontbreken. Zo hebben Rover en de Consumentenbond in 2015 onderzoek gedaan naar de tarieven voor de OV-chipkaart in vergelijking met andere landen.⁶⁵ Een zuivere vergelijking met andere landen blijkt lastig, omdat het in geen enkel ander land mogelijk is in het hele land van één concessie-overstijgend betaalmiddel gebruik te maken.⁶⁶ De ACM zal in dit advies daarom ook niet verder ingaan op dit onderzoek.

Een volledig mededingingsrechtelijk onderzoek naar buitensporig hoge tarieven is in alle gevallen zeer ingewikkeld en tijdrovend. Het uitvoeren van een dergelijk onderzoek is echter niet noodzakelijk om tot het door de staatssecretaris gewenste advies te kunnen komen, aangezien er ook andere methoden bestaan om te bepalen of zich in een bepaalde sector tariefproblemen voordoen. Zo wordt in het kader van economische regulering van ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht in telecommarkten⁶⁷ als maatstaf gebruikt voor het opleggen van economische regulering dat er voor de onderneming met marktmacht een prikkel en een mogelijkheid bestaat om buitensporig hoge prijzen te hanteren en dat dit ten nadele is van eindgebruikers, zonder dat misbruik dient te worden aangetoond. Daarbij wordt gekeken of de verwachte voordelen van economische regulering (bijvoorbeeld lagere prijzen of sterkere investeringsprikkels) opwegen tegen de nadelen ervan (bijvoorbeeld de nalevings- en toezichtskosten).

Naar analogie van bijvoorbeeld het telecomkader heeft de ACM onderzocht of TLS door het ontbreken van daadwerkelijke concurrentie de prijzen op de OV-betalmarkt op een buitensporig niveau kan handhaven ten nadele van de eindgebruikers. De ACM definieert buitensporig hoog in dit advies als een tariefniveau waarbij de tarieven hoger zijn dan de efficiënte kosten, inclusief een redelijke rendement op het geïnvesteerd vermogen (hierna: te hoge tarieven).

ACM zal eerst schetsen met welke diensten TLS haar omzet behaalt en op welke wijze de tarieven van deze diensten tot stand komen. Vervolgens zal de ACM nader ingaan op de mogelijkheid en prikkel van TLS om haar tarieven op een te hoog niveau vast te stellen.

6.3 De diensten en tarieven van TLS

TLS behaalde in 2017 een omzet van circa € 83 miljoen.⁶⁸ Deze omzet is gerealiseerd door middel van de volgende soorten diensten:

- Consumentendiensten: de diensten die TLS in rekening brengt aan consumenten;
- Deelnemersdiensten: de diensten die TLS in rekening brengt aan alle deelnemers van het OV-chipkaartsysteem. Dit zijn zowel OV-bedrijven als andere deelnemers aan het OV-chipkaartsysteem, die bepaalde marktproposities aanbieden in het OV. Deze categorie omvat onder andere de mobiliteitsdienstenaanbieders;⁶⁹
- C&S-diensten: de diensten die TLS in rekening brengt voor de verrekening van transacties

⁶⁵ Rover en de Consumentenbond - Servicekosten OV-chipkaart in Europa 2015

⁶⁶ Zie ook TK 2016-2017, 23 645 nr. 646, antwoord op vraag 24.

⁶⁷ Artikel 6a.7, eerste lid, van de Telecommunicatiewet.

⁶⁸ Jaarverslag TLS 2017, blz. 39.

⁶⁹ Zie voor alle samenwerkingspartners van TLS: <https://www.translink.nl/nl-NL/Over-ons/Partners>. Zie voor een overzicht van alle type aanbieders van marktproposities in het OV bijvoorbeeld Ecorys – Effecten toetreding nieuwe mobiliteitskaartaanbieders op bestaande ov-concessie, 4 november 2015, bijlage 1.

aan de OV-bedrijven die verenigd zijn in de Coöperatie Openbaar Vervoerbedrijven.

De ACM zal in het hiernavolgende uiteenzetten welke activiteiten door TLS onder deze dienstencategorieën worden geschaard.

6.3.1 Consumentendiensten

TLS brengt haar consumentendiensten rechtstreeks in rekening bij de reiziger. Het gaat hierbij alleen om diensten die te maken hebben met persoonlijke OV-chipkaarten. TLS levert persoonlijke OV-chipkaarten aan reizigers, waarbij zij de adviesverkooprijs volgt die in 2002 door de vervoerders is vastgesteld. Deze adviesprijs (€ 7,50 incl. btw) is sinds 2002 ongewijzigd gebleven.⁷⁰

Naast de kosten voor aanschaf van de OV-chipkaart, brengt TLS kosten in rekening bij reizigers voor het aanvragen van een OV-chipkaart door middel van een formulier in plaats van via de website van TLS (€ 3,-). Ook berekent TLS kosten voor het vervangen van een OV-chipkaart bij verlies, diefstal, gewijzigde persoonlijke gegevens of een technisch defect. Deze prijs wordt bepaald door de verkoper, bijvoorbeeld een vervoerder, die de kaart aanbiedt.⁷¹ Tot 1 januari 2018 rekende TLS ook € 1,- voor het bij de balie terugvragen van saldo dat op een nog lopende OV-chipkaart was geladen. Deze toeslag is per die datum afgeschaft.⁷² Voor houders van verlopen kaarten was het terugvragen van saldo via de website voor die datum al gratis.

6.3.2 Deelnemersdiensten

TLS is verantwoordelijk voor het vaststellen en bewaken van alle afspraken tussen partijen in het betaalsysteem, en de ontwikkeling en het beheer van de architectuur (*scheme*). Door deze afspraken is het mogelijk dat de OV-chipkaart overal in Nederland en bij alle vervoerders op dezelfde manier kan worden gebruikt. Verder verzorgt TLS de klantenservices, het in stand houden van een internetsite met informatie,⁷³ het beheer van persoonlijke gebruikerspagina's met kaart- en reisgegevens (Mijn OV-chipkaart), het automatisch opladen van de kaart en het ophalen van bestelde OV-abonnementen en andere producten (*float*). Daarnaast levert TLS anonieme OV-chipkaarten aan OV-bedrijven en niet-OV-bedrijven (in hun rol van kaartdistributeur). Alle werkzaamheden, producten en diensten van TLS aan deelnemers zijn opgenomen in haar Service Portfolio.⁷⁴

TLS brengt voor de producten en diensten uit haar Service Portfolio tarieven in rekening bij de deelnemers naar gelang de desbetreffende diensten of producten door de deelnemers worden afgenomen. Dit geldt zowel voor de OV-bedrijven als voor de niet-OV-bedrijven. De door TLS in rekening gebrachte tarieven zijn volgens haar kostengeoriënteerd. Zij geeft aan geen winstogmerk te hebben.⁷⁵

⁷⁰ Dit is een adviesprijs. Soms bieden vervoerders de kaart tegen een lagere prijs aan.

⁷¹ Bron: <https://www.ov-chipkaart.nl/zo-werkt-reizen/tarieven.htm>

⁷² Zie brief van TLS aan de Staatssecretaris van I&M van 6 oktober 2017. Beschikbaar via:

<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/brieven/2017/10/17/restsaldo-ov-chipkaart>

⁷³ <https://www.ov-chipkaart.nl>

⁷⁴ Het service portfolio is inclusief de bijbehorende tarieven onderdeel van de Raamovereenkomst van TLS. Alle deelnemers aan het OV-chipkaartsysteem (dat zijn naast de OV-bedrijven ook aanbieders van zakelijke kaarten, exploitanten van kaartmachines, distributeurs, leveranciers van gecertificeerde hardware en dergelijke) hebben een raamovereenkomst afgesloten met TLS.

⁷⁵ Oprichtingsstatuten van de Coöperatie Openbaar Vervoerbedrijven U.A., 14 december 2015, artikel 2.4. Zie ook TK 2016 2017, 23 645, nr. 646, antwoord op vraag 9.

6.3.3 C&S-diensten

Het gebruik van de OV-chipkaart leidt onder andere tot reistransacties (op product of saldo), oplaadtransacties (van saldo) en restitutie-transacties (van saldo of producten). Na het verwerken van de transacties verdeelt TLS gelden die met de transacties gepaard gaan. Zo krijgen OV-bedrijven dagelijks betaald voor de reizen die de reizigers bij hen maken. TLS vraagt voor het verrichten van voornoemde transacties vergoedingen (tik-tarieven) aan OV-bedrijven. Dit zijn de tarieven voor C&S-diensten.

De tarieven die de OV-bedrijven betalen worden door TLS berekend als sluitpost in de kostprijs-plus systematiek. Dit betekent dat in dit tarief onder andere een opslag zit voor de dekking van de financieringslasten (lening Rabobank en achtergestelde lening voormalig aandeelhouders) en kosten die niet in andere tarieven belast kunnen worden.⁷⁶

In 2017 bedroeg de totale omzet van TLS uit C&S-diensten ongeveer € 53 miljoen.⁷⁷ Dat is circa 65% van de totale omzet.

6.3.4 De wijze waarop de tarieven tot stand komen

Uit de statuten van TLS⁷⁸ blijkt dat het uiteindelijk de aandeelhouders van TLS zijn die formeel de zeggenschap hebben over de tarieven en investeringen van TLS.⁷⁹ Daarnaast zijn er andere belanghebbenden die invloed uit kunnen oefenen, met name via de KRvA. Vanaf 1 januari 2017 staat het lidmaatschap van de KRvA open voor alle deelnemers in het OV-chipkaartsysteem. De KRvA heeft echter alleen een adviserende rol waardoor hier een beperkte mate van compenserende afnemersmacht van uit gaat op TLS.

6.3.5 Conclusie diensten en tarieven TLS

TLS levert zowel diensten aan vervoerders als aan niet-vervoerders. Daarnaast levert TLS OV-chipkaarten aan reizigers. Het grootste deel van de omzet van TLS komt uit de *clearing and settlement*-tarieven, die uitsluitend in rekening gebracht worden aan vervoerders. In deze tarieven zit volgens TLS ook een opslag voor de financieringslasten van de overname van TLS door de Coöperatie. De OV-bedrijven hebben als aandeelhouders van TLS formeel de zeggenschap over de tarieven en investeringen van TLS. Andere deelnemers, zoals mobiliteitsdienstenaanbieders, hebben alleen een adviserende rol binnen de KRvA.

6.4 De mogelijkheid om te hoge tarieven in rekening te brengen

Nu de ACM heeft vastgesteld welke diensten TLS aanbiedt en wie de zeggenschap heeft over de vaststelling van de tarieven, onderzoekt de ACM of TLS de mogelijkheid heeft om te hoge tarieven in rekening te brengen aan afnemers. Een aanwijzing hiervoor kan worden gevonden in het winstniveau van TLS. Daarbij kan met name worden onderzocht of TLS overwinsten behaalt, of in staat blijkt om inefficiënte (investerings-)kosten in rekening te brengen aan haar afnemers. ACM zal daar in het navolgende eerst op ingaan. De ACM zal vervolgens in 6.5 ingaan op de prikkel van

⁷⁶ TK 2016 2017, 23 645, nr. 646, antwoord op vraag 9.

⁷⁷ Jaarverslag TLS 2017, blz. 29.

⁷⁸ Zie de Statuten van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid: Trans Link Systems B.V., versie 2 juni 2015. Artikel:18:12. Onverminderd het elders in deze statuten bepaalde behoeft de Directie de –goedkeuring van de Algemene Vergadering voor bestuursbesluiten omtrent: a. het vaststellen van de tariefgrondslag en tariefmethodologie van de basisdienstverlening ten behoeve van het OV-betaalsysteem; b. het jaarlijks vaststellen en het wijzigen van de financiële meerjarenmodellen, waaronder tevens begrepen het vaststellen van een meerjaren investeringsraming.

⁷⁹ Bron: antwoorden TLS van 28 februari 2017 op vragen van de ACM, pagina 2-4.

TLS om te hoge tarieven in rekening te brengen.

6.4.1 Rendementen van TLS

Om te beoordelen of TLS over de mogelijkheid beschikt om te hoge tarieven in rekening te brengen aan afnemers, heeft de ACM aan TLS informatie gevraagd over de hoogte van rendementen vanaf 2002. Hieruit blijkt dat TLS in de jaren 2002-2010 forse aanloopverliezen heeft geleden. Vanaf 2011 behaalt TLS positieve resultaten. TLS heeft de positieve resultaten vanaf 2011 gebruikt om daarmee een deel van de investeringen van de voormalig aandeelhouders van TLS terug te betalen.⁸⁰ Het gemiddelde positieve rendement van TLS over de periode 2011-2017 bedroeg 25%.⁸¹

In 2015 is TLS door haar toenmalige aandeelhouders verkocht aan de Coöperatie. Ter financiering van de overname van TLS is de Coöperatie een lening bij de Rabobank aangegaan ter hoogte van € 52,4 miljoen, welke inclusief rente in 2020 moet zijn afbetaald. De jaarlijkse rente- en aflossingsverplichtingen bedragen € 10,8 miljoen. Daarnaast is er door de voormalig aandeelhouders aan TLS een achtergestelde lening van € 10 miljoen verstrekt, die in 2021 in één keer moet worden afbetaald (zonder rente).⁸² Door de deelnemende OV-bedrijven is besloten dat de rente- en aflossingsverplichtingen van de Coöperatie die voortvloeien uit de lening bij de Rabobank, uitsluitend worden betaald uit de dividenden die door TLS worden gegenereerd. Omdat in 2021 ook de achtergestelde lening nog moet worden afgelost, betekent dit dat de rendementen van TLS in ieder geval tot en met dat jaar hoog blijven.⁸³

De rendementen van TLS zouden na 2021 kunnen dalen, als er daarna geen dividend meer verschuldigd is om de aflossing en de rente van de leningen van de Rabobank en de voormalig aandeelhouders van te betalen. De exacte daling zal onder meer afhangen van de vraag hoeveel aanvullende financiering TLS nodig heeft voor nieuwe investeringen in haar platform, bedoeld om nieuwe ontwikkelingen te faciliteren (bijvoorbeeld het betalen via de mobiele telefoon en de bankpas).

De hoge rendementen van TLS waren volgens haar in de afgelopen jaren nodig om te voldoen aan de gemaakte aflossingsafspraken. Volgens TLS is destijds door de Coöperatie gekozen voor versnelde afschrijving, gelet op de onzekerheden over de toekomst van het OV-betaalsysteem en daarmee de terugverdientijd van de investeringen. De ACM erkent dat hoge rendementen in een concurrerende markt verklaard kunnen worden door een hoog risicoprofiel, bijvoorbeeld omdat er een groot risico is dat investeringen mislukken. De (verwachte) rendementen van TLS in de periode 2011-2021 zijn echter zo hoog dat dit wijst op een gebrek aan disciplinerende van TLS in haar prijsstelling, hetgeen erop duidt dat zij de mogelijkheid heeft om te hoge tarieven te vragen.

In de eerste plaats kan een bedrijf in een concurrerende markt haar aanloopverliezen uit het verleden niet terugverdienen door boven-competitieve rendementen in de toekomst. Dit zou markttoetreding uitlokken, waardoor de onderneming gedwongen zou worden om zijn tarieven te verlagen. In de tweede plaats is het – uitgaande van een duurzame samenwerking tussen de OV-

⁸⁰ TK 2016-2017, 23 645 nr. 646, antwoord op vraag 13. Zie voor meer informatie <https://www.translink.nl/nl-NL/Over-ons/Financiering>.

⁸¹ Berekeningen op basis van cijfers uit jaarverslagen TLS 2011-2017. EBIT als percentage van het totaal geïnvesteerde eigen- en vreemd vermogen. De ACM heeft de berekeningswijze van TLS van het vermogen niet beoordeeld.

⁸² Jaarverslag TLS 2017, blz. 51

⁸³ TK 2016-2017, 23 645 nr. 646, antwoord op vraag 21.

bedrijven binnen TLS en een situatie waarin het OV-chipkaartsysteem ook in de komende jaren het leidende betaalsysteem zal zijn in het openbaar vervoer – niet onaannemelijk dat TLS haar rendementen reeds voor 2021 zou kunnen laten dalen, door bestaande leningen open te breken (om bijvoorbeeld de looptijd te verlengen) of nieuwe financiering aan te trekken (herfinancieren).

6.4.2 Inefficiënte kosten

Omdat TLS over marktmacht beschikt, kunnen haar kosten niet zondermeer als efficiënt worden beschouwd. Zo heeft de ACM geconstateerd dat TLS hoge kosten in rekening brengt aan afnemers voor afschrijvingen op immateriële activa. Deze bedragen zijn grotendeels terug te voeren op goodwill die betaald is voor de overname van TLS door de Coöperatie. Goodwill is te beschouwen als de netto contante waarde van de in de toekomst door een overnemende partij te behalen overwinst, die voortvloeit uit het hebben van een bepaalde marktmacht. Deze kosten vloeien als zodanig niet voort uit de operationele processen voor het tot stand brengen van OV-betaaldiensten.

De ACM merkt op dat het in een concurrerende markt onaannemelijk is dat een bedrijf goodwill kan doorberekenen in de prijzen van afnemers, omdat dit bedrijf zich dan uit de markt zou prijzen ten opzichte van concurrenten die geen goodwill betaald hebben. Het kunnen doorberekenen van kosten die niet samenhangen met operationele processen wijst volgens de ACM op een mogelijk gebrek aan disciplinerende van TLS in haar prijsstelling.

Tussenconclusie mogelijkheid om te hoge tarieven in rekening te brengen.

De ACM heeft in de voorgaande paragrafen vastgesteld dat TLS in het verleden hoge rendementen heeft gerealiseerd en dat er aanwijzingen zijn dat TLS inefficiënte kosten, zoals afschrijvingskosten van goodwill, direct in rekening kan brengen aan haar afnemers. Dit wijst volgens de ACM op een mogelijk gebrek aan disciplinerende van TLS in haar prijszetting en de mogelijkheid om te hoge tarieven in rekening te brengen aan afnemers.

6.5 De prikkel om te hoge tarieven in rekening te brengen

De ACM zal nu ingaan op de vraag of TLS een prikkel heeft om in de toekomst te hoge tarieven in rekening te brengen aan afnemers. Eerst volgen een aantal algemene overwegingen. In de paragrafen daarna zal de ACM ingaan op de prikkel van TLS om i) te hoge consumententarieven, ii) te hoge deelnemerstarieven en/of iii) te hoge C&S-tarieven in rekening te brengen aan afnemers.

6.5.1 Algemene overwegingen

Uit de economische theorie volgt dat een onderneming met marktmacht doorgaans een prikkel heeft om boven-competitieve tarieven te rekenen, omdat zij daarmee haar winst kan vergroten. Daarnaast heeft een onderneming met marktmacht doorgaans minder prikkels om kostenefficiënt te opereren, omdat zij niet of in veel beperktere mate het risico loopt om marktaandeel te verliezen als zij deze kosten doorberekent aan haar afnemers.

De oorspronkelijke winstdoelstelling van TLS vóór de oprichting van de Coöperatie is gewijzigd in een doelstelling van TLS om te exploiteren op basis van kostengerichtheid en zonder winstoogmerk. De ACM is van mening dat dit *a priori* echter niet betekent dat er geen risico is op te hoge tarieven. Ten eerste sluit dit niet uit dat TLS inefficiënte (investerings-)kosten doorberekent aan afnemers. Ten tweede zou TLS strategisch voor bepaalde diensten aan (bepaalde) afnemers te hoge tarieven kunnen hanteren (kruissubsidiëring) en ten slotte heeft TLS ook na de oprichting van de Coöperatie rendementen van enkele tientallen procenten gerealiseerd. Dat dit een direct gevolg was van de gekozen financieringsconstructie door de gezamenlijke OV-bedrijven, doet aan dit risico

op te hoge tarieven in de toekomst niet af. Zo zouden de gezamenlijke OV-bedrijven in de toekomst vergelijkbare financieringsconstructies op kunnen zetten, bijvoorbeeld voor investeringen in nieuwe betaalsystemen in het OV.

6.5.2 Consumententarieven

De adviesprijs voor de OV-chipkaart (€ 7,50) is sinds de introductie van de OV-chipkaart niet verhoogd, zelfs niet gecorrigeerd voor inflatie.

Naast de kosten van de productie van de kaart zelf, worden uit de aanschafprijs van € 7,50 ook alle daarmee samenhangende vormen van dienstverlening voor een periode van vijf jaar bekostigd. Bijvoorbeeld de OV-chipkaart-website, automatisch opladen aanvragen, wijzigingen en beëindigen, kaart verloren en defect melden en saldo terugvragen.⁸⁴ Per verkochte OV-chipkaart is een vergoeding aan klanten en reizigers in rekening gebracht om gedurende de verwachte levensduur van de kaart (vijf jaar) service te verlenen. De vergoeding hiervoor bedroeg in 2017 € 3,37 per kaart.⁸⁵

In het NOVB wordt op verzoek van consumentenorganisaties al enige tijd gesproken over een mogelijke verlaging van de prijs van de OV-chipkaart, zodat de drempel om met het OV te reizen verlaagd wordt.⁸⁶ Verder is het balietarief per 1 januari 2018 afgeschaft, en kunnen consumenten openstaand saldo van verlopen OV-chipkaarten nu tot vijf jaar na het verlopen van de geldigheidsduur terugvorderen. Voorheen was deze periode één jaar. Verder heeft TLS met de staatssecretaris van I&W afgesproken dat saldi die ook na vijf jaar (nog steeds) niet zijn teruggevorderd, besteed zullen worden aan verbeteringen en innovaties voor het betalen binnen het OV. Hierover zal TLS zich in haar jaarverslag verantwoorden.⁸⁷

De ACM kan zonder diepgaand kostenonderzoek niet vaststellen of de prijs van de OV-chipkaart kostendekkend is. TLS zou dan eerst een kostentoekeningssysteem moeten ontwikkelen en de ACM zou dit systeem moeten beoordelen. De ACM acht het niet aannemelijk dat TLS een prikkel heeft om de prijs van de OV-chipkaart te verhogen. Een verhoging van de prijs voor de OV-chipkaart heeft immers tot gevolg dat de drempel voor toegang tot het openbaar vervoer hoger wordt. Dat is niet in het belang van TLS en van vervoerders. Daarnaast zou dit naar verwachting van de ACM tot veel maatschappelijke weerstand leiden, en niet op steun kunnen rekenen van consumenten- en overheidsorganisatie binnen het NOVB. De ACM merkt hierbij wel op dat deze steun niet formeel vereist is: de OV-bedrijven gaan over de vaststelling van de tarieven van de OV-chipkaart.

6.5.3 Deelnemerstarieven

Mobiliteitsdienstenaanbieders hebben in de KRvA geen formele zeggenschap over de tarieven van TLS. De KRvA wordt wel in de gelegenheid gesteld om te adviseren over de hoogte van de deelnemerstarieven. Door de Coöperatie/TLS is benadrukt dat de KRvA in het verleden telkens positief heeft geadviseerd over de tarievenlijst. Dit neemt niet weg dat de ACM wel een risico ziet dat TLS in de toekomst te hoge tarieven in rekening brengt aan mobiliteitsdienstenaanbieders. De vervoerders hebben als aandeelhouder mogelijk een belang om via TLS de toegang tot de markt

⁸⁴ TK 2016-2017, 23 645 nr. 646, antwoord op vraag 28, 29, 30 en 31. Zie ook <https://www.ov-chipkaart.nl/zo-werkt-reizen/tarieven.htm>

⁸⁵ Jaarverslag TLS 2017, blz. 51

⁸⁶ Werkagenda NOVB 2017, 2 februari 2017.

⁸⁷ Brief van TLS aan de staatssecretaris van I&W, 6 oktober 2017, TK 2017-2018, 23 645, nr. 650, pagina 1.

voor mobiliteitsdiensten te belemmeren. Dit risico zal zich met name ook voordoen indien vervoerders niet meer op vrijwillige, maar op gereguleerde basis toegang moeten verlenen tot hun OV-diensten (zie ook 8.4.3).

6.5.4 Clearing and Settlement-tarieven

De prikkel om te hoge tarieven te rekenen aan OV-bedrijven wordt beperkt door het feit dat de vervoerders als gevolg van de nieuwe coöperatiestructuur zowel afnemer als aandeelhouder zijn van TLS. Dat betekent dat hogere C&S-tarieven tot zowel hogere opbrengsten als hogere kosten leiden voor de OV-bedrijven.

In beginsel kunnen hogere opbrengsten van TLS niet rechtstreeks (via dividenduitkeringen) ten goede komen aan de leden van de Coöperatie, omdat TLS geen winstoogmerk heeft en geen winst kan uitkeren aan haar aandeelhouders. Het kan echter op voorhand ook niet worden uitgesloten dat hogere opbrengsten via vermogensopbouw binnen TLS uiteindelijk ten goede kunnen komen aan de aandeelhouders, bijvoorbeeld bij een toekomstige verkoop van TLS aan een derde partij.

De prikkel voor vervoerders om hogere tarieven te accepteren wordt groter naar mate vervoerders in staat zijn om een groter deel van deze kosten door te berekenen aan de reizigers. Dit wordt besproken in de volgende paragraaf.

6.5.5 Mogelijkheid om hogere kosten door te berekenen aan de reiziger

Voor het bepalen van mogelijkheid voor vervoerders om hogere inkoopkosten voor het OV-chipkaartsysteem door te geven aan reizigers is van belang wat er tussen overheden en vervoerders is afgesproken in concessievoorwaarden over hoe omgegaan wordt met hogere kosten. Op hoofdlijnen zijn er twee mogelijkheden:

- Binnen de concessie is afgesproken dat hogere kosten door de concessiehouder worden gedragen.
- Binnen de concessie is afgesproken dat de concessiehouder de hogere kosten niet draagt.

Als binnen de concessie is afgesproken dat de concessiehouder de kosten niet draagt, zal de concessieverlener deze kosten moeten dragen. Dit zal links- of rechtsom betaald worden door de reiziger.

Echter ook als de concessiehouder de hogere kosten wel draagt, maar deze hogere inkoopkosten buiten de door de vervoerder voorziene risicobuffers vallen, zullen vervoerders waarschijnlijk in de praktijk aankloppen bij de concessieverlener om bijvoorbeeld efficiëntie te realiseren in het aanbod (dienstverlening versoberen) of inkomsten te verhogen (de bijdrage concessieverlener aan aanbod stijgt, of het tarief van het treinkaartje stijgt). Of de concessiehouder de kostenstijging dan kan doorrekenen aan de reiziger door het treinkaartje duurder te maken hangt dan dus af van de uitkomst van een onderhandelingsproces.

De uitkomst van dit onderhandelingsproces is op voorhand lastig door de ACM in te schatten. Of concessieverleners over onderhandelingsmacht beschikken, zal in ieder geval afhangen van de concessieafspraken en de beschikbaarheid van eventuele alternatieven. De ACM merkt op dat de onderhandelingsmacht van de concessieverlener ten opzichte van de NS in ieder geval beperkt zal worden doordat er op dit moment geen reëel alternatief is voor de exploitatie van het hoofdrailnet.

Mochten hogere inkoopkosten voor vervoerders niet leiden tot hogere tarieven voor treinkaartjes binnen de huidige concessie, dan werken hogere inkoopkosten van vervoerders mogelijk wel door in de biedingen die in de toekomst worden gedaan voor de concessies. Als gezamenlijk aandeelhouder van TLS zijn de kosten van vervoerders voor het OV-chipkaartsysteem gelijk (hierop concurreren vervoerders niet). Daarmee hebben vervoerders de mogelijkheid om inefficiënte kosten af te wentelen op concessieverleners.

6.6 Conclusie

De ACM komt tot de conclusie dat TLS de mogelijkheid en prikkel heeft om te hoge tarieven in rekening te brengen bij (bepaalde) afnemers van TLS.

TLS heeft in het verleden rendementen van enkele tientallen procenten gerealiseerd en inefficiënte kosten, zoals afschrijvingen op goodwill in rekening gebracht aan haar afnemers. De ACM stelt vast dat de rendementen van TLS tot 2021 hoog zullen blijven. De ACM constateert dat TLS tot op heden nog geen stappen heeft gezet om haar rendementen vóór 2021 te verlagen.

Dat deze hoge rendementen een direct gevolg zijn van de door de gezamenlijke OV-bedrijven gekozen financieringsconstructie, neemt niet weg dat er een risico bestaat dat TLS in de toekomst een soortgelijke financieringsconstructie zal optuigen, die (wederom) tot hoge tarieven en rendementen zou kunnen leiden. De Coöperatie heeft namelijk nog een achtergestelde lening bij de voormalige aandeelhouders en TLS heeft kapitaal nodig om investeringen te kunnen financieren. Aangezien TLS geen winstoogmerk heeft, ziet de ACM met name een risico dat TLS afwijkt van gangbare bedrijfseconomische principes, door bijvoorbeeld leningen versneld af te lossen via een (hoge) opslag op de kostprijs van haar producten en diensten.

Daarnaast bestaat er een (beperkt) risico op kruissubsidiëring tussen de verschillende afnemersgroepen van TLS. Zo ziet de ACM een risico dat TLS in de toekomst te hoge tarieven in rekening brengt aan mobiliteitsdienstenaanbieders. Hierdoor zouden vervoerders via TLS effectief de toegang van mobiliteitsdienstenaanbieders tot de markt voor mobiliteitsdiensten kunnen belemmeren. Bovendien hebben mobiliteitsdienstenaanbieders zoals eerder geconstateerd in de KRvA alleen een adviesrecht en geen zeggenschap over de tarieven van TLS om voldoende tegenwicht te bieden.

De ACM kan zonder diepgaand kostenonderzoek niet beoordelen op de prijs van de OV-chipkaart kostendekkend is. De ACM verwacht niet dat TLS de prikkel heeft om de tarieven voor consumenten (met name de prijs van de OV-chipkaart) te verhogen. Dat is niet in het belang van TLS en van vervoerders, omdat daarmee de drempel voor toegang tot het OV hoger wordt. Daarnaast zou dit naar verwachting van de ACM tot veel maatschappelijke weerstand leiden, en niet op steun kunnen rekenen van consumenten- en overheidsorganisaties binnen het NOVB (hoewel deze steun formeel niet vereist is).

De prikkel om te hoge tarieven te rekenen aan vervoerders wordt volgens ACM beperkt door het feit dat de vervoerders zowel afnemer als aandeelhouder zijn van TLS. Dat betekent dat hogere tarieven aan OV-bedrijven zowel tot hogere opbrengsten als hogere kosten leiden voor de vervoerders. De verwachte consumentenschade van te hoge tarieven voor vervoerders is daarbij beperkt door de onzekerheid over de mogelijkheid om deze hogere kosten door te berekenen aan de reiziger. Mogelijk werken te hoge tarieven bij vervoerders wel door in de biedingen die worden gedaan voor de concessies.

7. Effectiviteit van bestaande wet- en regelgeving

7.1 Inleiding

In de vorige hoofdstukken heeft de ACM de potentiële mededingingsproblemen geïdentificeerd op het gebied van markttoegang voor mobiliteitsdienstenaanbieders en de tarieven van TLS. Uit die inventarisatie kwam naar voren dat er een risico bestaat op uitsluiting van mobiliteitsdienstenaanbieders door vervoerders. Ook heeft de ACM een (beperkt) risico op te hoge tarieven vastgesteld op het niveau van TLS. In dit hoofdstuk onderzoekt de ACM welke mogelijkheden reeds bestaande wet- en regelgeving biedt om de geïdentificeerde mededingingsproblemen te adresseren. Het voor deze beoordeling relevante kader wordt gevormd door de Mededingingswet (hierna ook: Mw).

De Mededingingswet geldt altijd en voor alle ondernemingen, en kan worden toegepast op een breed scala aan concurrentiebeperkende of -versturende gedragingen. In sommige sectoren, zoals energie, openbaar vervoer en telecom, is in aanvulling op de Mededingingswet sectorspecifieke (mededingings)regelgeving van toepassing. Dergelijke regelgeving kan noodzakelijk zijn omdat het generieke mededingingsrecht niet altijd volstaat om een markt goed te laten functioneren.

Op het gebied van OV-betalen en (de toegang tot) het reisproductenaanbod van vervoerders is momenteel geen sectorspecifieke regelgeving van toepassing.⁸⁸ De Wet personenvervoer 2000 voorziet wel in een wettelijke basis voor het instellen van toegangs- en tariefregulering ten aanzien van bepaalde activiteiten van TLS, maar de relevante bepalingen zijn tot dusver niet in werking gesteld en behoeven daarnaast nadere uitwerking door middel van een algemene maatregel van bestuur. De reguleringsmogelijkheden die door de Wp2000 worden geboden, zullen worden besproken in het hoofdstuk over reguleringsopties (paragraaf 8.2).

7.2 De Mededingingswet

Zoals hiervoor reeds is aangegeven, geldt de Mededingingswet voor alle ondernemingen die in Nederland actief zijn. De Mededingingswet stelt beperkingen aan het gedrag dat ondernemingen in relatie tot andere ondernemingen op de markt mogen vertonen. Op grond van de Mededingingswet zijn bepaalde vormen van onderlinge samenwerking tussen ondernemingen verboden (verbod op kartelvorming), evenals verscheidene vormen van unilateraal gedrag door ondernemingen die een bijzondere mate van marktmacht hebben (verbod op misbruik van een economische machtspositie).

Uit de analyse van de ACM blijkt dat de geïdentificeerde mededingingsproblemen meer unilateraal van aard zijn. Zij ontstaan niet als gevolg van samenwerking tussen ondernemingen, maar zijn het resultaat van de (inherente) marktmacht waarover TLS en de concessiehoudende vervoerders beschikken. In de context van het onderhavige advies is daardoor met name het verbod op misbruik van een economische machtspositie van belang, zoals is neergelegd in artikel 24 van de Mw.

⁸⁸ Daarbij dient echter de kanttekening te worden gemaakt dat er raakvlakken zijn tussen de OV-betalmarkt en de markt voor openbaar vervoersconcessies, waarvoor wel een bijzonder marktorderingsregime geldt op grond van de Wp2000.

7.3 Misbruik van een economische machtspositie

Om in te kunnen grijpen op grond van het verbod op misbruik van een economische machtspositie, is allereerst vereist dat een onderneming een machtspositie heeft. Uit de jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie volgt dat van een economische machtspositie sprake is indien een onderneming in staat is zich in een belangrijke mate onafhankelijk op de markt te gedragen. Een machtspositie sluit het bestaan van een zekere concurrentie op de markt niet uit, maar stelt het betrokken bedrijf in staat de voorwaarden waaronder die concurrentie zich zal ontwikkelen, te bepalen of op zijn minst aanmerkelijk te beïnvloeden.⁸⁹

De Europese Commissie heeft in een richtsnoer uiteengezet op welke wijze kan worden bepaald of aan deze voorwaarden is voldaan. Uit die richtsnoer volgt dat (in essentie) beoordeeld dient te worden of de onderneming in kwestie over een bepaalde periode over wezenlijke marktmacht beschikt.⁹⁰ Zoals blijkt uit hoofdstuk 4, zijn er verscheidene aanwijzingen dat TLS (in het algemeen) en de concessiehoudende vervoerders (in relatie tot mobiliteitsdienstenaanbieders) over wezenlijke marktmacht beschikken.

Naast het bestaan van een machtspositie, is voor de toepassing van artikel 24 van de Mw vereist dat de betreffende onderneming zich schuldig heeft gemaakt aan één of meer vormen van misbruik. De term 'misbruik' is een containerbegrip, waaronder een grote verscheidenheid aan de mededinging beperkende gedragingen kan worden geschaard. Het belemmeren van markttoegang en het hanteren van hoge prijzen zijn gedragingen die onder omstandigheden misbruik kunnen opleveren als bedoeld in artikel 24 van de Mw.

In paragraaf 6.2 van dit advies is reeds ingegaan op de mogelijkheden om op basis van het generieke mededingingsrecht op te treden tegen ondernemingen die buitensporig hoge (ook wel: excessieve) tarieven in rekening brengen bij hun afnemers. Het hanteren van excessieve tarieven kan misbruik van een economische machtspositie opleveren, maar deze vorm van misbruik is doorgaans lastig te bewijzen omdat het lastig is te bepalen of sprake is van hoge, maar niettemin concurrerende prijzen, of dat er daarentegen sprake is van buitensporig hoge prijzen. In het hiernavolgende wordt daarom alleen nader ingegaan op de mogelijkheden om de gesignaleerde toegangproblemen te adresseren op grond van artikel 24 van de Mw.

Het weigeren van toegang tot een product of dienst door een onderneming die over marktmacht beschikt, kan onder omstandigheden gekwalificeerd worden als misbruik van een economische machtspositie. Dit soort leveringsweigering kan zich met name voordoen in een situatie waarin een onderneming die op de *upstream* markt dominant is, verticaal is geïntegreerd en op de *downstream* markt concurreert met ondernemingen ten aanzien waarvan zij tevens als leverancier optreedt vanuit de *upstream* markt. Een dergelijke leveringsweigering zal doorgaans pas op bezwaren stuiten op grond van artikel 24 van de Mw indien het product of de dienst in kwestie als een "essential facility" (hierna: essentiële faciliteit) kan worden aangemerkt. Uit de jurisprudentie van het Europees Hof⁹¹ en de eerdergenoemde richtsnoeren van de Europese Commissie⁹² blijkt dat

⁸⁹ Arrest van het Hof van 13 februari 1979, zaak 85/76 (*Hoffman-La Roche*), r.o. 38-39.

⁹⁰ Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, PbEU, 2009, C 45, rn. 9 en verder.

⁹¹ Zie bijvoorbeeld het arrest van het Hof van 26 november 1998, zaak C-7/97 (*Oscar Bronner/Mediaprint*), r.o. 41.

⁹² Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, PbEU, 2009, C 45, rn. 75 e.v.

weigering van toegang tot een essentiële faciliteit aan de orde kan zijn indien de volgende criteria zijn vervuld:

- de dienst of het product is objectief noodzakelijk om te kunnen concurreren op de *downstream* markt;
- er is geen werkelijk of potentieel substituut voor de dienst of het product;
- de toegangsweigering leidt tot de uitschakeling of een substantiële reductie van concurrentie op de *downstream* markt, en
- er is geen objectieve rechtvaardiging voor de toegangsweigering.

Of hieraan wordt voldaan, kan alleen van geval tot geval worden beoordeeld. In het hiernavolgende wordt aan de hand van voornoemde criteria onderzocht of in het geval van i) het betaalsysteem van TLS en ii) de reisproducten van concessiehoudende vervoerders gesproken kan worden van een essentiële faciliteit.

i) Het betaalsysteem van TLS

Zoals is uiteengezet in hoofdstuk 5, verleent TLS toegang tot haar betaalsysteem aan mobiliteitsdienstenaanbieders voor het verlenen van diensten aan afnemers. De ACM heeft geen aanwijzingen dat deze toegang tot het OV-betaalsysteem feitelijk niet effectief is.

Mocht TLS haar beleid wijzigen en ertoe overgaan de toegang tot haar diensten te beperken, dan voldoet die weigering vermoedelijk aan de eerste twee criteria van de essentiële faciliteit-toets. Het is moeilijk voorstelbaar dat een mobiliteitsdienstenaanbieder zonder toegang tot de dienstverlening van TLS zou kunnen concurreren op de markt voor mobiliteitsdiensten. TLS beheert immers het enige landelijk dekkende betaalsysteem voor het openbaar vervoer in Nederland, er bestaan geen volwaardige alternatieven voor dat systeem, en het lijkt niet aannemelijk dat een dergelijk alternatief (buiten TLS en haar aandeelhouders om) op korte termijn zou kunnen worden geïntroduceerd.

Daarnaast zou het weigeren van toegang voor mobiliteitsaanbieders leiden tot een uitschakeling of substantiële reductie van de *downstream* concurrentie, omdat in dat geval alleen de vervoerders nog als BKA zouden kunnen opereren. Gelet op het hoge marktaandeel van de NS-Business Card, zou dit ertoe kunnen leiden dat de NS op de *downstream* markt een dominante positie verkrijgt. Ook aan het derde criterium zou derhalve naar alle waarschijnlijkheid worden voldaan.

Ten aanzien van het vierde en laatste criterium kan in algemene zin worden opgemerkt dat het aan de dominante onderneming is om te beargumenteren dat en waarom er sprake is van een objectieve rechtvaardiging voor het geobserveerde marktgedrag. Uit de jurisprudentie blijkt dat de lat hiervoor hoog ligt, en dat een beroep op deze uitzonderingsgrond doorgaans een beperkte slagingskans heeft.⁹³ Redenen voor toewijzing kunnen zijn gelegen in de omstandigheid dat de dominante onderneming met haar gedrag een gerechtvaardigd commercieel belang nastreeft. Dit kan in het geval van leveringsweigering bijvoorbeeld opgaan indien de afnemer achterloopt met betalingen. Een objectieve rechtvaardiging kan ook bestaan uit de bescherming van bepaalde publieke belangen, zoals de volksgezondheid. Het lijkt moeilijk voorstelbaar dat TLS zich met succes op één van deze rechtvaardigingsgronden zou kunnen beroepen om mobiliteitsdienstenaanbieders in algemene zin uit te sluiten van haar betaalsysteem.

Gelet op het voorgaande zou tegen een toegangsweigering voor mobiliteitsdienstenaanbieders tot

⁹³ A. Jones & B. Sufrin, *EU Competition Law*, Oxford University Press (2011), blz. 376 e.v.

de zakelijke OV-betaaldiensten van TLS vermoedelijk met succes kunnen worden opgetreden op grond van de essentiële faciliteit-doctrine. Het is echter de vraag of die doctrine ook zou kunnen worden gebruikt om toegang af te dwingen voor het aanbieden van mobiliteitsdiensten gericht op consumenten. Vooropgesteld moet worden dat een beroep op de essentiële faciliteit-doctrine alleen mogelijk is om toegang te verkrijgen (of behouden) tot een reeds bestaande markt. Hoewel een markt voor mobiliteitsdiensten voor consumenten op zijn minst in ontwikkeling lijkt te zijn (mede gelet op de voortgang op het gebied van MaaS)⁹⁴ is het nog te vroeg om een oordeel te kunnen vellen over de vermoedelijke kenmerken en reikwijdte van die (potentiële) markt. Zolang een dergelijke concrete markt nog niet (of onvoldoende) kan worden onderscheiden, is het lastig om een eenduidige conclusie te trekken over de mogelijkheden om een beroep te doen op de essentiële faciliteit-doctrine.

ii) De reisproducten van vervoerders

Voor een analyse van de toegangsmogelijkheden tot het aanbod aan reisproducten van concessiehoudende vervoerders dient eerst nader te worden gekeken naar de aard van deze producten. In paragraaf 5.2 is uiteengezet dat een reisproduct in wezen een (elektronisch) 'recht' is dat de reiziger in staat stelt om op een bepaalde tijd en plaats tegen een bepaalde prijs te kunnen reizen in het openbaar vervoer. Een reisproduct is, met andere woorden, een manier om toegang te krijgen tot één of meer van de door de concessiehoudende vervoerders geleverde OV-diensten.

Zoals is uiteengezet in de dominantieanalyse, zijn OV-diensten vanuit het perspectief van de mobiliteitsdienstenaanbieders een belangrijke *input*. Het *businessmodel* van mobiliteitsdienstenaanbieders is immers afhankelijk van het kunnen bundelen van verschillende vervoersdiensten. Het openbaar vervoer neemt binnen dit vervoersaanbod een prominente rol in. De aantrekkelijkheid van de door een mobiliteitsaanbieder geboden propositie hangt (onder andere) af van de omvang van het door hem geboden vervoersaanbod. Hoewel een mobiliteitsdienstenaanbieder mogelijk nog steeds succesvol kan opereren zonder toegang te hebben tot de OV-diensten van één of enkele regionale vervoerders, is het – gelet op de machtspositie van de NS op de spoormarkt – moeilijk voorstelbaar dat een mobiliteitsdienstenaanbieder op de markt actief kan blijven zonder toegang te hebben tot de OV-diensten van de NS.

Ten aanzien van de OV-diensten van de NS lijkt, gelet op het voorgaande, te worden voldaan aan de eerste twee criteria waaraan moet worden voldaan om van een essentiële faciliteit te kunnen spreken. In het geval van een theoretische leveringsweigering van de NS aan mobiliteitsdienstenaanbieders zou vermoedelijk ook aan het derde criterium worden voldaan, aangezien in dat geval alleen de NS met haar eigen businesscard nog mobiliteitsdiensten zou kunnen leveren. In het geval van een dergelijke leveringsweigering lijkt het ten slotte moeilijk voorstelbaar dat de NS zich zou kunnen beroepen op een rechtvaardigingsgrond, waardoor vermoedelijk sprake zou zijn van misbruik van een economische machtspositie.

De hiervoor geschetste situatie doet zich in de praktijk op dit moment echter niet voor. Mobiliteitsdienstenaanbieders krijgen (op basis van het RAZ-contract) toegang tot de OV-diensten van de NS. Zij krijgen alleen geen toegang tot andere reisproducten. Daarnaast zijn de mobiliteitsdienstenaanbieders ontevreden over de voorwaarden (met name op het gebied van tarieven) waaronder zij toegang krijgen tot de OV-diensten. Of dit gedrag ook onder het misbruikverbod zou kunnen worden gebracht, wordt hierna besproken.

⁹⁴ Zie paragraaf 3.4.2.

De reisproducten waartoe mobiliteitsdienstenaanbieders momenteel geen toegang krijgen, betreffen met name de door de NS aangeboden kortings- en vrij reizen-producten. Deze producten lijken vanuit mededingingsrechtelijk perspectief niet te kunnen worden beschouwd als een essentiële faciliteit. Zoals ook reeds door Ecorys is geobserveerd, is het voor mobiliteitsdienstenaanbieders immers mogelijk gebleken een marktpositie op te bouwen zonder toegang te hebben tot deze producten.⁹⁵ Daardoor kan moeilijk worden volgehouden dat dergelijke producten *noodzakelijk* zijn (in de zin van de essentiële faciliteit-doctrine) om te kunnen concurreren op de markt voor mobiliteitsdiensten.

Wat de voorwaarden betreft, geldt het volgende. Het verbod op misbruik van een economische machtspositie kan ook in de weg staan aan *indirecte* vormen van leveringsweigering. Het hanteren van onbillijke voorwaarden kan onder omstandigheden gelijk worden gesteld aan een leveringsweigering. Ook gelden er beperkingen op het gebied van de prijs die door een dominante onderneming mag worden gehanteerd bij het leveren van toegang tot een essentiële faciliteit. Zo mag een dergelijke onderneming niet aan marge-uitholling doen.

Blijkens de reeds aangehaalde richtsnoeren van de Europese Commissie is er sprake van marge-uitholling wanneer een dominante onderneming voor een product of dienst *upstream* een prijs berekent die, wanneer deze wordt afgezet tegen de prijs die zij *downstream* berekent, een even efficiënte concurrent niet in staat stelt om op duurzame basis winstgevend te opereren op de *downstream* markt. Dit wordt doorgaans onderzocht aan de hand van de kosten van het *downstream* bedrijfs onderdeel van de dominante onderneming.⁹⁶ Of het prijsbeleid van de NS kan worden aangemerkt als marge-uitholling, kan derhalve alleen worden beoordeeld aan de hand van een concrete vergelijking van de kostenniveaus van de NS en één of meer specifieke mobiliteitsdienstenaanbieders. Een dergelijke vergelijking laat zich niet maken binnen de grenzen van het onderhavige advies.

7.4 Effectiviteit van handhaving op grond van de Mededingingswet

Uit de voorgaande analyse blijkt dat artikel 24 van de Mw mogelijkheden biedt om een deel van de door de ACM geïdentificeerde mededingingsproblemen op de OV-betalmarkt te adresseren.

De vraag is echter of het misbruikverbod ook een voldoende effectieve waarborg vormt om het betreffende (ongewenste) marktgedrag daadwerkelijk te voorkomen. Hoewel de Mededingingswet verschillende instrumenten biedt om overtredingen van het verbod op misbruik van een economische machtspositie te adresseren,⁹⁷ kent dit instrumentarium ook bepaalde beperkingen. Uitgangspunt van het generieke mededingingstoezicht is immers dat de markt in principe naar behoren functioneert. Handhaving is mede om die reden alleen mogelijk indien sprake is van een

⁹⁵ Ecorys-rapport, blz. 29.

⁹⁶ Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, PbEU, 2009, C 45, nr. 80.

⁹⁷ De Mededingingswet voorziet in zowel *publiekrechtelijke* als *privaatrechtelijke* handhavingsmogelijkheden. Publiekrechtelijke handhaving valt onder de verantwoordelijkheid van de ACM. In voorkomend geval kan ook de Europese Commissie handhavend optreden op grond van het Europese mededingingsrecht. In geval van een overtreding kan de ACM een boete opleggen, of bepaald gedrag afdwingen met behulp van een last onder dwangsom. Ook kan een onderneming die voorwerp is van een onderzoek op basis van het misbruikverbod aan de ACM toezeggingen doen die de vermeende mededingingsbezwaren wegnemen. Private entiteiten, zoals ondernemingen die zich geconfronteerd zien met onrechtmatig gedrag van een concurrent, leverancier of afnemer, kunnen ook zelf een vordering indienen bij de civiele rechter om bijvoorbeeld een onderneming die in strijd met het misbruikverbod weigert een product of dienst te leveren, tot levering te dwingen. Daarnaast kunnen zij schadevergoeding vorderen.

daadwerkelijke overtreding van de wet in een concreet geval. Alhoewel van dergelijke interventies waarschijnlijk wel een bepaalde afschrikwekkende werking uitgaat naar andere ondernemingen, leidt de toepassing van de Mededingingswet niet tot algemeen verbindende gedragslijnen voor meerdere partijen.

Verscheidene partijen op de OV-betalmarkt beschikken als gevolg van hun bijzondere (markt)positie over een meer duurzame vorm van marktmacht. Bijgevolg zijn de in dit advies geïdentificeerde mededingingsproblemen ook van een meer structurele aard. De aard en de oorzaak van de (potentiële) mededingingsproblemen die op de OV-betalmarkt zijn geconstateerd, maken dat de door de Mededingingswet geboden handhavingsmogelijkheden mogelijk onvoldoende zijn om mededingingsbeperkend gedrag in de praktijk te voorkomen. Het is de vraag of het door de Mededingingswet geboden handhavinginstrumentarium, dat gericht is op *ex post*-interventie in concrete gevallen van meer incidentele aard, een afdoende waarborg vormt voor het voorkomen van mededingingsbeperkend gedrag in een markt waarvan de structuur dergelijk gedrag in de hand werkt. In een dergelijke situatie kan het verstandig zijn het generieke mededingingstoezicht aan te vullen met sectorspecifieke regulering, op basis waarvan bestaande prikkels voor mededingingsbeperkend gedrag door middel van *ex ante* maatregelen kunnen worden geadresseerd.

Om te bepalen of het generieke mededingingstoezicht dient te worden aangevuld met *ex ante* regulering, kan aansluiting worden gezocht bij het beoordelingskader dat door de Europese Commissie is uiteengezet in haar Aanbeveling betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische-communicatiesector. Volgens de Commissie kan *ex ante* regulering passend zijn indien voor het verhelpen van aanhoudend marktfalen de vaststelling van uitvoerige voorschriften is vereist, of wanneer veelvuldige en/of tijdige interventies onontbeerlijk zijn.⁹⁸

Gelet op de structurele aard van de in dit advies gesignaleerde (potentiële) mededingingsproblemen, lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat het adresseren daarvan vermoedelijk veelvuldige interventies door de ACM (of de civiele rechter) zal vergen. Vervoerders hebben immers een breed scala aan mogelijkheden (op het gebied van toegang, voorwaarden, tarieven en data) om mobiliteitsdienstenaanbieders uit te sluiten of anderszins te hinderen bij het uitoefenen van hun activiteiten. Gelet op de grote variatie aan uitsluitingsmogelijkheden, zal het adresseren daarvan naar verwachting enkel mogelijk zijn door het opleggen van voorschriften ten aanzien van een verscheidenheid aan onderwerpen. Het generieke *ex post*-mededingingstoezicht is daar echter niet op ingericht.

Daarnaast kan worden opgemerkt dat de OV-betalmarkt wordt gekenmerkt door netwerkeffecten en momenteel (als gevolg van technologische innovatie) in beweging is. Dit bergt het risico in zich dat zittende partijen door de markt dicht te houden een dusdanige voorsprong voor zichzelf kunnen creëren bij de invoering van nieuwe betaalmethoden dat (verlate) toetreding na *ex post*-interventie niet meer effectief zal kunnen zijn. Dit kan ertoe leiden dat bestaande machtsposities worden geprolongeerd, met als gevolg dat de geobserveerde mededingingsproblemen ook voor langere tijd blijven bestaan en het ontstaan van een gelijk speelveld tussen mobiliteitsdienstenaanbieders voor

⁹⁸ Aanbeveling van de Commissie van 9 oktober 2014 betreffende relevante producten- en dienstenmarkten in de elektronische-communicatiesector die aan regelgeving *ex ante* kunnen worden onderworpen overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten, 2014/710/EU, rn. 16.

de ontwikkeling van MaaS-diensten niet van de grond komt.

7.5 Conclusie

De toegang die momenteel aan mobiliteitsdienstenaanbieders wordt geboden tot het OV-betaalsysteem van TLS, wordt geborgd door het verbod op misbruik van een economische machtspositie, aangezien de betreffende diensten als essentiële faciliteiten kunnen worden aangemerkt. Ook de OV-diensten die worden verzorgd door vervoerders die over een economische machtspositie beschikken (met name de NS), kunnen voor mobiliteitsdienstenaanbieders als een essentiële faciliteit worden beschouwd. De essentiële faciliteit-doctrine lijkt echter niet te kunnen worden aangewend om toegang te krijgen tot *alle* door de vervoerders aangeboden reisproducten. Voor het kwalificeren van een dienst of product als essentiële faciliteit geldt een hoge lat. Omdat mobiliteitsdienstenaanbieders ook zonder toegang te hebben tot alle reisproducten een marktpositie op hebben kunnen bouwen, kunnen die producten vermoedelijk niet als essentiële faciliteit worden aangemerkt. Dat zij mogelijk niet op gelijke voet kunnen concurreren met vervoerders, doet daaraan niet af. Voorts is het de vraag of de essentiële faciliteit-doctrine kan worden gebruikt om toegang tot het OV-betaalsysteem van TLS af te dwingen ten behoeve van het aanbieden van consumentenmobiliteitsdiensten.

Vanwege de structurele aard van de in dit advies gesignaleerde (potentiële) mededingingsproblemen, en de verwachting dat het generieke mededingingstoezicht alleen onvoldoende mogelijkheden biedt om deze mededingingsproblemen te adresseren, zou de invoering van *ex ante*-regulering overwogen kunnen worden op de betreffende markten.

8. Advies wenselijkheid economische regulering

8.1 Inleiding

De staatssecretaris heeft de ACM verzocht om een advies of de (potentiële) toegangsproblemen met betrekking tot het betaalsysteem van TLS en reisproducten van vervoerders, zoals uiteengezet in hoofdstuk 5 van dit advies, economische regulering rechtvaardigen. Daarnaast wenst de staatssecretaris te vernemen of het risico dat TLS te hoge tarieven rekent aan haar afnemers, zoals uiteengezet in hoofdstuk 6 van dit advies, economische regulering vereist of dat partijen zelf in staat zouden zijn om deze risico's weg te nemen (zelfregulering).

De ACM zal in dit hoofdstuk eerst ingaan op de mogelijkheden die de Wet personenvervoer 2000 biedt voor de regulering van de OV-betaalmarkt (8.2). Daarna zet de ACM haar beoordelingskader uiteen (8.3). Vervolgens bespreekt de ACM de wenselijkheid van economische regulering en de mogelijke reguleringsopties. Daarbij wordt eerst ingegaan op de risico's die samenhangen met uitsluiting van mobiliteitsdienstenaanbieders (8.4) en daarna op de risico's die samenhangen met te hoge tarieven van TLS (8.5).

8.2 Mogelijkheden voor regulering van OV-betaaldiensten onder de Wp2000

De Wet personenvervoer 2000 biedt een grondslag om bij of krachtens algemene maatregel van bestuur (AMvB) regels te stellen voor de regulering van *“het systeem van vervoersbewijzen, betaalwijzen en betaaldienstverlening in het openbaar vervoer”*.⁹⁹ De betreffende bepalingen zijn vooralsnog niet in werking gesteld.

Voor de in dit advies gesignaleerde potentiële (toegangs- en tarief)problemen is in het bijzonder artikel 30a (nieuw) van de Wp2000 relevant.¹⁰⁰ In de hiernavolgende paragrafen wordt ingegaan op de door deze bepaling geboden reguleringmogelijkheden, en wordt besproken voor welke van de in dit advies gesignaleerde (typen) mededingingsproblemen zij een basis voor regulering kan vormen.

8.2.1 Artikel 30a van de Wp2000

Het nieuwe artikel 30a luidt als volgt:

1. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen in het belang van een goed functionerende markt voor betaaldienstverlening in het openbaar vervoer regels worden gesteld met betrekking tot in elk geval:

- a. de instellingen die elektronische vervoersbewijzen uitgeven, beheren of exploiteren;*
- b. toegang van concessiehouders en aanbieders van elektronische vervoersbewijzen of andere betaalwijzen tot de markt voor betaaldienstverlening in het openbaar vervoer*

⁹⁹ Wet van 23 september 2015 tot wijziging van de Wet personenvervoer 2000 in verband met de invoering van delegatiebepalingen voor de regulering van het systeem van vervoersbewijzen, betaalwijzen en betaaldienstverlening in het openbaar vervoer, Stb. 2015, 346.

¹⁰⁰ De artikelen 30, 30b, 30c en 30d (nieuw) van de Wp2000 bieden geen grondslag voor de regulering van reisproducten of van het dienstenaanbod van TLS. Artikel 30 is gericht op het waarborgen van bepaalde concessie-overstijgende reizigersbelangen, en biedt geen grondslag voor economische regulering. Artikel 30b creëert een mogelijkheid om vervoerders te verplichten een landelijk dekkend systeem van betaaldienstverlening in het openbaar vervoer in stand te houden. Artikel 30d ziet op samenwerking tussen concessieverleners, concessiehouders, en instellingen die elektronische vervoersbewijzen uitgeven, beheren of exploiteren.

alsmede tot de diensten van de in onderdeel a bedoelde instellingen;
c. op een kostengeoriënteerde basis vast te stellen vergoeding voor de door de in onderdeel a bedoelde instellingen te verlenen diensten;
d. maatstaven en procedures voor de verdeling van opbrengsten uit het gebruik van elektronische vervoerbewijzen.

2. Indien uitvoering wordt gegeven aan het eerste lid, onderdelen c of d, wordt bepaald dat:
 - a. de berekeningswijzen van de vergoeding en de maatstaven en procedures, bedoeld in het eerste lid, onderscheidenlijk onderdelen c en d, de goedkeuring behoeven van de Autoriteit Consument en Markt;
 - b. op de voorbereiding van besluiten met betrekking tot de goedkeuring van maatstaven en procedures voor de verdeling van opbrengsten als bedoeld in het eerste lid, onderdeel d, is afdeling 3.4 van de Algemene wet bestuursrecht van toepassing.
3. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld met betrekking tot de toelating van betaalwijzen tot de markt voor betaaldienstverlening in het openbaar vervoer alsmede met betrekking tot de acceptatie van betaalwijzen door concessiehouders.

Zoals blijkt uit het eerste lid van artikel 30a van de Wp2000, biedt deze bepaling een juridische basis voor de regulering van (onder andere) de toegang tot en de tarieven gehanteerd door instellingen zoals TLS, die elektronische vervoerbewijzen uitgeven, beheren of exploiteren. Uit de aanhef van het eerste lid van artikel 30a van de Wp2000 blijkt dat de ruimte voor het invoeren van markttoezicht op grond van deze bepaling begrensd is. Het artikel creëert immers (alleen) mogelijkheden om regels te stellen “*in het belang van een goed functionerende markt voor betaaldienstverlening*”. Dit duidt erop dat de Wet personenvervoer 2000 slechts ruimte biedt voor het reguleren van de (kern)activiteiten van TLS. Het aanbod aan reisproducten van vervoerders kan niet onder het begrip ‘betaaldienstverlening’ worden geschaard.

Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat de mogelijkheid om toegangsregulering in te stellen (eerste lid onder b) onder andere bedoeld is om de toegang tot TLS te regelen voor mobiliteitsdienstenaanbieders.¹⁰¹ Die toegang heeft blijkens de tekst van de bepaling zowel betrekking op markttoegang voor OV-betaaldienstverlening, als op toegang tot het dienstenaanbod van TLS. Deze brede formulering biedt voldoende ruimte om de door de ACM geïdentificeerde potentiële toegangsproblemen op het niveau van TLS (bijvoorbeeld in relatie tot toegang voor het aanbieden van mobiliteitsdiensten voor consumenten) via een AMvB te kunnen adresseren.

Uit het eerste lid onder c van artikel 30a blijkt dat deze bepaling ook mogelijkheden biedt om via een AMvB regels te stellen met betrekking tot de tarieven van TLS. In de Memorie van Toelichting bij deze bepaling wordt uitdrukkelijk aangegeven dat het eerste lid onder c niet ziet op de tarieven en voorwaarden van de OV-diensten zelf. Het doel van de op grond van dit onderdeel op te stellen regels is het bevorderen van kostenefficiëntie van betaaldiensten en het waarborgen van non-discriminatie voor gebruikers van betaaldiensten van instellingen die elektronische vervoerbewijzen uitgeven, exploiteren of beheren, zoals nu TLS.¹⁰² Hieruit blijkt dat de in hoofdstuk 6 geïdentificeerde problematiek ten aanzien van (te) hoge tarieven van TLS eveneens via een AMvB op grond van artikel 30a van de Wp2000 zou kunnen worden geadresseerd.

Tussenconclusie ten aanzien van regulering op grond van de Wp2000

De huidige Wp2000 bevat geen marktordeningsregels op het gebied van OV-betalen. Wel biedt zij

¹⁰¹ TK 2014-2015, 34 042, nr. 3, blz. 22.

¹⁰² TK 2014-2015, 34 042, nr. 3, blz. 22.

een wettelijke basis voor het instellen van toegangs- en tariefregulering van het dienstenaanbod van TLS, door middel van een nog op te stellen AMvB. Gelet op de brede formulering van de betreffende bepalingen in de Wp2000, zouden de door de ACM geïdentificeerde mededingingsproblemen op het niveau van TLS door middel van een dergelijke AMvB effectief kunnen worden geadresseerd. De Wp2000 biedt echter geen mogelijkheden voor regulering van (de toegang tot) het aanbod aan reisproducten van de OV-bedrijven.

8.3 Beoordelingskader economische regulering

Eventuele regulering dient tot gevolg te hebben dat de geconstateerde mededingingsrisico's worden weggenomen, waardoor een betere marktuitskomst ontstaat vergeleken met de situatie waarin niet zou worden ingegrepen en uitsluitend het algemene mededingingstoezicht van toepassing zou zijn. Daarnaast dient regulering proportioneel te zijn. Dat wil zeggen dat de minst belastende verplichting wordt gekozen waarmee de doelstellingen van de wetgever kunnen worden bereiken.

De ACM zal in de paragrafen 8.4 en 8.5 de wenselijkheid van regulering en de mogelijke reguleringsopties bespreken aan de hand van een antwoord op de volgende vragen:

- *Effectiviteit*: In hoeverre is het reguleringsinstrument geschikt om het geconstateerde mededingingsprobleem weg te nemen?
- *Veronderstelde voor- en nadelen*: Wat zijn in het licht van de doelstellingen van de wetgever de (potentiële) voor- en nadelen van de reguleringsmaatregel op de korte en lange termijn, in termen van marktuitskomsten ten opzichte van de situatie waarin niet ingegrepen wordt (en alleen algemeen mededingingstoezicht geldt)?
- *Implementatie-, nalevings- en toezichtkosten*: Wat zijn de veronderstelde kosten van de reguleringsmaatregel ten opzichte van de situatie waarin niet ingegrepen wordt?

8.4 Mogelijke reguleringsopties toegangsproblemen (uitsluiting)

8.4.1 Inleiding

De ACM bespreekt in dit onderdeel of economische regulering wenselijk is om de in hoofdstuk 5 geïdentificeerde risico's op uitsluiting van mobiliteitsdienstenaanbieders door TLS en/of de vervoerders te adresseren, en zo ja welk type regulering passend kan zijn.

De ACM gaat in paragraaf 8.4.2 eerst kort in op het advies van Ecorys uit 2015. In de paragrafen 8.4.3 en 8.4.4 bespreekt de ACM vervolgens aan de hand van het hiervoor geschetste beoordelingskader de wenselijkheid van economische regulering en de voor- en nadelen van verschillende typen toegangsregulering. De ACM sluit af met een afweging en het advies aan de staatssecretaris (8.4.5).

8.4.2 Advies van Ecorys

In 2015 heeft Ecorys geconcludeerd dat er vanuit mededingingsperspectief geen reden was voor overheidsinterventie, omdat mobiliteitsdienstenaanbieders zonder concessie door zich als BKA te registreren bij TLS toegang hebben tot reizen op saldo (en enkele andere OV-diensten). Zij bleken volgens Ecorys op basis daarvan in staat te zijn een marktpositie op te bouwen.¹⁰³

¹⁰³ Ecorys-rapport, blz. 9.

Ecorys kwam wel tot de conclusie dat zich potentiële mededingingsproblemen voordoen op de markt voor mobiliteitsdiensten, die hun oorsprong vinden in het feit dat mobiliteitsdienstenaanbieders zonder vervoersconcessie overeenkomsten moeten afsluiten met vervoerders die zelf ook als serviceprovider actief zijn en die daarnaast een beslissende stem hebben in TLS.

Ecorys bespreekt in haar rapport twee beleidsopties die deze door haar gesignaleerde potentiële mededingingsproblemen zouden kunnen adresseren. In beide opties¹⁰⁴ wordt een verplichting opgelegd aan vervoerders tot het verlenen van toegang tot OV-diensten aan alle mobiliteitsdienstenaanbieders.

De beoordeling van de wenselijkheid van een toegangsverplichting hangt volgens Ecorys af van de weging van de mogelijke voordelen die deze met zich meebrengen (impact op de reiziger; effect op marktordening in het OV) in relatie tot de (beleids)kosten (inbreuk op het concessiestelsel; transitiekosten).

Ecorys signaleert voor beide beleidsvarianten potentiële voordelen voor reizigers en de marktordening, maar geeft aan dat er een impact kan zijn op het bestaande concessiestelsel en dat er transitiekosten zijn. Belangrijkste reden voor een impact op het concessiestelsel is dat concessiehouders het alleenrecht hebben op het exploiteren van de concessie. Het geven van toegang tot alle OV-diensten kan er volgens Ecorys toe leiden dat OV-bedrijven minder inkomsten met de concessie kunnen genereren dan verwacht bij de aanvang van de concessie. Ecorys merkt daarom op dat de voordelen van toegang tot alle OV-diensten op termijn alleen zullen worden gerealiseerd indien vooral nieuwe reizigers en extra gebruik van openbaar vervoer wordt bewerkstelligd zonder dat de kosten van vervoerders voor die dienstverlening stijgen. Is dat niet het geval, dan moeten de opdrachtgever en opdrachtnemer in een concessie keuzes maken hoe die minderopbrengsten gefinancierd moeten worden.¹⁰⁵

Ecorys heeft uiteindelijk vanwege de onzekere omvang van de effecten geen stelling ingenomen of economische regulering per saldo vanuit maatschappelijk perspectief positief is.

De ACM heeft in dit advies een aantal mogelijke knelpunten gesignaleerd die economische regulering zouden kunnen rechtvaardigen. Daarnaast heeft de ACM in dit advies een aantal ontwikkelingen gesignaleerd die met zich kunnen brengen dat de verwachte baten van regulering van (de toegang tot) het aanbod van OV-diensten van vervoerders voor de marktordening en de reiziger (in de toekomst) groter zullen worden. De ACM zal dit hieronder nader toelichten.

8.4.3 Wenselijkheid van economische regulering

De ACM stelt vast dat mobiliteitsdienstenaanbieders op dit moment toegang hebben tot het OV-chipkaartsysteem van TLS en daarbij geen grote belemmeringen ondervinden.

Uit het onderzoek van de ACM komen wel knelpunten naar voren bij de toegang tot OV-diensten van (bepaalde) vervoerders. Er wordt op dit moment toegang verleend tot een beperkt aantal OV-

¹⁰⁴ De eerste optie betreft het opleggen van een plicht tot het verlenen van toegang tot reisproducten aan alle mobiliteitsdienstenaanbieders (tegen winkelprijzen), de tweede optie is het introduceren van een groothandelsmarkt voor alle (of een deel van de) reisproducten waarbij de groothandelsprijs lager ligt dan de winkelprijs voor individuele consumenten.

¹⁰⁵ Ecorys-rapport, blz. 35-42.

diensten van vervoerders. Bij de producten waar wel toegang toe wordt verleend, ervaren mobiliteitsdienstenaanbieders problemen die samenhang met de voorwaarden van toegang. Zo bieden (bepaalde) vervoerders geen toegang tot kortingsproducten aan en kunnen (enkele) vervoerders de overeenkomsten met mobiliteitsdienstenaanbieders eenzijdig aanpassen. Deze onzekerheden rondom de individuele onderhandelingen over commissies en kortingspercentages met vervoerders leiden tot hogere risico's voor mobiliteitsdienstenaanbieders. Dit kan bestaande mobiliteitsdienstenaanbieders beperken in hun mogelijkheden om effectief te concurreren met (bepaalde) vervoerders en kan hogere toetredingsdrempels opwerpen voor nieuwe spelers. Gereguleerde toegang tot OV-diensten van vervoerders zou mogelijk (een deel van) deze problemen van mobiliteitsdienstenaanbieders weg kunnen nemen.

De ACM verwacht voorts dat met de opkomst van MaaS naast het zakelijk segment ook het consumentensegment interessanter gaat worden voor nieuwe spelers. Door de opkomst van MaaS neemt de verwachte totale toegevoegde waarde die mobiliteitsdienstenaanbieders kunnen bieden in hun rol als intermediair toe. Waar mobiliteitsdienstenaanbieders zich via de rol van BKA tot op heden vooral richtten op het ontzorgen van grote zakelijke afnemers, bieden MaaS-aanbieders een platform voor plannen, boeken en betalen aan voor zowel zakelijke reizigers als consumenten. Hierdoor kan de consument profiteren van op maat gemaakte mobiliteitsdiensten, die passen bij zijn of haar specifieke reispatroon. De markt bevindt zich nog in een ontwikkelfase. Dit maakt het voor de ACM lastig om een goede inschatting te maken van de verwachte baten van MaaS. Als MaaS reizigers echter in staat stelt een betere afweging te maken van alle beschikbare opties voor mobiliteit, dan zijn de potentiële maatschappelijke baten hiervan groot. Effectieve toegang tot OV-diensten van vervoerders is – naast toegang tot het OV-chipkaartsysteem – een belangrijke randvoorwaarde voor mobiliteitsdienstenaanbieders voor het aanbieden en verder landelijk uitrollen van deze MaaS-achtige diensten.

De markt voor mobiliteitsdiensten is op dit moment nog een nieuwe, opkomende markt. Innovatie speelt een belangrijke rol bij de ontwikkeling daarvan. Dat maakt het op dit moment lastig om te beoordelen of deze markt zich in afwezigheid van eventuele economische regulering zal ontwikkelen naar daadwerkelijke concurrentie, of dat mogelijke toetredingsdrempels zullen blijven bestaan (of ontstaan). Indien regulering zou worden overwogen, is het eveneens lastig te beoordelen hoe de voorwaarden voor effectieve markttoegang er uit zouden moeten zien. Zoals ook Ecorys aangaf, kunnen (bepaalde) vervoerders een prikkel hebben om vrijwillig toegang te bieden indien vooral nieuwe reizigers en extra gebruik van openbaar vervoer wordt bewerkstelligd zonder dat de kosten van vervoerders voor die dienstverlening stijgen. Dit kan er voor pleiten om (nog) terughoudend te zijn met ingrijpen.

De ACM constateert echter ook dat (bepaalde) vervoerders zelf bezig zijn om een grotere marktpositie op te bouwen op de markt voor mobiliteitsdiensten (zelfstandig, door aandelen te nemen in mobiliteitsdienstenaanbieders of door samenwerkingsovereenkomsten aan te gaan met mobiliteitsdienstenaanbieders). Hierdoor ontstaat er een mogelijk grotere prikkel voor (bepaalde) vervoerders om mobiliteitsdienstenaanbieders (vroegtijdig) uit te sluiten, waardoor er geen gelijk speelveld zal ontstaan. Dit kan uiteindelijk ten koste gaan van de innovatie op de mobiliteitsmarkt en er toe leiden dat de potentie van MaaS niet optimaal benut wordt.

Deze risico's op markt afscherming kunnen volgens de ACM alleen weggenomen worden als er zowel afdwingbare toegang tot TLS is als afdwingbare toegang tot de OV-diensten van vervoerders is. Indien door middel van een algemene maatregel van bestuur alleen regulering wordt opgesteld voor het dienstenaanbod van TLS, dan is er nog steeds een reëel risico dat

mobiliteitsdienstenaanbieders (effectief) kunnen worden uitgesloten van de mobiliteitsmarkt doordat de toegang tot OV-diensten wordt geweigerd door (bepaalde) vervoerders. Andersom geldt hetzelfde. Toegang tot OV-diensten is volgens de ACM alleen effectief als geborgd is dat TLS mobiliteitsdienstenaanbieders (effectief) toegang geeft tot het OV-betaalsysteem. Immers, indien vervoerders rechtstreeks bepaalde plichten opgelegd zouden krijgen, maar via TLS alsnog de dienstverlening van mobiliteitsdienstenaanbieders zouden kunnen hinderen, dan zou regulering van toegang tot OV-diensten niet het beoogde effect kunnen hebben.¹⁰⁶

Het voorgaande neemt uiteraard niet weg dat – zoals Ecorys terecht opmerkte – tegen de mogelijke voordelen van regulering voor de concurrentie en de reiziger, mogelijk nadelen staan voor het bestaande concessiestelsel. Daarnaast brengt regulering kosten met zich mee.

De concessiestructuur in het Nederlandse OV brengt met zich mee dat vervoerders een alleenrecht verkrijgen op het leveren van OV-diensten. Door een verplichting om toegang te verlenen tot OV-diensten wordt dit recht aangetast. Dit kan, bijvoorbeeld door *cherry picking* door mobiliteitsdienstenaanbieders, leiden tot lagere inkomsten voor vervoerders, welke mogelijk gecompenseerd zouden moeten worden door concessieverleners.

De transitie naar toegangsregulering en de naleving van toegangsregulering brengt kosten met zich mee. Zowel op het niveau van TLS, als voor de vervoerders. Daarnaast zijn er kosten voor de ACM voor het toezicht op de naleving van de regulering.

De impact op het concessiestelsel en de hoogte van de kosten van regulering hangen sterk af van het type regulering. De ACM zal hierna enkele reguleringsopties bespreken.

8.4.4 Reguleringsopties

De ACM zal hierna de voor- en nadelen van een aantal reguleringsopties bespreken.

- i. Regulering van toegang tot de OV-betaalmarkt op basis van Wp2000;
- ii. Regulering van toegang tot OV-diensten op grond van een te creëren wettelijke basis.

i) Regulering van toegang tot de OV-betaalmarkt op basis van Wp2000.

De huidige Wp2000 biedt een wettelijke basis voor het instellen van toegangs- en tariefregulering ten aanzien van het dienstenaanbod van TLS, door middel van een nog op te stellen algemene maatregel van bestuur. Hiermee zouden de potentiële toegangsproblemen tot het OV-betaalsysteem van TLS kunnen worden geadresseerd.

TLS biedt op dit moment al toegang aan mobiliteitsdienstenaanbieders tot het OV-chipkaartsysteem (via de BKA-registratie) en biedt de mogelijkheid om (bepaalde) OV-diensten op de OV-chipkaart te laden. Deze toegang zou in een AMvB verankerd kunnen worden, op basis in ieder geval de volgende uitgangspunten:

- Mobiliteitsdienstenaanbieders kunnen zich als kaartaanbieder registreren bij TLS;
- Mobiliteitsdienstenaanbieders kunnen OV-diensten van vervoerders laden op hun OV-chipkaart of op andere betaalmiddelen die gebruikmaken van het OV-chipkaartsysteem;
- TLS dient transparant te maken wat haar aanbod is (referentieaanbod);

¹⁰⁶ Zie ook Ecorys-rapport, blz. 36.

- TLS dient de toegang tot al haar diensten non-discriminatoire aan te bieden.

ii) Regulering van toegang tot OV-diensten

De Wet personenvervoer 2000 biedt geen mogelijkheden voor geregleerde toegang tot de OV-diensten. Hier zou dus eerst een wettelijke basis voor gecreëerd moeten worden.

Een toegangsverplichting dient andere mobiliteitsdienstenaanbieders in staat te stellen het aanbod van OV-diensten van vervoerders te kunnen evenaren. Daarmee wordt het voor mobiliteitsdienstenaanbieders mogelijk om innovaties door te voeren, zonder gebonden te zijn aan de beperkingen die voortvloeien uit de afhankelijkheid van reisproducten tegen vol tarief.

Flankerende maatregel om de toegangsverplichting te ondersteunen

Een toegangsverplichting zal in de praktijk meestal niet effectief zijn, indien deze niet wordt gekoppeld aan een non-discriminatieverplichting. Om effectieve concurrentie te bewerkstelligen, dient de vervoerder gelijke mogelijkheden voor toegang te verschaffen aan alle mobiliteitsdienstenaanbieders onder dezelfde voorwaarden.

Aan een toegangsverplichting zal normaliter ook een transparantieplichting worden gekoppeld, aangezien daarmee de werking van de toegangsverplichting wordt ondersteund. Het opleggen van een toegangsverplichting zonder dat de betrokken partij transparant moet maken wat zijn toegangs aanbod is, zal veelal niet effectief zijn.

Terwijl een transparantieplichting als zodanig alleen betrekking heeft op het openbaar maken van bepaalde informatie, betreft een referentieaanbod het openbaar maken van gespecificeerde informatie over het aanbod van de geregleerde partij. Een verplichting tot het publiceren van een referentieaanbod ondersteunt de handhaving van non-discriminatie en toegangsverplichtingen. Gelet op de belasting die daaruit voortvloeit voor de geregleerde marktpartij, wordt deze maatregel niet standaard gekoppeld aan toegangs- en non-discriminatieregulering. De geschiktheid en de noodzaak zullen van geval tot geval moeten worden beoordeeld.

8.4.5 Afweging en advies

Een belangrijke ontwikkeling sinds het rapport van Ecorys is de opkomst van MaaS. Waar mobiliteitsdienstenaanbieders zich via de rol van BKA tot op heden vooral richtten op het ontzorgen van grote zakelijke afnemers, bieden MaaS-aanbieders een platform voor plannen, boeken en betalen aan zowel zakelijke reizigers als consumenten. Hierdoor kan de consument profiteren van op maat gemaakte mobiliteitsdiensten die passen bij zijn of haar specifieke reispatroon. De potentiële maatschappelijke baten hiervan zijn groot.

De ACM verwacht – ondanks de omstandigheid dat de markt voor mobiliteitsdiensten nog in ontwikkeling is – dat geregleerde toegang tot OV-diensten van vervoerders zal kunnen bijdragen aan de ontwikkeling van MaaS-diensten. Door toegangsregulering wordt voorkomen dat de mobiliteitsmarkt door (bepaalde) vervoerders vroegtijdig wordt afgeschermd voor mobiliteitsdienstenaanbieders. Hierdoor ontstaat er een gelijk spelveld tussen aanbieders en daardoor meer concurrentie. Dit zal de ontwikkeling van innovatieve en welvaartsverhogende mobiliteitsdiensten kunnen stimuleren.

Toegangsregulering tot OV-diensten vervoerders

De ACM ziet in de huidige situatie, vanwege de grote variëteit in concessies,¹⁰⁷ beperkte mogelijkheden om de toegang tot OV-diensten effectief af te laten dwingen door concessieverleners. Ook de Wet personenvervoer 2000 biedt op dit moment geen mogelijkheden voor regulering van de toegang tot OV-diensten van de vervoerders.

De ACM adviseert daarom om een wettelijke basis te creëren voor toegangsregulering tot OV-diensten van vervoerders. Deze wettelijke basis verplicht vervoerders om een volwaardig referentieaanbod beschikbaar te stellen aan mobiliteitsdienstenaanbieders. Dit kan bijvoorbeeld door het openstellen van het gehele productaanbod (inclusief de kortingsproducten en abonnementen) van vervoerders aan mobiliteitsdienstenaanbieders, of door een wholesale referentieaanbod beschikbaar te stellen waarmee het voor mobiliteitsdienstenaanbieders mogelijk is om (effectief) te concurreren met vervoerders op de markt voor mobiliteitsdiensten.

Met toegangsregulering kunnen de grootste knelpunten die mobiliteitsdienstenaanbieders ervaren worden geadresseerd. Hierdoor ontstaat er een gelijk spelveld tussen vervoerders en mobiliteitsdienstenaanbieders op de markt voor mobiliteitsdiensten. Dit zal tevens naar verwachting van de ACM de ontwikkeling van MaaS-achtige diensten kunnen stimuleren.

Om de toegangsverplichting effectief te maken adviseert de ACM om een toegangsverplichting tot OV-diensten in ieder geval te koppelen aan een non-discriminatieverplichting en een transparantieverplichting.

De ACM adviseert de staatssecretaris daarnaast om in de transitieperiode naar een wettelijke basis voor toegangsregulering te onderzoeken wat de eventuele gevolgen zouden zijn voor de huidige concessies en op welke wijze eventuele negatieve gevolgen zoveel mogelijk beperkt kunnen worden.¹⁰⁸ Mogelijk zou het NOVB in dit onderzoek een regierol kunnen vervullen. Zo zou overwogen kunnen worden in (toekomstige) concessieafspraken toegang tot OV-diensten als voorwaarde op te nemen. Het alleenrecht dat voortvloeit uit de concessie strekt dan niet verder dan het aanbieden van OV-diensten. Dit beperkt dan vooraf eventuele financiële risico's die vervoerders en concessieverleners zouden kunnen lopen.

Toegangsregulering TLS

Gelet op de centrale rol die in Nederland op het gebied van OV-betalen wordt ingenomen door het OV-chipkaartsysteem, is gereguleerde toegang tot OV-diensten volgens de ACM alleen effectief indien tevens geborgd is dat TLS mobiliteitsdienstenaanbieders effectief toegang geeft tot het OV-betaalsysteem. Immers, indien vervoerders rechtstreeks bepaalde plichten opgelegd zouden krijgen, maar via TLS alsnog de dienstverlening van mobiliteitsdienstenaanbieders zouden kunnen hinderen, dan zou regulering van OV-diensten van vervoerders niet het beoogde effect hebben op het gebied van toetreding en het creëren van een gelijk spelveld.¹⁰⁹

Om die reden adviseert de ACM de staatssecretaris van I&W om gebruik te maken van de mogelijkheid die door artikel 30a (nieuw) van de Wp2000 wordt geboden om via een AMvB toegangsregulering op te leggen ten aanzien van de diensten van TLS. Hierdoor krijgen

¹⁰⁷ Looptijden, voorwaarden, onderhands gegund vs. aanbesteed, Rijk vs. decentrale overheden etcetera.

¹⁰⁸ Zie ook het rapport van ABDTOPConsult 'Kiezen voor een goed spoor - scenario's voor ordening en sturing op het spoor na 2024' van 31 maart 2017.

¹⁰⁹ Zie ook Ecorys-rapport, blz. 36.

mobilitiedienstenaanbieders met de BKA-status de mogelijkheid om gebruik te maken van dezelfde producten en diensten van TLS als de vervoerders.

Om de toegangsverplichting effectief te maken adviseert de ACM om een eventuele toegangsverplichting voor TLS in ieder geval te koppelen aan een non-discriminatieverplichting en een transparantieplichting.

In het volgende onderdeel gaat de ACM in op de wenselijkheid van eventuele tariefregulering voor de diensten van TLS.

8.5 Mogelijke reguleringsopties te hoge tarieven (uitbuiting)

8.5.1 Inleiding

De ACM bespreekt in dit onderdeel of economische regulering wenselijk is om de in hoofdstuk 6 geïdentificeerde risico's op uitbuiting van afnemers door TLS te adresseren, en zo ja welk type regulering passend kan zijn. Om de wenselijkheid te bepalen, past de ACM het beoordelingskader toe dat uiteen is gezet in paragraaf 8.3.

In de paragrafen 8.5.2 en 8.5.3 bespreekt de ACM de voor- en nadelen van (de verschillende vormen van) regulering. De ACM sluit af met een afweging en een advies aan de staatssecretaris.

8.5.2 Wenselijkheid van economische regulering

De ACM heeft in dit advies vastgesteld dat TLS de afgelopen jaren in staat is geweest om hoge rendementen te behalen en inefficiënte kosten door te berekenen aan afnemers. Deze hoge rendementen van TLS zijn een direct resultaat van de afspraak die de Coöperatie met de voormalig aandeelhouders heeft gemaakt over de hoogte van de overnameprijs van TLS. Voor de overname is een premie betaald om de aanloopverliezen uit het verleden (deels) te compenseren. Ondanks dat dit in een concurrerende markt niet mogelijk zou zijn, is dit vanuit het perspectief van de voormalig aandeelhouders – die risico hebben genomen bij de uitrol van het OV-chipkaartsysteem – mogelijk niet onredelijk.¹¹⁰ Op basis van de huidige afspraken zullen de rendementen van TLS tot in ieder geval 2021 hoog blijven. De ACM constateert dat TLS tot op heden nog geen stappen gezet heeft om deze rendementen nu al te verlagen, terwijl hier wel mogelijkheden toe zijn.

De verwachte voordelen van regulering van de prijs van de OV-chipkaart zijn volgens ACM op voorhand onduidelijk. De ACM kan zonder uitgebreid kostenonderzoek niet vaststellen of de prijs van de OV-chipkaart kostengeoriënteerd is. De prijs van de OV-chipkaart is wel al jaren ongewijzigd, en gelet op de druk vanuit consumenten- en overheidsorganisaties in het NOVB acht de ACM de kans klein dat dit tarief in de toekomst zal stijgen. Als de prijs van de OV-chipkaart kostengeoriënteerd is, zoals TLS stelt, zal een eventuele verlaging van de prijs van de OV-chipkaart naar verwachting leiden tot een stijging van de 'tiktarieven', waardoor het netto-welvaartseffect voor de consument op voorhand onduidelijk is.

Tariefregulering van TLS zal naar verwachting van de ACM leiden tot lagere tarieven die in rekening gebracht worden aan vervoerders (in ieder geval tot 2021) en zal daarnaast de mogelijkheid voor TLS wegnemen om in de toekomst te hoge tarieven in rekening te brengen aan vervoerders. De

¹¹⁰ Zie de antwoorden van de Staatssecretaris van I&M van 12 mei 2017 op vragen van de Tweede Kamer (TK 2016-2017, 23 645, nr. 646)

directe financiële gevolgen van tariefregulering voor de reiziger zijn echter onzeker. In de eerste plaats is het maar de vraag in welke mate vervoerders deze te hoge inkoopkosten in rekening kunnen brengen bij de reiziger. Dit hangt onder meer af van de afspraken met en de onderhandelingsmacht ten opzichte van de concessieverlener. In de tweede plaats verwacht de ACM dat regulering van de tarieven die TLS in rekening brengt aan vervoerders maar een beperkt consumentenvoordeel kan opleveren (minder dan 1%¹¹¹ van de totale kosten van het openbaar vervoer).

Tariefregulering zal naar verwachting van de ACM de mogelijkheid bij TLS weg kunnen nemen om te hoge tarieven in rekening te brengen bij mobiliteitsdienstenaanbieders die geen vervoerder zijn. Als deze tarieven te hoog zijn, kan dit een barrière vormen voor dergelijke partijen om toe te treden tot de markt voor mobiliteitsdiensten (zie hoofdstuk 5).

Ten slotte is van belang om op te merken dat tariefregulering implementatie- en nalevingskosten met zich meebrengt voor zowel TLS als de toezichthouder. De hoogte van deze kosten hangt af van het type regulering. De ACM zal hierna een aantal reguleringsopties bespreken.¹¹²

8.5.3 Reguleringsopties

De ACM gaat in op de drie hoofdvarianten van regulering die kunnen worden toegepast bij prijsgerelateerde mededingingsproblemen:

- i) Zelfregulering
- ii) Rendementsregulering
- iii) Tariefregulering

i) Zelfregulering

De ACM constateert dat TLS tot op heden nog geen stappen gezet heeft om haar rendementen vóór 2021 te verlagen, terwijl daar wel mogelijkheden toe zouden kunnen zijn. TLS zou nu reeds kunnen onderzoeken of zij bestaande leningen kan openbreken (bijvoorbeeld teneinde de looptijd te verlengen) of nieuwe financiering aan kan trekken (herfinancieren), zodat haar rendementen ook voor 2021 al zouden kunnen dalen.

Daarnaast zou TLS de transparantie kunnen vergroten voor concessieverleners, consumenten(organisaties) en partijen die vertegenwoordigd zijn in de KRvA over de kosten(opbouw) en de totstandkoming van de tarieven, bijvoorbeeld als het gaat om inzicht in redelijkheid en alternatieven voor de kosten van de OV-chipkaart.¹¹³

¹¹¹ First Dutch heeft in 2015 onderzoek gedaan naar de kosten van OV-betalen in 2013. Hieruit volgt dat de omzet van het openbaar vervoer in Nederland ongeveer € 3 miljard per jaar bedraagt en de totale kosten van OV-betalen (niet alleen de OV-chipkaart) ongeveer € 450 miljoen per jaar bedragen. Eerder heeft de ACM vastgesteld dat de omzet van TLS ongeveer € 77 miljoen per jaar bedraagt, waarvan ruim € 50 miljoen in rekening wordt gebracht aan vervoerders. Stel dat de tarieven van TLS 15% te hoog zijn (een winst na belasting van ongeveer € 11 miljoen per jaar, gedeeld door een omzet van € 77 miljoen). Stel nu dat deze hogere kosten door vervoerders volledig doorberekend zouden kunnen worden aan de reiziger en/of concessieverlener. Dan betekent dit een stijging van de kosten van het openbaar vervoer met 0,33% (€ 11 miljoen gedeeld door € 3 miljard). Het rapport van First Dutch is te vinden op: <https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/rapporten/2017/10/17/onderzoek-naar-de-totale-kosten-van-ov-betalen-in-nederland/Onderzoek+naar+de+totale+kosten+van+OV-betalen+in.pdf>

¹¹² De ACM heeft hierbij onder meer gebruikt gemaakt van dit overzichtsartikel van het IVIR met de voor- en nadelen van diverse reguleringsopties: https://www.ivir.nl/publicaties/download/03%20TVT_Poort%20en%20Tieben.pdf

¹¹³ Zie ook hoofdlijnennotitie Regelgeving OV-chipkaart van 13 juni 2016, blz. 8.

Ten slotte zou TLS maatregelen kunnen nemen die er op gericht zijn om partijen die vertegenwoordigd zijn in de KRvA meer zeggenschap te geven over de vaststelling van de tarieven voor diensten die geleverd worden aan mobiliteitsdienstenaanbieders die geen vervoerder zijn.

Het belangrijkste nadeel van zelfregulering is dat deze niet afgedwongen kan worden.

ii) Rendementsregulering

Om het risico op te hoge tarieven weg te nemen, zou in een AMvB op grond van artikel 30a van de Wp2000 de beperking kunnen worden gesteld dat TLS geen 'overwinsten' mag maken. TLS moet dan haar tarieven zo vaststellen zij haar operationele kosten en afschrijvingen kan terugverdienen, inclusief een marktconform rendement op het geïnvesteerd vermogen. Daarvoor is het noodzakelijk om dit marktconforme rendement van te voren te bepalen.

Met rendementsregulering wordt het risico dat TLS overwinsten behaalt weggenomen. Daarnaast biedt rendementsregulering investeerders een redelijk rendement. Dit garandeert voldoende investeringen, zolang het normrendement marktconform is.

Er zijn echter ook verschillende nadelen aan rendementsregulering:

- Omdat rendementsregulering alleen naar het rendement kijkt en niet naar de kosten, lost rendementsregulering niet het risico op dat TLS inefficiënte (investerings)kosten in rekening brengt aan haar afnemers. Zo loont het niet voor TLS om kosten te verlagen door (bijvoorbeeld) innovaties door te voeren die rechtstreeks kunnen worden doorbelast aan afnemers. Verder lokt een gegarandeerd rendement op geïnvesteerd vermogen overinvesteringen uit ('gouden kranen').
- Als het redelijk rendement als gevolg van asymmetrische informatie te laag wordt vastgesteld, is er een risico dat bepaalde efficiënte investeringen niet plaatsvinden. Zo zou TLS er bijvoorbeeld voor kunnen kiezen om langer gebruik te maken van het bestaande betalingssysteem, waarvan zij de operationele kosten kan doorbereken, in plaats van te investeren in nieuwe betaalsystemen.
- Met rendementsregulering wordt niet het risico weggenomen dat de tarieven die TLS voor bepaalde diensten en aan bepaalde afnemersgroepen in rekening brengt, te hoog zijn.
- Rendementsregulering brengt hoge implementatie- en nalevingskosten met zich mee voor TLS en de ACM.

Het risico dat bij rendementsregulering inefficiënte (investerings)kosten worden doorberekend aan afnemers, kan worden weggenomen door meer controle te houden over de investeringen en de wijze van financiering door TLS. In de komende jaren zal TLS naar verwachting nieuwe financiering aan moeten trekken voor investeringen in nieuwe betaalsystemen. Aangezien dit een belangrijke kostenpost is, zou overwogen kunnen worden om in het toezicht hier de focus op te leggen. Zo zou regulering kunnen worden overwogen waarbij (al dan niet in aanvulling op de rendementsregulering) een aantal algemene bedrijfseconomische regels gesteld worden¹¹⁴ over hoe om te gaan met investeringen en afschrijvingen, hoe om te gaan met aflossingen van leningen en hoe om te gaan met *goodwill*.

¹¹⁴ Bij AMvB op basis van artikel 30a van de Wp2000 of via een daarop te baseren ministeriële regeling.

iii) Tariefregulering

Om het risico op te hoge tarieven van TLS weg te nemen, zou aan TLS tariefregulering opgelegd kunnen worden. De simpelste manier van tariefregulering is door middel van een prijsplafond waarbij alleen de maximale hoogte van de tarieven wordt bepaald.¹¹⁵ In dat geval wordt niet gekeken naar de kosten, het geïnvesteerd vermogen en redelijke rendementen.

Deze vorm van tariefregulering kan relatief simpel zijn als de huidige tarieven van TLS als uitgangspunt worden genomen. Daarnaast leidt tariefregulering tot een voorspelbare en transparante tariefontwikkeling, waardoor het risico op tariefstijgingen wordt beperkt. Tariefregulering levert relatief sterke prikkels voor innovatie en efficiëntieverbetering op, omdat TLS haar winsten mag houden (en dus kan gebruiken om tarieven in het jaar daarna te verlagen). Ten slotte zijn de nalevingskosten bij tariefregulering relatief beperkt.

Er zijn echter ook verschillende nadelen aan tariefregulering:

- De ACM kan zonder een uitgebreid kostenonderzoek niet vaststellen of de tarieven van TLS op dit moment gebaseerd zijn op efficiënte kosten. Als de tarieven op dit moment te hoog zijn, wordt het risico op overwinsten daardoor niet weggenomen. Er is een risico dat TLS in financiële problemen komt als de maximale tarieven lager worden vastgesteld dan de efficiënte kosten.
- Er is geen benchmark voor het vaststellen van de maximale tarieven voor nieuwe diensten.
- Om het risico op het onjuist vaststellen van de tarieven te ondervangen, is het ook bij tariefregulering vaak nodig om inzicht te hebben in het geïnvesteerd vermogen en de hoogte van het redelijke rendement.

De tariefregulering zou verzwaard kunnen worden door TLS de verplichting op te leggen om een kostentoerekeningssysteem op te stellen en ter goedkeuring voor te leggen aan de toezichthouder, waarin rekenregels worden opgenomen over welke kosten in rekening gebracht mogen worden en aan welke diensten deze kosten mogen worden toegerekend. Ook wordt daarin vastgelegd welk redelijk rendement op het geïnvesteerde vermogen behaalt mag worden.

Omdat gekeken wordt naar zowel het rendement als de tarieven en de (investerings)kosten, worden bij tariefregulering in combinatie met een kostentoerekeningssysteem alle risico's weggenomen die samenhangen met (te) hoge tarieven.

Ten opzichte van de andere varianten zijn de implementatiekosten van een kostentoerekeningssysteem echter zeer hoog. De hiermee gepaard gaande nalevingskosten en toezichtkosten zijn eveneens hoog. Deze kunnen wel enigszins verlaagd worden door eenmalig een kostentoerekeningssysteem op te stellen en tarieven voor meerdere jaren vast te stellen.

8.5.4 Afweging en advies

De ACM heeft eerder in dit advies geadviseerd om een toegangsverplichting, non-discriminatieverplichting en transparantieplichting op te leggen aan TLS (zie paragraaf 8.4).

Naar het oordeel van de ACM zouden een non-discriminatieverplichting en een transparantieplichting op dit moment volstaan om te voorkomen dat TLS te hoge tarieven in

¹¹⁵ Soms wordt er een 'x' vastgesteld waarmee de tarieven jaarlijks moeten dalen, waarbij de 'x' bepaald wordt door de efficiëntie die haalbaar wordt geacht.

rekening brengt bij mobiliteitsdienstenaanbieders. De non-discriminatieverplichting waarborgt immers dat de tarieven voor iedereen (vervoerders én mobiliteitsdienstenaanbieders) gelijk zijn. Daarnaast ondersteunt de transparantieplichting de toegangsverplichting en maakt de transparantieplichting het mogelijk om de ontwikkeling van tarieven te monitoren. Daarbij kan een stijging van de tarieven van TLS aanleiding geven tot het starten van een mededingingsrechtelijk onderzoek.

De ACM overweegt dat het in aanvulling daarop opleggen van tariefregulering aan TLS op dit moment niet proportioneel is om de gesignaleerde risico's op te hoge prijzen van TLS weg te nemen. De ACM geeft de staatssecretaris wel in overweging een aantal bedrijfseconomische principes voor TLS (inclusief de Coöperatie) op te (laten) stellen. Voort adviseert de ACM de staatssecretaris om met TLS te bespreken of haar rendementen nu reeds kunnen worden verlaagd. Ten slotte geeft de ACM aan TLS in overweging de positie van de mobiliteitsaanbieders te versterken in de KRvA van TLS. De ACM zal dit hierna verder toelichten.

ACM verwacht dat regulering van de tarieven van TLS zou kunnen leiden tot lagere tarieven die in rekening gebracht worden aan vervoerders (in ieder geval tot 2021). De directe financiële gevolgen hiervan voor de reiziger zijn echter onzeker. In de eerste plaats is het maar de vraag in welke mate vervoerders deze kosten in rekening brengen bij de reiziger. Dit hangt onder meer af van de afspraken met en de onderhandelingsmacht ten opzichte van de concessieverlener (zie paragraaf 6.5.5). In de tweede plaats verwacht de ACM dat regulering van de tarieven die TLS in rekening brengt aan vervoerders maar een beperkt consumentenvoordeel zal opleveren (minder dan 1% van de totale kosten van het openbaar vervoer). Tenslotte zijn de kosten van tariefregulering, zeker in combinatie met een kostentoerekeningssysteem, hoog voor zowel TLS als de ACM.

Om het risico weg te nemen dat TLS in de toekomst een (hoge) opslag op de tarieven hanteert om versneld leningen af te lossen, zou wel overwogen kunnen worden een aantal algemene bedrijfseconomische regels op te stellen over waardering van activa en toerekening van kosten en opbrengsten. Daarbij gaat het om regels als: hoe om te gaan met investeringen en afschrijvingen, hoe om te gaan met het aflossen van leningen en hoe om te gaan met *goodwill*. Volgens de ACM biedt artikel 30a van de Wp2000 hier mogelijkheden voor. Een accountant zou de toepassing van de rekenregels in de praktijk kunnen controleren. De kosten van een dergelijke manier van reguleren zijn zeer beperkt.

Voorts valt voor de staatssecretaris te overwegen om met TLS in gesprek te gaan over maatregelen die er op gericht zijn om de rendementen van TLS nu reeds te verlagen. De ACM constateert dat TLS tot op heden nog geen stappen heeft gezet om haar rendementen vóór 2021 te verlagen, terwijl daar wel mogelijkheden toe zijn. Zo zou TLS kunnen onderzoeken of zij bestaande leningen kan herfinancieren.

Om het risico op te hoge tarieven voor mobiliteitsdienstenaanbieders weg te nemen, zou ten slotte kunnen worden overwogen om mobiliteitsdienstenaanbieders een sterkere stem te geven in de KRvA met betrekking tot de door TLS gehanteerde tarieven.

9. Mogelijke problemen bij de toegang tot data

9.1 Inleiding

Uit de reacties van marktpartijen op de door het ministerie van I&W uitgevoerde MaaS-consultatie¹¹⁶ blijkt dat het gebrek aan mogelijkheden voor een uniforme data-uitwisseling op dit moment door marktpartijen als grootste belemmering gezien wordt voor het tot stand laten komen van MaaS-diensten. Er is behoefte aan zowel aanboddata (zoals reisinformatie, zowel statisch als real time) als gebruiksdata (zoals informatie over het reisgedrag, zowel statisch als real time).

9.2 Voor MaaS relevante data

Onder *aanboddata* vallen onder andere: *real-time* reisinformatie, plattegronden van stations, capaciteit, locatie en indeling van voertuigen, informatie over aanwezigheid van voorzieningen, parkeer- en stallingsdata, *indoor* navigatiedata, tarieven en weersverwachtingen. Een deel van deze informatie is al beschikbaar. Zo is bijvoorbeeld reisinformatie over zaken als dienstregelingen, actuele vertrek- en aankomsttijden, tarieveninformatie en informatie over toegankelijkheid van haltes van (vrijwel) alle OV-bedrijven na aanmelding voor iedereen beschikbaar via het platform van het Nationale Data Openbaar Vervoer (NDOV).¹¹⁷ Hiermee kunnen derden bijvoorbeeld een reisplanner maken. Aanboddata vanuit andere mobiliteitssectoren is nog niet (landelijk) ontsloten.

Onder *gebruiksdata* vallen onder andere: boekingen, reistransacties inclusief tarieven, Internet of Things (IoT)-data vanuit mobiele *devices* en betalingstransacties. Informatie over het reisgedrag van de reizigers met een OV-chipkaart die door heel Nederland in- en uitchecken wordt verzameld door TLS. De verzamelde data geven onder andere een waardevol beeld over de wijze waarop in het OV gereisd wordt, welke vervoersproducten gebruikt worden, welke trajecten gebruikt worden en waar overgestapt wordt.

Sinds juni 2016 zijn geaggregeerde (anonieme) OV-chipkaartdata over ritgegevens, zoals uit 2013, 2014 en 2015, onder voorwaarden beschikbaar voor vervoerders, overheden en aan de overheid gerelateerde kennisinstellingen. Deze gegevens zijn dus niet openbaar beschikbaar. Zij kunnen gebruikt worden om betere analyses over het openbaar vervoer te maken.^{118,119}

Vervoerders verwerken momenteel alleen voor eigen doeleinden de transactiegegevens van hun eigen reizigers. Om analyses te kunnen doen op OV-transacties van deur tot deur, is het echter noodzakelijk de transactiegegevens van verschillende vervoerders aan elkaar te koppelen.

¹¹⁶ Zie <https://dutchmobilityinnovations.com/spaces/1105/maas-regional-pilots/files/16730/opbrengst-marktconsultatie-maas-pilots-pdf>

¹¹⁷ Zie <https://ndovloket.nl/>. Daarnaast verzamelt 9292 miljoenen reisadviezen die inzicht kunnen geven in reisintenties. Ook deze informatie is erg waardevol voor vervoerders en overheden, bijvoorbeeld om vooraf te kunnen voorspellen waar zich mogelijke knelpunten voor kunnen doen. Zie <https://9292.nl/zakelijk/9292-reisadvies-api> en <https://9292.nl/zakelijk/ov-berekeningen>

¹¹⁸ TK 2015-2016, 23 645, nr. 623.

¹¹⁹ De volgende gegevens zijn beschikbaar

- Aantallen ritten, totaal en uitgesplitst naar:
 - o saldoreizen, kortingsproducten en afgekocht reisrecht;
 - o uurblokken op werkdagen, zaterdag en zondag (gemiddeldes);
 - o spoor, bus, tram, metro, en
 - o gemiddeld per product in een samengestelde categorie.
- Reizigerskilometers, totaal en uitgesplitst naar:
 - o saldoreizen, kortingsproducten, afgekocht reisrecht en overige kaartjes.
- Reizigersopbrengst, totaal en uitgesplitst naar:
 - o saldoreizen, overig OV-chipkaart en overig

Voor persoonlijke reisadviezen is een koppeling nodig van persoonsgegevens en ritgegevens. In het kader van privacy zou daarbij het uitgangspunt moeten zijn dat reizigers zelf eigenaar zijn van hun individuele data en dat zij zelf moeten kunnen bepalen welke partijen toegang krijgen tot hun data. Dit sluit aan bij de Algemene verordening gegevensbescherming, die op 25 mei 2018 in werking is getreden, op basis waarvan consumenten de mogelijkheid krijgen hun data in digitale vorm mee te nemen naar andere aanbieders.¹²⁰

Deze reisgegevens zijn onder meer waardevol voor:

- OV-bedrijven, die daarmee hun dienstregeling kunnen optimaliseren en beter op elkaar kunnen afstemmen. Ook kan deze informatievoorziening het gelijke speelveld tussen vervoerders bij aanbestedingen vergroten;
- Partijen die toegevoegde waarde kunnen leveren met diensten gebaseerd op de informatie;
- Mobiliteitsdienstenaanbieders, die de deur-tot-deur reis van hun klanten willen optimaliseren, bijvoorbeeld door dynamisch te prijzen (naar tijd en plaats);
- Overheden, voor de uitvoering van hun publieke taken, waaronder een efficiënte inzet van middelen om de bereikbaarheid van gebieden te verbeteren.

9.3 Wijze waarop informatie gebruiksdata gedeeld moet worden

De partijen in het NOVB zijn – onder druk van mogelijke wet- en regelgeving – aan de slag gegaan met het verder openbaar beschikbaar maken van de gegevens uit de OV-chipkaart in een informatiehuishouding. Dit mede naar aanleiding van de Motie de Boer en Van Veldhoven van 7 juli 2016¹²¹ waarin het kabinet is opgeroepen om *“zich er hard voor te maken om te bewerkstelligen dat vervoerders informatie over reizigersaantallen en -stromen in een speciale databank openbaar beschikbaar maken met waarborgen voor de privacy van de individuele reiziger.”*

Dit heeft in september 2017 geleid tot een intentieverklaring binnen het NOVB¹²² waarin vervoerders en overheden met elkaar hebben afgesproken dat OV-chipkaartdata ook voor derden ontsloten wordt, zodat er analyses op reisiniveau (concessie overstijgend) gemaakt kunnen worden.

In de intentieverklaring is afgesproken dat TLS de partij wordt die deze reisinformatie moet verstrekken. Ook omdat de belangrijkste processen hiervoor al in de bestaande Informatie- en Analysedienst van TLS zijn ingericht. Bij elk informatieverzoek aan TLS zijn de privacy en de bedrijfsvertrouwelijkheid nog onderwerp van gesprek. Een toetsingscommissie zal beoordelen of het verstrekken van gegevens niet te ruim wordt ingevuld en daarmee de privacy of de mededinging in gevaar zijn, of dat het openbaar maken van data te beperkt wordt ingevuld, vanuit een beroep op de bedrijfsvertrouwelijkheid.¹²³

De Staatssecretaris van I&W heeft in januari 2018 aangegeven te verwachten dat de oplevering van de informatiehuishouding aan het eind van het eerste kwartaal 2018 gereed zal komen¹²⁴.

¹²⁰ Artikel 20 van Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming).

¹²¹ <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-23645-630.html>

¹²² <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2017/10/17/intentieverklaring-open-informatievoorziening-ov-informatie>

¹²³ TK 2015-2016, 23 645, nr. 623.

¹²⁴ TK 2017-2018, 23 645, nr. 654.

Daarnaast maken overheden in concessies ook afspraken met concessiehouders over het delen van data.

9.4 Mogelijkheden van informatie-uitwisseling binnen de Mededingingswet

De ACM ziet met name mededingingsrisico's als er sprake is van informatie-uitwisseling tussen concurrenten en als die informatie-uitwisseling de mogelijkheden voor stilzwijgende collusie tussen concurrenten vergroot. Over het algemeen is deze kans groter als de informatie-uitwisseling ziet op een belangrijke concurrentieparameter, de informatie actueler is (of zelfs ziet op toekomstig gedrag), minder geaggregeerd is en alleen tussen concurrenten onderling gedeeld wordt en niet publiek gemaakt wordt.

Aangezien informatie-uitwisseling tussen concurrenten de concurrentie in sommige gevallen ook kan vergroten, biedt de Mededingingswet ruimte voor de beoordeling van eventuele efficiëntievoordelen. Zo kan het delen van informatie door de huidige concessieverlener met potentiële concurrenten in het kader van aanbestedingen voor OV-concessies bijdragen aan een gelijk speelveld, en daarmee de concurrentie tussen partijen bij aanbestedingen bevorderen. Dit kan in het voordeel zijn van reizigers.

ACM ziet in ieder geval geen mededingingsrisico's als het gaat om informatie-uitwisseling met overheden voor het uitvoeren van hun publieke taak. De ACM ziet hier belangrijke kansen voor overheden om de efficiëntie van het openbaar vervoer te kunnen vergroten.

9.5 Mogelijkheden voor regulering van de toegang tot data op grond van de Wp2000

Op grond van artikel 30c (nieuw) van de Wp2000 kunnen regels worden gesteld met betrekking tot de uitwisseling van data op het gebied van OV-betalen. Dit artikel luidt als volgt:

“Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld over het beschikbaar stellen, door concessiehouders, aanbieders van elektronische vervoerbewijzen en de in artikel 30a, eerste lid, onderdeel a, bedoelde instellingen, van geanonimiseerde en niet tot personen herleidbare gegevens over de, uit het gebruik van vervoerbewijzen af te leiden, reizigersstromen.”

Uit de tekst van de bepaling blijkt dat het nieuwe artikel 30c mogelijkheden creëert om toegangsverplichtingen in het leven te roepen op gebruiksdata.

9.6 Conclusie mogelijke problemen bij toegang tot data

De ACM constateert dat data een essentiële input is voor mobiliteitsdienstenaanbieders en partijen die informatiediensten aanbieden. Zonder deze data zijn zij niet in staat om nieuwe innovatieve diensten aan te bieden aan reizigers. Daarnaast is de beschikbaarheid van data essentieel voor overheden voor de uitoefening van hun publieke taken. Zolang aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan, zijn er binnen de Mededingingswet ook mogelijkheden voor partijen om informatie met elkaar te delen zonder dat dit de mededinging kan beperken.¹²⁵

Op dit moment is data uit het openbaar vervoer nog relatief beperkt en gefragmenteerd

¹²⁵ ACM – Het Signaal 2018, 11 april 2018. <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2018-04/het-acm-sigitaal-2018.pdf>

beschikbaar, en ontbreken uniforme afspraken tussen betrokken partijen over de ontsluiting van data. Een deel van de *aanbodd*data is al beschikbaar. Partijen hebben in het NOVB een eerste stap gezet met de nieuw op te zetten informatie-uitwisseling van geaggregeerde en geanonimiseerde OV gebruiksdata uit de OV-chipkaart door TLS. Daarnaast maken concessieverleners ook afspraken met concessiehouders over het delen van data.

Het nieuwe artikel 30c van de Wp2000 creëert mogelijkheden om toegangsverplichtingen in het leven te roepen op het gebied van geaggregeerde en geanonimiseerde OV-gebruiksdata.

9.7 Mogelijke reguleringsopties toegang tot data

De ACM verwacht dat in gereguleerde sectoren, zoals openbaar vervoer, het anders of beter openstellen van datasets de ontwikkeling van innovatieve mobiliteitsdiensten kan stimuleren.

De ACM is van mening dat de beheerder van het systeem waarmee de data wordt verzameld en gedistribueerd, idealiter een onafhankelijke partij dient te zijn. Dat betekent dat hij geen belang – direct of indirect – heeft bij de inhoud van de data zelf, noch bij de partijen die de data voor hun producten gebruiken.

Nu OV-bedrijven zeggenschap hebben in TLS en derden niet, is het daarom van extra belang dat TLS in haar *governance* waarborgt dat indien vervoerders via TLS geaggregeerd data van hun eigen reizigers met elkaar gaan delen, deze informatie ook non-discriminatoir beschikbaar gesteld wordt aan mobiliteitsdienstenaanbieders en/of aanbieders van informatiediensten. Daarbij is het van belang dat de toegang en (financiële) voorwaarden waaronder deze data verstrekt worden, geen belemmering vormen. Op deze manier wordt de concurrentie bevorderd, innovatie mogelijk gemaakt en voorkomen dat bestaande (verticaal geïntegreerde) spelers de markt voor het aanbieden van mobiliteitsdiensten bepalen.

TLS zou volgens de ACM reizigers de gelegenheid moeten bieden om – mits de reiziger daar toestemming voor heeft gegeven – reisgegevens te delen met mobiliteitsdienstenaanbieders (waaronder vervoerders) of aanbieders die informatiediensten aan reizigers willen aanbieden. Op dit moment kan dat nog niet. Er is bijvoorbeeld nog geen *application programming interface* (API) waarmee klanten derden toegang kunnen geven tot hun klantdata. Reizigers kunnen momenteel alleen via TLS een overzicht krijgen van hun eigen reisgedrag.¹²⁶ In dit kader zou gedacht kunnen worden aan het ontwikkelen van vergelijkbare afspraken als de regels die voor banken gaan gelden voor de toegang tot de data van hun klanten onder de herziene Payment Services Directive (PSD2).¹²⁷

Partijen hebben in het NOVB een eerste stap gezet met het opzetten van een informatiehuishouding voor uitwisseling van de gegevens uit de OV-chipkaart. TLS vervult hierin een belangrijke operationele rol. Deze zelfregulering zal zich het komende jaar in de praktijk moeten gaan bewijzen. De ACM beveelt daarom aan om in 2019 de informatiehuishouding te evalueren – en mocht uit de evaluatie blijken dat dit nodig is – reeds nadere voorbereidingen te treffen om artikel 30c van de Wp2000 in werking te laten treden om daarmee toegang tot gebruiksdata te kunnen afdwingen.

¹²⁶ <https://www.ov-chipkaart.nl/ov-chip-en-gebruik/gebruik/hoe-werkt-mijn-ov-reishistorie.htm>

¹²⁷ Deze verplicht banken toegang aan derde partijen te verlenen tot de betaalrekening van hun klanten. Die klant moet daar dan eerst uitdrukkelijk toestemming voor hebben verleend. Met de toegang tot de betaalrekening kunnen derde partijen betaaldiensten aanbieden zoals mobiele betaalapps en digitale huishoudboekjes.

BIJLAGE I

Behorende bij het advies aan de minister van Infrastructuur en Waterstaat over de regulering van de OV-betaalmarkt.

Inleiding

De ACM heeft het conceptadvies over de wenselijkheid van de regulering van de OV-betaalmarkt openbaar geconsulteerd.¹²⁸ Hiermee zijn de betrokken partijen in de gelegenheid gesteld om een zienswijze in te dienen op het conceptadvies.

De ACM gaat in deze bijlage in op de negen zienswijzen die zijn ontvangen en geeft voor de belangrijkste onderdelen van de zienswijzen een reactie. De ACM heeft zienswijzen ontvangen van: BNV Mobility, Multi Tank Card, Stichting Open Geo, DOVA, de Coöperatie Openbaar Vervoerbedrijven en Trans Link Systems, Radium, Openbaar Vervoer Nederland, Mobiliteitsfabriek en Enigma Consulting.

De ACM is de indieners van de zienswijzen erkentelijk voor hun waardevolle suggesties en opmerkingen op het concept advies. Daar waar de zienswijzen hebben geleid tot aanpassing van het conceptadvies wordt dat expliciet vermeld in deze bijlage.

Hieronder gaat de ACM achtereenvolgens in op de zienswijzen die betrekking hebben op de voorstellen van de ACM over de wenselijkheid van regulering van:

- I. De toegang tot OV-diensten;
- II. De toegang tot het OV-chipkaartsysteem van TLS;
- III. De financiering en tarieven van TLS;
- IV. De toegang tot data.

I. Toegang tot OV-diensten

Zienswijze

In de zienswijzen van mobiliteitsdienstenaanbieders wordt bevestigd dat er sprake is van beperkte toegang tot OV-diensten, met name als het gaat om toegang tot de consumentenmarkt. Wel zijn er verbeteringen vanuit vervoerders geconstateerd. Zo biedt het nieuwe Referentie Aanbod Zakelijk-contract (RAZ, de opvolger van RosMob) van NS meer mogelijkheden om eigen proposities te maken. Ondanks de verbeterde toegangsmogelijkheden wordt in de zienswijzen benadrukt dat er nog steeds geen sprake is van een goed *referentieaanbod* waarmee mobiliteitsdienstenaanbieders in staat zijn om de proposities van vervoerders op de markt voor mobiliteitsdiensten te evenaren.

Reactie ACM

De ACM heeft naar aanleiding van deze zienswijzen de verbeterde toegangsmogelijkheden in het definitieve advies omschreven. De omschreven knelpunten in de zienswijzen onderschrijven naar de mening van de ACM het belang van afdwingbare toegang tot de OV-diensten van vervoerders.

Zienswijze

Door de vervoerders is in hun gezamenlijke, door Openbaar Vervoer Nederland uitgebrachte, zienswijze gewezen op de mogelijke negatieve gevolgen van gereguleerde toegang tot de

¹²⁸ <https://www.acm.nl/nl/publicaties/conceptadvies-regulering-ov-betaalmarkt>

reisproducten van vervoerders. Hierbij is volgens vervoerders feitelijk sprake van gedwongen wederverkoop van hun producten met een (gereguleerde) korting aan een open en onbeperkte groep van tussenpersonen. Naar de mening van vervoerders ondergraaft dit het concessiestelsel omdat vervoerders hiermee de regie op prijzen verliezen. Dit leidt tot onzekerheid over het rendement van de concessie en vermindert de regie van vervoerders op de sturing van hun operatie. De ACM besteedt in het advies volgens vervoerders onvoldoende aandacht aan de negatieve gevolgen van gereguleerde toegang.

Reactie ACM

De ACM beschrijft in het advies de mogelijke impact van regulering op het bestaande concessiestelsel, bijvoorbeeld omdat als gevolg van *cherry picking* door mobiliteitsdienstenaanbieders de inkomsten van vervoerders kunnen dalen.

Uit de zienswijze van de vervoerders blijkt dat zij in de veronderstelling zijn dat de ACM regulering tegen groothandelsprijzen heeft voorgesteld, waarbij vervoerders verplicht worden om hun producten met een *gereguleerde korting* beschikbaar te stellen. De ACM heeft echter in het advies gewezen op het belang van een non-discriminatoire en transparante toegang tot OV-diensten. Daarbij heeft de ACM niet geadviseerd tegen welke (tarief-)voorwaarden de toegang zou moeten verleend. In het kader van dit advies voert het te ver om een specifieke reguleringsvorm te adviseren. Hiervoor is nader onderzoek nodig, waarbij de voor- en nadelen van de verschillende reguleringsopties in kaart worden gebracht. Zo kan onderscheid worden gemaakt tussen:

- i) Toegangsverplichting tegen *retail* prijzen die mobiliteitsdienstenaanbieders in staat stelt om producten, die vervoerders met korting aan consumenten leveren, ook tegen korting in te kopen.
- ii) Toegangsregulering tegen een *groothandelsprijs* waarbij het groothandelstarief (dat mobiliteitsdienstenaanbieders betalen) lager ligt dan het *retail* tarief (dat consumenten betalen). Hierdoor ontstaat er een marge voor mobiliteitsdienstenaanbieders. Een mogelijkheid is dat vervoerders een volwaardig referentieaanbod beschikbaar stellen, waarmee mobiliteitsdienstenaanbieders in staat zijn om het productaanbod van vervoerders te evenaren.

In het definitieve advies heeft de ACM benadrukt dat de reguleringsopties nader uitgewerkt moeten worden.

II. De toegang tot het OV-chipkaartsysteem van TLS;

Zienswijze

In hun gezamenlijke reactie geven de Coöperatie en TLS aan dat gereguleerde toegang tot het OV-chipkaartsysteem niet nodig en wenselijk is. Benadrukt is dat momenteel deelname aan het OV-chipkaartsysteem open staat voor alle ondernemingen die voldoen aan de aansluitvoorwaarden en dat hierbij geen grote belemmeringen worden ervaren door de mobiliteitsdienstenaanbieders.

Reactie ACM

De ACM erkent dat er momenteel voor bedrijvenkaartaanbieders geen grote belemmeringen zijn om toegang te krijgen tot het OV-chipkaartsysteem. Dit blijkt ook uit het feit dat meerdere (niet aan vervoerders gelieerde) partijen erin geslaagd zijn een BKA-status te verkrijgen. Toegang tot OV-diensten is volgens de ACM echter alleen effectief als geborgd is dat TLS

mobiliteitsdienstenaanbieders (effectief) toegang geeft tot het OV-betaalsysteem. Immers, indien vervoerders rechtstreeks bepaalde plichten opgelegd zouden krijgen, maar vervoerders via hun zeggenschap over TLS alsnog de dienstverlening van mobiliteitsdienstenaanbieders zouden kunnen hinderen, dan zou regulering van toegang tot OV-diensten niet het beoogde effect kunnen hebben.

Zienswijze

In een zienswijze is gewezen op enkele specifieke problemen in de dienstverlening van TLS en de toegangsbeperkingen die mobiliteitsdienstenaanbieders ervaren die vanwege een combinatie van financiële, commerciële en praktische bezwaren de keuze hebben gemaakt om geen BKA-status aan te vragen.

Reactie ACM

De ACM kan zonder nader onderzoek de signalen over tekortkomingen in de dienstverlening niet beoordelen. Uit het marktonderzoek van de ACM blijkt dat bedrijvenkaartaanbieders overwegend positief zijn over de dienstverlening van TLS. Wel is het van belang om de kwaliteit van de dienstverlening te monitoren omdat TLS niet door concurrentie wordt geprikkeld haar dienstverlening te verbeteren.

De ACM herkent de beperkingen voor mobiliteitsdienstenaanbieders die niet beschikken over een BKA-status, zoals het niet hebben van een stem in de KRvA en de afhankelijkheid van de voorwaarden die BKA's hebben onderhandeld met vervoerders. De ACM is van mening dat dit een logisch gevolg is van de keuze van deze mobiliteitsdienstenaanbieders om niet te investeren in de onderliggende infrastructuur of het BKA-statushouderschap. De ACM heeft geen aanwijzingen dat er momenteel te grote belemmeringen zijn voor het verkrijgen van de BKA-status. Daarnaast kunnen mobiliteitsdienstenaanbieders die niet beschikken over een BKA-status toetreden door samen te werken met een BKA.

III. De financiering en tarieven van TLS;

Zienswijze

In hun gezamenlijke reactie geven de Coöperatie en TLS aan dat er geen noodzaak is voor regulering van de tarieven van TLS. Zij benadrukken dat TLS geen mogelijkheid en prikkel heeft om te hoge tarieven in rekening te brengen aan afnemers. Voorts is aangegeven dat de externe financiering in zakelijke onderhandeling tussen de externe financiers en de Coöperatie tot stand is gekomen. Er is daarom geen reden om aan te nemen dat deze niet marktconform is. Bovendien resulteert een verlaging van de financieringskosten alleen in een verlaging van de C&S tarieven en niet van de deelnemers- en consumententarieven. De stelling van de ACM dat de afschrijving op goodwill kan worden doorberekend aan afnemers is feitelijk onjuist.

Reactie ACM

De ACM heeft in haar advies reeds overwogen dat tariefregulering niet proportioneel is om de gesignaleerde risico's op te hoge prijzen van TLS weg te nemen. De ACM heeft geadviseerd een aantal bedrijfseconomische principes vast te leggen. Voorts zou TLS kunnen verkennen of er mogelijkheden zijn om de bestaande financiering reeds eerder open te breken en te kijken of de C&S-tarieven al eerder zouden kunnen dalen dan na 2021.

De regulering van bedrijfseconomische principes kan bijdragen aan de toekomstige beheersing van alle kosten en tarieven die TLS in de toekomst in rekening brengt aan afnemers. Indien de tarieven voor mobiliteitsdienstenaanbieders te hoog zijn, kan dit een drempel vormen om toe te treden tot

het OV-chipkaartsysteem en/of effectief te kunnen concurreren op de mobiliteitsmarkt.

Ten aanzien van de opmerking over de goodwill merkt de ACM op dat TLS en de Coöperatie gezamenlijk als economische eenheid kunnen worden gezien. Uit de geconsolideerde jaarrekening blijkt dat na aftrek van kosten voor immateriële activa¹²⁹ ze als economische eenheid winst hebben gemaakt. Aangezien (vrijwel) alle inkomsten in de geconsolideerde jaarrekening komen van TLS, wijst dit er in economische zin op dat de afschrijvingskosten op immateriële activa (goodwill) gedekt worden door de tarieven van TLS.

Zienswijze

In één van de ontvangen zienswijzen wordt gepleit voor een ex ante regulering van de tarieven van TLS omdat de door ACM voorgestelde maatregelen onvoldoende effectief zijn om de geconstateerde mededingingsproblemen te adresseren. Bij ex ante regulering kan volgens deze partij worden gedacht aan meerjarige regulering van deelnemerstarieven aan de hand van een prijsplafond in combinatie met een efficiëntiekorting.

Reactie ACM

Naar het oordeel van de ACM zijn een non-discriminatieverplichting en een transparantieplichting op dit moment noodzakelijk om te voorkomen dat TLS te hoge tarieven in rekening brengt bij mobiliteitsdienstenaanbieders. De non-discriminatieverplichting waarborgt dat de tarieven voor iedereen (vervoerders én mobiliteitsdienstenaanbieders) gelijk zijn. Daarnaast ondersteunt de transparantieplichting de toegangsverplichting en maakt deze het mogelijk om de ontwikkeling van tarieven te monitoren. Daarbij kan een stijging van de tarieven van TLS aanleiding geven tot het starten van een mededingingsrechtelijk onderzoek. De ACM overweegt dat het daarnaast opleggen van een vorm van tariefregulering op dit moment niet proportioneel is om de gesignaleerde risico's op te hoge prijzen van TLS weg te nemen. De ACM verwacht dat regulering van de tarieven die TLS in rekening brengt aan vervoerders maar een beperkt consumentenvoordeel zal opleveren (minder dan 1% van de totale kosten van het openbaar vervoer). Bovendien zijn de reguleringskosten in verhouding tot de gereguleerde omzet relatief hoog in vergelijking met andere gereguleerde sectoren.

IV. De toegang tot data

Zienswijze

In diverse zienswijzen is gepleit voor een wettelijke regulering van de toegang tot aanbodata en geanonimiseerde reizigersdata. Deze partijen wijzen er op dat de door de ACM geadviseerde zelfregulering te vrijblijvend is en onvoldoende effectief

Reactie ACM

De ACM begrijpt uit de zienswijzen dat er nog belemmeringen worden ervaren met het verkrijgen van de gewenste toegang tot data. Voorts heeft de ACM begrepen dat het nog niet in werking getreden artikel 30c van de Wp2000 mogelijk een voldoende wettelijke grondslag biedt om de benodigde reizigersdata te ontsluiten. De ACM heeft naar aanleiding van de reacties het advies aangescherpt door te adviseren de werking van de intentieverklaring te evalueren en – mocht uit de evaluatie blijken dat dit nodig is - reeds nadere voorbereidingen te treffen om artikel 30c van de Wp2000 in werking te laten treden.

¹²⁹ in verband met de overname van de aandelen van de voormalige aandeelhouders

