



Besluit

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt op de aanvraag van RailGood namens Rotterdam Rail Feeding B.V. en acht anderen om op grond van artikel 58, vijfde lid, en artikel 71, eerste lid en onder a, van de Spoorwegwet een onderzoek te doen naar de handelwijze van ProRail B.V. bij de totstandkoming van de Netverklaring 2019

Ons kenmerk : ACM/UIT/497632

Zaaknummer : ACM/18/028877

Datum : 12 juli 2018

1 Inleiding

1. Dit is een besluit van de Autoriteit Consument en Markt (hierna: de ACM) op grond van artikel 71, tweede lid, van de Spoorwegwet (hierna: de Sw). Aanleiding voor dit besluit is een aanvraag tot het doen van een onderzoek (hierna: de klacht), die bij brief van 18 januari 2018¹ door RailGood is ingediend op grond van artikel 58, vijfde lid, en artikel 71, eerste lid en onder a, van de Sw. De klacht heeft betrekking op de handelwijze van ProRail B.V. (hierna: ProRail) bij de totstandkoming van de Netverklaring 2019, en op een aantal inhoudelijke onderdelen van die netverklaring.
2. RailGood heeft de klacht ingediend namens negen ondernemingen die actief zijn op de Nederlandse markt voor spoorgoederenvervoer:
 - Rotterdam Rail Feeding B.V. (hierna: Rotterdam Rail Feeding);
 - LTE Netherlands B.V. (hierna: LTE);
 - Captrain Netherlands B.V. (hierna: Captrain);
 - Lineas Group N.V. (hierna: Lineas);
 - Rail Force One B.V. (hierna: Rail Force One);
 - TX Logistiek AG (hierna: TX Logistiek);
 - RTS Rail Transport Service GmbH (hierna: RTS);
 - DistriRail B.V. (hierna: DistriRail), en
 - Shunter Tractie B.V. (hierna: Shunter).

In het vervolg van dit besluit zullen deze ondernemingen samen als 'RailGood' worden aangeduid.

3. ProRail is de beheerder van de hoofdspoorweginfrastructuur in Nederland, als bedoeld in artikel 16 van de Sw. Op grond van artikel 58, eerste lid, van de Sw stelt zij jaarlijks, na overleg met betrokken gerechtigden,² een netverklaring op. Door middel van de netverklaring informeert ProRail gerechtigden over de aard van de hoofdspoorweginfrastructuur en de voorwaarden voor toegang daartoe en gebruik daarvan, waaronder de voorwaarden voor de verdeling van capaciteit. De netverklaring geeft een overzicht van de diensten die ProRail aanbiedt, waar

¹ Brief van RailGood van 18 januari 2018, kenmerk: RG/ACM/2080118.

² Als bedoeld in artikel 57 van de Sw.

deze diensten beschikbaar zijn, welke tarieven gelden en welke voorwaarden voor deze diensten gelden. De netverklaring bevat ook informatie over de voorwaarden voor toegang tot dienstvoorzieningen³ die zijn aangesloten op de door ProRail beheerde spoorweginfrastructuur en de dienstverlening in die voorzieningen.

4. Op 1 september 2017 heeft ProRail een ontwerpversie van de netverklaring voor het dienstregelingsjaar 2019 (hierna: de ontwerp-Netverklaring 2019) ter consultatie toegezonden aan RailGood. Bij brief van 11 oktober 2017 heeft RailGood een zienswijze gegeven op dit ontwerp.
5. Op 8 december 2017 heeft ProRail de definitieve Netverklaring 2019 (hierna: de Netverklaring 2019) aan RailGood toegezonden. Daarbij heeft ProRail tevens een tweetal documenten meegezonden, waarin een overzicht wordt gegeven van de zienswijzen op de ontwerpversie die ProRail heeft ontvangen en de reacties daarop van ProRail. In deze documenten wordt ook aangegeven of de zienswijzen aanleiding hebben gevormd voor een wijziging ten opzichte van de ontwerp-Netverklaring 2019.
6. RailGood is het niet eens met de wijze waarop ProRail is omgegaan met de door haar ingediende zienswijze. Het is voor RailGood onacceptabel dat ProRail niet met haar in gesprek is gegaan over de punten uit de zienswijze waarover ProRail en RailGood met elkaar van mening verschillen. ProRail heeft de Netverklaring 2019 opgesteld zonder over de betreffende punten met gerechtigden overleg te voeren. RailGood voelt zich hierdoor benadeeld en oneerlijk behandeld. Daarnaast kan RailGood zich niet verenigen met een aantal inhoudelijke onderdelen van de Netverklaring 2019, die volgens haar leiden tot oneerlijke behandeling of discriminatie, of die anderszins benadelend zijn.

2 Verloop van de procedure

7. Bij brief van 18 januari 2018 heeft RailGood bij de ACM een klacht ingediend op grond van artikel 58, vijfde lid, en artikel 71, eerste lid en onder a, van de Sw. ACM heeft de klacht bij brief van 23 januari 2018 ter kennisgeving aan ProRail toegezonden.⁴
8. Op 1 februari 2018 heeft RailGood haar klacht aangevuld.⁵ De ACM heeft deze aanvulling op 2 februari 2018 aan ProRail doorgezonden.⁶
9. Bij brief van 22 februari 2018 heeft ProRail haar zienswijze gegeven op de klacht.⁷
10. Bij brieven van 12 maart 2018 heeft de ACM aan RailGood⁸ en aan ProRail⁹ vragen gesteld. Deze vragen zijn op 29 maart 2018 (door ProRail)¹⁰ en 3 april 2018 (door RailGood)¹¹

³ Als bedoeld in artikel 67 van de Sw.

⁴ Brief van de ACM van 23 januari 2018, kenmerk: ACM/UIT/434138.

⁵ E-mails van 1 februari 2018, door de ACM geregistreerd onder de kenmerken: ACM/IN/373014, ACM/IN/373015, ACM/373016.

⁶ E-mail van de ACM van 2 februari 2018, kenmerk: ACM/UIT/450770.

⁷ Brief van ProRail van 22 februari 2018, kenmerk: VT20150017-535663540-2043.

⁸ Brief van de ACM van 12 maart 2018, kenmerk: ACM/UIT/482922.

⁹ Brief van de ACM van 12 maart 2018, kenmerk: ACM/UIT/482925.

¹⁰ Brief van ProRail van 29 maart 2018, kenmerk: VT20150017-535663540-2065.

¹¹ Brief van RailGood van 3 april 2018, kenmerk: RG/ACM/20180403.

beantwoord.

11. Op 10 april 2018 heeft ten kantore van de ACM een hoorzitting plaatsgevonden.
12. Bij brief van 24 april 2018¹² heeft de ACM aan ProRail een verzoek om aanvullende informatie toegestuurd. ProRail heeft de betreffende informatie bij brief van 7 mei 2018¹³ aan de ACM toegezonden.
13. Bij brief van 15 juni 2018¹⁴ heeft ProRail de ACM geïnformeerd met betrekking tot een voorgenomen wijziging in de operationele voorwaarden¹⁵ van de Netverklaring 2019.
14. Bij brief van 4 juli 2018¹⁶ heeft RailGood haar klacht ingetrokken voor zover deze betrekking heeft op de in de Netverklaring 2019 vermelde schaarsteheffingen en de tarieven voor het gebruik van opstelsporen.

3 Juridisch kader

15. Voor de beoordeling van de onderhavige klacht zijn in ieder geval de volgende bepalingen van belang.

3.1 Richtlijn 2012/34/EU

16. Artikel 27 van Richtlijn 2012/34/EU luidt als volgt:

1. De infrastructuurbeheerder stelt na overleg met de belanghebbenden een netverklaring op en maakt deze verklaring bekend, welke te verkrijgen is tegen betaling van een vergoeding die de kosten van bekendmaking ervan niet mag overschrijden. (...)

2. De netverklaring beschrijft de aard van de voor spoorwegondernemingen beschikbare infrastructuur, en bevat informatie over de voorwaarden voor toegang tot de betreffende spoorweginfrastructuur. De netverklaring bevat ook informatie over de voorwaarden voor toegang tot dienstvoorzieningen die zijn aangesloten op het netwerk van de infrastructuurbeheerder en voor de dienstverlening in die voorzieningen, of een verwijzing naar een website waarop deze informatie kosteloos in elektronische vorm wordt aangeboden. De inhoud van de netverklaring is opgenomen in bijlage IV.

3. De netverklaring wordt bijgewerkt en zo nodig gewijzigd.

4. De netverklaring wordt ten minste vier maanden vóór het verstrijken van de termijn voor de indiening van aanvragen voor infrastructuurcapaciteit bekendgemaakt.

¹² Brief van de ACM van 24 april 2018, kenmerk: ACM/UIT/493291.

¹³ Brief van ProRail van 7 mei 2018, kenmerk: VT20150017-5356635402076.

¹⁴ Brief van ProRail van 15 juni 2018, kenmerk: VT20150017-5356635402110.

¹⁵ Dit zijn door ProRail opgestelde regels die bedoeld zijn om het doelmatig gebruik van de hoofdspoorwegen en een doelmatige afwikkeling van de communicatie tussen ProRail en uitvoerend spoorwegpersoneel te bevorderen. Zie ook blz. 19 van de Netverklaring 2019.

¹⁶ Brief van RailGood van 4 juli 2018, kenmerk: RG/ACM/20180704.

17. Bijlage IV van Richtlijn 2012/34/EU luidt als volgt:

“BIJLAGE IV

INHOUD VAN DE NETVERKLARING

(als bedoeld in artikel 27)

De in artikel 27 bedoelde netverklaring bevat de volgende informatie:

- 1. Een gedeelte waarin de aard van de voor spoorwegondernemingen beschikbare infrastructuur en de voor toegang tot de spoorweginfrastructuur geldende voorwaarden worden beschreven. De informatie in dit deel dient jaarlijks in overeenstemming te worden gebracht met of te verwijzen naar de overeenkomstig artikel 35 van Richtlijn 2008/57/EG te publiceren infrastructuuregisters.*
- 2. Een gedeelte waarin de heffingsbeginselen en de tarieven opgenomen zijn. Dit zal de nodige details over het heffingsstelsel bevatten, alsmede voldoende informatie over gebruiksrechten en alle andere relevante informatie in verband met de toegang tot de in bijlage II genoemde diensten die door één leverancier worden verschaft. De voor de toepassing van artikel 31 tot en met 36 gebruikte methode, voorschriften en, indien van toepassing, schalen voor de bepaling van de kosten en heffingen worden nader omschreven. Voorts bevat dit gedeelte informatie over de reeds vastgestelde of de in de loop van de vijf volgende jaren verwachte wijzigingen van de gebruiksrechten, indien deze informatie beschikbaar is.*
- 3. Een gedeelte over de criteria en voorschriften voor capaciteitstoewijzing. Dit bevat de algemene kenmerken van de infrastructuurcapaciteit die voor spoorwegondernemingen beschikbaar is, en alle beperkingen met betrekking tot het gebruik daarvan, met inbegrip van vermoedelijke beperkingen in verband met onderhoud. In dit gedeelte worden tevens de procedures en termijnen met betrekking tot de capaciteitstoewijzing gepreciseerd. Verder zijn daarin specifieke criteria vervat die bij de capaciteitstoewijzing worden gehanteerd, zoals:
 - a) de procedure volgens welke aanvragers bij de infrastructuurbeheerder capaciteit kunnen aanvragen;*
 - b) de bepalingen waaraan aanvragers moeten voldoen;*
 - c) de termijnen voor de aanvraag- en toewijzingsprocedures en de procedure die moet worden gevolgd om informatie te vragen over die termijnen, alsmede de procedure voor het programmeren van geplande en niet-geplande onderhoudswerkzaamheden;*
 - d) de beginselen met betrekking tot de coördinatieprocedure en de in dat kader beschikbare procedure voor de beslechting van geschillen;*
 - e) de procedures en criteria ingeval de beschikbare capaciteit overbelast is;*
 - f) bijzonderheden over de beperkingen inzake het gebruik van infrastructuur;*
 - g) de regels voor het eventueel in aanmerking nemen van vroegere capaciteitsbenuttingsniveaus om de prioriteiten tijdens de toewijzingsprocedure vast te stellen.**

In dit gedeelte wordt een nauwkeurige omschrijving gegeven van de maatregelen ter waarborging van een adequate behandeling van goederenvervoersdiensten, internationale diensten en aanvragen volgens de ad-hocprocedure. Het bevat een standaardformulier om treinpaden aan te vragen. De infrastructuurbeheerder publiceert

eveneens gedetailleerde informatie over de toewijzingsprocedure voor internationale treinpaden.

(...)

6. Een afdeling met informatie over de toegang tot en de tarieven voor de in bijlage II bedoelde voorzieningen. De exploitanten van voorzieningen die niet onder de infrastructuurbeheerder ressorteren, stellen de infrastructuurbeheerder in kennis van de informatie over de tarieven voor de toegang tot de voorziening en de aangeboden diensten en van de informatie inzake de technische toegangsvoorwaarden die in de netverklaring moet worden opgenomen, of van het adres van een website waar die informatie kosteloos in elektronische vorm beschikbaar is.

(...)

3.2 Spoorwegwet

18. Artikel 1, eerste lid Sw definieert enkele begrippen, waaronder:

“beheerder: houder van een concessie als bedoeld in artikel 16, eerste lid”;

“spoorwegonderneming: spoorwegonderneming als bedoeld in artikel 3, onderdeel 1, van richtlijn 2012/34/EU, alsmede iedere andere onderneming die gebruik maakt of beoogt te maken van de spoorweg en daarvoor de beschikking heeft over tractie;”

“netverklaring: netverklaring als bedoeld in artikel 27 van richtlijn 2012/34/EU;”

19. Artikel 57, eerste en tweede lid, van de Sw stelt met betrekking tot het begrip gerechtigde:

“1 Gerechtigd tot het sluiten van een toegangsovereenkomst en een kaderovereenkomst met de beheerder zijn de partijen, bedoeld in het tweede lid.

2 Als aanvrager als bedoeld in artikel 3, onderdeel 19, van richtlijn 2012/34/EU worden aangemerkt:

- a. *spoorwegondernemingen die in het bezit zijn van een bedrijfsvergunning of deze hebben aangevraagd, voorzover zij daarmee gerechtigd zijn van de hoofdspoorweginfrastructuur gebruik te maken op de wijze waarvoor zij de overeenkomst willen sluiten;*
- b. (...)
- c. *andere natuurlijke personen of rechtspersonen die om commerciële redenen aantoonbaar belang hebben bij de verwerving van capaciteit voor het doen vervoeren van personen of lading door middel van spoorvervoerdiensten.*
(...)”

20. Artikel 58 van de Sw bepaalt, voor zover hier van belang:

“1 De beheerder stelt jaarlijks, na overleg met betrokken gerechtigden, een netverklaring op.

2 De netverklaring bevat informatie betreffende de aard en toegang tot en het gebruik van de hoofdspoorweginfrastructuur en bevat in ieder geval:

- a. *de informatie en gegevens genoemd in bijlage IV van richtlijn 2012/34/EU;*

- b. met inachtneming van artikel 41, tweede lid, van richtlijn 2012/34/EU, de voorwaarden om er voor te zorgen dat aan de gerechtvaardigde verwachtingen van de beheerder ten aanzien van toekomstige inkomsten en het toekomstig gebruik van de hoofdspoorweginfrastructuur wordt voldaan;
- c. de verwijzing naar de website waar de bij of krachtens artikel 62, vierde lid, vastgestelde voorschriften zijn gepubliceerd;
- d. in voorkomend geval: een verwijzing naar de websites, bedoeld in de artikelen 27, tweede lid, en 31, tiende lid, van richtlijn 2012/34/EU;
- e. in voorkomend geval: de lijst van marktsegmenten, bedoeld in artikel 32, eerste lid, van richtlijn 2012/34/EU;
- f. de informatie en gegevens betreffende de in artikel 32, vijfde lid, van richtlijn 2012/34/EU aan een heffingsregeling gestelde vereisten;
- g. een zakelijke weergave van de inhoud van de geldende kaderovereenkomsten;
- h. informatie over voor bepaalde soorten van gebruik voorbehouden capaciteit;
- i. de wijze waarop rekening wordt gehouden met vroegere benuttingsgraden van treinpaden als bedoeld in artikel 52, eerste en tweede lid, van richtlijn 2012/34/EU;
- j. een prognose omtrent de ontwikkeling van de capaciteit;
- k. de criteria voor het vaststellen van de nalatigheid van gebruik van toegewezen capaciteit, bedoeld in artikel 36, van richtlijn 2012/34/EU.

3 (...)

4 De beheerder brengt in de netverklaring zo nodig wijzigingen aan, met inachtneming van artikel 32, zesde lid, van richtlijn 2012/34/EU. Het derde lid is van overeenkomstige toepassing.

5 Een gerechtigde als bedoeld in het eerste lid kan bij de Autoriteit Consument en Markt een klacht als bedoeld in artikel 71 indienen, voor zover deze klacht ziet op de in de netverklaring bekend gemaakte gegevens, bedoeld in onderdelen 2 en 3 van bijlage IV van richtlijn 2012/34/EU, tot uiterlijk zes weken na de datum van de Staatscourant waarin mededeling is gedaan van de vaststelling van de netverklaring of van een wijziging van de hiervoor bedoelde onderdelen van de netverklaring.

6 (...)"

21. Artikel 71 van de Sw luidt, voor zover hier van belang:

"1. Een gerechtigde als bedoeld in artikel 57, een spoorwegonderneming, een partij bij een toegangsovereenkomst of een kaderovereenkomst als bedoeld in hoofdstuk 4 of een betrokken partij kan bij de Autoriteit Consument en Markt schriftelijk een aanvraag indienen om te onderzoeken of door een beheerder, een exploitant van een dienstvoorziening, een spoorwegonderneming jegens de aanvrager sprake is van:

- a. Oneerlijke behandeling, discriminatie of anderszins van benadeling als bedoeld in artikel 56, eerste lid, van richtlijn 2012/34/EU;

(...)

2. De Autoriteit Consument en Markt neemt een besluit inzake een aanvraag als bedoeld in het eerste lid.

(...)

4. De Autoriteit Consument en Markt kan zo nodig een last onder dwangsom opleggen.

(...)"

4 Beoordeling door de ACM

4.1 Ontvankelijkheid

22. RailGood heeft op 18 januari 2018 op basis van artikel 58, vijfde lid en artikel 71, eerste lid en onder a, van de Sw een klacht ingediend tegen ProRail, wegens het “*niet en onvoldoende naleven van artikel 58, lid 1, van de Spoorwegwet*”.¹⁷ De klacht is ingediend namens negen ondernemingen, die daartoe allen een volmacht aan RailGood hebben verleend.
23. Zoals blijkt uit artikel 71, eerste lid, van de Sw kan een aanvraag (klacht) als bedoeld in dat artikel worden ingediend door (onder andere) spoorwegondernemingen en door partijen bij een toegangsovereenkomst. De ACM stelt vast dat de in randnummer 2 van dit besluit genoemde ondernemingen – met uitzondering van DistriRail – allen spoorwegondernemingen zijn. DistriRail is actief als expediteur en heeft met ProRail een toegangsovereenkomst afgesloten.¹⁸ Gelet op het voorgaande zijn de door RailGood vertegenwoordigde ondernemingen in beginsel gerechtigd om een aanvraag in te dienen.
24. RailGood heeft haar aanvraag onder meer gestoeld op artikel 58, vijfde lid, van de Sw. Voor zover de klacht ziet op de in de netverklaring bekendgemaakte gegevens over tarieven en capaciteitsverdeling, als bedoeld in onderdelen 2 en 3 van Bijlage IV van Richtlijn 2012/34/EU, kon RailGood deze klacht indienen tot uiterlijk zes weken na de datum van de Staatscourant waarin mededeling is gedaan van de vaststelling van de netverklaring (in dit geval de Netverklaring 2019).
25. ProRail heeft op 8 december 2017 in de Staatscourant melding gemaakt van de vaststelling van de Netverklaring 2019. Nu RailGood haar klacht op 18 januari 2018 bij de ACM heeft ingediend, stelt de ACM vast dat de klacht binnen de daarvoor in artikel 58, vijfde lid, van de Sw gestelde termijn is ingediend.
26. De ACM concludeert, op grond van hetgeen in de randnummers 23 tot en met 25 is overwogen, dat de door RailGood vertegenwoordigde ondernemingen ontvankelijk zijn in hun aanvraag.

4.2 Wijze van overleg bij de totstandkoming van de Netverklaring 2019

Klacht RailGood

27. RailGood betoogt dat ProRail zich niet heeft gehouden aan de verplichting, die op grond van artikel 58, eerste lid, van de Sw op haar rust, om de netverklaring na overleg met de betrokken gerechtigden op te stellen. RailGood heeft in het kader van de consultatie een uitgebreide reactie gegeven op de ontwerp-Netverklaring 2019 en heeft een groot aantal punten aangedragen waarop de netverklaring volgens haar zou moeten worden aangepast. De helft van de punten die RailGood in haar consultatiereactie naar voren heeft gebracht, is echter door ProRail terzijde geschoven, zonder daar (eerst) over in gesprek te gaan met RailGood.

¹⁷ Brief van RailGood van 31 januari 2018, kenmerk: RG/ACM/20180131, blz. 1.

¹⁸ Zie ook <https://www.prorail.nl/vervoerders/onze-klanten>.

28. RailGood stelt zich op het standpunt dat ProRail in de drie maanden na ontvangst van de zienswijze van RailGood op 11 oktober 2017, concrete stappen had moeten ondernemen om in gesprek te gaan met RailGood om (potentiële) nadelige en/of oneerlijke behandeling van gerechtigden in het segment goederenvervoer te voorkomen en tot over en weer gedragen afspraken te komen. In deze periode hadden op zijn minst concrete procesafspraken gemaakt kunnen worden over thema's uit de consultatiereactie van RailGood die ProRail niet of onvoldoende heeft verwerkt. Daartoe is van de zijde van ProRail geen enkele poging ondernomen.
29. RailGood wenst door middel van het indienen van de onderhavige klacht meer helderheid te krijgen over de rechten, plichten en tijdslijnen in het samenwerkings- en overlegproces voor de totstandkoming en vaststelling van de netverklaring. RailGood voelt zich door de handelwijze van ProRail benadeeld en oneerlijk behandeld, en de aanpak van ProRail wordt als niet transparant ervaren.

Zienswijze ProRail

30. Volgens ProRail is de klacht van RailGood, voor zover zij daarmee beoogt helderheid te verkrijgen over rechten, plichten en tijdslijnen in het proces van totstandkoming van de netverklaring, niet-ontvankelijk. De klachtenprocedure van artikel 71 van de Sw ziet op een onderzoek door de ACM naar oneerlijke behandeling, benadeling of discriminatie, en is niet bedoeld voor het verschaffen van de door RailGood verzochte helderheid over processen en tijdslijnen.
31. Voor zover de klacht op dit onderdeel ontvankelijk kan worden geacht, betoogt ProRail dat de Netverklaring 2019 tot stand is gekomen in overeenstemming met artikel 58, eerste lid, van de Sw. De Spoorwegwet en de wetsgeschiedenis daarvan geven geen nadere informatie over de wijze waarop het in artikel 58 van de Sw genoemde overleg zou moeten plaatsvinden. ProRail geeft invulling aan het vereiste van overleg door de ontwerp-netverklaring toe te sturen aan alle gerechtigden en overige belanghebbenden. Zij verzoekt hen daarbij binnen een termijn van zes weken schriftelijk te reageren. Deze schriftelijke reacties worden door ProRail vervolgens schriftelijk beantwoord, en deze beantwoording wordt meegezonden bij de definitieve netverklaring.
32. Onder verwijzing naar het besluit van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa; één van de rechtsvoorgangers van de ACM) van 26 januari 2009¹⁹ merkt ProRail op dat de consultatie van de netverklaring geen verplichting behelst voor ProRail om inhoudelijk aan de consultatiereacties tegemoet te komen. Het feit dat een ingediende consultatiereactie niet het door de indiener gewenste effect heeft gehad, betekent volgens ProRail dan ook niet dat zij niet aan haar verplichtingen op grond van artikel 58, eerste lid, van de Sw heeft voldaan.
33. In de hoorzitting bij de ACM heeft ProRail aangegeven voornemens te zijn gerechtigden in de toekomst eerder bij het proces van totstandkoming van de netverklaring te betrekken. Daarbij zullen ook bijeenkomsten met de gerechtigden worden georganiseerd, waarbij mondeling overleg kan worden gevoerd over de inhoud van de netverklaring.

Beoordeling door de ACM

¹⁹ Besluit van de NMa van 26 januari 2009, kenmerk 200117/32.B875 (*DB Schenker/ProRail*).

34. De ACM overweegt met betrekking tot de ontvankelijkheid van dit klachtonderdeel dat de wens van RailGood om door middel van haar klacht meer helderheid te verkrijgen over de procedure van totstandkoming van de netverklaring, niet maakt dat dit onderdeel van de klacht als niet-ontvankelijk moet worden beschouwd. RailGood geeft in haar klacht immers ook aan dat zij zich door het gebrek aan overleg met ProRail benadeeld en oneerlijk behandeld voelt. Daarmee valt dit onderdeel van de klacht naar het oordeel van de ACM binnen de reikwijdte van artikel 71, eerste lid en onder a, van de Sw.
35. Ten aanzien van de wijze waarop ProRail in het kader van de totstandkoming van de Netverklaring 2019 invulling heeft gegeven aan artikel 58, eerste lid, van de Sw, overweegt de ACM het volgende.
36. Uit het hiervóór genoemde besluit van de NMa van 26 januari 2009, randnummers 46 tot en met 48, blijkt dat ProRail kan voldoen aan de op grond van artikel 58, eerste lid, van de Sw op haar rustende verplichting om de netverklaring na overleg met de betrokken gerechtigden op te stellen, door een ontwerpversie van de netverklaring te consulteren en gemotiveerd te reageren op de zienswijzen die naar aanleiding daarvan zijn ontvangen.
37. De ACM stelt op basis van het door ProRail opgestelde overzicht van consultatiereacties vast, dat ProRail gemotiveerd heeft gereageerd op de zienswijze die in reactie op de ontwerp-Netverklaring 2019 door RailGood is ingediend. Gelet daarop heeft ProRail naar het oordeel van de ACM bij de totstandkoming van de Netverklaring 2019 voldaan aan artikel 58, eerste lid, van de Sw. Anders dan RailGood betoogt, volgt uit die bepaling geen verplichting voor ProRail om met gerechtigden het gesprek aan te gaan, als zij bepaalde zienswijzen niet wil overnemen. De klacht van RailGood slaagt op dit onderdeel niet.

4.3 Inhoud van de Netverklaring 2019

4.3.1 Samenwerking met buitenlandse infrastructuurbeheerders

Klacht RailGood

38. RailGood voert aan dat ProRail onvoldoende samenwerkt met de Duitse infrastructuurbeheerder (DB Netz AG, hierna: DB Netz). Volgens RailGood moet ProRail haar werkwijzen harmoniseren met die van DB Netz. Door dit niet te doen, handelt ProRail in strijd met de op haar rustende plicht tot samenwerking met buitenlandse infrastructuurbeheerders, neergelegd in artikel 56 van de Sw. Op grond van dat artikel moet ProRail bij haar samenwerking met DB Netz artikel 40 van Richtlijn 2012/34/EU (hierna ook: de Richtlijn) in acht nemen. ProRail werkt volgens RailGood onvoldoende samen met DB Netz bij het toewijzen van netoverschrijdende infrastructuurcapaciteit en voldoet daarmee niet aan artikel 40 van de Richtlijn.
39. RailGood betoogt dat de door ProRail in de Netverklaring 2019 vermelde lengtebeperkingen op de grensbaanvakken niet kloppen. De in de netverklaring vermelde lengtebeperkingen stemmen niet overeen met de *Rail Freight Corridor* (RFC)-documentatie. Daarnaast geeft DB Netz aan dat op de betreffende grensbaanvakken ook langere treinen kunnen rijden.
40. Verder vindt RailGood dat processen van ProRail en DB Netz, bijvoorbeeld op het gebied van capaciteitsverdeling, te vaak niet aansluiten. Zo werken beide beheerders bij de verdeling van

(ad hoc) capaciteit met andersoortige treinpaden ('confectiepaden' van ProRail versus meer maatwerk van DB Netz). Na de vaststelling van de jaardienstregeling werkt ProRail met wijzigingsbladen met een geldigheidsduur van twee maanden, terwijl DB Netz met een zes weken-termijn werkt. Dit maakt het proces voor vervoerders intransparant en inefficiënt, en leidt regelmatig tot fouten in de grensoverschrijdende dienstregelingen. Ook veroorzaakt het extra kosten, omdat plannings met regelmaat in de week vóór uitvoering moeten worden omgegooid. Alleen de *Pre-arranged Paths* (PaP's) van de RFC's voldoen volgens RailGood momenteel aan de verwachtingen van de goederenvervoerders.

41. Ten slotte stelt RailGood dat ProRail en DB Netz te vaak onderling niet goed afstemmen, met name in de laatste zes weken voor de uitvoeringsdag van een treinpad. Dit wordt mede veroorzaakt door de vele overlegplatformen van ProRail, die door de goederenvervoerders als inefficiënt worden ervaren.

Zienswijze ProRail

42. ProRail betoogt dat de lengtebeperkingen in de Netverklaring 2019 voortvloeien uit de met de naburige infrastructuurbeheerders gesloten grensbaanvakovereenkomsten. De beperkingen zijn ingegeven door beperkingen in de infrastructuur, met name in Duitsland. Als gevolg van deze beperkingen moet voor treinen met een grotere lengte een specifieke dienstregeling worden gemaakt. Op grond van de grensbaanvakovereenkomsten moet ProRail of de vervoerder treinen die langer zijn dan de in de netverklaring opgenomen lengte expliciet aanmelden bij DB Netz. In de praktijk zijn langere treinlengtes goed mogelijk, maar alleen na melding en instemming van ProRail en DB Netz. Bij het vaststellen van PaP's binnen de RFC's wordt de maximaal mogelijke treinlengte van tevoren afgestemd tussen de verschillende infrabeheerders, waardoor daarover reeds overeenstemming bestaat op het moment van publiceren van de betreffende paden.
43. In de hoorzitting bij de ACM heeft ProRail toegelicht dat de lengtebeperkingen die in de Netverklaring 2019 bij de grensbaanvakken zijn weergegeven, lengtes betreffen die in de dienstregeling gegarandeerd kunnen worden. Spoorwegondernemingen kunnen ook paden voor langere treinen aanvragen. De werkelijk maximaal mogelijke lengte op een specifiek grensbaanvak ligt tussen de in de netverklaring weergegeven lengte en 740 meter. Als gevolg van beperkingen in de fysieke infracapaciteit kan een trein waarvan de lengte groter is dan het maximum vermeld in de netverklaring niet altijd worden geacommodeerd. Over deze treinen moet daarom overleg worden gevoerd met de infrastructuurbeheerder. Jaarlijks rijden er echter enkele duizenden treinen op de grensbaanvakken met een lengte die groter is dan de maximale lengte genoemd in de netverklaring.
44. Wat betreft de verschillen in de werkprocessen van ProRail en DB Netz, voert ProRail aan dat zij en DB Netz geen identieke werkwijze hanteren met betrekking tot de capaciteitsverdeling. Er vindt volgens haar echter zeer regelmatig (operationeel) overleg plaats met DB Netz om te komen tot een efficiënte verdeling van de (netoverschrijdende) infrastructuur. Daarnaast is het proces voor verkeersaanpassingen als gevolg van beheer (VAB)²⁰ drie jaar geleden volledig geharmoniseerd met het proces van DB Netz. Voor grensoverschrijdende ad hoc-aanvragen volgt ProRail het proces dat is afgesproken binnen RailNetEurope.²¹

²⁰ Het herplannen van verkeer in verband met de uitvoering van infrastructuurbeheertaken. Zie ook blz. 61 van de Netverklaring 2019.

²¹ RailNetEurope is het samenwerkingsverband van Europese infrastructuurbeheerders.

Beoordeling door de ACM

45. Met betrekking tot de lengtebeperkingen op de grensbaanvakken overweegt de ACM als volgt. ProRail moet op grond van artikel 58, tweede lid en onder a, van de Sw, gelezen in samenhang met Bijlage IV, punt 1, van Richtlijn 2012/34/EU, in de netverklaring informatie opnemen omtrent de aard van de voor spoorwegondernemingen beschikbare infrastructuur en de voorwaarden die gelden voor toegang tot de spoorweginfrastructuur. De ACM moet daarom beoordelen of de informatie, die door ProRail in de Netverklaring 2019 wordt gegeven over de lengtebeperkingen op de grensbaanvakken, voldoende duidelijkheid schept over de werkelijke gebruiksmogelijkheden van de spoorweginfrastructuur ter plaatse.
46. Zoals volgt uit bladzijde 29-30 van de Netverklaring 2019, is de maximale treinlengte voor goederentreinen op het door ProRail beheerde net 740 meter. Op verscheidene grensbaanvakken gelden uit hoofde van de grensbaanvakovereenkomsten echter maximale lengten die kleiner zijn dan 740 meter. Specifiek gaat het om de grensovergangen Oldenzaal – Bad Bentheim (grenswaarde 590 meter), Zevenaar – Emmerich (grenswaarde 690 meter) en Venlo – Kaldenkirchen (grenswaarde 650 meter). Over de mogelijkheid om over deze grensbaanvakken treinen te laten rijden die de genoemde lengtebeperkingen overschrijden, vermeldt de Netverklaring 2019 niet méér dan dat dit alleen mogelijk is na voorafgaand overleg en met instemming van ProRail.
47. ProRail heeft in de hoorzitting aangegeven dat de maximale treinlengte die *feitelijk* op een grensbaanvak kan worden geaccommodeerd, ergens tussen de in de netverklaring vermelde grenswaarde en 740 meter ligt. Wat de feitelijk maximaal mogelijke treinlengte op een baanvak is, hangt mede samen met de specifieke infrastructuurkarakteristieken van het betreffende baanvak.
48. Naar het oordeel van de ACM blijkt uit de informatie die door ProRail is verstrekt²² en de toelichting die door ProRail in de hoorzitting is gegeven, dat de Netverklaring 2019 onvoldoende informatie geeft over de feitelijke maximale treinlengte op de in randnummer 46 genoemde grensbaanvakken. Ook geeft de Netverklaring 2019 onvoldoende informatie over de criteria die door ProRail worden toegepast om te beoordelen of een trein in de dienstregeling kan worden ingepast, die langer is dan de in de grensbaanvakovereenkomst vastgestelde lengte, maar de feitelijk mogelijke maximale treinlengte ter plaatse niet overschrijdt. Gelet op het (zeer) grote aantal treinen dat jaarlijks op de grensbaanvakken de lengtebeperkingen overschrijdt die in de grensbaanvakovereenkomsten zijn gesteld, vindt de ACM dat ProRail meer inzicht in deze criteria moet geven en in de wijze waarop zij beoordeelt of een aanvraag voor een langere trein doorgang kan vinden.
49. Gelet op het voorgaande komt de ACM tot het oordeel dat de Netverklaring 2019 op het punt van de lengtebeperkingen die gelden op de grensbaanvakken niet voldoet aan artikel 58, tweede lid en onder a, van de Sw, gelezen in samenhang met Bijlage IV, punt 1, van Richtlijn 2012/34/EU. Het eerste klachtonderdeel is op dit punt gegrond.
50. Voor het overige slaagt dit klachtonderdeel echter niet. De in artikel 56 van de Sw en artikel 40 van Richtlijn 2012/34/EU bedoelde samenwerkingsplicht strekt niet tot (volledige) harmonisatie van de werkprocessen van naburige infrastructuurbeheerders. Voor zover uit deze bepalingen

²² Zie onder andere de brief van ProRail van 29 maart 2018, kenmerk: VT20150017-535663540-2065, blz. 1-2.

specifieke verplichtingen voortvloeien, ziet de ACM in de klacht geen aanwijzingen voor niet-naleving van deze verplichtingen in de Netverklaring 2019. Dat zich – zoals RailGood stelt – in het verleden bij de samenwerking in de operationele sfeer mogelijk afstemmingsproblemen hebben voorgedaan tussen ProRail en DB Netz, valt naar het oordeel van de ACM buiten de reikwijdte van de klacht, omdat RailGood haar klacht uitdrukkelijk heeft beperkt tot de inhoud van de Netverklaring 2019.

4.3.2 Capaciteitsverdeling

51. RailGood komt in de klacht op tegen verscheidene onderdelen van de Netverklaring 2019 die betrekking hebben op het capaciteitsverdelingsproces. Meer specifiek gaat het daarbij om:

- (1) aspecten van het Basis Uur Patroon (BUP)-proces;
- (2) de door ProRail vastgestelde eigenschappen van de standaardgoederenpaden;
- (3) de termijnen bij de overdracht van de dienstregeling door ProRail One Stop Shop (OSS) aan ProRail Verkeersleiding (het zogenoemde ‘zwarte gat’).

Hieronder volgt eerst een korte beschrijving van het capaciteitsverdelingsproces. Daarna komen de hiervóór genoemde onderwerpen aan de orde.

Beschrijving capaciteitsverdelingsproces

52. Het proces van aanvragen en verdelen van capaciteit vindt breed genomen plaats in drie fases. Vóórdat de mogelijkheid voor het indienen van concrete capaciteitsaanvragen wordt opengesteld, treedt ProRail met spoorwegondernemingen in overleg om een Basis Uur Patroon vast te stellen. Dit BUP-proces is een (vrijwillig) voortraject, dat is bedoeld om voorafgaand aan het capaciteitsverdelingsproces de grootste knelpunten op capaciteitsgebied te identificeren.
53. Het BUP-proces vormt de basis voor het vaststellen van de jaardienstregeling. De jaardienst-fase start daarna, met het indienen van aanvragen voor capaciteit door spoorwegondernemingen. Is tijdens de jaardienst-fase sprake van conflicterende aanvragen, dan tracht ProRail die aanvragen – waar nodig in overleg met de betrokken spoorwegondernemingen – met elkaar te verzoenen. Dit staat bekend als de programmatie- en coördinatiefase. Blijkt het in deze fase niet mogelijk te zijn overeenstemming te bereiken, dan stelt ProRail, na een zogenoemde overbelastverklaring, de jaardienstregeling vast conform prioriteringsregels ontleend aan de toepasselijke wet- en regelgeving.
54. De prioriteit van goederenvervoerders is afhankelijk van de vraag of er al dan niet sprake is van standaard goederenvervoer, als bedoeld in artikel 1 van het Besluit capaciteitsverdeling hoofdspoorweginfrastructuur. Standaard goederenvervoer is het goederenvervoer dat kan worden uitgevoerd binnen de kaders van de door ProRail vastgestelde standaardgoederenpaden. Bijlage 22 bij de Netverklaring 2019 geeft nadere informatie over deze paden.
55. Ook na het vaststellen van de jaardienstverdeling is het mogelijk om capaciteit aan te vragen. In de zogenoemde *ad hoc*-fase kan een spoorwegonderneming een aanvraag voor capaciteit indienen bij de OSS van ProRail. Bij de OSS kan tot vijf werkdagen vóór de voorgenomen datum van uitvoering van het treinpad een capaciteitsaanvraag worden ingediend. Als laatste mogelijkheid kan nog capaciteit worden aangevraagd bij de verkeersleiding van ProRail. Dit kan tot 30 minuten voor het voorgenomen tijdstip van uitvoering van een treinpad.

Klacht RailGood

BUP-proces

56. RailGood kan zich niet vinden in de wijze waarop ProRail het BUP-proces heeft ingericht. Dit proces is volgens RailGood ineffectief en inefficiënt. Het is de taak van ProRail, en niet van de spoorvervoerders, om marktconforme en internationaal aansluitende en geharmoniseerde treinpaden vast te stellen. Ondanks haar eigen voorstel heeft ProRail nagelaten de suggesties van RailGood in de uitvoering van het BUP-proces voor dienstregelingsjaren 2018 en 2019 mee te nemen. De aanpak van ProRail is niet klant- en marktgericht en niet transparant, benadeelt de goederenvervoerders ten opzichte van de reizigersvervoerders en kan leiden tot oneerlijke behandeling, aldus RailGood.

Standaardgoederenpaden

57. Ook kan RailGood zich niet vinden in de door ProRail vastgestelde standaardgoederenpaden. De standaardpaden die ProRail aanbiedt, zijn niet marktgericht. De paden moeten nader worden gedifferentieerd, bijvoorbeeld op basis van tractie- en tonnagecombinaties. Ook moeten zij aansluiten op de grenslasten die in Duitsland en België worden gehanteerd. Daarnaast moet ProRail volgens RailGood overgaan tot (her-)invoering van verschillende soorten standaardgoederenpaden op de Betuweroute, die in de Netverklaring 2016 nog wel werden aangeboden. RailGood vindt dat het niet aanbieden van deze paden niet transparant is, de spoorgoederenvervoerders kan benadelen en kan leiden tot discriminatie.

Transparantie

58. Verder is de Netverklaring 2019 volgens RailGood onvoldoende transparant ten aanzien van de mogelijkheden voor het indienen van capaciteitsaanvragen voor de jaardienstregeling. Uit de beschrijving in onderdeel 4.4.1.2.1 van de Netverklaring 2019 blijkt niet duidelijk dat capaciteit kan worden aangevraagd voor goederentreinen met karakteristieken die afwijken van de door ProRail vastgestelde standaardgoederenpaden. RailGood stelt dat dit een risico van benadeling kan meebrengen.

Overdrachtstermijn

59. Ten slotte komt RailGood op tegen de door ProRail gehanteerde termijnen voor capaciteitsaanvragen bij de OSS en de verkeersleiding van ProRail. Tussen deze twee fasen is op dit moment sprake van een 'zwart gat'. Ad hoc capaciteit die in de periode tussen de twee fasen wordt aangevraagd, wordt niet direct, maar pas na die periode verdeeld. ProRail doet onvoldoende om dat gat te dichten en komt afspraken die zij daarover eerder met RailGood maakte niet na. De werkwijze van ProRail sluit daarnaast niet aan bij die van DB Netz, aangezien bij DB Netz tot 48 uur voor de uitvoering van een treinpad ad hoc-aanvragen kunnen worden ingediend. De huidige werkwijze rondom de overdracht door ProRail OSS aan de verkeersleiding is niet transparant en kan een risico met zich meebrengen dat goederenvervoerders worden benadeeld of gediscrimineerd, aldus RailGood.

Zienswijze ProRail

BUP-proces

60. ProRail begrijpt uit de klacht van RailGood dat RailGood een op het goederenvervoer gerichte tekstuele aanpassing wenst in de beschrijving van het BUP-proces in de Netverklaring 2019. Een dergelijke aanpassing past volgens ProRail niet bij het algemene karakter van de

beschrijving van het BUP-proces, waar zowel reizigers- als goederenvervoerders aan kunnen deelnemen.

Standaardgoederenpaden

61. Met betrekking tot de karakteristieken van de in de Netverklaring 2019 vastgestelde standaardgoederenpaden merkt ProRail op dat deze paden gebaseerd zijn op gerealiseerde goederenpaden en zijn afgestemd met Infrabel en DB Netz. De voorgestelde standaardgoederenpaden zijn volgens ProRail onder andere aan de orde geweest bij de Tafel van Verdeling van 16 januari 2018. Tijdens dit overleg zijn er geen bezwaren geuit door spoorgoederenvervoerders over de karakteristieken van de in de Netverklaring 2019 opgenomen standaardpaden als zodanig.

Transparantie

62. ProRail merkt op dat capaciteitsaanvragen voor treinpaden met karakteristieken die afwijken van de standaardpaden ook in behandeling worden genomen. Dit is ook opgenomen in de Netverklaring 2019, en is bevestigd in de consultatiereactie van ProRail bij die netverklaring.

Overdrachtstermijn

63. Ten aanzien van het 'zwarte gat' tussen de OSS en de verkeersleiding van ProRail voert ProRail aan dat zij al enige tijd werkt aan het verkleinen van de periode waarin de aanvragen om ad hoc-capaciteit niet direct beantwoord kunnen worden. Om technologische en organisatorische redenen heeft dit tot op heden niet geleid tot een structurele oplossing en dus ook niet tot een andere procedure. ProRail blijft in samenspraak met de spoorwegondernemingen zoeken naar oplossingen. De acties die in dat kader worden ondernomen, horen wat ProRail betreft echter niet thuis in de netverklaring. Ten overvloede merkt ProRail op dat zij bij het behandelen van ad hoc-aanvragen altijd voldoet aan artikel 48 van Richtlijn 2012/34/EU en in ieder geval binnen vijf werkdagen op deze aanvragen reageert. Het is ProRail dan ook niet duidelijk wat haar op dit punt te verwijten valt.

Beoordeling door de ACM

BUP-proces

64. De ACM stelt ten aanzien van het BUP-proces vast, dat dit een informele voorfase betreft voorafgaand aan het formele capaciteitsverdelingsproces. Voor het BUP-proces gelden daardoor geen specifieke wettelijke regels. Onder verwijzing naar de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 4 april 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW2273, overweegt de ACM dat het BUP-proces desalniettemin moet voldoen aan de eisen die uit Richtlijn 2012/34/EU voortvloeien, wat wil zeggen dat dit proces eerlijk, non-discriminatoir en in overeenstemming met het Unierecht moet zijn. De uitkomst van het BUP-proces – de BUP-verdeling – werkt immers in belangrijke, zo niet beslissende, mate door in de uiteindelijke toewijzing van infrastructuurcapaciteit, waardoor de BUP-fase in zoverre deel uitmaakt van de capaciteitsverdelingsprocedure.
65. De ACM constateert dat RailGood de volgende drie bezwaren heeft tegen het BUP-proces:
- Deelname aan het BUP-proces is geen taak van goederenvervoerders. Het is de taak van ProRail om marktconforme internationaal aansluitende en geharmoniseerde treinpaden te ontwerpen;

- RailGood heeft suggesties gedaan om het BUP-proces nader in te vullen. ProRail heeft met suggesties van RailGood op dit gebied niets gedaan;
 - Het BUP-proces is niet transparant en is discriminerend, omdat het proces reizigersvervoerders bevoordeelt.
66. ProRail beschrijft in de Netverklaring 2019 dat zij met het BUP-proces beoogt een basisuurpatroon te ontwerpen, dat zicht biedt "(...) op de (on-)mogelijkheden van uitvoering van de door capaciteitsaanvragers gewenste bedrijfsproductie." Hiertoe zoekt ProRail samenwerking en afstemming met deze partijen.²³
67. De ACM overweegt dat het basisuurpatroon als basis dient voor het vaststellen van treinpaden in de jaardienst. Dit is een kerntaak van ProRail. Naar het oordeel van de ACM staat het ProRail vrij om marktpartijen reeds in een vroeg stadium – door middel van het BUP-proces – bij het vaststellen en verdelen van treinpaden te betrekken. Deze handelwijze biedt de spoorwegondernemingen aanvullende mogelijkheden om de door hen gewenste specificaties van treinpaden aan ProRail kenbaar te maken, en stelt ProRail vervolgens in staat deze paden marktconform te ontwerpen. Naar het oordeel van de ACM volgt uit deze werkwijze nog niet dat ProRail niet aan haar (wettelijke) taken op het gebied van capaciteitsverdeling zou voldoen.
68. Met betrekking tot het bezwaar dat ProRail onvoldoende zou hebben gedaan met de suggesties van RailGood voor het BUP-proces, constateert de ACM dat ProRail in haar consultatiereactie ruimte bood deze suggesties in de uitvoering van het BUP-proces mee te nemen. Voor zover RailGood heeft willen betogen dat goederenvervoerders op dit punt in de concrete uitvoering van het BUP-proces worden benadeeld, overweegt de ACM dat dit argument buiten de klacht valt, omdat RailGood haar klacht uitdrukkelijk heeft gericht op de wijze van totstandkoming en de inhoud van de Netverklaring 2019.
69. Ten aanzien van de positie van reizigersvervoerders binnen het BUP-proces, overweegt de ACM het volgende. De ACM stelt vast dat het BUP-proces in paragraaf 4.4.1.1. van de Netverklaring 2019 is beschreven. Deze beschrijving maakt de opzet van de procedure voldoende transparant. De ACM ziet in deze beschrijving geen aanwijzingen voor discriminatie, oneerlijke behandeling of andersoortige benadeling van goederenvervoerders. Het enkele gegeven dat bij reizigersvervoerders een grotere behoefte bestaat aan patroonmatige paden, waardoor zij hun capaciteitsbehoefte concreter in een uurpatroon kunnen aangeven, maakt dit proces niet discriminerend, oneerlijk of benadelend ten opzichte van spoorgoederenvervoerders.

Tussenconclusie BUP-proces

70. De ACM ziet in de door RailGood aangevoerde argumenten met betrekking tot de beschrijving van het BUP-proces in de Netverklaring 2019 geen aanwijzingen voor discriminatie, oneerlijke behandeling of benadeling van goederenvervoerders.

Standaardgoederenpaden

71. Uit artikel 1 van het Besluit capaciteitsverdeling hoofdspoorweginfrastructuur blijkt dat ProRail de verantwoordelijkheid draagt voor het vaststellen en publiceren van de snelheid, lengte en acceleratiekarakteristieken van standaardgoederenpaden. Naar het oordeel van de ACM heeft ProRail bij de invulling daarvan een ruime beoordelingsmarge. Hierbij geldt voor haar geen

²³ Netverklaring 2019, par. 4.4.1.1.

verplichting tot nadere differentiatie van standaardpaden zoals door RailGood is verzocht. Evenmin is ProRail gehouden bij het vaststellen van standaardpaden gelijke grenslasten te hanteren als op aansluitende baanvakken van buitenlandse infrabeheerders.

72. Naar het oordeel van de ACM is ProRail ook niet verplicht om per baanvak verschillende soorten standaardgoederenpaden aan te bieden. Daarbij neemt de ACM in aanmerking dat het Besluit capaciteitsverdeling hoofdspoorweginfrastructuur in 2015 is gewijzigd, waarbij uit het oogpunt van flexibiliteit is afgestapt van een differentiatiemodel voor goederenvervoer.²⁴
73. Wat de Betuweroute betreft, is het de ACM niet duidelijk met welk doel daar standaardgoederenpaden zouden moeten worden vastgesteld. De Betuweroute is alleen bestemd voor goederenvervoer. Problemen in het verdelen van capaciteit tussen reizigers- en goederenvervoer doen zich daar in beginsel niet voor. Nu standaardgoederenpaden alleen binnen die context relevantie krijgen, mocht ProRail naar het oordeel van de ACM afzien van het vaststellen van standaardgoederenpaden op de Betuweroute. De ACM gaat mee met het betoog van ProRail dat standaardpaden op de Betuweroute slechts leiden tot beperking van de flexibiliteit. Ook is de ACM van oordeel dat er geen sprake is van een gebrek aan transparantie, nu in bijlage 22 voor de Betuweroute géén standaardpad is vermeld.

Tussenconclusie standaardgoederenpaden

74. De ACM ziet in de bezwaren die door RailGood zijn aangevoerd over de door ProRail in de Netverklaring 2019 vastgestelde standaardgoederenpaden geen aanwijzingen voor discriminatie, oneerlijke behandeling of benadeling van goederenvervoerders.

Transparantie

75. De ACM stelt vast dat in paragraaf 4.2.2. van de Netverklaring 2019 expliciet is vermeld dat het vervoerders vrij staat in de BUP-fase – maar ook in de jaardienstfase en ad-hoc-fase – voorstellen te doen (dan wel: aanvragen in te dienen) voor treinpaden met afwijkende karakteristieken. Dit uitgangspunt is door ProRail ook in haar reactie op de zienswijze van RailGood en ter hoorzitting bij de ACM bevestigd.

Tussenconclusie transparantie

76. De ACM is van oordeel dat in de Netverklaring 2019 geen sprake is van een gebrek aan transparantie over de mogelijkheid tot het doen van aanvragen voor treinpaden met karakteristieken die afwijken van die van standaardgoederenpaden.

Overdrachtstermijn

77. De ACM overweegt met betrekking tot de bij ad hoc-aanvragen geldende overdrachtstermijn tussen de OSS en de verkeersleiding van ProRail als volgt. ProRail is op grond van artikel 5, tweede lid, van het Besluit capaciteitsverdeling hoofdspoorweginfrastructuur gehouden binnen vijf werkdagen na ontvangst van een ad hoc-aanvraag aan de betrokken gerechtigde aan te geven of het betreffende pad voor verdeling beschikbaar is. Tussen partijen is niet in geschil dat ProRail aan deze verplichting voldoet. RailGood klaagt zich over de behandeling van ad hoc-aanvragen die *korter* dan vijf werkdagen voor de uitvoeringsdag worden ingediend. Het gaat daarbij specifiek om aanvragen die tijdens een bepaalde periode (die afhankelijk van de dag

²⁴ Uit de Nota van Toelichting bij deze wijziging blijkt dat dit een bewuste keuze van de wetgever is geweest: alleen goederenvervoer in standaardpaden heeft een plaats gekregen in de prioriteringsvolgorde. Aan andere vormen van vervoer "(...) wordt uit oogpunt van flexibiliteit buiten de systematiek van dit besluit capaciteit toegekend". Stb. 2015, nr. 157, blz. 21.

van de week waarop het gewenste treinpad valt, tussen de 56 en 104 uur duurt vanaf het moment van sluiting van de OSS-fase) niet door ProRail in behandeling worden genomen. In deze periode wordt de planning overgedragen van de OSS aan de verkeersleiding van ProRail. Ad hoc-aanvragen die tijdens dit 'zwarte gat' zijn ingediend, worden pas na afloop van de overdrachtstermijn in behandeling genomen.

78. Naar het oordeel van de ACM resulteert de in het randnummer hiervóór omschreven overdrachtstermijn niet in benadeling of discriminatie van goederenvervoerders, zoals is bedoeld in artikel 71, eerste lid, van de Sw. Voor discriminatie ziet de ACM geen aanwijzingen, aangezien het 'zwarte gat' ook voor andere soorten vervoerders geldt die in de betreffende tijdspanne een ad hoc-aanvraag willen indienen. De omstandigheid dat DB Netz in de periode van het 'zwarte gat' wel ad hoc-aanvragen behandelt, creëert voor ProRail geen verplichting om aanvragen tijdens die periode in behandeling te nemen. Aangezien ProRail daarnaast voldoet aan de in artikel 5, tweede lid, van het Besluit capaciteitsverdeling hoofdspoorweginfrastructuur vastgestelde termijn, kan van benadeling geen sprake zijn.

Tussenconclusie overdrachtstermijn

79. De ACM is van oordeel dat de in de Netverklaring 2019 vastgestelde termijnen voor het aanvragen van ad hoc-capaciteit bij de OSS en de verkeersleiding van ProRail niet leiden tot benadeling of discriminatie van goederenvervoerders.

Conclusie klachtonderdeel capaciteitsverdeling

80. Gelet op het voorgaande, slaagt het onderdeel van de klacht dat betrekking heeft op de beschrijving van de capaciteitsverdelingsprocedure in de Netverklaring 2019 niet.

4.3.3 Korting voor de stimulering van onderbenutte spoorlijnen

Klacht RailGood

81. RailGood klaagt over het feit dat ProRail geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om een kortingsregeling aan te bieden voor de stimulering van het gebruik van sterk onderbenutte spoorlijnen, op grond van artikel 62, zesde lid en onder e, van de Sw. In verscheidene andere Europese landen biedt de infrastructuurbeheerder wel een dergelijke regeling aan. Het niet aanbieden van deze kortingsregeling benadeelt de spoorgoederenvervoerders en creëert internationaal een ongelijke behandeling.

Zienswijze ProRail

82. ProRail wijst erop dat uit het derde lid van artikel 62 van de Sw blijkt, dat door haar een korting als bedoeld in artikel 33 van Richtlijn 2012/34/EU kan worden toegepast. Hieruit volgt dat daar geen verplichting toe bestaat, ook niet in het geval deze korting in andere lidstaten van de Europese Unie wel wordt toegepast. Deze korting behoeft, zoals blijkt uit het zesde lid van artikel 62 van de Sw, nadere uitwerking door middel van een algemene maatregel van bestuur. Anders dan andere heffings- en kortingsmogelijkheden uit Richtlijn 2012/34/EU, is de korting voor onderbenutte spoorlijnen niet nader uitgewerkt in het Besluit vergoedingen gebruik hoofdspoorweginfrastructuur.²⁵ Gelet op de bewuste beleidsmatige keuze van de wetgever om

²⁵ Besluit van 31 januari 2018, houdende wijziging van het Besluit implementatie richtlijn 2012/34/EU tot instelling van één Europese spoorwegruimte in verband met het instellen van aanvullende heffingen, kortingen en aftrek ter dekking van de door de infrastructuurbeheerder gemaakte kosten alsmede prijsprikkels ter bevordering van een betere benutting van de spoorweginfrastructuur en inpassing in de leefomgeving.

deze korting niet verder uit te werken, is ProRail niet voornemens om een dergelijke kortingsregeling aan te bieden.

Beoordeling door de ACM

83. De ACM stelt voorop dat uit de bewoording van artikel 62, derde lid, van de Sw blijkt dat ProRail discretionaire ruimte heeft bij het vaststellen van (onder andere) de korting als bedoeld in artikel 62, zesde lid en onder e, van de Sw. Naar het oordeel van de ACM mocht ProRail in de door de wetgever gemaakte keuze om deze kortingsregeling niet nader bij algemene maatregel van bestuur uit te werken, aanleiding zien om een dergelijke kortingsregeling niet aan te bieden in de Netverklaring 2019. Dat deze kortingsregeling in bepaalde andere Europese landen wel wordt toegepast, maakt niet dat sprake is van discriminatie, oneerlijke behandeling of andersoortige benadeling als bedoeld in artikel 71 van de Sw.
84. Dit klachtonderdeel slaagt evenmin.

4.3.4 Indexatie van de tarieven

Klacht RailGood

85. RailGood verzet zich in haar klacht tegen de indexatie van de tarieven conform de consumentenprijsindex (CPI) die is voorzien in de Netverklaring 2019. Volgens RailGood moet ProRail eventuele inflatie opvangen door op de eigen kosten te bezuinigen. Indexatie is geen verplicht onderdeel van de door ProRail gehanteerde kostentoerekeningsmethode, aldus RailGood, en daarnaast geldt de vigerende methode niet voor de Betuweroute. Prijsindexatie benadeelt de spoorgoederenvervoerders.

Zienswijze ProRail

86. ProRail geeft aan dat indexatie van de tarieven is opgenomen in de kostentoerekeningsmethode 2012, die voor het dienstregelingsjaar 2019 van toepassing is op de tarieven voor het gemengde net. Uit het oogpunt van non-discriminatie hanteert ProRail voor de indexatie van de tarieven op de Betuweroute dezelfde methode. De hieruit voortvloeiende tarieven zijn niet onderhandelbaar en worden in beginsel ook niet meer aangepast in het kader van de consultatiereacties. Volgens ProRail worden de spoorgoederenvervoerders hier niet door benadeeld.

Beoordeling door de ACM

87. De ACM stelt bij de beoordeling van dit klachtonderdeel voorop dat RailGood haar klacht expliciet heeft beperkt tot hetgeen in de Netverklaring 2019 is opgenomen omtrent indexatie van de tarieven. RailGood heeft in haar klacht uitdrukkelijk aangegeven dat haar bezwaren niet gericht zijn tegen de methode van toerekening op basis waarvan ProRail tot haar tarieven komt. Daarom gaat de ACM bij de beoordeling van dit klachtonderdeel uit van de juistheid van die methode.
88. Anders dan RailGood betoogt, voorziet de door ProRail toegepaste methode van toerekening wel in een jaarlijkse indexatie van de tarieven op basis van de CPI.²⁶ Dat indexatie geen verplicht onderdeel zou vormen van de betreffende methode van toerekening, wordt dan ook niet door de ACM gevolgd. De keuze van ProRail om de indexatie van de tarieven op de Betuweroute vanuit het oogpunt van non-discriminatie op eenzelfde manier te benaderen als op

²⁶ Zie het memo van ProRail met de titel "Gebruiksvergoeding op het spoor" van 29 juni 2012, blz. 29.

het gemengde net, is daarbij volgens de ACM niet onredelijk, discriminerend of benadelend. Ook voor het overige valt voor de ACM niet in te zien hoe het indexerend van de tarieven op basis van de CPI leidt tot benadeling van goederenvervoerders als bedoeld in artikel 71 van de Sw.

89. Ook dit klachtonderdeel is ongegrond.

4.3.5 Aanlevertijd voor wagenlijsten

Klacht RailGood

90. Met haar laatste klachtonderdeel klaagt RailGood over de beleidswijziging die door ProRail is doorgevoerd op het gebied van wagenlijsten. Wagenlijsten worden gebruikt om informatie over de samenstelling van een goederentrein door te geven aan de verkeersleiding van ProRail. De wagenlijst diende tot de Netverklaring 2019 uiterlijk 5 minuten voorafgaand aan het eerste vertrek van de trein te worden aangeleverd. Dat is nu gewijzigd naar 30 minuten voorafgaand aan het eerste vertrek.
91. Volgens RailGood leidt de tijdswijziging die door ProRail is doorgevoerd tot benadeling voor de goederenvervoerders, omdat de treinsamenstelling tot kort vóór vertrek van de trein kan wijzigen. Het naar voren halen van de inzending van de definitieve wagenlijst zou feitelijk betekenen dat goederentreinen 25 minuten eerder administratief volledig en juist gereed zouden moeten zijn voor vertrek. De doorlooptijd van de trein neemt daarmee evenredig toe. Dit zou een inflexibiliteit opleveren voor het Nederlandse spoorgoederenvervoer, die in andere Europese landen en bij andere modaliteiten (zoals binnenvaart en wegvervoer) niet aan de orde is.

Beoordeling door de ACM

92. ProRail heeft de ACM bij brief van 15 juni 2018²⁷ op de hoogte gesteld van een voorgenomen wijziging van de tekst van de Netverklaring 2019, die na 21 juni 2018 in een definitieve aanvulling van de Netverklaring 2019 verwerkt zal worden. Als gevolg van deze wijziging zullen de treinsamenstellingsgegevens ook in het dienstregelingsjaar 2019 uiterlijk 5 minuten (in plaats van 30 minuten) voor vertrek van een trein moeten worden aangeleverd.
93. Nu ProRail de Netverklaring 2019 op eigen initiatief en reeds vóór de inwerkingtreding daarvan in lijn met de wensen van RailGood heeft aangepast, heeft RailGood naar het oordeel van de ACM geen belang meer bij een inhoudelijke beoordeling van dit klachtonderdeel. Van oneerlijke behandeling of andersoortige benadeling als bedoeld in artikel 71, eerste lid en onder a, van de Sw, kan immers geen sprake meer zijn. Gelet daarop verklaart de ACM het betreffende klachtonderdeel eveneens ongegrond.

5 Conclusie

94. Onder verwijzing naar de randnummers 45 tot en met 50 van dit besluit concludeert de ACM dat ProRail in de Netverklaring 2019 onvoldoende informatie heeft opgenomen met betrekking tot de op de grensbaanvakken geldende lengtebeperkingen. Daarmee heeft zij niet voldaan aan artikel 58, tweede lid en onder a, van de Sw, gelezen in samenhang met Bijlage IV, punt 1, van Richtlijn 2012/34/EU. Hierdoor heeft ProRail RailGood benadeeld, zoals bedoeld in artikel 71,

²⁷ Brief van ProRail van 15 juni 2018, kenmerk: VT20150017-5356635402110.

eerste lid onder a, van de Sw. De klacht van RailGood is in zoverre gegrond. Voor het overige is de klacht ongegrond.

6 Besluit

95. Gelet op hetgeen hiervoor in randnummer 94 is geconcludeerd, legt de ACM op grond van artikel 71, eerste en tweede lid, van de Sw, gelezen in samenhang met artikel 12j van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt, aan ProRail een bindende aanwijzing op, inhoudende dat ProRail in de Netverklaring 2019:
- I. duidelijkheid verschaft omtrent de procedures en criteria die zij toepast om te bepalen of een trein in de dienstregeling kan worden ingepast waarvan de lengte groter is dan de in de toepasselijke grensbaanvakovereenkomst vastgelegde lengtebeperking, maar de feitelijk maximaal mogelijke treinlengte op het betreffende baanvak niet overschrijdt.
96. Daarbij bepaalt de ACM voorts dat ProRail:
- II. de bindende aanwijzing in randnummer 95 uiterlijk acht weken na dagtekening van dit besluit moet opvolgen;
 - III. de ACM schriftelijk informeert, uiterlijk een dag na het verstrijken van de onder II bedoelde termijn, over de wijze waarop is voldaan aan de bindende aanwijzing.

De Autoriteit Consument en Markt
namens deze,

w.g. 12 juli 2018
mr. C. de Jong-Kwestro
Teammanager Directie Telecom, Vervoer en Post

Beroep

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven te Den Haag. Het postadres is: College van Beroep voor het bedrijfsleven, Postbus 20021, 2500 EA 's-Gravenhage. Het beroepschrift moet zijn ondertekend en moet ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het beroep is gericht bevatten. Voorts moet het beroepschrift de gronden van het beroep bevatten en dient een afschrift van het bestreden besluit te worden meegezonden. Voor het instellen van beroep is griffierecht verschuldigd. Informatie hierover kan worden ingewonnen bij de griffie van het College, telefonisch bereikbaar op 088 – 362 3910.