



Besluit

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt op de aanvraag van DB Cargo Nederland N.V. om op grond van artikel 71, eerste lid onder a en c, van de Spoorwegwet een onderzoek te doen naar de handelwijze van ProRail B.V. bij de behandeling van toegangsverzoeken voor het emplacement Kijfhoek voor het dienstregelingsjaar 2019

Ons kenmerk : ACM/UIT/504949
Zaaknummer : ACM/18/033949
Datum : 20 december 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: klacht), die bij brief van 14 september 2018 door DB Cargo Nederland N.V. (hierna: DB Cargo) is ingediend op grond van artikel 71, eerste lid onder a en c, van de Sw.¹ De klacht heeft betrekking op de handelwijze van ProRail B.V. (hierna: ProRail) bij de behandeling van verzoeken om toegang tot het emplacement Kijfhoek voor het dienstregelingsjaar 2019.
2. Het emplacement Kijfhoek is een dienstvoorziening als bedoeld in artikel 67, eerste lid, van de Sw, die door ProRail wordt beheerd en door haar wordt aangeboden volgens de voorwaarden beschreven in de Netverklaring 2019.² Op het emplacement worden zowel treinen gerangeerd als opgesteld (geparkeerd).
3. Kijfhoek is voor het rangeren van goederentreinen uitgerust met een rangeerheuvel. Deze rangeerheuvel wordt gebruikt voor het naar bestemming sorteren – ook wel: heuvelen – van goederenwagens die op het emplacement arriveren. Ten behoeve van dit sorteerproces is de rangeerheuvel uitgerust met een heuvelsysteem, dat (onder andere) bestaat uit 43 parallel gelegen sporen die voorzien zijn van computergestuurde wissels en railremmen (hierna: heuvelsporen). De wissels en railremmen worden gebruikt om wagens die over de heuvel worden geduwd, gecontroleerd door te geleiden naar het juiste bestemmingspoot.
4. DB Cargo heeft als onderdeel van haar jaardienstaanvraag voor het dienstregelingsjaar 2019 toegang verzocht tot het emplacement Kijfhoek. Hierbij heeft zij toegang verzocht tot alle 43 op Kijfhoek beschikbare heuvelsporen, met de bedoeling daar te heuvelen. Naast DB Cargo hebben ook acht andere ondernemingen toegang verzocht tot het emplacement Kijfhoek.
5. Bij het verwerken van de aanvragen voor toegang heeft ProRail geconstateerd dat er op Kijfhoek onvoldoende capaciteit beschikbaar is om aan alle aanvragen te kunnen voldoen. Zij heeft in overleg met de betrokken aanvragers getracht tot een gezamenlijke oplossing te komen voor de conflicterende aanvragen. Daarbij is ook gekeken naar de ruimte op andere emplacementen op de Rotterdamse Havenspoorlijn. Deze pogingen hebben niet geleid tot een

¹ Brief van DB Cargo van 14 september 2018, kenmerk: ACM/IN/421201.

² Netverklaring 2019 (versie 1.3), 19 november 2018.

voor alle partijen bevredigende oplossing.

6. Bij de definitieve verdeling van de sporen op Kijfhoek, die op 20 augustus 2018 aan de betrokken spoorwegondernemingen is toegezonden,³ heeft ProRail van de 43 door DB Cargo aangevraagde sporen er 38 aan haar toegewezen. De vijf overige sporen met heuvelvoorzieningen zijn toegewezen aan drie andere spoorwegondernemingen voor het opstellen van materieel (Captrain B.V., hierna: Captrain, Rail Force One B.V., hierna: RFO, en Lineas Group N.V., hierna: Lineas).
7. DB Cargo is het niet eens met de door ProRail gemaakte verdeling van de heuvelsporen. Volgens DB Cargo is zij hierdoor oneerlijk behandeld, gediscrimineerd, of anderszins benadeeld. ProRail had de aanvraag van DB Cargo niet (gedeeltelijk) mogen weigeren, omdat de aanvragen van Captrain, RFO en Lineas niet als aanvragen voor gebruik van de dienstvoorziening Kijfhoek kunnen worden beschouwd. Omdat sprake is van een rangeervoorziening, had de aanvraag van DB Cargo om op Kijfhoek te rangeren voorrang moeten krijgen. Daarnaast heeft ProRail niet aangetoond dat er een levensvatbaar alternatief beschikbaar is voor DB Cargo, terwijl dit op grond van de toepasselijke regelgeving wel is vereist.

2 Verloop van de procedure

8. Bij brief van 14 september 2018 heeft DB Cargo bij de ACM een klacht ingediend op grond van artikel 71, eerste lid onder a en c, van de Sw.⁴
9. Bij brief van 21 september 2018 heeft de ACM de klacht doorgezonden aan ProRail en heeft zij ProRail verzocht haar zienswijze te geven op de klacht.⁵ ProRail heeft haar zienswijze bij brief van 5 oktober 2018 aan de ACM toegezonden.⁶
10. Bij brieven van 12 oktober 2018 heeft de ACM informatieverzoeken toegestuurd aan ProRail en DB Cargo.⁷ Deze informatieverzoeken zijn op 19 oktober 2018 door ProRail en DB Cargo beantwoord.⁸
11. Bij e-mail van 26 oktober 2018 heeft ProRail aan de ACM medegedeeld dat twee van de heuvelsporen op Kijfhoek die aan Captrain waren verdeeld, door haar zijn teruggegeven en aan DB Cargo zijn toegewezen.⁹
12. Bij brieven van 30 oktober 2018 heeft de ACM opnieuw informatieverzoeken toegestuurd aan ProRail en DB Cargo.¹⁰ Deze informatieverzoeken zijn op 6 november 2018 door ProRail en DB Cargo beantwoord.¹¹

³ Brief van ProRail van 5 oktober 2018, kenmerk: ACM/IN/421863, bijlage 15.

⁴ Brief van DB Cargo van 14 september 2018, kenmerk: ACM/IN/421201.

⁵ Brief van de ACM van 21 september 2018, kenmerk: ACM/UIT/499718.

⁶ Brief van ProRail van 5 oktober 2018, kenmerk: ACM/IN/421863.

⁷ Brieven van de ACM van 12 oktober 2018, met kenmerken ACM/UIT/500523 en ACM/UIT/500528.

⁸ Brief van ProRail van 19 oktober 2018, met kenmerk ACM/IN/422379, en brief van DB Cargo van 19 oktober 2018, met kenmerk ACM/IN/422378.

⁹ E-mail van ProRail van 26 oktober 2018, kenmerk: ACM/IN/423581.

¹⁰ Brieven van de ACM van 30 oktober 2018, met kenmerken ACM/UIT/501161 en ACM/UIT/501162.

¹¹ Brief van ProRail van 6 november 2018, met kenmerk ACM/IN/423091, en brief van DB Cargo van 19 oktober 2018, met kenmerk ACM/IN/423180.

13. Bij brieven van 15 november 2018 heeft de ACM Captrain, RFO en Lineas verzocht om als belanghebbenden hun zienswijzen te geven op de klacht. Daarnaast heeft de ACM deze ondernemingen om informatie verzocht.¹² Op deze verzoeken hebben zij bij brieven van 28 november 2018 (RFO),¹³ 29 november 2018 (Lineas)¹⁴ en 30 november 2018 (Captrain)¹⁵ gereageerd.
14. Bij brieven van 6 december 2018 heeft de ACM DB Cargo¹⁶ en ProRail¹⁷ in de gelegenheid gesteld een schriftelijke reactie te geven op de informatie die de ACM van de andere betrokken ondernemingen heeft ontvangen, waaronder de zienswijzen van Captrain, RFO en Lineas. Van deze mogelijkheid hebben zij bij brieven van 12 december 2018 (DB Cargo)¹⁸ en 13 december 2018 (ProRail)¹⁹ gebruikgemaakt.
15. Bij e-mail van 19 december 2018 heeft ProRail aan de ACM medegedeeld dat het heuvelspoor op Kijfhoek dat aan RFO was verdeeld, door haar is teruggegeven en aan DB Cargo is toegewezen.²⁰

3 Relevante feiten en omstandigheden

16. ProRail organiseert ieder jaar ter uitvoering van haar taken op het gebied van de verdeling van spoorinfrastructuurcapaciteit een capaciteitsverdelingsprocedure. Onderdeel van deze procedure is het zogeheten jaardienstverdelingsproces. Tijdens het jaardienstverdelingsproces wordt aan de hand van de door gerechtigden ingediende capaciteitsaanvragen een “normale dienstregeling” opgesteld. Deze dienstregeling bestaat uit een “standaardweek” van zeven verkeersdagen van elk 24 uur, waarin terugkerende treinpaden tot een jaardienstregeling worden samengevoegd. De verdeling van treinpaden vindt plaats aan de hand van de regels neergelegd in het Besluit capaciteitsverdeling hoofdspoorweginfrastructuur en de netverklaring. Tijdens het jaardienstverdelingsproces behandelt ProRail ook aanvragen voor capaciteit voor opstellen en rangeren.
17. Op 20 februari 2018 heeft ProRail het Startdocument jaardienstverdeling 2019 vastgesteld.²¹ In het startdocument wordt aanvullende (praktische) informatie gegeven over de jaardienstverdeling voor het dienstregelingsjaar 2019, dit in aanvulling op de procedures, regels en tijdschema's die zijn opgenomen in de Netverklaring 2019. Met betrekking tot opstellen vermeldt het startdocument het volgende:

2.3 Sporendatabase opstellen

Het voorkeursgebruik¹ van opstelsporen wordt na overleg, op de Tafel van Verdeling van 27 februari 2018, gedeeld. Het proces met betrekking tot de toewijzing van capaciteit voor opstellen en rangeervoorzieningen voor het dienstregelingsjaar 2019 loopt parallel met het jaardienstproces, waarbij de termijnen gelijk blijven aan die van de mijlpalen van de jaardienst. [...]

¹² Brieven van de ACM van 15 november 2018, met kenmerken ACM/UIT/502083, ACM/UIT/502085 en ACM/UIT/502086.

¹³ Brief van RFO van 28 november 2018, kenmerk: ACM/IN/424662

¹⁴ Brief van Lineas van 29 november 2018, kenmerk: ACM/IN/424614.

¹⁵ Brief van Captrain van 30 november 2018, kenmerk: ACM/IN/424663

¹⁶ Brief van de ACM van 6 december 2018, kenmerk ACM/UIT/503338.

¹⁷ Brief van de ACM van 6 december 2018, kenmerk ACM/UIT/503354.

¹⁸ Brief van DB Cargo van 12 december 2018, kenmerk: ACM/IN/425336

¹⁹ Brief van ProRail van 13 december 2018, kenmerk: ACM/IN/425383.

²⁰ E-mail van ProRail van 19 december 2018, kenmerk: ACM/IN/425540.

²¹ Bijlage 6 bij de zienswijze van ProRail, kenmerk: ACM/IN/421863.

18. Voetnoot 1 bij deze alinea vermeldt:

Naast de reguliere gebruikswaarde is dit een additionele aanwijzing die de gebruikswaarde verbijzondert, bijvoorbeeld Heuvelen of VL [toevoeging ACM: verkeersleiding] uitvoering, etc. ProRail zal bij conflicterende aanvragen beoordelen of de gevraagde opstelbehoefte aansluit bij het voorkeursgebruik.

19. Het voorkeursgebruik wordt door ProRail aan de spoorwegondernemingen bekendgemaakt via de zogenaamde sporendatabase. In de sporendatabase van Kijfhoek voor het dienstregelingsjaar 2019 staat bij de 43 sporen die van heuvelvoorzieningen zijn voorzien, als voorkeursgebruik "Heuvelspoor" vermeld.²²
20. DB Cargo heeft haar jaardienstaanvraag 2019 bij brief van 9 april 2018 bij ProRail ingediend. Ten aanzien van het emplacement Kijfhoek vermeldt de aanvraag het volgende:

Dienstvoorziening Kijfhoek

Hierbij vraagt DB Cargo toegang tot de dienstvoorziening rangeeremplacement te Kijfhoek, zoals omschreven in paragraaf 5.3.1.3 van de Netverklaring 2018. Dit geldt voor de gehele dienstvoorziening, inclusief de heuvelverdeelsporen. De planning van het heuvelproces is desgewenst op aanvraag beschikbaar voor ProRail.²³

21. Uit het bij de aanvraag meegestuurde aanvraagbestand voor het planningssysteem Donna, blijkt dat DB Cargo toegang heeft verzocht tot alle 43 heuvelsporen op het emplacement Kijfhoek.²⁴
22. Bij het verwerken van de aanvragen voor toegang tot Kijfhoek heeft ProRail vastgesteld dat er meer capaciteit is aangevraagd dan er op Kijfhoek beschikbaar is. Daarom heeft ProRail in het kader van de behandeling van de conflicterende aanvragen een opstel- en behandeldossier opgesteld (het Opstel- en behandeldossier Havenspoor Rotterdam)²⁵ en een zogenaamd "opstelatelier" georganiseerd. Dit is een overleg waarin ProRail en de indieners van de conflicterende aanvragen bijeenkomen om oplossingen te onderzoeken voor de geconstateerde conflictsituaties.
23. Het Opstel- en behandeldossier Havenspoor Rotterdam vermeldt ten aanzien van Kijfhoek het volgende:

3 Beschrijving Kijfhoek

Uit het atelier kwam het verzoek om, ondanks dat signalering zich richt op de conflictsituaties, de aanvraag per emplacement integraal te bekijken. [...]

3.1.1 Beschrijving conflictsituatie Kijfhoek

Overzicht conflicterende aanvragen opstelsporen

²² Bijlage 2 bij de zienswijze van ProRail, kenmerk: ACM/IN/421863.

²³ Bijlage 7 bij de zienswijze van ProRail, kenmerk: ACM/IN/421863.

²⁴ Bijlage 4 bij de brief van ProRail van 6 november 2018, kenmerk: ACM/IN/423091.

²⁵ Bijlage 8 bij de zienswijze van ProRail, kenmerk: ACM/IN/421863.

Spoor	Aanvraag	Aanvraag
[...]	[...]	[...]
145	DB Cargo	Captrain
147	DB Cargo	Lineas

[...]

Overzicht aanvragen afwijkend van gebruikswaarde.

Spoor	Aanvraag	Gebruikswaarde
157	RFO	Aankomst/Vertrekspoor
158	Captrain	Aankomst/Vertrekspoor
213	Captrain	Rangeerspoor

3.2 Beschrijving onderzochte oplossingen Kijfhoek

Op verzoek van vervoerders tijdens atelier worden alle aanvragen en conflicten op de Kijfhoek integraal behandeld.

3.2.1 Beschrijving oplossingsrichtingen.

[...]

Lange opstelsporen, spoor 157, 158, 145, 147 en 213.

Er zijn 48 aanvragen voor lang opstel op lange opstelsporen er zijn 43 sporen beschikbaar op Kijfhoek.

DB Cargo geeft aan alle heuvelsporen nodig te hebben voor het heuvelproces.

Captrain geeft aan 3 lange sporen op Kijfhoek nodig te hebben voor opstellen. Ze hebben de aanvraag vanuit 2018 gekopieerd.

Lineas geeft aan één lang spoor op Kijfhoek nodig te hebben.

RailForceOne geeft aan één lang spoor op Kijfhoek nodig te hebben.

[...]

3.3 Toewijzing

[...]

Toewijzing lange opstelsporen

Spoor	Toewijzing
105 t/m 143	DB Cargo
144	Captrain
145	Captrain
145	Captrain
147	Lineas
148	RFO

De motivatie om te komen tot bovenstaande is dat tijdens het atelier verzoenen niet mogelijk bleek. Daarnaast zijn er geen alternatieven op andere emplacementen beschikbaar. Derhalve heeft ProRail de beschikbare sporen toegewezen in lijn met de uitkomsten van het capaciteitsvergrotingsplan emplacement Kijfhoek (gedeeld op 28 juni 2018).

24. Het opstelatelier waarnaar in het dossier wordt verwezen, heeft plaatsgevonden op 27 juni 2018. Het verslag van dit atelier vermeldt dat voor de sporen 145 en 147 geen alternatieven zijn aangeboden aan de betrokken aanvragers. Met betrekking tot de sporen 157, 158 en 213 blijkt uit het verslag dat de aanvragen voor deze sporen gelijk zijn aan de aanvraag voor de jaardienstverdeling in 2018, en dat de betrokken aanvragers behoefte hebben aan lange sporen, maar dat een heuvelspoor niet noodzakelijk is.²⁶
25. Bij brief van 2 juli 2018 heeft ProRail de ontwerpdienstregeling voor de jaardienst 2019 toegezonden aan DB Cargo. Hierbij is ook de voorgenomen toewijzing van opstelcapaciteit voor 2019 aan DB Cargo verstrekt. In de ontwerpverdeling zijn van de 43 door DB Cargo aangevraagde sporen er 38 aan haar toegewezen.²⁷
26. Bij brief van 26 juli 2018 heeft DB Cargo haar reactie gegeven op de ontwerpverdeling. Zij geeft aan niet akkoord te gaan met de (gedeeltelijke) weigering van toegang tot het emplacement Kijfhoek, omdat ProRail bij de verdeling van sporen had moeten vasthouden aan de primaire functionaliteit van de dienstvoorziening (heuvelen). Bovendien biedt ProRail geen levensvatbaar alternatief aan voor het heuvelproces op Kijfhoek.²⁸
27. Bij brief van 20 augustus 2018 heeft ProRail aan DB Cargo de definitieve jaardienstverdeling 2019 toegestuurd, die voor het emplacement Kijfhoek gelijk is aan de ontwerpverdeling van 26 juli 2018.²⁹ Bij brief van eveneens 20 augustus 2018 heeft ProRail gereageerd op de reactie van DB Cargo op de ontwerpverdeling. Hierbij geeft ProRail onder verwijzing naar het Opstel- en behandeldossier Havenspoor Rotterdam aan dat er onvoldoende capaciteit is om alle aanvragen voor Kijfhoek te kunnen honoreren, dat de verschillende pogingen die zijn gedaan om de concurrerende verzoeken te honoreren niet tot een oplossing hebben geleid, en dat er geen door alle partijen gedragen levensvatbaar alternatief is gevonden. Ook geeft ProRail onder verwijzing naar de Netverklaring 2019 aan dat zij zich het recht voorbehoudt om het voorkeursgebruik van sporen tijdens het behandelen van aanvragen te wijzigen indien dit naar haar oordeel noodzakelijk is in het kader van de optimale benutting van de infrastructuur. Voorts stelt ProRail dat uit het door haar opgestelde capaciteitsvergrotingsplan voor Kijfhoek blijkt dat 31 sporen toereikend zijn voor de uitvoering van het heuvelproces, en dat zij geen onderbouwing heeft ontvangen waarom de toewijzing van 38 sporen aan DB Cargo niet levensvatbaar is.³⁰

4 Juridisch kader

28. Voor de behandeling van de onderhavige klacht zijn de volgende bepalingen van belang.

4.1 Richtlijn 2012/34/EU

29. Artikel 3 van Richtlijn 2012/34/EU definieert enkele begrippen, waaronder:

²⁶ Bijlage 9 bij de zienswijze van ProRail, kenmerk: ACM/IN/421863, blz. 3-4. Dit verslag is abusievelijk door ProRail gedateerd op 21 juni in plaats van 27 juni.

²⁷ Bijlage 2 bij de klacht van DB Cargo, kenmerk: ACM/IN/421201.

²⁸ Bijlage 13 bij de zienswijze van ProRail, kenmerk: ACM/IN/421863.

²⁹ Bijlage 15 bij de zienswijze van ProRail, kenmerk: ACM/IN/421863.

³⁰ Bijlage 14 bij de zienswijze van ProRail, kenmerk: ACM/IN/421863.

10) *Levensvatbaar alternatief: toegang tot een andere dienstvoorziening die economisch gezien aanvaardbaar is voor de spoorwegonderneming en deze laatste in staat stelt om de betrokken goederen- of passagiersvervoersdienst te exploiteren;*

11) *Dienstvoorziening: de installatie, inclusief terrein, gebouw en uitrusting, die in haar geheel of gedeeltelijk speciaal is ingericht voor het verrichten van een of meer diensten als bedoeld in bijlage II, punten 2 tot en met 4;*

12) *Exploitant van een dienstvoorziening: iedere publieke of privaatrechtelijke entiteit die verantwoordelijk is voor het beheer van een of meer dienstvoorzieningen of voor het verrichten van een of meer diensten voor spoorwegondernemingen als bedoeld in bijlage II, punten 2 tot en met 4;*

26) *Netverklaring: een gedetailleerde verklaring, waarin de algemene regels, termijnen, procedures en criteria voor de heffings- en capaciteitstoewijzingsregelingen zijn vastgelegd, met begrip van alle andere informatie die nodig is om de aanvragen van infrastructuurcapaciteit mogelijk te maken;*

30. Artikel 13 van Richtlijn 2012/34/EU bepaalt, voor zover hier van belang, de voorwaarden voor de toegang tot diensten en dienstvoorzieningen:

[...]

2. *Exploitanten van dienstvoorzieningen verlenen alle spoorwegondernemingen op een niet-discriminerende wijze toegang, inclusief toegang via het spoor, tot de in bijlage II, punt 2, bedoelde dienstvoorzieningen en tot de in deze voorzieningen geleverde diensten.*

[...]

4. *De verzoeken van de spoorwegondernemingen om toegang tot, en levering van diensten in, de in punt 2 van bijlage II bedoelde dienstvoorziening worden beantwoord binnen een redelijke termijn die door de in artikel 55 bedoelde toezichthoudende instantie wordt vastgesteld. Dergelijke verzoeken mogen slechts worden afgewezen, wanneer er levensvatbare alternatieven zijn die hen in staat stellen, de betrokken goederen- of passagiersvervoersdienst op hetzelfde traject of op alternatieve trajecten onder economisch aanvaardbare voorwaarden te exploiteren. Dit houdt voor de exploitant van de dienstvoorzieningen niet de verplichting in om te investeren in middelen of voorzieningen teneinde aan alle verzoeken van spoorwegondernemingen tegemoet te kunnen komen.*

[...]

5. *Wanneer een exploitant van de in bijlage II, punt 2, bedoelde dienstvoorziening een conflict vaststelt tussen verschillende verzoeken, tracht hij die verzoeken met elkaar te verzoenen voor zover dat mogelijk is. Wanneer geen levensvatbaar alternatief beschikbaar is en het op basis van een aangetoonde behoefte onmogelijk is aan alle verzoeken om capaciteit voor de betrokken voorziening tegemoet te komen, kan de verzoeker een klacht indienen bij de in artikel 55 bedoelde toezichthoudende instantie die zich over de zaak buigt en, voor zover nodig, maatregelen neemt om ervoor te zorgen dat een passend deel van de capaciteit wordt gegund aan de betrokken verzoeker.*

31. Bijlage II van Richtlijn 2012/34/EU luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

Bijlage II

AAN DE SPOORWEGONDERNEMING TE VERLENEN DIENSTEN

(als bedoeld in artikel 13)

[...]

2. Er wordt toegang verleend, met inbegrip van toegang via het spoor, tot de hiernavolgende dienstvoorzieningen, indien deze bestaan, en tot de diensten verleend in die voorzieningen:

[...]

c) rangeerstations en vormingsstations, met inbegrip van rangeervoorzieningen;

d) remisestations;

[...]

32. Artikel 27 van Richtlijn 2012/34/EU ziet op de toewijzing van spoorweginfrastructuurcapaciteit en bepaalt voor zover van belang:

[...]

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.

[...]

33. Bijlage IV van Richtlijn 2012/34/EU luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

Bijlage IV

INHOUD VAN DE NETVERKLARING

(als bedoeld in artikel 27)

De in artikel 27 bedoelde netverklaring bevat de volgende informatie:

[...]

6. Een afdeling met informatie over de toegang tot en de tarieven voor de in bijlage II bedoelde voorzieningen. [...]

4.2 Spoorwegwet

34. Artikel 58 van de Spoorwegwet 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;*

[...]
35. Artikel 67 van de Spoorwegwet bepaalt, voor zover hier van belang:
1. *Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur wordt geregeld in welke gevallen, onder welke voorwaarden en volgens welke procedures een spoorwegonderneming recht heeft op:*
 - a. *toegang tot bij of krachtens algemene maatregel van bestuur omschreven spoorweginfrastructuur;*
 - b. *toegang tot bij of krachtens algemene maatregel van bestuur omschreven dienstvoorzieningen of een deel van dienstvoorzieningen;*
 - c. *verlening van bij of krachtens algemene maatregel van bestuur omschreven diensten in dienstvoorzieningen of diensten.*
 2. *Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur wordt geregeld in welke gevallen, onder welke voorwaarden en volgens welke procedures een exploitant van een dienstvoorziening verplicht is tot het verlenen van toegang als bedoeld in het eerste lid, onderdelen a en b, en tot het verlenen van diensten als bedoeld in het eerste lid, onderdeel c.*
- [...]
36. Artikel 71 van de Spoorwegwet bepaalt, 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 andere 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;*
 - b. *gedrag van een wederpartij bij een toegangsovereenkomst of een kaderovereenkomst dat leidt tot oneerlijke behandeling, discriminatie of anderszins van benadeling;*
 - c. *onterechte weigering van toegang tot een dienstvoorziening in geval van een conflict als bedoeld in artikel 13, vijfde lid, van richtlijn 2012/34/EU.*
 2. *De Autoriteit Consument en Markt neemt een besluit inzake een aanvraag als bedoeld in het eerste lid.*
 3. *Indien de Autoriteit Consument en Markt besluit dat toegang tot een dienstvoorziening als bedoeld in artikel 13, vijfde lid, van richtlijn 2012/34/EU ten onrechte is geweigerd, neemt zij voor zover nodig maatregelen om ervoor te zorgen dat een passend deel van de beschikbare capaciteit voor de betreffende dienstvoorziening wordt toegekend aan de desbetreffende spoorwegonderneming.*

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

[...]

4.3 Besluit implementatie richtlijn 2012/34/EU tot instelling van één Europese spoorwegruimte

37. Artikel 13 van het Besluit implementatie richtlijn 2012/34/EU tot instelling van één Europese spoorwegruimte (hierna: Implementatiebesluit) bepaalt de toegang tot dienstvoorzieningen:

Een exploitant van een dienstvoorziening verleent aan een spoorwegonderneming op een niet-discriminerende wijze toegang, inclusief toegang via het spoor, tot de dienstvoorzieningen, bedoeld in bijlage II, punt 2, van richtlijn 2012/34/EU, en de diensten die in deze voorzieningen worden geleverd.

38. Artikel 15 van het Implementatiebesluit bepaalt de procedure voor een verzoek om toegang tot een dienstvoorziening:

1. Een exploitant van een dienstvoorziening beantwoordt een verzoek van een spoorwegonderneming om toegang tot en levering van diensten in een dienstvoorziening als bedoeld in bijlage II, punt 2, van richtlijn 2012/34/EU binnen de daarvoor krachtens artikel 70, derde lid, van de wet vastgestelde redelijke termijn.

2. Het verzoek wordt slechts afgewezen indien er een levensvatbaar alternatief is dat de spoorwegonderneming in staat stelt de betrokken goederen- of passagiersvervoerdienst op hetzelfde traject of op een alternatief traject onder economisch aanvaardbare voorwaarden te exploiteren.

3. Onverminderd het tweede lid motiveert een exploitant als bedoeld in artikel 14, eerste lid, een afwijzing van een verzoek schriftelijk, waarbij tevens wordt aangegeven welke levensvatbare alternatieven er zijn in andere dienstvoorzieningen.

4. Onverminderd het tweede lid is een exploitant van een dienstvoorziening niet verplicht om te investeren in middelen of voorzieningen teneinde aan alle verzoeken van spoorwegondernemingen tegemoet te kunnen komen.

4.4 Netverklaring 2019

39. De Netverklaring 2019 vermeldt, voor zover hier van belang, het volgende:

4.9 Toewijzing van capaciteit voor opstel- en rangeervoorzieningen

De procedures voor het verkrijgen van toegang tot de in paragraaf 3.6.3 en 3.6.4 opgenomen voorzieningen worden in deze paragraaf beschreven.

Uitgangspunten

- *Opstellen is het tijdelijk parkeren van treinen tussen 2 ritten. De dienstvoorziening betreft het opstelspoor inclusief voorzieningen als depotvoedingen, et cetera (zie paragraaf 3.6.4).*
- *Op een emplacement kan ook rangeerwerk worden uitgevoerd t.b.v. het splitsen en/of samenvoegen van treinen en het manoeuvreren naar een ander spoor voor bijvoorbeeld reinigen, repareren en tanken. De dienstvoorziening betreft de sporen waarop deze activiteiten kunnen worden uitgevoerd. [...]*
- *ProRail maakt de indeling van sporen bekend (voorkeursgebruik). Tijdens het behandelen van verzoeken tot toegang kan deze indeling gewijzigd worden. Ook kunnen sporen aangewezen worden buiten de emplacementen voor verzoeken tot toegang voor opstellen en rangeren (bijvoorbeeld perron- of keersporen). [...]*
- *Verzoeken tot toegang gaan in de vorm van een verzoek tot toegang tot een heel spoor voor een aan te geven tijdsvak. [...]*

Processtappen

- *Verzoeken tot toegang voor de gehele dienstregelingsperiode 2019*
 1. *Bekendmaken welke sporen open staan voor verzoeken tot toegang voor opstellen en rangeren inclusief het voorkeursgebruik. Uiterlijk 1 maart 2018.*
 2. *Ontvangen van verzoeken tot toegang en levering van diensten uiterlijk met de sluitingsdatum van de aanvragen voor de jaardienst, via volume infra inzetten in Donna of een bij ProRail op te vragen formulier. Binnen 5 werkdagen geeft ProRail aan of een verzoek compleet is en kan de gelegenheid geven het verzoek aan te vullen.*
 3. *Integreren van alle verzoeken en beoordelen of deze gehonoreerd kunnen worden. Indelen in de volgende categorieën.*
 - a. *Indien verzoeken van een of meerdere verzoekers passen. Door naar stap 4.*
 - b. *Indien een verzoek van een verzoeker niet past. Onderzoek doen naar levensvatbare alternatieven. En door naar stap 4.*
 - c. *Indien twee of meerdere verzoeken conflicteren. Trachten verzoeken te verzoenen. De verzoekers kunnen in gezamenlijkheid vragen aan ProRail een oplossing van het conflict vast te stellen. ProRail zal dan de volgende criteria hanteren:*
 - o *Lokopstelsporen worden verdeeld onder de aanvragers naar rato van het verwachte gebruik van deze sporen.*
 - o *Leeg materieel verkeer gaat boven opstellen.*
 - o *Opstellen van materieel dat dagelijks wordt ingezet ten behoeve van vervoerend gebruik gaat boven materieel dat niet dagelijks wordt ingezet (bijvoorbeeld sloopmaterieel, nieuw in te zetten materieel).*
 - o *Kort opstellen gaat boven langer opstellen, waarbij voor conflicten tussen reizigerstreinen geldt, dat minder dan 12 uur opstellen gaat boven langer dan 12 uur opstellen; indien beide aanvragen binnen de 12 uur vallen, zal de eerste prioriteitsstelling gebaseerd worden conform artikel 8 van het Besluit capaciteitsverdeling hoofdspoorweginfrastructuur en indien nodig als tweede middels een bedrijfseconomische afweging.*
- *Indien verzoening niet mogelijk is volgt een onderzoek naar levensvatbare alternatieven.*
- 4. *Ontwerptoewijzing bekendmaken tegelijk met ontwerpdienstregeling treinpaden. In het ontwerpbesluit zijn de uitkomsten van de stappen 3a, 3b, 3c alsmede de uitsluitingen van toegang als gevolg van onttrekkingsmomenten voor beheer opgenomen. Indien levensvatbare alternatieven ontbreken dan zal ProRail dit aangeven. Verzoekers worden geconsulteerd over het ontwerpbesluit.*
- 5. *Definitieve toewijzing aan verzoekers tegelijk met bekendmaking jaardienstverdeling treinpaden. Indien levensvatbare alternatieven ontbreken dan zal ProRail dit aangeven.*

5 Beoordeling van de klacht

5.1 Ontvankelijkheid

40. DB Cargo heeft op 14 september 2018 op basis van artikel 71, eerste lid, van de Spoorwegwet een klacht ingediend tegen ProRail wegens het niet volledig verlenen van toegang tot de dienstvoorziening Kijfhoek in het dienstregelingsjaar 2019.³¹
41. Ingevolge artikel 71, eerste lid, van de Sw kan een aanvraag (klacht) als bedoeld in dat artikel worden ingediend door (onder andere) spoorwegondernemingen en partijen bij een toegangsovereenkomst. De ACM stelt vast dat DB Cargo een spoorwegonderneming is en met ProRail een toegangsovereenkomst heeft afgesloten. Gelet op het voorgaande is DB Cargo ontvankelijk in haar aanvraag.

5.2 Belanghebbendheid RFO

42. De ACM overweegt met betrekking tot de betrokkenheid van RFO bij de klachtenprocedure het volgende. De ACM heeft RFO in het kader van de klachtenprocedure aangemerkt als belanghebbende, omdat één van de heuvelsporen waarop de klacht van DB Cargo betrekking heeft aan RFO was toegewezen (spoor 148). Zoals blijkt uit randnummer 15 van dit besluit, heeft RFO dit spoor inmiddels teruggegeven aan ProRail.
43. Aangezien RFO in de jaardienstprocedure verder geen heuvelsporen op Kijfhoek heeft aangevraagd of toegewezen heeft gekregen, heeft zij naar het oordeel van de ACM niet langer een rechtstreeks belang bij het onderhavige besluit zoals is bedoeld in artikel 1:2, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht. Daarmee kan RFO niet langer als belanghebbende bij dit besluit worden aangemerkt.
44. Gelet op het voorgaande zal de ACM de zienswijze van RFO bij de beoordeling van de klacht buiten beschouwing laten. Dit staat echter niet in de weg aan het gebruik van de feitelijke informatie die de ACM bij RFO heeft opgevraagd.

5.3 De argumenten van partijen

Klacht DB Cargo

45. DB Cargo is het niet eens met de door ProRail gemaakte verdeling van de heuvelsporen op Kijfhoek. Volgens DB Cargo is zij hierdoor oneerlijk behandeld, gediscrimineerd, of anderszins benadeeld. ProRail miskent dat wanneer sprake is van conflicterende aanvragen voor toegang tot een dienstvoorziening, aanvragen voor toegang tot en gebruik van de dienstvoorziening moeten prevaleren boven aanvragen voor capaciteit die niet bedoeld zijn voor gebruik van die dienstvoorziening. ProRail had de aanvraag van DB Cargo niet (gedeeltelijk) mogen weigeren, omdat de aanvragen van Captrain, RFO en Lineas niet als aanvragen voor gebruik van de

³¹ Brief van DB Cargo van 14 september 2018, kenmerk: ACM/IN/421201.

dienstvoorziening Kijfhoek kunnen worden beschouwd. Omdat sprake is van een rangeervoorziening, had de aanvraag van DB Cargo om op Kijfhoek te rangeren voorrang moeten krijgen boven de aanvragen voor opstellen. Dit geldt eens te meer omdat drie van de vijf sporen die niet aan DB Cargo zijn toegewezen, niet zijn aangevraagd door de partijen aan wie zij wel zijn toegewezen. Uit het Opstel- en behandeldossier Havenspoor Rotterdam en het verslag van het opstelatelier van 27 juni 2018 blijkt immers dat voor slechts twee van deze vijf sporen conflicterende aanvragen waren ingediend.³²

46. Daarnaast heeft ProRail bij de toegangsweigerings niet aangetoond dat er een levensvatbaar alternatief beschikbaar is voor DB Cargo, terwijl dit op grond van artikel 15, tweede lid, van het Implementatiebesluit wel is vereist. Een beroep op het bestaan van een levensvatbaar alternatief vereist een degelijke motivering, die volgens DB Cargo in dit geval ontbreekt.³³
47. Ook betoogt DB Cargo dat ProRail zich niet heeft gehouden aan toezeggingen die zij heeft gedaan tijdens een hoorzitting bij de ACM, die plaatsvond ten behoeve van de behandeling van een klacht naar aanleiding van een soortgelijk conflict met betrekking tot Kijfhoek tijdens de jaardienstverdeling voor het jaar 2018. Uit het verslag van de hoorzitting blijkt volgens DB Cargo dat aan de aanduiding van een spoor in de sporendatabase geen formele betekenis toekomt. ProRail heeft naar aanleiding van de klacht en de hoorzitting toegezegd om onderzoek te doen naar het tekort aan opstelruimte voor goederentreinen in de omgeving Rotterdam. Na de hoorzitting werd aan DB Cargo, na overleg tussen de betrokken spoorwegondernemingen, alsnog een groter deel van de gevraagde toegang verleend tot Kijfhoek. ProRail blijkt dit echter in de definitieve jaardienstverdeling voor 2019 naast zich neer te hebben gelegd. Ook het toegezegde onderzoek naar de opstelproblemen is slechts beperkt tot onderzoek naar de volgens ProRail minimaal benodigde rangeercapaciteit te Kijfhoek, met als doel de dienstvoorziening toch als opstelruimte te willen benutten.³⁴

Zienswijze ProRail

48. ProRail betoogt dat uit de wet- en regelgeving op geen enkele wijze voortvloeit dat (opstel- en rangeer)sporen met specifieke voorzieningen enkel toegewezen mogen worden aan spoorwegondernemingen die ook gebruikmaken van deze specifieke voorzieningen. Ook bevatten de wet- en regelgeving geen prioriteringscriteria op grond waarvan spoorwegondernemingen die stellen gebruik te maken van bepaalde voorzieningen binnen een dienstvoorziening, voorrang hebben op spoorwegondernemingen die geen gebruikmaken van deze specifieke voorziening. Een dergelijke prioriteringsregel is ook niet in de Netverklaring 2019 opgenomen.³⁵
49. Ten aanzien van het voorkeursgebruik van sporen in de sporendatabase geeft ProRail aan dat dit is gebaseerd op de functionaliteit van de sporen en de voorzieningen die aanwezig zijn op sporen gelegen binnen de afzonderlijke opstel- en rangeervoorzieningen. Om tot een optimale verdeling voor alle spoorwegondernemingen te komen, behoudt ProRail zich het recht voor om bij de verdeling van de beschikbare capaciteit af te wijken van het voorkeursgebruik. Gelet op het feit dat ProRail niet alleen de capaciteit voor de Kijfhoek verdeelt, maar ook de capaciteit op alle sporen en emplacementen in de Rotterdamse haven, beziet zij de aanvragen voor opstel- en rangeeremplacementen integraal en kan afwijken van het voorkeursgebruik in sommige

³² Brief van DB Cargo van 14 september 2018, kenmerk: ACM/IN/421201, blz. 3-4 en 7.

³³ Brief van DB Cargo van 14 september 2018, kenmerk: ACM/IN/421201, blz. 5-6.

³⁴ Brief van DB Cargo van 14 september 2018, kenmerk: ACM/IN/421201, blz. 6-7.

³⁵ Brief van ProRail van 5 oktober 2018, kenmerk: ACM/IN/421863, rn. 3.3-3.4.

gevallen noodzakelijk zijn. Gelet op het voorgaande kan ProRail DB Cargo niet volgen in haar betoog dat bij conflicterende aanvragen voor capaciteit voorrang zou moeten worden gegeven aan de partij die stelt gebruik te gaan maken van de binnen die dienstvoorziening aanwezige specifieke dienstvoorzieningen.³⁶

50. Met betrekking tot de eerder door DB Cargo ingediende klacht bij de ACM, stelt ProRail dat zij zich niet herkent in de toezeggingen die zij in dat kader volgens DB Cargo zou hebben gedaan. De minnelijke oplossing van deze klacht was volgens ProRail mede mogelijk doordat een van de betrokken partijen toch bereid bleek gebruik te maken van een ander emplacement waar nog ruimte was (Waalhaven). ProRail weerspreekt dat zij zou hebben toegezegd nader onderzoek te doen naar de opstelproblemen. Wel is naar aanleiding van de capaciteitsverdeling 2018 een overbelastverklaring afgegeven voor de sporen 105 tot en met 148 op Kijfhoek, waarbij is toegezegd breder te kijken en hierbij ook de emplacementen Rotterdam Noord en IJsselmonde mee te nemen. Van enige toezegging met betrekking tot de capaciteitsverdeling 2019, zoals door DB Cargo wordt gesuggereerd, kan volgens ProRail evident geen sprake zijn.³⁷
51. Met betrekking tot de door haar beheerde opstel- en rangeerterreinen merkt ProRail in algemene zin het volgende op. In de praktijk is het zo dat opstelreinen niet alleen worden gebruikt om op te stellen, maar in voorkomende gevallen – afhankelijk van de aanwezige voorzieningen – ook gebruikt worden ten behoeve van activiteiten als rangeren en het schoonmaken van materieel. Hetzelfde geldt voor rangeeremplacementen. Sporen op deze emplacementen worden in voorkomende gevallen ook gebruikt voor opstellen, service, onderhoud en eventueel laden en lossen.³⁸
52. Ten aanzien van de behandeling van de conflicterende aanvragen voor het emplacement Kijfhoek in de jaardienstverdeling 2019, stelt ProRail het volgende.
53. Het gezamenlijke uitgangspunt tijdens het opstelatelier is dat aanvragen in hun geheel worden bekeken. Dat wil zeggen dat aanvragen integraal worden beoordeeld, en niet alleen op individueel spoorniveau. Dit uitgangspunt maakt dat niet alleen gekeken is naar conflicten op individuele sporen (initieel twee conflicterende aanvragen), maar naar de totale behoefte aan opstel- en heuvelcapaciteit op het emplacement Kijfhoek. Dit heeft ertoe geleid dat bij uiteindelijk vijf van de 43 heuvelsporen op Kijfhoek sprake was van een conflict.³⁹
54. De pogingen in het opstelatelier om nader tot elkaar te komen, hebben niet geleid tot een voor alle partijen bevredigende oplossingen. Ook een onderzoek naar levensvatbare alternatieven heeft niet tot een oplossing geleid. De alternatieven die aan de orde zijn geweest voor de door andere partijen dan DB Cargo aangevraagde sporen op Kijfhoek, bleken vanwege technische en logistieke redenen niet levensvatbaar. De alternatieven voor de door DB Cargo aangevraagde heuvelsporen, zijn door haar allemaal als niet levensvatbaar aangemerkt.⁴⁰
55. Volgens ProRail vormt het gebruik van 38 heuvelsporen een levensvatbaar alternatief voor de oorspronkelijk door DB Cargo ingediende aanvraag van 43 heuvelsporen. Ter onderbouwing van haar standpunt wijst zij op het door haar opgestelde “Capaciteitsvergrotingsplan

³⁶ Brief van ProRail van 5 oktober 2018, kenmerk: ACM/IN/421863, rn. 3.5-3.7.

³⁷ Brief van ProRail van 5 oktober 2018, kenmerk: ACM/IN/421863, rn. 4.1-4.7

³⁸ Brief van ProRail van 5 oktober 2018, kenmerk: ACM/IN/421863, rn. 5.3.

³⁹ Brief van ProRail van 5 oktober 2018, kenmerk: ACM/IN/421863, rn. 6.4-6.5.

⁴⁰ Brief van ProRail van 5 oktober 2018, kenmerk: ACM/IN/421863, rn. 6.6-6.7.

Emplacement Kijfhoek” van 27 juni 2018.⁴¹ Dit plan bevat een viertal analyses van het aantal benodigde heuvelsporen op Kijfhoek. Uit deze analyses volgt dat het aantal benodigde heuvelsporen 31 is en dat er 6 opstelsporen en 6 opstel-/voorraadsporen nodig zijn. Ook wijst ProRail op de dagelijkse praktijk van het heuvelproces, waaruit volgens haar blijkt dat de sporen met heuvelvoorzieningen door DB Cargo niet enkel en alleen ten behoeve van het heuvelen worden ingezet, maar tevens voorzien in de behoefte van DB Cargo aan opstelcapaciteit.⁴²

56. ProRail geeft aan dat DB Cargo zich steeds op het standpunt heeft gesteld dat zij alle heuvelsporen nodig heeft voor het door haar uit te voeren heuvelproces en dat de toewijzing van minder heuvelsporen geen levensvatbaar alternatief is. Dit standpunt heeft zij ondanks herhaaldelijke verzoeken echter niet onderbouwd. ProRail begrijpt dat het vanuit bedrijfsmatig oogpunt voor DB Cargo efficiënt en comfortabel is om alle 43 heuvelsporen tot haar beschikking te hebben. Ook is het duidelijk dat er een relatie bestaat tussen meer sporen en lagere sorteerkosten en omgekeerd. Dat wil echter niet zeggen dat minder dan 43 sporen geen levensvatbaar alternatief is. DB Cargo heeft aangegeven zich op onderdelen niet te kunnen vinden in de analyses uit het capaciteitsvergrotingsplan, maar heeft op geen enkele manier aangetoond of onderbouwd dat alle 43 voor heuvelen geschikte sporen noodzakelijk zijn voor het heuvelproces. Weliswaar heeft zij een kostenoverzicht overgelegd van het verplaatsen van enkele van haar activiteiten naar andere emplacementen, maar daaruit volgt op geen enkele wijze dat het uitvoeren van het heuvelproces met minder dan 43 sporen niet mogelijk zou zijn.⁴³
57. ProRail betoogt onder verwijzing naar de correspondentie ten aanzien van de jaardienstverdeling 2019 dat zij haar handelswijze wel degelijk voldoende heeft gemotiveerd. Volgens ProRail heeft zij in alle fasen van de toewijzingsprocedure transparant en inzichtelijk gehandeld, en heeft zij haar besluiten zorgvuldig en gemotiveerd genomen. Van oneerlijke behandeling, discriminatie, benadeling, of onterechte weigering van toegang als bedoeld in artikel 71, eerste lid, van de Sw kan dan ook geen sprake zijn.⁴⁴

Zienswijzen Captrain en Lineas

58. Captrain stelt dat Kijfhoek een rangeeremplacement is dat is voorzien van aanvullende technische voorzieningen. Zij betoogt dat deze voorzieningen moeten worden beschouwd als aanvullende hulpmiddelen, die op zichzelf echter niet noodzakelijk zijn om op de betreffende locatie een rangeerproces uit te voeren. De op Kijfhoek beschikbare capaciteit zou daarom ook niet uitsluitend moeten worden verdeeld aan de mogelijke gebruikers van deze extra hulpmiddelen, maar aan alle partijen die daar willen rangeren.⁴⁵
59. Captrain stelt dat zij veelvuldig exact dezelfde processen uitvoert op Kijfhoek als die door DB Cargo worden uitgevoerd, zoals het tussentijds opstellen van wagensets, het wisselen van tractie (locomotieven), het tijdelijk bufferen van wagensets, en het sorteren van wagens en samenstellen van treinen. Volgens Captrain maakt ook DB Cargo niet voor al haar processen gebruik van de aanwezige heuvelvoorzieningen. Zij betoogt dat de door DB Cargo geclaimde capaciteit daarbij buitenproportioneel is ten opzichte van de volumes die zij op Kijfhoek uitvoert. Opstellen op andere locaties dan Kijfhoek is volgens Captrain geen optie. Voor zover zij haar

⁴¹ Brief van ProRail van 5 oktober 2018, kenmerk: ACM/IN/421863, bijlage 5.

⁴² Brief van ProRail van 5 oktober 2018, kenmerk: ACM/IN/421863, rn. 6.7-6.12 en 5.10-5.12.

⁴³ Brief van ProRail van 5 oktober 2018, kenmerk: ACM/IN/421863, rn. 6.7-6.9.

⁴⁴ Brief van ProRail van 5 oktober 2018, kenmerk: ACM/IN/421863, rn. 6.13-6.16.

⁴⁵ Brief van Captrain van 30 november 2018, kenmerk: ACM/IN/424663.

bedrijfsprocessen op andere emplacementen kan uitvoeren, doet zij dit al.⁴⁶

60. Lineas betoogt dat zij op Kijfhoek geen spoor heeft aangevraagd voor opstellen. Lineas wil op Kijfhoek treinen kunnen rangeren voor specifieke doeleinden. Dit betreft met name het uit elkaar halen en samenstellen van verschillende delen van treinen afkomstig uit verschillende delen van de haven en daarbuiten. Deze werkzaamheden kan zij niet op een andere locatie uitvoeren.⁴⁷

5.4 Beoordeling door de ACM

Inleiding

61. De ACM overweegt met betrekking tot de reikwijdte van de klacht het volgende. Zoals blijkt uit randnummer 11 van dit besluit, heeft Captrain twee van de drie aan haar toegewezen heuvelsporen (met nummers 144 en 145) teruggegeven aan ProRail. Deze sporen zijn vervolgens door ProRail aan DB Cargo toegewezen. Aangezien deze herverdeling heeft plaatsgevonden ruim vóór het begin van het dienstregelingsjaar 2019 (op 9 december 2018), kan ten aanzien van deze sporen naar het oordeel van de ACM geen sprake zijn van onterechte weigering van toegang als bedoeld in artikel 71, eerste lid en onder c, van de Sw, of van oneerlijke behandeling, discriminatie of andersoortige benadeling als bedoeld in artikel 71, eerste lid en onder a, van de Sw.
62. Zoals is aangegeven in randnummer 15 van dit besluit, heeft ook RFO het aan haar toegewezen spoor teruggegeven aan ProRail. Nu dit spoor pas na de start van het dienstregelingsjaar is teruggegeven en aan DB Cargo is toegewezen, kan de ACM niet uitsluiten dat sprake is geweest van onterechte weigering van toegang of dat DB Cargo als gevolg van de oorspronkelijke toewijzing door ProRail oneerlijk is behandeld, is gediscrimineerd of anderszins is benadeeld.
63. Gelet op het voorgaande beoordeelt de ACM hierna of ProRail DB Cargo in het kader van de jaardienstverdeling de toegang mocht weigeren tot drie van de door haar aangevraagde heuvelsporen (met nummers 146, 147 en 148), die door ProRail zijn toegewezen aan Captrain, RFO en Lineas. Op sommige punten in de beoordeling hierna zal echter nog worden verwezen naar het bestaan van een conflict met betrekking tot vijf sporen, aangezien dit de feitelijke situatie was bij de behandeling van de toegangsverzoeken voor Kijfhoek en ook bij de aanvang van deze klachtenprocedure.

Status aanvragen voor opstelcapaciteit op Kijfhoek

64. De ACM begrijpt uit de klacht van DB Cargo dat zij zich op het standpunt stelt dat een aanvraag van een spoorwegonderneming om op (de heuvel van) Kijfhoek te mogen opstellen, niet kan worden aangemerkt als een verzoek om toegang tot die dienstvoorziening. In ieder geval vindt DB Cargo dat een dergelijk verzoek ondergeschikt moet zijn aan een verzoek om toegang tot de dienstvoorziening ten behoeve van het zogenoemde heuvelen. Daarmee stelt zij in feite dat het emplacement Kijfhoek, of in ieder geval de rangeerheuvel die daarvan onderdeel uitmaakt, niet kan worden aangemerkt als een "remisestation" als bedoeld in Bijlage II, punt 2 en onder d, van Richtlijn 2012/34/EU. In die stellingname volgt de ACM DB Cargo niet.

⁴⁶ Brief van Captrain van 30 november 2018, kenmerk: ACM/IN/424663.

⁴⁷ Brief van Lineas van 29 november 2018, kenmerk: ACM/IN/424614.

65. Zoals blijkt uit artikel 1 van het Implementatiebesluit, gelezen in samenhang met artikel 3 onder 11 van Richtlijn 2012/34/EU, is een dienstvoorziening de installatie, inclusief terrein, gebouw en uitrusting, die in haar geheel of gedeeltelijk speciaal is ingericht voor het verrichten van een of meer diensten als bedoeld in Bijlage II, punten 2 tot en met 4.
66. Rangeerstations en remisesations (in Nederland meer gebruikelijk: opstel terreinen) zijn beide dienstvoorzieningen als bedoeld in Bijlage II, punt 2, van Richtlijn 2012/34/EU. Hoewel rangeerstations en opstel terreinen in de bijlage als aparte categorieën van dienstvoorzieningen worden aangeduid, bestaat er in de praktijk vaak geen strikt onderscheid tussen deze voorzieningen.⁴⁸ Ook paragraaf 4.9 van de Netverklaring 2019 gaat uit van een praktijk waarin deze emplacementen gemengd gebruikt worden, zowel voor opstellen als rangeren. (Sporen op) emplacementen kunnen speciale voorzieningen hebben die bedoeld zijn voor specifieke opstel- of rangeerwerkzaamheden, maar kunnen ook voor andere doeleinden worden gebruikt. Dit gemengde gebruik blijkt ook uit de zienswijzen van Captrain en Lineas. De toegangsverzoeken van deze ondernemingen zijn weliswaar door ProRail als aanvragen voor “lang opstellen” aangemerkt, maar uit hun zienswijzen blijkt dat zij op de betreffende sporen ook van plan zijn werkzaamheden te verrichten die als rangeeractiviteiten kunnen worden aangemerkt. Dit wijst erop dat niet in alle gevallen een strikt onderscheid kan worden gemaakt tussen “opstellen” en “rangeren”.
67. Het flexibele gebruik van rangeerstations en opstel terreinen wordt gereflecteerd door de door ProRail toegepaste toegangsprocedure voor opstellen en rangeren, waarbij toegangsverzoeken voor deze beide diensten in beginsel gezamenlijk worden behandeld.⁴⁹ Ook voor het emplacement Kijfhoek geldt dat ProRail toegangsverzoeken – die weliswaar op individueel spoorniveau worden ingediend – integraal behandelt. Dat wil zeggen dat voor het oplossen van toegangsconflicten wordt gekeken naar de capaciteit op het gehele emplacement, en niet alleen naar de individuele sporen waarvoor conflicterende aanvragen zijn ingediend. Dat de bij de conflicterende aanvragen betrokken ondernemingen van deze aanpak op de hoogte waren, en daar tijdens het opstelatelier zelfs om hebben verzocht, blijkt uit het Opstel- en behandeldossier Havenspoor Rotterdam.⁵⁰
68. Uit de Netverklaring 2019 en de door ProRail gevolgde aanpak als beschreven in het Opstel- en behandeldossier Havenspoor Rotterdam volgt dat zij het emplacement Kijfhoek – inclusief alle sporen en voorzieningen die daarvan onderdeel uitmaken – behandelt als één dienstvoorziening, die voor zowel opstellen als rangeren kan worden gebruikt. Op basis van de door partijen overgelegde informatie, waaronder de sporendatabase⁵¹ en de door ProRail verstrekte overzichtskaart van het emplacement,⁵² is ook de ACM van mening dat het emplacement Kijfhoek kan worden beschouwd als één installatie – en daarmee als één dienstvoorziening – als bedoeld in artikel 3 onder 11 van Richtlijn 2012/34/EU. Deze dienstvoorziening heeft zowel kenmerken van een rangeerstation, als van een remisestation.
69. Gelet op het voorgaande heeft ProRail de aanvragen van Captrain, RFO en Lineas voor opstelcapaciteit op het emplacement Kijfhoek terecht op gelijkwaardige wijze naast de aanvraag van DB Cargo behandeld als toegangsaanvraag tot de dienstvoorziening Kijfhoek. De klacht van DB Cargo slaagt op dit punt niet.

⁴⁸ Zie in dit kader ook de zienswijze van ProRail, samengevat weergegeven in randnummer 51 van dit besluit.

⁴⁹ Zie hiervoor onder meer paragraaf 4.9 van de Netverklaring 2019.

⁵⁰ Bijlage 8 bij de zienswijze van ProRail, kenmerk: ACM/IN/421863.

⁵¹ Brief van ProRail van 5 oktober 2018, kenmerk: ACM/IN/421863, bijlage 2.

⁵² Brief van ProRail van 5 oktober 2018, kenmerk: ACM/IN/421863, bijlage 4.

Omvang van het toegangsconflict

70. DB Cargo voert in haar klacht onder andere aan dat drie van de vijf sporen die niet aan haar zijn toegewezen, niet zouden zijn aangevraagd door de partijen aan wie zij wel zijn toegewezen. Dit roept de vraag op of ProRail de omvang van het toegangsconflict op Kijfhoek op de juiste wijze heeft bepaald.
71. Zoals hiervoor is vastgesteld in randnummer 67, behandelt ProRail toegangsverzoeken integraal en wordt niet alleen gekeken naar de individuele sporen waarop zich conflictsituaties voordoen.
72. Uit het Opstel- en behandeldossier Havenspoor Rotterdam⁵³ en de aanvraagbestanden van Captrain en RFO⁵⁴ blijkt dat deze ondernemingen verzoeken hebben ingediend voor toegang tot één spoor tussen de sporen 150 en 159 (RFO) en voor de sporen 158 en 213 (Captrain), omdat deze sporen in de jaardienstverdeling 2018 aan hen waren toegewezen. Deze drie aangevraagde sporen maken geen onderdeel uit van de rangeerheuvel.
73. Uit de door ProRail gegeven toelichting,⁵⁵ die door DB Cargo niet is weersproken, blijkt dat de betreffende drie sporen voor de jaardienstverdeling 2019 niet (meer) kunnen worden gebruikt als opstelspoor. Er is namelijk sprake van een toename in het spoorverkeer op Kijfhoek, als gevolg waarvan deze sporen – die zijn ingericht als inhaal-/vertrekspoor dan wel als wacht/inhaalspoor – nodig zijn voor verkeersafwikkeling.
74. Gelet op de door ProRail gehanteerde integrale aanpak, heeft zij de aanvragen van RFO en Captrain voor sporen voor lang opstellen, die niet specifiek voor een spoor op de rangeerheuvel waren ingediend, naar het oordeel van de ACM terecht meegenomen als onderdeel van de totale aanvraag aan opstel- en rangeercapaciteit op het emplacement Kijfhoek. De ACM overweegt daarbij dat ProRail de ruimte heeft om de oorspronkelijke aanvragen te ‘verschuiven’ tussen de op een emplacement beschikbare sporen om alle toegangsverzoeken zoveel als mogelijk met elkaar te kunnen verzoenen. Ook op dit punt slaagt de klacht niet.

Voorkeursgebruik

75. Ook de omstandigheid dat de 43 sporen waarvoor DB Cargo om toegang heeft verzocht, in de sporendatabase van Kijfhoek als voorkeursgebruik “Heuvelspoor” hebben, maakt naar het oordeel van de ACM niet dat het toegangsverzoek van DB Cargo voorrang zou moeten krijgen boven de toegangsverzoeken van Captrain, RFO en Lineas. Uit de Netverklaring 2019 blijkt dat de indeling van het voorkeursgebruik tijdens de behandeling van toegangsverzoeken gewijzigd kan worden.⁵⁶ Hieruit volgt dat geen rechten kunnen worden ontleend aan het voorkeursgebruik in de sporendatabase. Ook in zoverre slaagt de klacht daarom niet.

Beschikbaarheid van een levensvatbaar alternatief voor DB Cargo

76. Zoals blijkt uit artikel 15, tweede lid, van het Implementatiebesluit mag een verzoek om toegang tot een dienstvoorziening slechts worden afgewezen indien er een levensvatbaar alternatief is dat de spoorwegonderneming in staat stelt de betrokken goederen- of passagiersvervoerdienst op hetzelfde traject of op een alternatief traject onder economisch aanvaardbare voorwaarden

⁵³ Zie randnummer 23 van dit besluit, de tabel “Overzicht aanvragen afwijkend van gebruikswaarde”.

⁵⁴ Brief van ProRail van 6 november 2018, kenmerk: ACM/IN/423180, bijlagen 1 en 3.

⁵⁵ Zie onder andere de brief van ProRail van 6 november 2018, kenmerk: ACM/IN/423180, blz. 2-3.

⁵⁶ Netverklaring 2019, versie 1.3a, blz. 74.

te exploiteren.

77. ProRail stelt zich op het standpunt dat de toewijzing van 38 heuvelsporen als levensvatbaar alternatief kan worden beschouwd voor het oorspronkelijke verzoek van DB Cargo om toegang tot 43 heuvelsporen. Daarmee miskent ProRail naar het oordeel van de ACM echter de definitie van het begrip levensvatbaar alternatief zoals deze volgt uit artikel 1 van het Implementatiebesluit, gelezen in samenhang met artikel 3 onder 10 van Richtlijn 2012/34/EU. Daaruit blijkt immers dat een levensvatbaar alternatief de toegang betreft tot een *andere* dienstvoorziening dan waarvoor het oorspronkelijke verzoek om toegang is ingediend. In dit geval heeft ProRail DB Cargo niet verwezen naar een andere dienstvoorziening, maar heeft zij een meer beperkte vorm van toegang geboden tot de oorspronkelijke dienstvoorziening waartoe om toegang is verzocht. Om deze reden volgt de ACM DB Cargo in haar betoog dat ProRail bij de toegangswijgering niet aannemelijk heeft gemaakt dat er voor DB Cargo een levensvatbaar alternatief beschikbaar is. De klacht slaagt in zoverre.
78. Als onderdeel van haar onderzoek naar de klacht heeft de ACM informatie verzocht aan ProRail en DB Cargo over de mogelijkheid voor DB Cargo om haar heuvelproces in een andere dienstvoorziening uit te voeren. Uit de reacties hierop van ProRail en DB Cargo⁵⁷ blijkt dat uitwijken naar een andere dienstvoorziening in Nederland niet mogelijk is, omdat Kijfhoek het enige rangeerterrein in Nederland is dat is voorzien van een heuvelinstallatie. Uit de door DB Cargo verstrekte informatie⁵⁸ blijkt dat uitwijken naar een rangeerheuvel in België of Duitsland volgens haar evenmin een levensvatbaar alternatief vormt. Het (gedeeltelijk) verplaatsen van de heuvelactiviteiten naar een rangeerheuvel in België of Duitsland zou namelijk – nog daargelaten of daar capaciteit beschikbaar is – tot substantiële extra kosten leiden.
79. De ACM stelt op basis van het voorgaande vast dat toegang tot een andere dienstvoorziening dan Kijfhoek door DB Cargo economisch gezien als niet aanvaardbaar wordt beschouwd. Dit standpunt vindt de ACM op basis van de door DB Cargo gegeven motivering niet onredelijk. Gelet hierop gaat de ACM er bij haar verdere beoordeling vanuit dat er geen levensvatbaar alternatief beschikbaar is voor de door DB Cargo gevraagde toegang.

Beschikbaarheid van een levensvatbaar alternatief voor Captrain, RFO en Lineas

80. ProRail stelt zich in haar zienswijze op het standpunt dat ook voor de verzoeken om toegang van Captrain, RFO en Lineas geen levensvatbaar alternatief beschikbaar is. ProRail geeft aan dat de alternatieven die voor deze ondernemingen aan de orde zijn geweest, vanwege technische en logistieke redenen niet levensvatbaar zijn.⁵⁹
81. Op verzoek van de ACM heeft ProRail hierop een nadere toelichting gegeven. Volgens ProRail hebben Captrain, RFO en Lineas de door hen aangevraagde sporen op Kijfhoek nodig voor hun logistieke processen. Voor deze ondernemingen is onderzocht of het gebruik van sporen op een ander emplacement op de Havenspoorlijn een levensvatbaar alternatief zou kunnen vormen, maar dit bleek niet het geval te zijn. De emplacementen op de Havenspoorlijn kunnen namelijk alleen gebruikt worden door locomotieven die voorzien zijn van het beveiligingssysteem ERTMS, terwijl de sporen op Kijfhoek (ook) geschikt zijn voor locomotieven met het beveiligingssysteem ATB. Voor Captrain, RFO en Lineas geldt dat niet alle

⁵⁷ Brief van DB Cargo van 19 oktober 2018, kenmerk: ACM/IN/422378, blz. 1-5; brief van ProRail van 19 oktober 2018, kenmerk: ACM/IN/422379, blz. 3.

⁵⁸ Brief van DB Cargo van 19 oktober 2018, kenmerk: ACM/IN/422378, blz. 1-5.

⁵⁹ Brief van ProRail van 5 oktober 2018, kenmerk: ACM/IN/421863, rn. 6.7.

locomotieven waarover zij beschikken zijn uitgerust met ERTMS, waardoor zij niet met alle locomotieven gebruik kunnen maken van de Havenspoorlijn en de emplacementen daarop. Gelet op het feit dat multicourante locomotieven (die zijn uitgerust met zowel ATB als ERTMS) erg duur zijn, is het vanuit bedrijfseconomisch perspectief voor spoorwegondernemingen niet altijd financieel haalbaar om uitsluitend dergelijke locomotieven in te zetten. Dat geldt zeker wanneer zij alleen maar nodig zijn voor een klein stukje op de Havenspoorlijn. Dit kan leiden tot onrendabel vervoer, en daarmee dus tot het afzien van vervoer. Het niet toewijzen van opstelcapaciteit op Kijfhoek zou betekenen dat Captrain, RFO en Lineas met een deel van hun locomotieven in het geheel niet zouden kunnen opstellen en derhalve een deel van het vervoer niet zouden kunnen uitvoeren, aldus ProRail.⁶⁰

82. De ACM merkt bij haar beoordeling allereerst op dat uit het feit dat RFO het aan haar toegewezen spoor heeft teruggegeven, niet kan worden afgeleid dat zij ten tijde van haar aanvraag over een levensvatbaar alternatief kon beschikken. RFO heeft telefonisch aan de ACM toegelicht⁶¹ dat zij een spoor had aangevraagd op Kijfhoek terwijl de contractonderhandelingen met de klant waarvoor zij voornemens was vervoer te verrichten nog niet waren afgerond. Later bleek dat deze klant haar vervoer niet door RFO zou laten uitvoeren. Daardoor is ook de behoefte van RFO aan een opstelspoor komen te vervallen. Gelet hierop laat de ACM deze omstandigheid bij haar verdere beoordeling buiten beschouwing.
83. Naar het oordeel van de ACM blijkt uit de door ProRail gegeven toelichting dat zij onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de beschikbaarheid van levensvatbare alternatieven voor Captrain, RFO en Lineas. Volgens de ACM kan de enkele omstandigheid dat een deel van de locomotieven van deze ondernemingen niet over ERTMS beschikken, niet de conclusie rechtvaardigen dat opstellen op een ander emplacement per definitie niet als een levensvatbaar alternatief kan worden beschouwd. ProRail gaat er bij haar toelichting aan voorbij dat het aanpassen van locomotieven aan ERTMS niet de enige denkbare oplossing is voor de door haar geconstateerde knelpunten. Onderzocht zou kunnen worden of de betreffende opstelwerkzaamheden zouden kunnen worden uitgevoerd met gebruikmaking van de locomotieven van Captrain, RFO en Lineas die wél over ERTMS beschikken. Ook zouden deze werkzaamheden (deels) kunnen worden uitbesteed aan een andere spoorwegonderneming die over de benodigde locomotieven beschikt. Nu ProRail heeft nagelaten dergelijke oplossingen in samenspraak met Captrain, RFO en Lineas te verkennen, heeft zij naar het oordeel van de ACM onvoldoende inspanningen geleverd om te bepalen of er een levensvatbaar alternatief beschikbaar is voor deze ondernemingen. Ook in zoverre is de klacht derhalve gegrond.
84. Als onderdeel van haar onderzoek naar de klacht heeft de ACM informatie verzocht aan Captrain, RFO en Lineas over de mogelijkheden voor deze ondernemingen om hun (opstel)activiteiten elders uit te voeren dan op Kijfhoek. Uit de door deze ondernemingen gegeven toelichting blijkt dat het ontbreken van ERTMS op een deel van hun locomotieven niet de enige reden is die maakt dat zij behoefte hebben aan capaciteit op Kijfhoek.
85. Captrain en RFO geven aan dat het emplacement Kijfhoek op het kruispunt ligt van verschillende belangrijke (internationale) goederenverbindingen en (Europese) *Rail Freight Corridors*, waartussen en -over Captrain en RFO wagens vervoeren. De ten behoeve van dit vervoer uitgevoerde processen kunnen, gelet op de ligging van Kijfhoek, zowel logistiek als bedrijfseconomisch niet ergens anders worden uitgevoerd. Een deel van het vervoer dat op

⁶⁰ Brief van ProRail van 6 november 2018, kenmerk: ACM/IN/423091, blz. 1-3.

⁶¹ Zie de telefoonnotitie met kenmerk: ACM/INT/380902.

Kijfhoek wordt afgewikkeld, is daarbij afkomstig uit België, waar ERTMS grotendeels nog niet is uitgerold. Voor dit vervoer is het inzetten van locomotieven met ERTMS niet haalbaar, gelet op de hoge kosten daarvan. Het uitvoeren van processen op een andere locatie is evenmin een optie. Daarbij is niet alleen de ligging van Kijfhoek relevant, maar is ook van belang dat op andere locaties langs de betreffende routes grote beperkingen gelden op het gebied van milieu (gevaarlijke stoffen, geluid), spoorlengtes en veiligheid. Captrain en RFO geven aan dat zij de processen die zij buiten Kijfhoek kunnen afhandelen, reeds op andere locaties afhandelen. Voor de processen die op Kijfhoek worden uitgevoerd, is uitwijken naar andere locaties niet mogelijk.⁶²

86. Lineas geeft aan dat zij haar rangeeractiviteiten op Kijfhoek, zoals het samenstellen van treindelen afkomstig uit verschillende delen van de Rotterdamse haven en daarbuiten, niet kan uitvoeren op een andere locatie. Lineas werkt in haar bedrijfsprocessen samen met verschillende partners, die niet allemaal over ERTMS-locomotieven beschikken. Indien zij haar processen zou moeten verplaatsen naar de Havenspoorlijn, zou zij niet langer met deze partners kunnen samenwerken. Daarnaast is Kijfhoek een belangrijk spoortechnisch en economisch knooppunt in Nederland. Kijfhoek biedt verbindingsmogelijkheden die op andere emplacementen niet bestaan. Uitwijken naar andere emplacementen zou daardoor leiden tot een grotere vervoersbehoefte in en uit de haven, hetgeen leidt tot duidelijke meerkosten bij gelijkblijvende getransporteerde volumes. Lineas wijst erop dat zij geen uitgebreide faciliteiten vraagt op Kijfhoek. Zij wenst slechts de mogelijkheid om treinen samen te stellen en uit elkaar te halen op één spoor, hetgeen operationeel al een grote uitdaging is. Sorteren en opstellen wordt niet op Kijfhoek gedaan. Lineas geeft aan dat zij haar voornaamste rangeeractiviteiten in de Rotterdamse haven al ergens anders uitvoert (emplacement Maasvlakte West West), maar dat het om de hiervoor vermelde economische en logistieke redenen niet realistisch is alle activiteiten daarheen te verplaatsen. Verdere verplaatsing zou de door Lineas aangeboden spoorproducten economisch onleefbaar maken.⁶³
87. De ACM stelt op basis van het voorgaande vast dat toegang tot een andere dienstvoorziening dan Kijfhoek door Captrain, RFO en Lineas economisch gezien als niet aanvaardbaar wordt beschouwd. Dit standpunt vindt de ACM op basis van de door hen gegeven motivering niet onredelijk. Gelet hierop gaat de ACM er bij haar verdere beoordeling vanuit dat er ook voor deze ondernemingen geen levensvatbaar alternatief beschikbaar is voor de door hen gevraagde toegang.

Aangevoelde behoefte

88. Zoals blijkt uit hetgeen hiervoor is overwogen in randnummers 79 en 87, is voor de door DB Cargo, Captrain, RFO en Lineas ingediende toegangsverzoeken geen levensvatbaar alternatief beschikbaar. Uit artikel 71, derde lid, van de Spoorwegwet, gelezen in samenhang met artikel 13, vijfde lid, van Richtlijn 2012/34/EU, volgt dat een exploitant van een dienstvoorziening in een dergelijke situatie moet komen tot een passende verdeling van de beschikbare capaciteit, gelet op de aangetoonde behoefte van de spoorwegondernemingen die om toegang hebben verzocht. Naar het oordeel van de ACM voldoet de door ProRail gemaakte verdeling aan dit vereiste. Dat licht de ACM hierna toe.

⁶² Brief van Captrain van 30 november 2018, kenmerk: ACM/IN/424663, brief van RFO van 28 november 2018, kenmerk: ACM/IN/424662.

⁶³ Brief van Lineas van 29 november 2018, kenmerk: ACM/IN/424614.

89. ProRail heeft haar (oorspronkelijke) keuze om 38 van de 43 heuvelsporen toe te wijzen aan DB Cargo onder andere gebaseerd op een door haar gemaakte capaciteitsanalyse, die onderdeel uitmaakt van het Capaciteitsvergrotingsplan Emplacement Kijfhoek van 27 juni 2018.⁶⁴ Uit deze capaciteitsanalyse, die onder meer is gebaseerd op bezettingscijfers van de sporen op Kijfhoek over het jaar 2017, blijkt volgens ProRail dat DB Cargo haar heuvelproces ook met minder dan 43 heuvelsporen kan uitvoeren. Op basis van een (naar eigen zeggen) ruime benadering, waarin ook rekening is gehouden met seizoenspieken, komt ProRail tot de conclusie dat DB Cargo voor haar heuvelproces 37 sporen nodig heeft: 31 verdeelsporen en zes voorraadsporen.⁶⁵
90. DB Cargo is het niet eens met deze analyse. Zij heeft aan de ACM verscheidene stukken verstrekt waaruit volgens haar blijkt dat de analyse van ProRail ontoereikend is.⁶⁶ De capaciteitsanalyse is volgens DB Cargo gebaseerd op teveel aannames en op onjuiste informatie met betrekking tot haar bedrijfsmodel. Die kritiek alleen is naar het oordeel van de ACM echter onvoldoende om deze analyse terzijde te schuiven. Daartoe overweegt de ACM dat de capaciteitsanalyse op zijn minst een sterke aanwijzing vormt dat DB Cargo haar bedrijfsproces met minder dan 43 heuvelsporen kan uitvoeren. Ook betreft de ACM hierbij dat de informatie waarmee ProRail volgens DB Cargo rekening had moeten houden – zoals operationele kosten en tijdstippen van wagenovergangen⁶⁷ – informatie betreft die binnen de invloedssfeer van DB Cargo zelf ligt. Ten slotte acht de ACM de uitzonderlijke omvang van het toegangsverzoek van DB Cargo van belang (100% van de op Kijfhoek beschikbare capaciteit voor rangeren/lang opstellen in de jaardienst 2019). Naar het oordeel van de ACM lag het onder deze omstandigheden op de weg van DB Cargo om een op haar bedrijfsproces gespecificeerde analyse te (laten) maken, waaruit blijkt dat zij haar heuvelproces niet met minder dan 43 heuvelsporen kan uitvoeren. Ondanks herhaaldelijke verzoeken daartoe van ProRail, heeft zij dit echter nagelaten.
91. Gelet op het voorgaande mocht ProRail er bij het verdelen van de op Kijfhoek beschikbare capaciteit naar het oordeel van de ACM van uitgaan dat de aangetoonde behoefte van DB Cargo niet groter is dan 38 heuvelsporen.
92. Ook voor het overige zijn de ACM geen feiten of omstandigheden gebleken die de conclusie kunnen rechtvaardigen dat ProRail geen passend deel van de capaciteit heeft toegekend aan DB Cargo. Daarbij houdt de ACM rekening met het beperkte capaciteitsbeslag van Captrain, RFO en Lineas – die ieder slechts één spoor toegekend hebben gekregen – en met de omstandigheid dat nog voor het begin van het dienstregelingsjaar twee extra sporen aan DB Cargo zijn toegekend. De kostenstijging en omzetzerving die DB Cargo stelt te lijden doordat zij 40 heuvelsporen heeft toegekend gekregen in plaats van 43, is niet nader met stukken onderbouwd en is onvoldoende door DB Cargo aannemelijk gemaakt. Voor het overige is de klacht van DB Cargo daarom ongegrond.

⁶⁴ Bijlage 5 bij de zienswijze van ProRail, kenmerk: ACM/IN/421863.

⁶⁵ Bijlage 5 bij de zienswijze van ProRail, kenmerk: ACM/IN/421863, blz. 17.

⁶⁶ Brief van DB Cargo van 19 oktober 2019, kenmerk: ACM/IN/422378, blz. 2-3 en bijlagen 1 en 2.

⁶⁷ Zie bijvoorbeeld de notulen van de overleggen tussen ProRail en DB Cargo, meegezonden als bijlage 2 bij de brief van DB Cargo van 19 oktober 2019 (kenmerk: ACM/IN/422378).

6 Conclusie

93. Zoals blijkt uit hetgeen is overwogen in randnummers 77 en 83 van dit besluit, heeft ProRail bij de behandeling van toegangsverzoeken voor het emplacement Kijfhoek voor het dienstregelingsjaar 2019 in strijd gehandeld met artikel 67, eerste lid, van de Sw, gelezen in samenhang met artikel 15, tweede lid, van het Implementatiebesluit, doordat zij:

- ten onrechte heeft gesteld dat er voor DB Cargo een levensvatbaar alternatief beschikbaar is;
- onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar mogelijke levensvatbare alternatieven voor Captrain, RFO en Lineas.

Naar het oordeel van de ACM heeft ProRail DB Cargo daarmee benadeeld, zoals is bedoeld in artikel 71, eerste lid en onder a, van de Sw. In zoverre is de klacht gegrond.

94. Op basis van de resultaten van haar eigen onderzoek naar de klacht, komt de ACM tot de conclusie dat DB Cargo, Captrain, RFO en Lineas geen van alle kunnen beschikken over een levensvatbaar alternatief.

95. De voor het begin van het dienstregelingsjaar gemaakte verdeling van de op Kijfhoek gelegen heuvelsporen, waarbij 40 sporen zijn toegewezen aan DB Cargo en drie aan Captrain, RFO en Lineas, is naar het oordeel van de ACM passend gelet op de aangetoonde (capaciteits)behoefte van deze spoorwegondernemingen.

96. Nu sprake is van een passende verdeling van de capaciteit, neemt de ACM geen maatregelen als bedoeld in artikel 71, derde lid, van de Sw. Ook voor het overige ziet de ACM in het gegrond verklaarde gedeelte van de klacht geen aanleiding maatregelen te nemen in de vorm van een last onder dwangsom of bindende aanwijzing. Daarom volstaat de ACM met het (gedeeltelijk) gegrond verklaren van de klacht.

7 Besluit

97. De Autoriteit Consument en Markt besluit op grond van artikel 71, tweede lid, van de Sw dat ProRail bij de behandeling van toegangsverzoeken voor het emplacement Kijfhoek voor het dienstregelingsjaar 2019 in strijd heeft gehandeld met artikel 67, eerste lid, van de Sw, gelezen in samenhang met artikel 15, tweede lid, van het Implementatiebesluit. Daarmee heeft ProRail DB Cargo benadeeld, als is bedoeld in artikel 71, eerste lid en onder a, van de Sw.

De Autoriteit Consument en Markt
namens deze,

w.g.

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.