DB Cargo Nederland N.V.
Juridische Zaken en Schadezaken
Moreelsepark 1
3511 GA Utrecht
www.dbcargo.com

Autoriteit Consument en Markt
t.a.v. Directie Telecom, Vervoer en Post
Postbus 16326
2500 BH DEN HAAG

Ons kenmerk: DvB\2018\3049_ACM/UIT/495758

Utrecht, 26 juli 2018

Zienswijze ontwerpbesluit methode van toerekening VMT ProRail

Geachte heer of mevrouw,

Hierbij ontvangt u tijdig de zienswijze van DB Cargo Nederland N.V. (hierna ook: DB Cargo) op het ontwerpbesluit van de Autoriteit Consument en Markt (ACM) van 19 juni 2018, zaaknummer ACM/16/019986, met kenmerk ACM/UIT/495758, inzake de goedkeuring van de methode van ProRail B.V. (ProRail) voor de toerekening van de kosten van het aan spoorwegondernemingen aangeboden minimum toegangspakket voor de dienstregelingsjaren 2020 tot en met 2022.

DB Cargo is een spoorwegonderneming die jaarlijks een Toegangsovereenkomst met ProRail af moet sluiten en is gehouden voor het gebruik van de hoofdspoorweginfrastructuur de vergoeding voor het minimum toegangspakket (VMT) aan ProRail te betalen. DB Cargo is dan ook belanghebbend bij het ontwerpbesluit en het besluit tot goedkeuring van de methode voor toerekening van ProRail.

Samenvatting
Uit de beschrijving van de methode van toerekening van kosten aan de VMT van ProRail en de overwegingen in het ontwerpbesluit van de ACM blijkt dat de methode van ProRail op meerdere punten onduidelijk, onvolledig en onjuist is en niet aan de wettelijke eisen voldoet, of daar zelfs mee in strijd is. Dit betreft cruciale elementen in de methode, zoals het bepalen van de kostenbasis, het kostensplitsingsmodel, de variabiliteit van kosten en de toegepaste gewichtsklassen. De ACM ziet een deel van deze tekortkomingen ook, maar is niettemin voornemens de methode goed te keuren, echter voor een kortere periode dan door ProRail gevraagd en onder voorwaarden. Dit kan echter de geconstateerde gebreken niet helen.

Het ontwerpbesluit van de ACM kan al met al niet als basis dienen voor een besluit om de methode goed te keuren, ook niet voor een kortere periode dan ProRail heeft gevraagd. De methode van ProRail kan niet goedgekeurd worden. Mede hierdoor kan ook de methode voor het bepalen van de extra heffing niet goedgekeurd worden.

...

DB Cargo Nederland N.V. has its registered office in Utrecht and is listed in the Trade Register of Utrecht under number 124363.
All our offers and agreement concluded with us are governed by the General Conditions of DB Cargo Nederland N.V. (formerly General Conditions of DB Schenker Rail Nederland N.V.). The General Conditions are published on our website www.dbcargo.com. They are also available for inspection at the offices of DB Cargo Nederland N.V. in Utrecht and at the Chamber of Commerce for Utrecht and Rotterdam. A copy will be sent to you free of charge at your first request. Deutsche Bank NL96DEUT0319851214, VAT NL 8038.83.481.B01.

De zienswijze

Bij de voorbereiding van een besluit moet de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen worden vergaard[1]. Het besluit dient tevens te berusten op een deugdelijke motivering[2]. Op grond van artikel 10 lid 1 van het Besluit implementatie richtlijn 2012/34/EU tot instelling van één Europese spoorwegruimte (het Implementatiebesluit) dient de ACM de methode voor toerekening goed te keuren indien deze voldoet aan de eisen op grond van artikel 2 tot en met 8 en artikel 20 lid 2, onderdelen b en c van het Implementatiebesluit, alsmede de eisen op grond van uitvoeringsverordening (EU) 2015/909.

De ACM stelt vast dat de methode van ProRail voor toerekening van kosten op diverse punten niet voldoet aan de eisen uit het Implementatiebesluit en dat niet alle noodzakelijke informatie is aangeleverd door ProRail.

Het besluit tot goedkeuring van de methode van ProRail kan en mag dan ook eerst genomen worden wanneer alle relevante feiten zijn vergaard, de betrokken belangen zijn afgewogen en het besluit deugdelijk is gemotiveerd.

Op basis van de gepubliceerde beschrijving van de methode van ProRail van 30 maart 2018 kan geen goedkeuring verleend worden voor het toepassen van deze methode, aangezien deze niet voldoet aan de wettelijke eisen.

DB Cargo licht haar zienswijze hieronder toe.

Onvoldoende kennis van relevante feiten en zorgvuldigheid van het onderzoek

De methode zelf is niet beoordeeld

Op grond van artikel 63 van de Spoorwegwet en artikel 10 lid 1 van het Implementatiebesluit dient de ACM de *methode voor toerekening* goed te keuren.

Uit randnummer 43 van het ontwerpbesluit en uit paragraaf 3.1 van de beschrijving van de methode van ProRail blijkt dat niet de eigenlijke methode van ProRail is beoordeeld, maar enkel de beschrijving daarvan die door ProRail aan de ACM is verzonden. De methode zélf, zoals deze ligt besloten in de (ICT-)systemen van ProRail en haar interne bedrijfsprocessen, en waarvan de beschrijving slechts deel uit maakt[3], is als zodanig niet beoordeeld. Indien ACM haar goedkeuringsbesluit enkel baseert op informatie waarvan ProRail besloten heeft om die aan ACM te verstrekken, en niet op onderzoek naar de methode zélf, is dat besluit onvoldoende zorgvuldig tot stand gekomen en zijn niet alle relevante feiten vergaard, zodat het besluit niet in stand zal kunnen blijven.

Onduidelijk of de totale kosten goed beschreven zijn

In randnummer 80 staat dat ACM niet kan concluderen of het vaststellen van de totale kosten van het minimumtoegangspakket voldoende concreet omschreven is door ProRail, omdat ProRail onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat kosten die in het geheel niet verbonden zijn aan de exploitatie van de treindienst op een juiste wijze worden geëlimineerd.

DB Cargo deelt de constatering van ACM dat onvoldoende informatie over de relevante feiten beschikbaar is. De door ACM gestelde voorwaarde in paragraaf 4.2 is echter onvoldoende om dat gebrek te helen, zie ook de zienswijze op randnummer 206 hieronder.
DB Cargo constateert dat de beschrijving van de methode op dit punt niet alleen onvoldoende concreet is, maar dat uit wat door ProRail beschreven is tevens blijkt dat het vaststellen van de

[1] Artikel 3:2 Algemene wet bestuursrecht.
[2] Artikel 3:46 Algemene wet bestuursrecht.
[3] Artikel 5 lid 2 Implementatiebesluit.

totale kosten niet op de juiste wijze heeft plaatsgevonden (zie hierna onder 'het bepalen van de kostenbasis').

Kostensplitsing tussen de beide diensten kan niet beoordeeld worden

Uit randnummer 112 tot en met 115 blijkt dat de omschrijving van de methode van toerekening ten aanzien van toerekening van kostenposten en kostensoorten aan de dienst Treinpad en aan de dienst Tractie-energievoorziening onvoldoende informatie bevat om deze kostensplitsing te kunnen beoordelen. Welke daadwerkelijke kostensplitsing tussen deze diensten plaats vindt is niet duidelijk en bovendien heeft ACM twijfels over de representativiteit van de gegevens en het gebruikte referentiejaar.

DB Cargo kan op basis van de beschrijving van de methode van ProRail evenmin afleiden of deze kostensplitsing daadwerkelijk correct plaatsvindt, daar de daadwerkelijke methode zelf voor haar niet toegankelijk is. De kostensplitsing tussen de diensten is wel zeer relevant, omdat bij onjuiste splitsing hetzij voor gebruik van de dienst Treinpad ten onrechte kosten in rekening worden gebracht voor het in stand houden van de dienst Tractie-energievoorziening, hetzij kosten die niet in de dienst Tractie-energievoorziening thuishoren betaald worden door de groep spoorwegondernemingen die naast de dienst Treinpad ook de dienst Tractie-energievoorzieningen afneemt. Niet alleen mist de methode transparantie en zorgvuldigheid, zij kan gezien het voorgaande ook discriminatoire gevolgen hebben voor spoorwegondernemingen.

Op basis van deze constateringen kan de methode van ProRail niet goedgekeurd worden, maar zal eerst zorgvuldig onderzoek plaats moeten vinden op basis van alle relevante gegevens. Een tijdelijke goedkeuring lijdt evengoed aan de geconstateerde gebreken en is daarom niet mogelijk.

Totstandkoming allocatiesleutels niet transparant

In randnummer 81 staat dat uit de beschrijving van de methode van toerekening onvoldoende transparant blijkt welke daadwerkelijke allocatiesleutels aan de kostensplitsingen ten grondslag liggen en op basis van welke informatie deze kostensplitsingen tot stand komen. Aldus ontbreekt cruciale informatie voor het kunnen beoordelen van de methode van ProRail.

Ook hiervoor geldt dat dit gebrek niet geheeld kan worden door de voorwaarde die ACM hiertoe aan goedkeuring wil verbinden. Het bepalen van de daadwerkelijke allocatiesleutels is één van de belangrijkste elementen van de methode van toerekening. Zonder deze informatie kan de methode dan ook niet goedgekeurd worden, ook niet voor een periode van drie jaar in plaats van de door ProRail gevraagde vijf jaar.

Eén referentiejaar volstaat niet

In randnummer 82 staat dat het gebruik door ProRail van één enkel referentiejaar voor het bepalen van kostensplitsingen in haar 'Bedrijfsmodel Onderhoud' onvoldoende robuust en actueel is om goedkeuring te kunnen verlenen voor een periode van vijf jaar. Waarom deze referentie wel voldoende robuust en actueel is voor een periode van drie jaar, wordt niet gemotiveerd. Deze constatering wordt herhaald in randnummer 150.

Uit randnummer 148 blijkt dat het gehanteerde referentiejaar bovendien niet geschikt is, omdat het gebruik van 2015 als referentiejaar kan resulteren in het doorberekenen van kosten die het niveau van de directe kosten overstijgen. De allocatiesleutels worden blijkens randnummer 149 door ProRail om de vier jaar, en voor de eerstvolgende keer in 2019 geactualiseerd. Ondanks de geconstateerde dalende tendens van de variabiliteiten, wordt geen actualisatie uitgevoerd en

wordt vastgehouden aan de gegevens uit 2015, hoewel bekend is dat deze in ieder geval niet meer representatief zijn.

ProRail vraagt goedkeuring voor vijf jaar. Als deze werkwijze wordt volgehouden ontstaat er een ritme waarin de actualisatie van de allocatiesleutels de eerstkomende 15 jaar niet voldoende actueel is om nog verwerkt te kunnen worden in Bedrijfsmodel Onderhoud van ProRail en is de informatie om de methode voor toerekening goed te kunnen keuren dus onvolledig. In ieder geval constateert ACM dat dat voor de huidige gevraagde goedkeuring het geval is.

DB Cargo deelt de constatering van ACM dat het gebruik van één enkel referentiejaar onvoldoende relevante gegevens oplevert. Gezien het voorgaande kan de methode voor toerekening dan ook niet goedgekeurd worden, ook niet voor een kortere periode.

Het Bedrijfsmodel Onderhoud voldoet niet aan artikel 4 van het Implementatiebesluit

In artikel 4 van het Implementatiebesluit wordt de systematiek van kostentoerekening voorgeschreven, waaruit volgt dat kosten die voor een deel rechtstreeks voortvloeien uit de exploitatie van de treindienst naar rato worden toegerekend aan de kostenbasis, naast kosten die in het geheel niet en kosten die in het geheel wél toegerekend moeten worden.

Hoofdspoor en wissels in hoofdspoor

ProRail rekent kosten toe op basis van het Bedrijfsmodel Onderhoud van ProRail. De daarbij door ProRail gebruikte gegevens sluiten, volgens ProRail, niet zondermeer aan bij de informatie zoals die uit UIC-fiche 715 voortvloeit, maar worden wel gebruikt om de variabiliteit in het Bedrijfsmodel Onderhoud vast te stellen.

Zo blijken bijvoorbeeld de systemen 1 en 3 (hoofdspoor en wissels in hoofdspoor) voor de Nederlandse situatie niet aan te sluiten bij de UIC-gegevens. Uit oude gegevens van de rechtsvoorgangers van ProRail blijkt, volgens ProRail, dat 'de gebieden in de zwaarst en lichtst belaste gebieden duurder waren dan de modeluitkomsten'[4]. Vervolgens blijkt dat ProRail niet over recentere gegevens beschikt, 'aangezien onderhoud tegenwoordig wordt uitbesteed.' De gegevens waarnaar verwezen wordt zijn niet terug te vinden in de documenten die voor de huidige zienswijzeprocedure beschikbaar zijn gesteld.

De keuze van ProRail om onderhoud niet in eigen beheer uit te voeren, maar het aan te besteden, is uiteraard geen deugdelijke motivering om niet over deze zeer cruciale informatie te hoeven beschikken en dus niet aan de wettelijke voorschriften ten aanzien van de methode van toerekening te kunnen voldoen. Het is ook een onbegrijpelijk argument, want niet valt in te zien waarom ProRail haar opdrachten niet zodanig in kan richten dat aan deze omissie wordt tegemoet gekomen. Bovendien zal ProRail, blijkens haar eigen redenering, vanwege deze keuze nooit over meer recente informatie beschikken, aangezien zij het onderhoud altijd aanbesteedt[5].

Volgens ProRail is het 'aannemelijk dat deze cijfers in de loop der tijd niet aan grote veranderingen onderhevig zijn omdat de onderhoudsactiviteiten in principe niet verschillen (zelfde systemen).' Dit is een aanname, geen feit en ook geen 'expert judgement' en alleen daarom al onvoldoende om de methode te kunnen dragen, maar bovendien ontbreekt een begin van onderbouwing voor deze aanname.

Onderbouwing is wel noodzakelijk, alleen al omdat bij de aanname geen rekening gehouden wordt met efficiëntere en innovatievere onderhoudsmethoden in de aanbestede

[4] P. 71 van de beschrijving van de methode van ProRail.
[5] https://www.prorail.nl/leveranciers/aanbesteden-en-inkoop/spooronderhoud-pgo.

onderhoudscontracten. Daardoor dalen de onderhoudskosten voor ProRail[6]. Technische systemen zijn aan efficiëncyverbetering en innovatie onderhevig[7]. Hierdoor kan de kostenopbouw wijzigen. Het is van belang in welke mate de daling van onderhoudskosten betrekking heeft op het variabele deel daarvan. Dat de gevolgen van het aanbesteden van het onderhoud voor de 'lichtste' en 'zwaarste' gebieden wel hetzelfde zullen blijven, is dan ook een onjuiste aanname.

Ondanks dat de relatiegrafiek zodanig aangepast wordt dat de variabiliteit van deze systemen daalt ten opzichte van de uitgangspunten die gehanteerd worden in UIC-fiche 715, resteert een zeer hoge variabiliteit van 46% voor hoofdspoor en 50% voor wissels in hoofdspoor. In het ProRailrapport 'Onderbouwing variabiliteit resterende systemen' van 28 april 2016, dat ProRail op 30 maart 2018 op verzoek van ACM aan ACM heeft verzonden ter nadere onderbouwing van de variabiliteit, is in tabel 1 een overzicht gegeven van de ProRailsystemen en de variabiliteit en marginaliteit van de daarmee samenhangende kosten. In deze tabel is de variabiliteit voor Hoofdspoor 15,4% en die van Wissels in hoofdspoor 13%. Onverklaarbaar is waarom de variabiliteit in de beschrijving van de methode van toerekening van ProRail tot wel drie keer groter is[8].

Gezien het voorgaande is onvoldoende met relevante gegevens rekening gehouden om de variabiliteit van de voor de hoogte van de VMT bepalende systemen 1 en 3 vast te kunnen stellen.

De methode van toerekening kan en mag dan ook niet worden goedgekeurd.

Leiden van het treinverkeer

In artikel 3 lid 4 onder a) van de Uitvoeringsverordening is bepaald dat de infrastructuurbeheerder, onverminderd artikel 4 en indien de infrastructuurbeheerder, onder meer op basis van beste internationale praktijken, de kosten die rechtstreeks uit de treinexploitatie voortvloeien op transparante, goed onderbouwde en objectieve wijze kan meten en aantonen, in de berekening van de directe kosten voor het hele net in ieder geval de kosten op mag nemen van personeel dat nodig is om een bepaald baanvak open te houden indien een exploitant verzoekt om een specifieke trein te laten rijden buiten de normale openingstijden van die lijn.

In punt d) van bovengenoemd voorschrift is, eveneens onverminderd artikel 4 en indien de infrastructuurbeheerder, onder meer op basis van beste internationale praktijken, de kosten die rechtstreeks uit de treinexploitatie voortvloeien op transparante, goed onderbouwde en objectieve wijze kan meten en aantonen, bepaald dat de beheerder de kosten van personeel dat nodig is voor de toewijzing van treinpaden en het opstellen van de dienstregeling in de berekening op mag nemen.

---

[6] 'Toekomstig en efficiënt werken aan het spoor, Een nieuwe visie en werkwijze voor een beschikbaar en betaalbaar en betrouwbaar spoor', De spoorsector, juni 2017. Zie ook: Brief van de staatssecretaris van infrastructuur en milieu aan de Voorzitter van de Tweede Kamer van 30 juni 2017, kenmerk IENM/BSK-2017/163006. En ook: 'Doorlichting financiële meerjarenreeksen BOV Spoor', PWC in opdracht van het ministerie van infrastructuur en milieu, 9 september 2015, bijvoorbeeld in paragraaf A.4.3.1., een bijlage bij Tweede Kamer, 2015-2016, 29 984, nr. 621.

[7] Bijvoorbeeld: https://www.prorail.nl/nieuws/prorail-meet-wissels-vanaf-nu-volautomatisch.

[8] Verwarrend is dat in tabel 1 zélf de getoonde percentages aangeduid worden als de procentuele bijdrage aan de gebruiksvergoeding, maar de percentages tellen niet op tot 100%.

Hieruit volgt dat kosten ten behoeve van de voorbereiding van de capaciteitsverdeling binnen de gegeven kaders voor toerekening aan de VMT in aanmerking kunnen komen, maar de kosten ten behoeve van de treindienstleiding niet. De kosten van treindienstleiding vallen onder de vaste kosten voor een bepaald baanvak, die de infrastructuurbeheerder ook dient te dragen wanneer er geen treinbewegingen zijn[9].Deze kunnen slechts variabel zijn, in zoverre het kosten van personeel betreft om op verzoek een specifieke trein te laden rijden buiten de normale openingstijden van een spoorweg.

Deze laatste situatie komt blijkens de Netverklaring van ProRail in Nederland niet voor.

ProRail gaat in haar beschrijving van de methode van toerekening uit van een variabel deel van zowel kosten ten behoeve van capaciteitsverdeling, als van een variabel deel van de kosten ten behoeve van het leiden van het treinverkeer. De met de treindienst- en verkeersleiding samenhangende personeelskosten worden door ProRail voor 100% (landelijk en decentraal treinverkeer) en 63,3% (lokaal treinverkeer) aan de dienst treinpad toegerekend[10].

Nu de treindienst- en verkeersleiding van ProRail enkel binnen de normale openingstijden actief is, en de genoemde uitzondering hierop niet van toepassing is, mogen de daarmee gemoeide kosten geen deel uit maken van de directe kosten[11].

In dit verband valt op dat de kosten voor het aan de treindienstleiding verbonden systeem 15, treinbeheersing, volgens ProRail juist een variabiliteit hebben van 0%. Hoe zich het verschil tussen 100% en 0% laat verklaren, terwijl hiertussen toch onmiskenbaar een feitelijke en functionale samenhang lijkt te bestaan, blijft ongewis.

In paragraaf 3.5.1 van het ontwerpbesluit, randnummers 129 tot en met 137, wordt door ACM de beschrijving van de methode van ProRail samengevat. Een daadwerkelijke beoordeling van ACM van de wijze waarop ProRail de kosten bepaalt van de dienst treinpad die rechtstreeks voortvloeien uit de treindienst ontbreekt echter. In randnummers 143 tot en met 145 wordt de beoordeling van ACM niet gemotiveerd. Motivering van het oordeel van ACM is echter wel vereist. Het ontbreken hiervan klemt te meer gezien het voorgaande, waaruit blijkt dat 100% van kosten die helemaal niet als directe kosten kwalificeren, volledig toegerekend wordt aan de VMT.

De methode van toerekening van ProRail is op dit punt dan ook in strijd met het hieromtrent bepaalde in de Uitvoeringsverordening. Indien kosten van treindienstleiding al toegerekend zouden mogen worden aan de VMT, dan is de methode van ProRail niet transparant, niet (goed) onderbouwd en zijn de kosten niet op objectieve wijze gemeten en aangetoond. Ook in dat geval kan en mag de methode van ProRail niet goedgekeurd worden.

De methode van toerekening kan dan ook niet goedgekeurd worden.

---

[9] Artikel 4 lid 1 onder a) van de Uitvoeringsverordening.

[10] P. 31 en verder van de beschrijving van de methode van toerekening van ProRail.

[11] Dat geldt trouwens ook voor de kosten van instandhouding van de incidentenbestrijding, welke ten onrechte toegerekend worden aan de VMT. De incidentenbestrijding zal immers in stand gehouden moeten worden, ongeacht of zich daadwerkelijk incidenten voor doen. Enkel de variabele component van de incidentenbestrijding, zoals out-of-pocktekosten of eventueel kosten van materiaalverbruik kunnen in aanmerking komen voor een vergoeding naar ratio, te weten per incident.

Energievoorziening, diesel

In de zestien door ProRail onderscheiden deelsystemen welke zij relevant acht voor het minimumtoegangspakket is het systeem 'energievoorziening, diesel' opgenomen als systeem 11. De variabiliteit is volgens ProRail 0%. Dat laatste is voor ProRail voldoende reden om over dit systeem verder geen toelichting op te nemen[12].

Systeem 11 is ten onrechte als relevant voor het minimumtoegangspakket beschouwd. Tankinstallaties en levering van brandstof in deze voorzieningen zijn een dienstvoorziening als bedoeld in onderdeel i) van punt 2 van bijlage II van richtlijn 2012/34/EU. De met het exploiteren van deze dienstvoorziening gemoeide kosten mogen dan ook geen deel uitmaken van de totale kosten van het minimumtoegangspakket. Dat de variabiliteit van systeem 11 op 0% is gesteld doet daar niks aan af.

De ontbrekende relevante feiten worden in het geheel niet in de besluitvorming betrokken

Uit randnummer 206 van het ontwerpbesluit blijkt dat ProRail pas ná inwerkingtreding van het besluit allerhande ontbrekende, maar zeer relevante, informatie aan ACM moet verstrekken. Deze informatie wordt derhalve in het geheel niet bij de besluitvorming betrokken. ACM is derhalve voornemens een besluit te nemen zonder voldoende kennis van alle relevante feiten vergaard te hebben. Deze werkwijze is in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel en de eis besluiten voldoende te motiveren. Zij leidt eveneens tot rechtsonzekerheid, want onduidelijk is wat de gevolgen zijn indien ProRail de informatie niet tijdig aanlevert. Evenmin is duidelijk wat de inhoud van de informatie zélf voor gevolgen kan hebben voor het goedkeuringsbesluit. Ook dat leidt tot rechtsonzekerheid.

Conclusie

Indien het besluit conform het ontwerpbesluit wordt genomen, is het gezien het voorgaande in strijd met artikel 3:2 Awb onzorgvuldig tot stand gekomen en zal het niet in stand kunnen blijven. De motivering van het besluit schiet eveneens te kort, alleen al gezien de vele onduidelijkheden die niet opgehelderd worden, of pas mogelijk opgehelderd worden ná dat het besluit genomen zal zijn. De motivering om de methode voor maximaal drie jaar goed te keuren kan het besluit niet dragen. Ook vanwege strijd met artikel 3:46 Awb zal het besluit, indien het overeenkomstig het ontwerpbesluit wordt genomen, niet in stand kunnen blijven. Tenslotte voldoet de methode niet aan de eisen uit het Implementatiebesluit, waardoor goedkeuring aan de methode moet worden onthouden.

Het bepalen van de kostenbasis

ProRail moet een heffing vaststellen die gelijk is aan de kosten die rechtstreeks uit de treindienst voortvloeien[13]. Die kosten worden afgeleid uit de totale begrote kosten van ProRail en worden als 'kostenbasis' aangeduid[14]. De totale begrote kosten mogen het gemiddelde zijn van de totale begrote kosten over een periode van maximaal 10 jaar[15]. De kostenbasis is het verschil tussen de kosten voor verlening van de diensten uit het minimumtoegangspakket en voor toegang tot infrastructuur die dienstvoorzieningen verbindt enerzijds, en de niet in rekening te brengen kosten anderzijds. In de uitvoeringsverordening is bepaald welke kosten wel deel uit mogen maken van de kostenbasis, en welke niet[16].

---

[12] P. 78 van de beschrijving van de methode van toerekening van ProRail.
[13] Artikel 30 lid 3 van Richtlijn 2012/34/EU.
[14] Artikel 3 lid 1 van het Implementatiebesluit. In de uitvoeringsverordening zijn dit de 'directe kosten'.
[15] Artikel 3 lid 2 van het Implementatiebesluit.
[16] Artikel 3 en 4 van de Uitvoeringsverordening.

ProRail moet de waarde van relevante activa op basis van historische waarden op basis van betaalde en gedocumenteerde prijzen, of eventueel de actuele waarde(n) bepalen. Ramingen van actuele of vervangingswaarde mogen enkel worden gebruikt mits aan ACM wordt aangetoond dat zij op transparante, goed onderbouwde en objectieve wijze zijn vastgesteld[17].

ProRail bepaalt echter de totale begrote kosten op basis van de door de minister goedgekeurde subsidieaanvraag[18]. Uit bijlage B van de beschrijving van ProRail blijkt dat het beheerplan van ProRail bepalend is voor de subsidieaanvraag. Voor het beheerplan zijn de beleidsprioriteitenbrief van de concessieverlener en koppeling met prestatie- en informatie-indicatoren aan een viertal prestatiegebieden die zijn opgenomen in de beheerconcessie 2015 - 2025 leidend. ProRail stelt het beheerplan op op basis van een 'kaderstellende' begroting van het ministerie van infrastructuur en waterstaat, waarop ProRail het beheerplan aan laat sluiten[19].

Deze werkwijze is niet conform de wet. Immers, niet de hoogte van de aan ProRail te verstrekken subsidie is bepalend voor de hoogte van de kostenbasis en dus uiteindelijk de VMT, maar dat deel van de totale kosten dat niet aan de kostenbasis toegerekend mag worden dient juist bepalend zijn voor de hoogte van de aan te vragen subsidie. De totale kosten zullen moeten worden bekostigd uit de VMT en andere gebruiksvergoedingen. Voorzover deze heffingen de totale kosten niet dekken, kan een beroep worden gedaan op overheids- (of andere) financiering[20]. De kostenbasis mag dus niet bepaald worden op grond van de omvang van de aangevraagde of uiteindelijk verstrekte subsidie, het is andersom.

Daarnaast heeft de begroting van het ministerie van infrastructuur en waterstaat geen externe werking[21]. ProRail is daaraan dus niet gebonden. Er bestaat dan ook geen grondslag en bevoegdheid om de begroting van het Rijk te gebruiken als maatstaf voor de kostenbasis.

De wijze waarop ProRail de kostenbasis vaststelt leidt ook tot onduidelijkheid. Dat is bijvoorbeeld in het beheerplan voor 2018 zichtbaar. Het exploitatiebudget voor 2018, inclusief 'Exploitatiebijdrage Rijksoverheid' en gebruiksvergoeding (waar de VMT deel van uitmaakt) betreft 1.262 miljoen euro[22]. Dat zijn volgens ProRail dus de totale kosten. De aansluiting met de rijksbegroting, waar het beheerplan immers op gericht moet zijn, laat zien dat uit het infrafonds, waar de subsidie uit wordt verstrekt, 1.262 miljoen euro beschikbaar wordt gesteld, zonder dat hier VMT op in mindering wordt gebracht[23].

Voor de totale kosten wordt derhalve subsidie aangevraagd en verstrekt. Waaruit bestaat volgens de ACM op basis van het voorgaande nu precies de VMT en hoe verhoudt zich deze met de kosten die rechtstreeks uit de treindienst voortvloeien?

Al met al voldoet de methode van ProRail op dit punt niet aan de wettelijke eisen met betrekking tot de berekening van de kostenbasis. De motivering in het ontwerpbesluit kan eveneens goedkeuring van de methode niet dragen. ACM kan daarom de methode niet goedkeuren.

---

[17] Artikel 3 lid 3 van de Uitvoeringsverordening.
[18] p. 13, p. 17 van de beschrijving en randnummer 53 van het ontwerpbesluit.
[19] P. 54 en 55 van de beschrijving van de methode van ProRail.
[20] Artikel 8 lid 4 van Richtlijn 2012/34/EU.
[21] Hoge Raad, 5 oktober 1849, W 1058 (De Bourbon).
[22] P. 27 ProRail Beheerplan 2018.
[23] P. 62 ProRail Beheerplan 2018.

Relatie met eerdere klacht FMN

In dit verband merkt DB Cargo op dat de situatie ten aanzien van het voorliggende ontwerpbesluit tot goedkeuring van de methode van toerekening van ProRail afwijkt van die welke aan de orde was in verband met de door FMN geëntameerde procedure op grond van artikel 71 lid 1 van de Spoorwegwet ten aanzien van de gebruiksvergoeding spoor 2015 en 2016. FMN klaagde dat ProRail zich bij het vaststellen van de gebruiksvergoeding had laten leiden door een door het Kabinet Rutte-I opgedragen verhoging van 50 miljoen Euro, hetgeen FMN in strijd achtte met onder meer artikel 4 lid 1 van richtlijn 2001/14/EG en de voorgeschreven beheersmatige onafhankelijkheid van ProRail. Daarnaast stelde FMN dat de Uitvoeringsverordening door ACM had moeten betrokken bij het destijds door ACM gehanteerde toetsingskader.

In deze zaak is door het CBb uitspraak gedaan[24].

Het CBb oordeelde dat het al dan niet bepalen in een regeerakkoord dat de gebruiksvergoeding moet worden verhoogd geen aspect is dat ACM in dat onderzoek naar gedragingen van ProRail kan betrekken. FMN had volgens het CBb evenmin aannemelijk gemaakt dat ProRail een aanwijzing van een minister heeft opgevolgd en enkel en alleen daarmee ten nadele van de leden van FMN heeft gehandeld.

De onderhavige zienswijze op het thans voorliggende besluit ziet niet zozeer op de beheersmatige onafhankelijkheid van ProRail, hoewel daar gezien het voorgaande door DB Cargo zeker ook vraagtekens bij gezet worden, maar op de gebreken in de methode van toerekening van ProRail ten aanzien van onder andere het vaststellen van de kostenbasis. Uit de ter consultatie aangeboden stukken en de hierboven aangehaalde andere bronnen, waaronder de parlementaire geschiedenis[25], blijkt duidelijk dat ProRail zich moet laten leiden door het haar ter beschikking gestelde kaderstellende budget. Dát is in strijd met de wettelijke eisen, nu dat kaderstellend budget bepalend is voor de totale kosten en de uiteindelijke hoogte van de VMT, daargelaten of ProRail beheersmatig onafhankelijk handelt.

Daarnaast is thans de Uitvoeringsverordening wél van toepassing, anders dan ten tijde van de FMN-klacht over de gebruiksvergoeding spoor 2015 en 2016.

Voorzover ACM in haar reactie op deze zienswijze wenst te verwijzen naar de uitspraak van 26 juni 2018 van het CBb, zal zij in zoverre de uitspraak en de overwegingen van het CBb dan ook moeten beschouwen in het licht van de thans vigerende formele regelgeving en met name rekening dienen te houden met verschillen tussen het huidige en het oude recht.

Het bandbreedtemechanisme

Het implementatiebesluit bevat dwingend recht ten aanzien van de te hanteren methode voor toerekening[26]. Daar mag dus niet vanaf geweken worden, tenzij dat bij of krachtens wet is toegestaan. Het Uitvoeringsbesluit bevat twee mogelijkheden om in de methode voor toerekening een correctiemechanisme toe te passen[27]. ProRail maakt hier, op grond van een valide motivering, geen gebruik van[28].

---

[24] ECLI:NL:VBB:2018:301.
[25] Brief van de staatssecretaris van infrastructuur en waterstaat aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 19 december 2017, kenmerk IenW/BSK-2017/274168, p. 4 en bijlage 2 (beheerplan 2018).
[26] Artikel 2 lid 1 van het Uitvoeringsbesluit.
[27] Artikel 3 lid 3 en artikel 7 lid 5 van het Uitvoeringsbesluit.
[28] P. 21 van de beschrijving van de methode van ProRail.

ProRail heeft echter desondanks zelf een correctiemethode bedacht: het 'bandbreedtemechanisme'. Daarmee kan gedurende de periode waarvoor de methode is vastgesteld worden gecorrigeerd voor gewijzigde inzichten ten aanzien van de begrote kosten en de begrote gebruiksomvang. Wanneer volgens ProRail verschillen met de oorspronkelijke begrotingen buiten de bandbreedte ontstaan, dan worden de vergoedingen voor de resterende jaren herberekend.

Binnen de streng gereguleerde Europese spoorwegruimte, waarbinnen ProRail monopolist is, bieden de Spoorwegwet, het Implementatiebesluit, de Europese richtlijn en de Uitvoeringsverordening geen grondslag voor de door ProRail bedachte afwijking, zodat deze dan ook niet toegestaan is.

Indien de begroting van kosten en gebruiksomvang onvoldoende zeker is om deze voor de gevraagde periode als uitgangspunt te kunnen nemen, had ProRail de methode voor een wél daarop passende periode aan moeten vragen. De financiële gevolgen van onzekerheden in de begrotingen van ProRail mogen niet middels een tussentijdse herziening van de VMT op spoorwegondernemingen worden afgewenteld.

De methode van ProRail is op dit punt in strijd met de wettelijke eisen en kan alleen daarom al niet worden goedgekeurd. Bovendien kan de motivering in het ontwerpbesluit goedkeuring van de methode niet dragen. De methode eveneens daarom niet goedgekeurd worden.

Beoordeling van de gewichtsklassen

Op grond van artikel 6 lid 2 van het Implementatiebesluit mag ProRail binnen de onderscheiden diensten van het minimumtoegangspakket verschillende gebruiksklassen hanteren en daarvoor verschillende vergoedingen hanteren, voor zover het totaal van de vergoedingen per dienst gelijk blijft aan de kostenbasis van deze dienst.

Blijkens het gestelde in randnummers 160 tot en met 162 acht ACM zich niet bevoegd om op grond van het Implementatiebesluit te beoordelen of de gehanteerde vergoeding per gewichtsklasse kosten georiënteerd is. Hieraan zou de wijziging van het Implementatiebesluit[29] in de weg staan. ACM beperkt zich voor wat betreft de differentiatie naar gewichtsklassen tot de vaststelling dat op basis van tabel 4 van de beschrijving van de methode van toerekening bij een hogere gewichtsklasse 'inderdaad' een hoger tarief van toepassing is en dat de tarieven zodanig zijn vastgesteld, dat de opbrengsten van de dienst 'Treinpad' gelijk zijn aan de (begrote) opbrengsten voor die dienst. De methode is volgens ACM voldoende integraal, causaal en transparant.

Op grond van artikel 10 lid 2 van het Implementatiebesluit maakt artikel 6 lid 2 deel uit van het toetsingskader van ACM. De wijze van hanteren van verschillende gebruiksklassen en verschillende vergoedingen daarvoor maken derhalve integraal deel uit van de methode van toerekening, welke goedgekeurd moet worden. In de Nota van Toelichting staat bij de artikelsgewijze toelichting ten aanzien van de wijziging van het Implementatiebesluit:

> "Achtergrond van het heffingskader voor het minimumtoegangspakket is kostenoriëntatie. In dit kader ligt het bijvoorbeeld voor de hand om te kunnen differentiëren als bepaalde soorten gebruik meer kosten met zich meebrengen. Dit betekent echter niet dat per gebruiksklasse hoeft te worden aangetoond dat er een direct causaal verband is. Met het schrappen van <<kostengeoriënteerde>> in artikel 6, tweede en derde lid, wordt derhalve de uitvoerbaarheid vergroot."

[29] Stb 2018, 33, p. 28.

In de Nota van Toelichting bij het oorspronkelijke artikel 6 lid 2 staat[30]:

> "Binnen de diensten is het uit het oogpunt van kostenoriëntatie wenselijk dat een onderscheid mogelijk is in gebruiksklassen. Een zware trein kan bijvoorbeeld meer kosten met zich meebrengen dan een lichte trein, aangezien de slijtage van de infrastructuur groter kan zijn. Dit zal vervolgens tot uitdrukking komen in verschillende vergoedingen voor de te onderscheiden gebruiksklassen.
>
> Deze verschillende vergoedingen voor de te onderscheiden diensten en gebruiksklassen zullen door de beheerder in de netverklaring gepubliceerd worden. Dit vloeit voort uit bijlage IV van de richtlijn en artikel 58 van de Spoorwegwet.
>
> Daarbij blijft kostenoriëntatie het uitgangspunt en moeten de opbrengsten van de diensten binnen het minimumtoegangspakket gelijk zijn aan de kosten van het minimumtoegangspakket, voor zover deze rechtstreeks voortvloeien uit de exploitatie van de treindienst. Met het oog op de uitvoerbaarheid is het evenwel niet noodzakelijk dat er een direct causaal verband kan worden aangetoond tussen de hoogte van een specifieke vergoeding en de kosten."

De wijziging van het Implementatiebesluit betreft dus enkel het vergoten van de uitvoerbaarheid van het Implementatiebesluit, de inhoudelijke normering heeft de wetgever niet willen wijzigen. Klaarblijkelijk is de gedachte dat, indien de gecumuleerde vergoedingen per gebruiksklasse gelijk blijven aan de kosten van de dienst als geheel, niet nog eens voor elke gebruiksklasse een kostensplitsing op kostenpostenniveau moet worden gemaakt, zoals dat wel voor het onderscheiden van de dienst Treinpad en Tractie-energievoorziening gedaan moet worden.

Maar dat neemt niet weg dat over de relatie tussen kosten en indeling in gebruiksklassen zélf wel degelijk nagedacht moet worden en deze gemotiveerd moet worden en dat deze deel uit maakt van de methode voor toerekening. Voorzover dat uit artikel 6 al niet duidelijk blijkt, is de toelichting op zowel het oude als het nieuwe artikel duidelijk: als aan bepaald gebruik meer kosten zijn verbonden, mag dat tot uitdrukking komen in verschillende vergoedingen voor gebruiksklassen.

ACM zal derhalve ook de door ProRail voorgestelde indeling in gewichtsklassen moeten beoordelen. Daarbij geldt voor het bepalen van gewichtsklassen een degressief stijgende relatiecurve, zoals ook voor het bepalen van UIC-fiche 715 als uitgangspunt is genomen.

Tabel 4 op pagina 35 van de beschrijving van de methode van ProRail bevat zeven gewichtsklassen, waaraan een vergoeding ('factor') is gekoppeld. Hoe deze factor tot stand gekomen is wordt niet duidelijk. In hoeverre andere factoren, zoals snelheid, aanzetten en afremmen relevant zijn voor de 'stootfactor' wordt door ProRail niet benoemd. Daar waar reizigerstreinen veel afremmen en optrekken, rollen goederentreinen met een tamelijk constante en relatief lage snelheid gelijkmatig door. De betekenis van deze wezenlijke verschillen in de rijkarakteristiek van goederen- en reizigerstreinen komen in de methode van ProRail en het ontwerpbesluit van ACM nergens tot uiting. ProRail zegt in paragraaf 4.5 van de beschrijving van de methode zelf dat de dor haar gekozen indeling niet discriminerend is, maar waarom dat zo is blijkt nergens uit.
Uit de beschrijving van de methode van ProRail wordt evenmin duidelijk op basis van welk verband een fictief dagtonnage ook tot een hogere VMT voor zware (goederen)treinen zou moeten leiden.

---

[30] Stb 2015, 461, p. 31.

ACM stelt op basis van de door ProRail verstrekte informatie enkel vast dat de bij een hogere gewichtsklasse een hoger tarief van toepassing is, maar zij heeft de methode van ProRail niet onderzocht. Gezien het voorgaande is de methode van ProRail op dit punt gebrekkig. Daarom kan niet geconcludeerd worden dat de methode voldoet aan artikel 6 lid 2 van het Implementatiebesluit, laat staan dat voldaan wordt aan beginselen van integraliteit, causaliteit en transparantie.

De methode kan dan ook niet goedgekeurd worden.

Samenhang met het ontwerpbesluit methode van toerekening extra heffing ProRail

Tegelijk met het onderhavige ontwerpbesluit, kunnen belanghebbenden zienswijzen op het ontwerpbesluit tot goedkeuring van de methode van toerekening van extra heffing als bedoeld in artikel 32 lid 1 van richtlijn 2012/34/EU indienen. De zienswijze van DB Cargo op dat ontwerpbesluit ontvangt u gelijktijdig met de zienswijze op het ontwerpbesluit voor de methode van toerekening VMT.

Tussen beide (ontwerp)besluiten bestaat een duidelijke samenhang. De hoogte van de extra heffing is namelijk gekoppeld aan de hoogte van de VMT, met name in de door ProRail gehanteerde methode van Ramsey-Boiteux, waarmee zij de extra heffing bepaalt.

Nu de methode van toerekening VMT niet goedgekeurd kan worden, geldt dat alleen al om die reden ook voor de methode van toerekening van de extra heffing. In het ontwerpbesluit gaat ACM op deze samenhang niet in. DB Cargo verzoekt u dat in het besluit wel te doen, zeker nu de periodes van goedkeuring voor beide besluiten niet hetzelfde zijn. Van een extra heffing zonder goedgekeurde methode voor toerekening VMT kan geen sprake zijn.

De administratieve lasten van ProRail en de noodzaak om voor drie jaar goed te keuren

In het ontwerpbesluit wordt meerdere malen aangegeven dat het voor ProRail veel tijd kost en een administratieve belasting is om, kort gezegd, 'de zaak op orde te krijgen.' Dat is reden de methode voor toerekening toch goed te keuren, ondanks alle daaraan klevende gebreken, want anders duurt het nog langer voor er een goedgekeurde methode is.

Dit is een argument dat noch in de Europese regelingen, noch in de Nederlandse wetgeving steun vindt. Het is een argument dat beslist niet tot goedkeuring van een methode die op dit moment niet aan de daaraan te stellen eisen voldoet kan leiden en is in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Een goedkeuring, al is het voor beperkte duur, kan dan ook niet aan de orde zijn.

Behoudens de juridische haken en ogen die er kleven aan het niet beschikken over een door ACM goedgekeurde methode van toerekening, zijn de praktische gevolgen van onthouding van goedkeuring in de praktijk vooralsnog echter heel beperkt, zodat de noodzaak om tot spoedige goedkeuring te komen daarin niet gelegen kan zijn.

Immers, de nieuwe methode van toerekening zal volgens ProRail leiden tot een lagere VMT ten opzichte van het huidige niveau, maar deze prijsdaling wordt meer dan volledige gecompenseerd door de extra heffing, zodat het per saldo nagenoeg geen verschil maakt wat er netto betaald moet worden door de spoorwegondernemingen[31].

[31] (vertrouwelijk).

Verzoek

DB Cargo verzoekt u de methode voor toerekening eerst goed te keuren indien deze aan alle daaraan te stellen eisen voldoet en ProRail u inzicht verschaft heeft in de methode en alle relevante informatie daaromtrent.

Vertrouwelijkheid

Behoudens de in deze zienswijze opgenomen persoonsgegevens van DB Cargo-medewerkers en voetnoot 31 bevat deze zienswijze geen vertrouwelijke gegevens.

Hoogachtend,

DB Cargo Nederland N.V.

DB

DB Cargo Nederland N.V.
Postbus 2060
3500 GB Utrecht

ACM
Ingekomen

27 JUL 2018

8:08

AUTORITEIT CONSUMENT EN MARKT

t.a.v. DIRECTIE TELECOM, VERVOER EN POST

POSTBUS 16326

2500 BH DEN HAAG

R AANGETEKENDE BRIEF
NL frankering betaald 8,40
504gr
RECOMMANDÉ

D-A-1
PostNL
156651 26-07-2018 11:49
NL

3SRPKS152887646 2500BH 16326

DBC 2000-6