

De Staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu
Mevrouw S.A.M. Dijkema
Postbus 20904
2500 EX 'S-GRAVENHAGE

Den Haag,

Aantal bijlage(n): 1

Uw kenmerk: IENM/BSK-2017/142897

Ons kenmerk: ACM/DTVP/2017/204258

Contactpersoon: Meulman, J. | Jochen.Meulman@acm.nl | (070) 722 26 39

Onderwerp: Implementatie Vierde Spoorwegpakket - toets op uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid

Geachte mevrouw Dijkema,

Onder verwijzing naar de brief van 9 juni 2017 met een verzoek om een uitvoerings- en handhaafbaarheidstoets (hierna: UHT) uit te voeren, bericht ik u namens de Autoriteit Consument en Markt (hierna: de ACM) als volgt.¹

Graag wil ik u danken voor het toesturen van het wetsvoorstel ter implementatie van – hier kortheidshalve – het ‘Vierde Spoorwegpakket’. De belangrijkste opmerkingen en de conclusies van de ACM over de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van het wetsvoorstel zijn opgenomen in de hoofdttekst van deze brief. Aanvullende specifieke opmerkingen die de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid raken treft u aan in de bijlage.

Opmerking vooraf

De ACM is gevraagd om gelijktijdig met de sectorbrede consultatie de uitvoerings- en handhaafbaarheidstoets uit te voeren. Het is gebruikelijk dat de ACM de UHT uitbrengt op een voldragen wetsvoorstel, omdat de sectorconsultatie aanleiding kan geven tot wijzigingen, die invloed kunnen hebben op de taken van de ACM of op de benodigde middelen. De ACM gaat er van uit dat indien het wetsvoorstel naar aanleiding van de consultatie wordt gewijzigd, dat zij in de gelegenheid wordt gesteld dit gewijzigd wetsvoorstel aanvullend te toetsen op uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid.

Reikwijdte van de toets

In uw brief geeft u aan dat de implementatie van het Vierde Spoorwegpakket ‘beleidsarm’ plaatsvindt. Op veel onderdelen volgt later nog lagere regelgeving, mede vanwege diverse Europese uitvoeringsverordeningen. Ook moeten er nog belangrijke keuzes worden gemaakt over de gewenste marktordening naar aanleiding van het onderzoeksrapport “Kiezen voor een goed spoor”, inzake de scenario’s voor ordening en sturing op het spoor na 2024.² Andere belangrijke ontwikkelingen in dit

¹ Conform artikel 6 van de *Regeling gegevensuitwisseling ACM en Ministers*, toetst ACM ontwerpen van wet- en regelgeving niet op fraudegevoeligheid.

² Rapport Van den Berg en Van der Vlist 2017, naar aanleiding van de parlementaire enquêtecommissie Fyra.

kader zijn het voornemen om van ProRail een zelfstandig bestuursorgaan te maken en de 'midterm review' van de hoofdrailnetconcessie van NS in 2019. Al deze punten kunnen ook van invloed zijn op de benodigde mensen en middelen voor het toezicht van de ACM op eerlijke concurrentieverhoudingen en op de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van ProRail. De ACM heeft daarom in deze UHT een conservatieve begroting gemaakt van de benodigde mensen en middelen op basis van de nieuwe taken voor de ACM die direct voortvloeien uit dit wetsvoorstel. Voor het uitvoeren van de economisch evenwicht toets heeft de ACM vanwege de vele onzekerheden nog geen middelen begroot. Voor de uitbreiding voor het toezicht op de onafhankelijke en onpartijdige taakuitvoering ProRail is structureel 0,5 fte begroot. In de bijlage is een gedetailleerde onderbouwing van de gevolgen van het wetsvoorstel voor de ACM in personele en financiële zin opgenomen.

Graag ontvangt de ACM een aanvullend verzoek voor toetsing op uitvoering en handhaafbaarheid wanneer concrete maatregelen aan de orde zijn.

Implementatie uitzondering op verplichte aanbesteding openbaar vervoer

De marktpijler van het Vierde Spoorwegpakket beoogt de markt voor het binnenlands personenvervoer per spoor open te stellen, om zo voor een groei van het aanbod te zorgen en daarmee de kwaliteit en efficiëntie van het passagiersvervoer te verbeteren. Om de toegang te vergroten bevat het Vierde Spoorwegpakket onder andere een verplichting tot aanbesteding van het openbaar vervoer. Vanaf 2023 is onderhands gunnen alleen mogelijk indien wordt voldaan aan een aantal voorwaarden. Zo dient een onderhands gegund contract aantoonbaar tot betere prestaties te leiden.

Belang onafhankelijke advisering bij besluit onderhandse gunning

Op grond van artikel 5, zevende lid, van de gewijzigde PSO-verordening³ wijzen de lidstaten een onafhankelijk orgaan aan, dat een besluit tot onderhandse gunning van een spoorconcessie op aanvraag van een belanghebbende beoordeelt. In het wetsvoorstel is hier niet expliciet een dergelijk orgaan voor aangewezen. Daarmee wordt 'by default' de civiele of bestuursrechter het onafhankelijk orgaan dat een besluit om onderhands te gunnen kan toetsen.

De ACM merkt daarbij op dat de Staat als bevoegde instantie voor gunning van de hoofdrailnetconcessie op grond van de gewijzigde PSO-verordening beleidsvrijheid heeft. Beleidsvrijheid gaat gepaard met een terughoudende (marginale) toetsing door de rechter. De ACM geeft in overweging om een onafhankelijke instantie vooraf te laten adviseren over een besluit om onderhands te gunnen. Deze instantie zou op basis van kennis van de spoormarkten een oordeel kunnen vormen of het besluit tot onderhandse gunning met de bijbehorende prestatievoorschriften tot betere prestaties leidt. Deze prestatievoorschriften moeten meetbaar, transparant en controleerbaar worden vastgesteld, met name over stiptheid van dienst, frequentie van het treinverkeer, kwaliteit van het materieel en de vervoerscapaciteit voor passagiers. Bovendien moet het contract doeltreffende en afschrikwekkende maatregelen mogelijk maken, die moeten worden opgelegd als de spoorwegonderneming niet aan de prestatievoorschriften voldoet. Een onafhankelijke instantie zou kunnen adviseren over de formulering en toezicht op de naleving van deze prestatievoorschriften. Indien gewenst zou de ACM deze adviesrol kunnen vervullen.

³ Verordening 1370/2007, gewijzigd door Verordening 2016/2338.

Conclusie over uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid implementatie uitzondering op de verplichte aanbesteding openbaar vervoer

De implementatie van de bepalingen uit het Vierde Spoorwegpakket die betrekking hebben op de verplichte aanbesteding van spoorconcessies is uitvoerbaar en handhaafbaar. De effectiviteit kan toenemen door een plaats in te ruimen voor onafhankelijke advisering over een voorgenomen besluit tot onderhandse gunning.

Implementatie recht op open toegang

Een andere maatregel om de toegang tot de binnenlandse markt te vergroten betreft het recht op open toegang⁴. De gewijzigde richtlijn 2012/34/EU geeft spoorvervoerders, vanaf 2020, recht op toegang tot de spoorinfrastructuur in een lidstaat, om binnenlands personenvervoer per spoor uit te voeren zonder dat er sprake is van een openbaar dienstcontract.⁵

Onjuiste implementatie recht op open toegang tot binnenlandse markt

Naar het oordeel van de ACM is het recht op open toegang met de voorgestelde wijzigingen van de Wet personenvervoer 2000 (hierna: Wp2000) niet op een juiste wijze geïmplementeerd. Het ongewijzigde eerste lid, van artikel 19 van de Wp2000 bevat een onvoorwaardelijk verbod om openbaar vervoer te verrichten zonder concessie. In datzelfde artikel zijn uitzonderingen gemaakt voor internationale passagiersvervoerdiensten. In het wetsvoorstel is echter geen nadrukkelijke uitzondering op het verbod opgenomen voor binnenlandse passagiersvervoerdiensten per spoor. Daarmee is onduidelijk wat de status is van het vervoer dat een toetredende vervoerder op basis van het recht op open toegang mag verzorgen. Indien dit vervoer de kenmerken zou hebben van openbaar vervoer, dan zou dit vervoer op basis van artikel 19, eerste lid van de Wp2000 verboden zijn. Indien het vervoer niet is aan te merken als openbaar vervoer, dan is onduidelijk wat de status ervan is en welke wet- en regelgeving op het vervoer en de onderneming van toepassing is.

Onduidelijkheid over beperkingen recht op open toegang

Op basis van de gewijzigde richtlijn 2012/34/EU kan het recht op open toegang worden beperkt, hier is een tweetal voorwaarden aan verbonden:

- Er moet sprake zijn van één of meer concessies voor dezelfde route of voor een alternatieve route tussen een bepaald vertrekpunt en een bepaalde bestemming; en
- De uitoefening van het toegangsrecht brengt het economisch evenwicht van de betreffende concessie of concessies niet in gevaar.

De ACM krijgt de taak om, net zoals nu voor de internationale passagiersvervoerdiensten, op basis van een objectieve economische analyse te beoordelen in hoeverre een nieuwe binnenlandse passagiersvervoerdienst het economisch evenwicht van een of meer concessies in gevaar brengt. De ACM kan op aanvraag van een concessieverlener, een concessiehouder, de Minister van IenM of ProRail een besluit nemen, op basis van vooraf vastgestelde criteria. Wanneer een nieuwe passagiersdienst raakt aan een concessie, kan de toets pas plaatsvinden na afloop van de huidige concessie.⁶ De Europese Commissie heeft op dit moment een uitvoeringsverordening in voorbereiding over de te volgen procedure en toetscriteria voor het vaststellen van een mogelijke inbreuk op het economisch evenwicht. Op basis van deze uitvoeringsverordening kan de ACM zich

⁴ Artikel 10, tweede lid van de gewijzigde richtlijn 2012/34.

⁵ Op dit moment is het recht op open toegang beperkt tot goederenvervoerdiensten en internationale personenvervoerdiensten.

⁶ Open toegang mag volgens de gewijzigde richtlijn 2012/34/EU worden beperkt ten aanzien van concessies die vóór 16 juni 2015 zijn toegekend.

een beter beeld vormen over de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van deze nieuwe taak en de mogelijke personele en financiële consequenties.

In het wetsvoorstel is opgenomen dat de Minister een heffing kan opleggen indien er sprake is van een recht op toegang.⁷ Het wetsvoorstel en de toelichting hierop maakt niet duidelijk in welke situatie deze heffing toegepast zal worden. Het ligt daarbij in de rede dat een heffing alleen aan de orde kan zijn om het economisch evenwicht te herstellen. Daarbij wijst de ACM erop dat mogelijk ook met andere maatregelen het economisch evenwicht hersteld zou kunnen worden, zoals beperking van het aantal halteringen, de bedieningsfrequentie of te bedienen stations. Daarbij schrijft de gewijzigde richtlijn 2012/34/EU reeds voor dat de toezichthouder (in Nederland de ACM) wanneer zij constateert dat het economisch evenwicht in gevaar zou komen mogelijke aanpassingen van de voorgenomen dienst vermeldt waarmee aan de voorwaarden voor toekenning van het recht op toegang kan worden voldaan.⁸

Conclusie over uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid implementatie recht op open toegang

Met inachtneming van bovenstaande opmerkingen is naar het oordeel van de ACM met de wijze waarop het recht op open toegang is geïmplementeerd het wetsvoorstel niet uitvoerbaar. Het artikel 19 lid a lijkt in strijd te zijn met de richtlijn. Naar de mening van de ACM dient in het wetsvoorstel te worden verduidelijkt wat het recht op open toegang inhoudt en wat de mogelijke beperkingen van het recht op open toegang zijn. Daarbij dient duidelijk te worden gemaakt in welke gevallen een heffing wordt opgelegd en hoe de hoogte van de heffing wordt bepaald.

Implementatie bepalingen onafhankelijkheid en onpartijdigheid ProRail

De ACM ziet momenteel reeds toe op een onafhankelijke en onpartijdige taakuitvoering door ProRail. In de gewijzigde richtlijn 2012/34/EU is het toezicht op twee punten uitgebreid.

In de eerste plaats dient de ACM toezicht te houden op het voorkomen van belangenconflicten. De ACM is van mening dat regels die zulke conflicten voorkomen het beste kunnen worden meegenomen in het kader van de voorgenomen omvorming van ProRail tot zelfstandig bestuursorgaan. In de wet (of het instellingsbesluit) die dat zelfstandig bestuursorgaan beoogt op te richten, kunnen immers specifieke waarborgen opgenomen worden ter voorkoming van belangenconflicten. Vastlegging van zulke eisen in de Spoorwegwet, in de beheerconcessie, interne 'compliance-regelingen' of in arbeidsovereenkomsten is wellicht mogelijk, maar maakt het toezicht complexer. Om de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid te vergroten zou het toezicht zich moeten richten op het bestaan en de werking van adequate beheersmaatregelen in de organisatie van ProRail om belangenconflicten te voorkomen, en niet op individuele gevallen.

Ten tweede is bepaald dat de ACM ook toezicht moet houden op een onafhankelijke en onpartijdige uitvoering van het verkeersbeheer (de verkeersleiding) en de onderhoudsplanning. Dit zal geïmplementeerd moeten worden in het *Besluit capaciteitsverdeling hoofdspoorweginfrastructuur* en *Besluit spoorverkeer*⁹.

Een aantal specifieke bepalingen¹⁰ is reeds geïmplementeerd in artikel 17, derde lid van de gewijzigde Spoorwegwet door voorschriften te verbinden aan de concessie van ProRail. De ACM merkt daarbij op dat zij niet rechtstreeks toezicht houdt op de concessie van ProRail en dat daarmee een bevoegdheid voor de ACM om naleving van deze bepalingen af te dwingen ontbreekt.

⁷ Artikel 19c, tweede lid van de Wp2000.

⁸ Artikel 11, derde lid van de gewijzigde richtlijn 2012/34/EU.

⁹ Conform transponeringstabel richtlijn wijziging richtlijn 2012/34/EU.

¹⁰ Dit betreft artikel 7 ter, tweede en derde lid van de gewijzigde richtlijn 2012/34/EU.

Conclusie over uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid implementatie bepalingen onafhankelijkheid en onpartijdigheid ProRail

De ACM signaleert risico's in de handhaafbaarheid van de regels inzake onafhankelijkheid en onpartijdigheid omdat deze regels nog nader uitgewerkt moeten worden en de ACM geen rechtstreeks toezicht houdt op de naleving van de voorschriften die aan de concessie van ProRail zijn verbonden. De ACM adviseert om dit te repareren bij de voorgenomen omvorming van ProRail tot zelfstandig bestuursorgaan.

Ik vertrouw er op u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd. Uiteraard is de ACM graag bereid tot nader overleg over de inhoud van deze brief. U kunt hiervoor contact op laten nemen met de contactpersoon die bovenaan deze brief is vermeld.

Hoogachtend,

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

dr. F. J. H. Don
bestuurslid

5/14

Uitvoerbaarheids- en handhaafbaarheidstoets implementatie 'Vierde Spoorwegpakket'

Bijlage bij brief met kenmerk ACM/DTVP/2017/204258

1 Inleiding

1. Deze bijlage bevat de specifieke opmerkingen van de ACM over de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van het Wetsvoorstel. Hierna wordt steeds verwezen naar de artikelen in de Spoorwegwet en de Wet personenvervoer 2000 (Wp2000), zoals die zouden komen te luiden ná doorvoering van het Wetsvoorstel, tenzij anders is vermeld.
2. Deze bijlage is als volgt opgebouwd. In paragraaf 1.1. is een aantal ontwikkelingen geschetst die van invloed zijn op de reikwijdte van de toets. In paragraaf 1.2 zal de ACM vervolgens een punt adresseren dat het Wetsvoorstel niet regelt, namelijk de aanwijzing van een onafhankelijk orgaan dat een besluit tot onderhandse gunning van een PSO-contract (OV-concessie) kan beoordelen.
3. In de paragrafen 2.1 en 2.2 zal de ACM artikelsgewijze opmerkingen maken over de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. Eerst gaat de ACM in op de voorgestelde wijzigingen van de Spoorwegwet. Daarna volgen opmerkingen van de ACM over de Wp2000.
4. Tot slot zal de ACM in paragraaf 3 een onderbouwing geven van de personele en financiële gevolgen van het wetsvoorstel voor de ACM.

1.1 Reikwijdte van de toetsing op uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid

5. Op dit moment vindt een aantal ontwikkelingen plaats, zowel op Europees niveau als in Nederland, die mogelijk leiden tot meer aanpassingen in de Spoorwegwet en de Wp2000, of hun weerslag zullen hebben op de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van het huidige Wetsvoorstel. Deze ontwikkelingen kunnen ook gevolgen hebben voor de benodigde mensen en middelen voor de ACM.
6. Een eerste ontwikkeling betreft de uitwerking van de Uitvoeringsverordening betreffende de economisch evenwichtstoets (hierna: Uitvoeringsverordening). Aanpassing van die Uitvoeringsverordening is al in gang gezet; de Europese Commissie verwacht dat deze wordt voltooid in de tweede helft van dit jaar. Mogelijk zal de aangepaste Uitvoeringsverordening de noodzaak met zich brengen om (met name) de artikelen 19 tot en met 19c van de Wp2000 te wijzigen, terwijl het Wetsvoorstel nu reeds wijzigingen beoogt aan te brengen in die bepalingen.
7. Een tweede ontwikkeling betreft de mogelijke gevolgen die kunnen worden verbonden aan de resultaten van het onderzoeksrapport "Kiezen voor een goed spoor", inzake de scenario's voor ordening en sturing op het spoor na 2024.¹¹
8. De derde ontwikkeling is de voorgenomen omvorming van ProRail van besloten vennootschap tot zelfstandig bestuursorgaan. Bij deze omvorming zal er – mede vanwege de aangescherpte

6/14

¹¹ Rapport Van den Berg en Van der Vlist 2017, naar aanleiding van de parlementaire enquêtecommissie Fyra.

eisen in het Vierde Spoorwegpakket – extra aandacht moeten zijn voor het creëren van goede waarborgen voor een onafhankelijke en onpartijdige taakuitvoering door de spoorbeheerder.

9. In dit verband verwijst de ACM ook naar het overleg van 29 juni jl tussen medewerkers van de ACM, ProRail en IenM. In dit overleg kwam ter sprake dat artikel 6 van de gewijzigde PSO-Verordening mogelijk nadere operationalisering behoeft. Dit zou het takenpakket van de ACM kunnen verzwaren. Het huidige Wetsvoorstel voorziet niet in deze operationalisering. Ook is er in het Wetsvoorstel nog geen overgangsrecht opgenomen.
10. Voor alle hiervoor genoemde ontwikkelingen geldt, dat de ACM een toets op uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid zal uitbrengen, zodra de wetgevende maatregelen of beleidsvoornemens concrete vorm hebben gekregen. Uiteraard kan de ACM pas dan een inschatting maken van de benodigde mensen en middelen voor deze maatregelen. Graag ontvangt de ACM verzoeken tot toetsing op uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid en tot begroting van middelenclaims, wanneer concrete maatregelen aan de orde zijn. Dit is in het bijzonder van belang bij de Uitvoeringsverordening

1.2 Artikel 5 lid 7 van de PSO-Verordening: aanwijzing onafhankelijk orgaan

11. Artikel 5, zevende lid, van de gewijzigde PSO-Verordening, bevat de verplichting voor de lidstaten om aan belanghebbenden de mogelijkheid te bieden om een beslissing om een PSO-contract (OV-concessie) onderhands te gunnen te laten beoordelen. Hiertoe moet de lidstaat een 'onafhankelijk orgaan' aanwijzen. Een dergelijk orgaan kan een besluit van een concessiegever om over te gaan tot onderhandse gunning van een OV-concessie tot verzorging van openbaar passagiersvervoer per spoor toetsen voordat de gunning plaatsvindt. Het Wetsvoorstel voorziet niet expliciet in aanwijzing van een dergelijke instantie in Nederland; zonder specifieke aanwijzing wordt de Nederlandse rechter dan de toetsende instantie.
12. Naar de mening van de ACM is niet helder welke Nederlandse rechter bevoegd zou zijn om een dergelijk voornemen te toetsen. Een voornemen om een OV-concessie onderhands te gunnen kwalificeert mogelijk wel of mogelijk niet als een (appellabel) besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. Tegelijkertijd kwalificeert het mogelijk ook niet uitdrukkelijk als een civielrechtelijke handeling van een bestuursorgaan, omdat de gewijzigde PSO-Verordening er publiekrechtelijke status aan lijkt toe te kennen. Gelet op deze onduidelijkheid verdient het volgens de ACM aanbeveling om de juridische status van een voornemen tot onderhandse gunning van een (spoor-)concessie uitdrukkelijk te regelen in de Wp2000. Bij voorkeur zou daar ook de juiste rechtsgang dienen te worden geregeld.

2 Artikelsgewijze opmerkingen

2.1 Aanpassingen in de Spoorwegwet

Artikelen 16a tot en met 16e en artikel 17, derde lid Spoorwegwet: onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de infrastructuurbeheerder

13. In verband met het toezicht door de ACM op de beheerder van de hoofdspoorweginfrastructuur, met betrekking tot:
- de onafhankelijkheid van de infrastructuurbeheerder (voorkomen belangenconflicten);
 - de onafhankelijke uitoefening van de essentiële functies door de beheerder;
 - non-discriminatoire en transparante uitoefening van de functie verkeersbeheer ('dagelijkse' verkeersleiding); en
 - non-discriminatoire en transparante uitoefening van de functie onderhoudsplanning (vernieuwing van de infrastructuur en geplande en niet-geplande onderhoudswerkzaamheden);
- merkt de ACM het navolgende op.
14. De infrastructuurbeheerder is normadressaat van de bepalingen in de beoogde artikelen 16a tot en met 16d van de gewijzigde Spoorwegwet. Het toezicht van de ACM zal zich dus in beginsel beperken tot het toezicht op de naleving daarvan door de beheerder. Toezicht en handhaving door de ACM op schending van zulke eisen in individuele gevallen is niet proportioneel, zo niet onuitvoerbaar. Bovendien merkt de ACM op, dat hoewel zij ingevolge artikel 56, eerste en tweede lid, van de gewijzigde richtlijn 2012/34/EU belast is met het toezicht op de vereisten betreffende onafhankelijkheid en onpartijdigheid, zij hiertoe in het wetsvoorstel geen instrumenten toebedeeld krijgt.¹²
15. De ACM adviseert in de eerste plaats om in randnummer 14 genoemde eisen te zijner tijd op te nemen in de voorgenomen wet (of instellingsbesluit), die de beheerder de status van zelfstandig bestuursorgaan zal toekennen. Daarbij kunnen eisen worden gesteld aan bestuurders van dat orgaan, en aan medewerkers ervan, in het bijzonder personen die 'essentiële' beheertaken uitvoeren in de zin van artikel 7bis van de gewijzigde Richtlijn 2012/34/EU. Verder kan die wet (of dat instellingsbesluit) waarborgen bevatten ter voorkoming van belangenconflicten¹³.
16. In de tweede plaats adviseert zij om een bevoegdheid in de Spoorwegwet op te nemen, waarmee de naleving van de vereisten kan worden afgedwongen. Pas dan kan de ACM adequaat toezicht houden op de naleving van de bepalingen inzake onafhankelijkheid en onpartijdigheid.

Maatregelen voor de borging van non-discriminatoire en transparante uitoefening van de functie verkeersbeheer

17. In de regel is de capaciteit (de 'treinpaden') die aan spoorwegondernemingen is toegewezen leidend voor besluitvorming in het kader van de dagelijkse verkeersleiding. De plicht tot non-discriminatoire verdeling van capaciteit is geregeld in de Spoorwegwet en het *Besluit capaciteitsverdeling hoofdspoorweginfrastructuur*. Er is nog wel het risico op discriminatie bij de dagelijkse treindienstleiding, bijvoorbeeld in geval van herstel van het treinverkeer na acute

¹² Artikel 76 van de Spoorwegwet geeft een limitatieve opsomming van de bepalingen uit die wet, waarop de ACM toezicht houdt en waarvoor zij, in geval van overtreding, een (herstel-)sanctie kan opleggen.

¹³ Ter implementatie van artikel 7, 7bis en 7ter, eerste lid van de gewijzigde Richtlijn 2012/34/EU

verstoringen. Uit de aanpassing van Richtlijn 2016/ 2370 volgt expliciet dat de ACM geacht wordt ook op dit risico toezicht te houden.

18. Om dit toezicht mogelijk te maken, wordt bij voorkeur een bepaling worden opgenomen in het *Besluit capaciteitsverdeling hoofdspoorweginfrastructuur*¹⁴. In die bepaling kan dan het (non-discriminatoire) principe worden geformuleerd, op basis waarvan de treindienst wordt hersteld. De daaraan te verbinden procedureomschrijving zou zijn beslag vervolgens moeten krijgen in de Netverklaring.

Planning van vernieuwing van de infrastructuur en geplande en niet-geplande onderhoudswerkzaamheden;

19. Artikel 7ter, tweede en derde lid van de gewijzigde Richtlijn 2012/34/EU is in het Wetsvoorstel geïmplementeerd in artikel 17, derde lid van de Spoorwegwet. De ACM merkt daarbij op dat zij niet rechtstreeks toezicht houdt op de concessie van ProRail en dat daarmee een bevoegdheid voor de ACM om naleving van deze bepalingen af te dwingen ontbreekt.

Artikel 70 van de Spoorwegwet

20. Aan artikel 70 van de Spoorwegwet wordt een negende lid toegevoegd; dat lid zal volgens de ACM ook moeten worden opgenomen in artikel 76, tweede lid, van de Spoorwegwet. Pas dan kan de niet-naleving van artikel 70, negende lid, door de ACM worden gehandhaafd.

2.2 Aanpassingen in de Wet personenvervoer 2000

Operationalisering van de artikelen 2 en 2 bis van de gewijzigde PSO-Verordening

21. Volgens artikel 2 en 2bis¹⁵ van de gewijzigde PSO-Verordening, dienen openbare dienstcontracten (concessies) in voldoende mate te worden gespecificeerd. Met het oog op beoordeling van het economisch evenwicht van een concessiehouder die openbaar passagiersvervoer per spoor verricht¹⁶ wijst de ACM op het volgende.
22. Concessies voor het verrichten van openbaar vervoer kunnen in de Nederlandse praktijk meerdere vormen van openbaar vervoer en meerdere vervoersmodaliteiten omvatten.¹⁷ Op grond van artikel 19 e.v. van de gewijzigde Wp2000, dient de ACM op aanvraag te beoordelen of het economisch evenwicht van een of meer concessiehouder(-s) naar verwachting zal worden aangetast door de activiteiten van een vervoerder die het voornemen heeft om vervoer te verrichten in het betreffende concessiegebied. Die beoordeling door de ACM heeft alleen betrekking op een voornemen van een toetredende vervoerder om (al dan niet openbaar) passagiersvervoer *per spoor* te verrichten binnen één of meer bestaande concessiegebieden.
23. Uit de bewoordingen van de huidige en gewijzigde Wp2000 wordt niet duidelijk of de ACM daarbij in haar oordeel de gevolgen moet betrekken die toetreding op het spoor kan hebben voor de kwaliteit, kwantiteit of financiële prestaties van het vervoer met een andere modaliteit dat een concessiehouder verricht, zoals busvervoer. Met het oog op uitvoerbaarheid en

¹⁴ In artikel 3 van het *Besluit capaciteitsverdeling hoofdspoorweginfrastructuur* is immers ook geregeld dat de algemene voorwaarden bij de toegangsovereenkomst, onder meer, een bepaling bevat in welke gevallen verdeelde capaciteit vervalt, namelijk bij acute verstoringen als gevolg van incidenten of acute schade aan de infrastructuur.

¹⁵ Zie ook artikel 4 van de gewijzigde PSO-Verordening.

¹⁶ Zoals bedoeld in de artikelen 19 tot en met 19d van de gewijzigde Wp2000.

¹⁷ Bijvoorbeeld de modaliteiten trein- en busvervoer, maar ook bijvoorbeeld ook (semi-) openbaarvervoer op afroep, vervoer voor ouderen en mensen met een lichamelijke beperking.

handhaafbaarheid zou expliciet moeten worden gemaakt of de ACM de impact van toetreding op alle vormen en modaliteiten van vervoer moet betrekken, of alleen op het spoorvervoer. Ook is het de vraag of in de huidige concessies het gewenste vervoer per spoor voldoende is gespecificeerd om een goede beoordeling te kunnen maken of het economisch evenwicht door het voorgenomen passagiersvervoer van een toetreder wordt aangetast.

24. Mogelijk zal dit punt verder worden uitgewerkt door de Europese Commissie in de Uitvoeringsverordening. Het is op dit moment daarom te vroeg om een oordeel uit te brengen over de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van deze bepalingen uit de Wp2000.

Artikel 6, eerste lid, van de gewijzigde PSO-Verordening: boekhoudkundige scheiding

25. De strekking van artikel 6, eerste lid, van de gewijzigde PSO-Verordening verdient verduidelijking vanuit het oogpunt van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid. Deze bepaling schrijft voor dat compensaties voor het verzorgen van openbaar vervoer (subsidies), dienen te voldoen aan de voorschriften in de Bijlage bij de gewijzigde PSO-Verordening. Concessiehouders dienen, op grond van punt 5 van die Bijlage, een gescheiden boekhouding te voeren en hun onderneming op een bepaalde manier in te richten.

26. Artikel 63c van de huidige Wp2000 bevat soortgelijke regels, waarop de ACM toezicht houdt. Deze bepalingen zijn op dit moment enkel van toepassing op de houders van concessies in regio's die de gemeente Amsterdam, Rotterdam en Den Haag (mede) omvatten. De vraag die rijst naar aanleiding van de wijziging van de PSO-Verordening is of het toepassingsgebied van de artikelen 63a tot en met 63c van de huidige Wp2000 wordt vergroot of zou moeten worden vergroot. Meer in het bijzonder is de vraag of deze bepalingen van toepassing zouden moeten worden op alle concessiehouders:

- aan wie concessies zijn gegund op grond van de bepalingen genoemd in artikel 6, eerste lid, van de gewijzigde PSO-Verordening; en
- die subsidie ontvangen voor de uitvoering van hun concessie.

De vervolgvraag is of de ACM is of zal worden belast met het toezicht op de naleving van deze voorschriften en hoe de ACM wordt geïnformeerd welke concessiehouders aan deze kenmerken voldoen.

27. Dit punt verdient verheldering uit oogpunt van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid, bij voorkeur door operationalisering in de Wp2000. Tot nader order gaat de ACM er van uit dat zij, ook na de invoering van het Wetsvoorstel, alleen belast is met het toezicht op de naleving van de artikelen 63a tot en met 63c van de Wp2000 (c.q. de Bijlage bij de gewijzigde PSO-Verordening) die de houders van concessies in regio's die de gemeente Amsterdam, Rotterdam en Den Haag (mede) omvatten. In de begroting van de gevolgen van het Wetsvoorstel voor ACM, in termen van personele en financiële middelen, in paragraaf 3.1 hierna, gaat ACM er ook van uit dat de omvang van haar toezichtstaken op dit gebied niet toeneemt. Mocht dit anders zijn, dan zal de ACM gevolgen daarvan nog afzonderlijk begroten.

Artikel 19 van de huidige Wp2000

28. In het eerste lid van artikel 19 van de huidige Wp2000 is een algemeen verbod opgenomen om openbaar vervoer te verrichten zonder dat daartoe een concessie is verleend. Deze formulering roept vragen op in het licht van de mogelijkheid voor spoorvervoerders om passagiersvervoer te gaan verzorgen in het concessiegebied dat aan een andere spoorvervoerder is gegund, zoals geregeld in artikel 10 van de gewijzigde Richtlijn 2012/34/EU en geïmplementeerd in de artikelen 19a tot en met 19c van de gewijzigde Wp2000. Hiermee is naar het oordeel van de ACM het Vierde Spoorwegpakket op een onjuiste wijze geïmplementeerd. De combinatie van bewoording van het verbod in artikel 19,

eerste lid, van de huidige Wp2000 en de formulering van de uitzondering op dat verbod in de vervolgbepalingen, maakt de status van het vervoer dat een toetredende vervoerder wil verzorgen onduidelijk: is diens passagiersvervoer aan te merken als openbaar vervoer of niet?

¹⁸ De ACM merkt op dat de internationale passagiersvervoerdienst als uitzondering op het verbod van artikel 19, eerste lid van de Wp2000 is geformuleerd. Naar het oordeel van de ACM zou het recht op toegang tot de binnenlandse vervoermarkt met het oog op de exploitatie van passagiersvervoer per spoor, eveneens als uitzondering op het verbod van artikel 19, eerste lid van de Wp2000 moeten worden geformuleerd.

29. Overigens, indien het passagiersvervoer van een toetredende partij is aan te merken als openbaar vervoer, dan gelden er ook andere verplichtingen op grond van de Wp2000 en diverse andere regelingen. Te denken is aan de plicht om een elektronisch betaalbewijs (de OV-chipkaart) te accepteren en de mogelijkheden om handhavend op te treden tegen reizigers die niet in het bezit zijn van een geldig betaalbewijs. Indien het vervoer van een toetredende niet aan te merken is als openbaar vervoer, dan blijft onduidelijk wat de status ervan is en welke wet- en regelgeving op het vervoer en de onderneming van toepassing is.

Artikel 19a van de gewijzigde Wp2000

30. Het recht voor een toetredende passagiersvervoerder is in artikel 19a (e.v.), conform de gewijzigde PSO-Verordening en de gewijzigde Richtlijn 2012/34/EU, geformuleerd als een recht op toegang tot de spoorinfrastructuur. In de Nederlandse situatie is niet alleen een dergelijk recht nodig voor het exploiteren van nieuwe passagiersvervoerdiensten per spoor, maar ook een recht om toe te treden tot het concessiegebied dat exclusief is vergund aan een 'zittende' concessiehouder. Vanuit oogpunt van transparantie verdient het de voorkeur om dit te verduidelijken in het wetsvoorstel, evenals een duldplicht voor concessiehouders.

Artikel 19a, leden 3 en 4 van de gewijzigde Wp2000

31. Uit het Wetsvoorstel wordt niet duidelijk of de toepassing van de nieuwe bevoegdheden van de ACM, in artikel 19a, leden 3 en 4 van de Wp2000, resulteren in een appellabel besluit. Als dat de bedoeling is, dan dient de rechtsgang daartegen, voor zover het gaat om beroep bij de Rechtbank Rotterdam en hoger beroep bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven, open te worden gesteld. Dat zou aanpassingen met die strekking vergen in de betreffende Bijlagen bij *de Algemene wet bestuursrecht*. Daarin voorziet het Wetsvoorstel nu niet. Met oog op de handhaafbaarheid verdient dit sterk aanbeveling.

Artikel 19b, van de gewijzigde Wp2000

32. *[NB: de opmerkingen hierna raken ook artikel 19c van de gewijzigde Wp2000]*
Volgens artikel 11, derde lid, van de gewijzigde Richtlijn 2012/34/EU¹⁹ dient de toezichthoudende instantie (i.c. de ACM), in haar schriftelijke oordeel of het economisch

¹⁸ Anders geformuleerd, is de vraag of:

"[...] het recht om passagiers te laten instappen op elk station en hen uit te laten stappen op een ander station waaronder begrepen het recht op toegang tot infrastructuur die de dienstvoorzieningen, bedoeld in bijlage II, punt 2, van richtlijn 2012/34/EU verbindt,"

zoals vormgegeven in artikel 19a, eerste lid, van de gewijzigde Wp2000, is aan te merken op een recht om passagiersvervoer per trein te verzorgen of als een recht om openbaar passagiersvervoer per trein te verzorgen, in beide gevallen zonder concessie.

¹⁹ Zie artikel 1, punt 7) onder c), van Richtlijn 2016/2370. Deze bepaling luidt als volgt:

"lid 3 [van artikel 11 van Richtlijn 2012/34/EU – ACM] wordt vervangen door:

"3. De toezichthoudende instantie motiveert haar besluit en vermeldt de voorwaarden waaronder binnen één maand na de kennisgeving daarvan om een herziening van het besluit kan worden verzocht door één van de volgende instanties:

a) de betrokken bevoegde autoriteit of autoriteiten;

evenwicht van een concessie in gevaar komt, ook te vermelden of er mogelijke aanpassingen van de nieuwe vervoersdienst mogelijk zijn, waarmee aan de voorwaarden voor toekenning van het recht op toegang zou worden voldaan, in de zin van artikel 10, lid 2 van de gewijzigde Richtlijn 2012/34/EU.

33. Zulke aanpassingen van de nieuwe passagiersvervoerdienst, zijn onder te verdelen in twee hoofdcategorieën. Ten eerste is te denken aan aanpassingen die voorkómen dat het economisch evenwicht van een of meer concessies in gevaar komt. Deze kunnen bijvoorbeeld betrekking hebben op:
- de dienst(-regeling), zoals beperking van het aantal verbindingen dat mag worden onderhouden ('treinseries');
 - het aantal stations waar mag worden gehalteerd;
 - de aanwijzing van specifieke stations waar niet (of minder frequent) mag worden gehalteerd;
 - de frequentie van de dienst, het aantal keren per maand/dag/uur (etc.) dat de dienst mag worden uitgevoerd.
34. Ten tweede is te wijzen op maatregelen die het economisch evenwicht van een concessie herstellen, indien de ACM heeft vastgesteld dat dat is verstoord. De mogelijkheid tot het opleggen van een heffing, die artikel 19c, eerste en tweede lid van de gewijzigde Wp2000 in dit verband biedt aan concessiegevers, is een voorbeeld van een maatregel die kan leiden tot herstel van het economisch evenwicht van één of meer concessies.
35. De verplichting voor de ACM om in haar oordeel beperkingen op een nieuwe vervoerdienst te adresseren, die voorkómen dat het economisch wordt verstoord of zorgen dat dat wordt hersteld, dient in het Wetsvoorstel te worden geregeld. Deze verplichting vereist immers een bevoegdheidsgrondslag voor het handelen van de ACM, die essentieel is met het oog op uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid.

Artikel 19b, eerste lid, van de gewijzigde Wp2000

36. In artikel 19b, eerste lid, van de gewijzigde Wp2000 is een termijn opgenomen van tien dagen. Met oog op de uitvoerbaarheid is van belang, dat de ACM een termijn van tien werkdagen hier noodzakelijk acht. Zonder deze duiding zou de termijn, volgens de Algemene termijnenwet, tien kalenderdagen bedragen wat naar oordeel van de ACM te kort is. Met oog op de uitvoerbaarheid verdient het aanbeveling om de genoemde termijn te specificeren als tien werkdagen.

Artikel 19c, eerste en tweede lid, van de gewijzigde Wp2000

37. Het opleggen van de heffing op spoorwegondernemingen, bedoeld in het eerste en tweede lid van de gewijzigde Wp2000, is, zoals hiervoor al werd besproken, een maatregel om het economisch evenwicht van een concessie te herstellen.
38. Ten eerste valt op dat de randvoorwaarden waaraan moet zijn voldaan om een dergelijke heffing op te leggen nergens zijn verwoord in Wetsvoorstel.

-
- b) de infrastructuurbeheerder;
 - c) de spoorwegonderneming die het openbaredienstcontract uitvoert;
 - d) de spoorwegonderneming die toegang wenst.

Wanneer de toezichhoudende instantie besluit dat het economisch evenwicht van een openbaredienstcontract door de geplande passagiersvervoersdienst als bedoeld in artikel 38, lid 4, in gevaar zou komen, vermeldt zij mogelijke aanpassingen van die dienst waarmee aan de voorwaarden voor toekenning van het in artikel 10, lid 2, bedoelde recht op toegang zou worden voldaan" ["]].

39. Ten tweede is opvallend dat de grondslagen om beperkende maatregelen te nemen, die gericht zijn op het voorkómen van de aantasting van het economisch evenwicht van één of meer concessies, niet zijn vormgegeven in het Wetsvoorstel. Daarmee lijkt de bevoegdheidsgrondslag om deze – minder vergaande – maatregelen te kunnen nemen te ontbreken in het Wetvoorstel. Uit oogpunt van uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid het essentieel dat de bevoegdheid om deze maatregelen te nemen expliciet wordt benoemd in het Wetsvoorstel en die bevoegdheid ook wordt belegd bij een instantie. Daarbij ligt het in de rede dat een toetreders eerst zelf in de gelegenheid wordt gesteld om maatregelen te treffen en dat alleen een heffing wordt opgelegd indien deze maatregelen ontoereikend zijn om het economisch evenwicht te herstellen. Voor toetreders moet het ook duidelijk zijn hoe de maatregelen die de ACM zou kunnen voorstellen om het economisch evenwicht te herstellen zich verhouden tot de mogelijkheid voor het opleggen van een extra heffing.
40. Tot slot is niet helder, op welke spoorwegondernemingen de heffing kan worden opgelegd en wat concessiegevers met de inkomsten uit de heffing zouden kunnen of zouden moeten doen. In de huidige bewoording van artikel 19c van de gewijzigde Wp2000, hebben de opbrengsten uit de heffing geen specifieke bestemming.

3 Personele en financiële consequenties voor de ACM

3.1 *Onderbouwing van personele en financiële gevolgen*

41. Onderstaande tabel bevat de begroting van de benodigde personele en financiële middelen voor de uitvoering van de extra taken door de ACM. Voor de economische evenwichtstoets zijn alleen uren opgenomen ter voorbereiding op het uitvoeren van de toets. Dit betreft onder meer de advisering over de Uitvoeringsverordening, het opstellen van een beleidsregel (inclusief de aanpassing van de huidige beleidsregel voor internationaal personenvervoer) en de interne procedures voor het uitvoeren van de toets. Een goede inschatting van de benodigde uren voor het uitvoeren van de toets zelf kan pas gemaakt worden na de inwerkingtreding van de Uitvoeringsverordening.
42. Voorts zijn er middelen begroot voor de uitbreiding van het toezicht op de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van ProRail. Hiervoor zijn uren begroot om de wijze van implementatie van de nieuwe eisen af te stemmen met lenM en ProRail, mede in relatie tot de omvorming van ProRail naar een zelfstandig bestuursorgaan. Na implementatie zal de ACM moeten toezien op de werking van deze procedures in de praktijk. Voorts is de verwachting dat vanwege de uitbreiding van het scope van toezicht de ACM vaker gevraagd zal worden onderzoek te doen naar aanleiding van een klacht over vermeend partijdig handelen door ProRail.

UHT Spoor	2018		2019		2020		2021	
	Fte	In €	Fte	In €	Fte	In €	Fte	In €
Economische Evenwicht toets								
Vorbereiding	0,25	27.875	0,25	27.875				
Uitvoering EE toets*	-	-	-	-	-	-	-	-
Prorail uitbreiding toezicht/ambtshalve onderzoek								
Vorbereiding	0,25	27.875	0,25	27.875				
Procedure check			0,25	27.875	0,25	27.875	0,25	27.875
Klachten			0,25	27.875	0,25	27.875	0,25	27.875
Totaal	0,5	55.750	1	111.500	0,5	55.750	0,5	55.750

* Het recht op open toegang kan worden beperkt voor de reeds onderhands gegunde hoofdrailnetconcessie die afloopt in 2025. Indien de huidige situatie ongewijzigd blijft is er tot 2025 geen recht op open toegang en zal de ACM geen economische evenwichtstoets voor het hoofdrailnet uitvoeren. Voor de regionale concessies die zijn gegund na 16 juni 2015 zal de ACM mogelijk wel worden gevraagd een toets uit te voeren. Aangezien de criteria en procedure van deze toets nog verder worden uitgewerkt in de Uitvoeringsverordening heeft de ACM op dit moment voor het uitvoeren van de toets nog geen middelen begroot.