Autoriteit
Consument & Markt

De Staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat
Mevrouw S. van Veldhoven-van der Meer
Postbus 16191
2500 BD Den Haag

Den Haag, 29 november 2018

Aantal bijlagen : -
Uw kenmerk : -
Ons kenmerk : ACM/UIT/502612
Contactpersoon :
Onderwerp : ACM/18/034139 UHT wetsvoorstel Publiekrechtelijke omvorming ProRail

Muzenstraat 41
2511 WB Den Haag
www.acm.nl
070 722 20 00

Geachte mevrouw Van Veldhoven-van der Meer,

Inleiding
In uw brief van 19 oktober 2018 verzoekt u de Autoriteit Consument en Markt (hierna: de ACM) om een uitvoerbaarheids- en handhaafbaarheidstoets uit te voeren op het wetsvoorstel 'Publiekrechtelijke omvorming ProRail' (hierna: het wetsvoorstel). Ik dank u voor het toezenden van het wetsvoorstel en reageer met deze brief op uw verzoek.

Het wetsvoorstel geeft uitvoering aan het voornemen van de regering om ProRail B.V.(hierna: ProRail) om te vormen tot een publiekrechtelijk zelfstandig bestuursorgaan met eigen rechtspersoonlijkheid. Het doel van de omvorming is drieledig: de organisatie van ProRail vorm te geven op een wijze die past bij de publieke taken die ProRail uitvoert, de aansturing van ProRail te vereenvoudigen en de publieke verantwoording over de wettelijke taken en de besteding van publieke middelen te versterken.

De ACM houdt toezicht op het spoorbestel, waaronder de taakuitvoering door ProRail. In het wetsvoorstel wijzigt de wettelijke verankering van deze taakuitvoering. Op grond van de Europese wet- en regelgeving moet geborgd zijn dat de infrastructuurbeheerder de essentiële functies onafhankelijk kan uitvoeren. Met de ACM is er, zoals ook in uw brief door u aangegeven, ter voorbereiding van het wetsvoorstel informeel overleg geweest. In dat traject heeft de ACM reeds voor een belangrijk deel haar opmerkingen kunnen maken die haar weerslag in het wetsvoorstel hebben gevonden.

Reikwijdte
Zoals u in uw begeleidende brief aan de Tweede Kamer van 19 oktober jl. (IENW/BSK-2018/214092) opmerkt, introduceert het wetsvoorstel op verschillende plaatsen de mogelijkheid tot het stellen van nadere regels via een ministeriële regeling. De ACM ontvangt graag de verzoeken tot toetsing op uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid, wanneer concrete maatregelen aan de orde zijn.

In genoemde brief aan de Tweede Kamer gaat u ook in op de fiscale aspecten van de omvorming. De ACM heeft nota genomen van uw uitgangspunt dat BTW-verplichtingen die door de omvorming ontstaan niet tot hogere kosten voor eindgebruikers mogen leiden. In de Memorie van Toelichting geeft u aan dat oplossingsrichtingen hiertoe in kaart worden gebracht. De ACM wordt graag geïnformeerd over concrete maatregelen.

Tot slot gaat u in uw brief in op een aantal onderwerpen die nog nader zullen worden onderzocht. Het betreft drie onderwerpen die direct het toezicht van de ACM betreffen:

- de bevoegdheden van ProRail bij capaciteitsverdeling en een mogelijke overstap van een privaat- naar een publiekrechtelijk model voor de beslissingen;
- de exploitatie van de stations en de taken van ProRail; en
- de regeling van het aanbod van de (overige) diensten en dienstvoorzieningen van ProRail.

Ik waardeer het als u de ACM betrekt bij de concretisering van te nemen maatregelen over deze onderwerpen.

Resultaten uitvoerbaarheids- en handhaafbaarheidstoets

In het wetsvoorstel wijzigt de rol van ACM als toezichthouder niet, behalve dat de ex ante beoordeling van een deel van het aanbod van diensten en dienstvoorzieningen door ProRail in geval van een aanbesteding vervalt. De ACM behoudt deze toezichthoudende taak in de vorm van ex post toezicht. Dit aanbod wordt namelijk op grond van artikel 58 Spoorwegwet bekendgemaakt in de Netverklaring en valt daarmee onder het toezicht van de ACM. De ACM ziet daarom geen wijziging in de uitvoerbaarheid of handhaafbaarheid van dat toezicht door het wetsvoorstel.

Wel heeft de ACM enkele opmerkingen die de verankering van de onafhankelijke positie van ProRail betreffen. In de bijlage treft u artikelsgewijs een overzicht aan van punten die vanuit dit perspectief zijn geconstateerd, gelet op het Europese regelgevende kader. Met inachtneming van deze artikelsgewijze voorstellen en conclusies in de bijlage bij deze brief, acht de ACM het wetsvoorstel uitvoerbaar en handhaafbaar.

Consequenties voor de uitvoeringslasten

Het wetsvoorstel leidt niet tot een wijziging van de toezichtstaken en heeft als gevolg daarvan geen effect op de benodigde middelen.

De ACM is graag bereid tot nader overleg met u over de inhoud van de brief voor zover daar behoefte aan is. Bij een eventuele schriftelijke reactie wordt u verzocht om te refereren aan kenmerk ACM/UIT/502612. Ten slotte verneemt de ACM graag van u wanneer u deze brief zult publiceren.

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze:

dr. F.J.H. Don
bestuurslid

Bijlage bij brief met kenmerk ACM/UIT/502306

Uitvoerbaarheids- en handhaafbaarheidstoets wetsvoorstel ‘Publiekrechtelijke omvorming ProRail’

1 Inleiding

Deze bijlage bevat de specifieke opmerkingen van de ACM over de uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid van het Wetsvoorstel. Hierna wordt steeds verwezen naar de artikelen in de Spoorwegwet zoals die zouden komen te luiden na doorvoering van het Wetsvoorstel, tenzij anders is vermeld.

2 Artikelsgewijze opmerkingen

ARTIKEL I

Onderdeel D

Artikel 8. Taken van de beheerder

[…]

5. Bij ministeriële regeling kunnen regels worden gesteld over de taken, bedoeld in het eerste en vierde lid, en kunnen daaraan kwalitatieve of kwantitatieve verplichtingen of doelen worden verbonden.

a) De bepalingen over de uitvoering van de beheertaken uit artikel 16Sw (oud) worden nu opgedragen aan ProRail via artikel 8, eerste lid onder a[1]. De ACM stelt vast dat de normering van de taak tot capaciteitsverdeling, zoals beschreven in artikel 16, eerste lid SW (oud) (‘*de zorg voor* [..] *eerlijke, niet-discriminerende en transparante verdeling van de capaciteit*’), in artikel 8 Sw niet is overgenomen. Nu de normering van deze essentiële functie ook is opgenomen in het Besluit capaciteitsverdeling hoofdspoorweginfrastructuur[2], ziet de ACM in de wijziging geen bezwarende gevolgen voor haar toezicht.

   De ACM merkt wel op dat genoemd ‘Besluit capaciteitsverdeling hoofdspoorweginfrastructuur’ het capaciteitstoewijzingskader is, als bedoeld in artikel 7bis Richtlijn 2012/34/EU. Net als bij het heffingskader, dat door het Besluit implementatie richtlijn 2012/34/EU wordt gevormd, borgt dat artikel de onafhankelijkheid van ProRail ten aanzien van zijn essentiële functies.
   Dat betekent dat ten aanzien de essentiële functies de normering en kwalitatieve of kwantitatieve eisen daarin kunnen en moeten worden opgenomen, en niet langs de weg van een ministeriele regeling behoren te worden gesteld.

   Voor dit uitgangspunt verwijst de ACM naar een passage in de Memorie van Toelichting: *‘Dit betekent dat, wat betreft de besluitvorming inzake de toewijzing van treinpaden en de infrastructuurheffing, ProRail qua organisatie en besluitvorming onafhankelijk moet zijn, waarbij ProRail wel het heffingskader en het kader voor capaciteitstoewijzing in acht moet nemen’.*[3] In

[1] Concept MvT Artikelsgewijs deel, par. 3.5, blz 53: Overige bepalingen
[2] Artikel 4 eerste lid, Besluit capaciteitsverdeling hoofdspoorweginfrastructuur
[3] Concept MvT, Algemeen deel, par. 7, blz 39: Verhouding tot Europese regelgeving. (over de uitzonderingen op de bevoegdheid tot beleidsregels uit art 21 Kaderwet.)

het concept van de Memorie van Toelichting wordt verder geconcludeerd dat het daardoor onmogelijk is om ten aanzien van deze essentiële functies beleidsregels te stellen ingevolge artikel 21 Kaderwet.

Deze redenering zou ook moeten worden toegepast op artikel 8, vijfde lid Sw, waar nu geen uitzondering is gemaakt voor ministeriële regelingen over de essentiële functies.
Door de specifieke verwijzing in de definitie van de "essentiële functies" naar het heffingskader en het kader voor capaciteitstoewijzing[4], is er geen mogelijkheid om naast deze door de lidstaten reeds vastgestelde kaders- via een ministeriële regeling ook nog nadere regels te stellen om die kaders te verfijnen of aan te vullen. Dit zou immers betekenen dat de minister aan de onafhankelijke positie van ProRail inzake de vaststelling van de gebruiksvergoeding alsmede de capaciteitsverdeling zou kunnen tornen.
Vergelijk ook artikel 15g, tweede lid Sw , waar de essentiële functies zijn uitgezonderd van eventuele voorafgaande instemming door de Minister op beslissingen.

Voorstel: Artikel 8, vijfde lid Sw aanvullen met: "*Onze Minister kan bij ministeriele regeling geen nadere regels vaststellen over de taakuitoefening van de essentiële functies van de beheerder."*

b) In relatie tot het de essentiële functies, staat in de Memorie van Toelichting in paragraaf 5.12 (blz.32) , laatste zin, dat de minister besluiten van het zbo/ProRail kan vernietigen. Ook in dit geval is het van belang dat de onafhankelijk positie van ProRail ten aanzien van de essentiële functies geborgd wordt.

Voorstel: De laatste zin van paragraaf 5.12 (blz.32) als volgt aan vullen: *'Als ultimum remedium kan de minister besluiten van het zbo (behalve die essentiële functies betreffen) vernietigen, bestuursleden van ProRail ontslaan of gebruik maken van zijn taakverwaarlozingsbevoegdheid'.*

c) In de Memorie van Toelichting op blz. 46 wordt verwezen naar een AMvB, terwijl in het concept voorstel in het bewuste artikel 8, vijfde lid Sw sprake is van een ministeriele regeling.

Voorstel: De Memorie van Toelichting op blz. 46 onder 'Vijfde lid' wijzigen in "*Het vijfde lid is een grondslag om bij of krachtens een MR bovenstaande taken verder uit te werken." […]*

Artikel 12. Samenwerking en efficiëntie

1. De beheerder werkt in het belang van een goede dienstverlening op het spoor samen met partijen in de spoorsector.
2. De beheerder streeft ernaar, met inachtneming van de veiligheid en van de handhaving en verbetering van de kwaliteit van de hoofdspoorweginfrastructuur, de in artikel 62 en 68 bedoelde vergoedingen en heffingen zo laag mogelijk te houden.

In artikel 12, tweede lid worden naast de vergoedingen en heffingen uit artikel 62 Sw ook de vergoedingen en heffingen uit artikel 68 Sw genoemd.

[4] Artikel 3, punt 2 septies, Richtlijn 2016/2370/EU

Conclusie: Nu de diensten en dienstvoorzieningen van artikel 68 niet (langer) binnen de reikwijdte van dit wetsvoorstel vallen, kan de verwijzing naar dit artikel worden geschrapt.

Artikel 14. Raad van bestuur

[…]

4. De raad van bestuur stelt bij bestuursreglement zijn werkwijze vast .

Het bestuursreglement dient rekening te houden met het bepaalde in artikel 16a Sw en hetgeen krachtens dat artikel is bepaald in de 'Regeling onverenigbare functies infrastructuurbeheerder of spoorwegondernemingen".

Voorstel: De ACM geeft in overweging in artikel 14, vierde lid Sw aan te vullen met: "en houdt daarbij rekening met het bepaalde bij en krachtens artikel 16 a Sw."

Artikel 15a. Raad van toezicht

1. De beheerder heeft een raad van toezicht, bestaande uit ten minste drie leden en ten hoogste vijf leden, onder wie de voorzitter.

[…]

De leden van de Raad van Toezicht vallen onder de onafhankelijkheidsvereisten voor de beheerder, zoals die zijn opgenomen in artikel 7 van richtlijn 2012/34/EU.

Conclusie: Voor de Nederlandse situatie betekent dit dat een uitbreiding van de *"Regeling onverenigbare functies infrastructuurbeheerder of spoorwegondernemingen"*, die een invulling is van artikel 16a Sw, noodzakelijk is zodat ook de positie van leden van deze Raad van Toezicht daarin wordt geadresseerd.

Artikel 15o. Toezicht op de beheerder

Bij ministeriële regeling worden regels gesteld over het toezicht op de beheerder door Onze Minister.

Voor de ACM is het de vraag of deze bepaling niet verder moet worden ingekaderd om de onafhankelijkheid van ProRail te bewaken. In elk geval mag deze bepaling geen betrekking hebben op de essentiële functies. Voor een ministeriële regeling op grond van artikel 15o Sw, geldt hetzelfde als wat hierboven is opgemerkt bij artikel 8, vijfde lid, Sw.

Voorstel: Artikel 15o Sw aanvullen met: "Onze Minister kan bij ministeriele regeling geen nadere regels vaststellen over de taakuitoefening van de essentiële functies van de beheerder."

Onderdeel E

Artikel 16 vervalt.

Zie hierboven opmerking a) bij artikel 8, vijfde lid Sw

Onderdeel F
Artikel 16a wordt als volgt gewijzigd:
1. In het eerste lid vervalt 'raad van commissarissen en van de'.
2. In het derde lid vervalt 'en de raad van commissarissen'.
[…]

Artikel 16a Sw is de implementatie van artikel 7 van de gewijzigde SERA-richtlijn[5] en daarin wordt de onafhankelijke positie van de beheerder geborgd, waaronder die van de raad van commissarissen. In het wetsvoorstel wordt de raad van commissarissen vervangen door een raad van toezicht. Maar ook de leden van die raad van toezicht dienen onverminderd, net als overigens de raad van bestuur, te voldoen aan de waarborgen die via artikel 16a Sw zijn geïmplementeerd.

Voorstel:
In het eerste lid *'raad van commissarissen'* vervangen door *'raad van toezicht',* in het derde lid *'de raad van commissarissen'* vervangen door *'de raad van toezicht'* en de definities in artikel 1 aanvullen met het begrip *'raad van toezicht'*. (Vgl. ook de opmerking hierboven onder artikel 15a Sw)

Artikel 16a Sw, verwijst bovendien in de verschillende leden naar *"een beheerder […]."* Een dergelijke verwijzing naar een onbepaalde beheerder, suggereert dat er meerdere beheerders zouden kunnen zijn, terwijl de wet juist specifiek één beheerder aanwijst. Ook in de artikelen 16b, 16c, 16d 16 f, 26bb en 32 Sw wordt naar '*een beheerder'* verwezen.

Voorstel: In artikel 16a Sw en verdere artikelen '*een beheerder'* vervangen door *'de beheerder'*.

Onderdeel H
Artikel 17 vervalt.
Het derde lid van Artikel 17 Sw bepaalt :
Aan de concessie worden voorschriften verbonden om te waarborgen dat:
[…]
d. aan de artikelen 7 ter, tweede en derde lid, 7 sexies en 54, eerste lid, derde en vierde volzin, van richtlijn 2012/34/EU en ook overigens aan die richtlijn wordt voldaan.

Artikel 17, derde lid Sw is in de Spoorwegwet specifiek aangewezen als bepaling die onder het toezicht van de ACM valt. Overweging daarbij was dat het kan dienen als vangnetbepaling voor met name het ambtshalve toezicht, mocht Europese normering niet of onvoldoende zijn omgezet in nationale regelgeving.

Conclusie: Door artikel 17 derde lid te schrappen vervalt voor de ACM de mogelijkheid zich te via dit artikel direct te beroepen op de normering uit richtlijn 2012/34/EU, bij ontbreken van een dergelijke normering in de nationale implementatie.

[5] Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel Vierde Spoorwegpakket, Kst 34914 nr.3, blz 69.

Onderdeel M

Artikel 68bSw.

Aan het einde van artikel 68b, tweede lid, wordt de punt vervangen door ', niet zijnde de beheerder van de hoofdspoorweginfrastructuur'.

Met deze wijziging komt de ex ante beoordeling van de tarieven en voorwaarden van bepaalde categorie II diensten en voorzieningen, die in het kader van een aanbesteding van een regionale concessie voor openbaar vervoer per trein worden door ProRail aangeboden, te vervallen.

Conclusie: Dit aanbod wordt op grond van artikel 58 Spoorwegwet al tijdig bekendgemaakt in de Netverklaring en valt daarmee al onder toezicht van de ACM.

Onderdeel O

Artikel 76 wordt als volgt gewijzigd:

[…]

3. Het vierde lid (nieuw) komt als volgt te luiden: 4. De bestuurlijke boete, bedoeld in het tweede lid, bedraagt ten hoogste 900.000 euro of, indien dat voor een onderneming meer is, ten hoogste 10% van de jaaromzet van de onderneming.

[…]

Voorstel: De verwijzing in derde lid aanpassen in: '*tweede lid onder a (oud)'* (of: '*derde lid onder a (nieuw)*').

ARTIKEL VIII

[…]

3. In zaken waarin de Autoriteit Consument en Markt op de dag voorafgaand aan het tijdstip van inwerkingtreding van artikel I, onderdelen X tot en met XX, op grond van de artikelen 70 en 71 onderzoek doet naar een gedraging of beslissing die kan worden toegerekend aan ProRail B.V., en dat onderzoek op het tijdstip van inwerkingtreding nog niet is afgerond, treedt ProRail op dat tijdstip in de plaats van ProRail B.V.

Conclusie: Voor de lopende en afgeronde besluiten/onderzoeken van ACM op grond van (hetgeen is bepaald bij of krachtens) artikelen 62 en 68 Sw is mogelijk een vergelijkbare bepaling noodzakelijk.