



Besluit

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt op de aanvraag van Railexperts B.V. om op grond van artikel 71, eerste lid, van de Spoorwegwet een onderzoek te doen naar de handelwijze van ProRail B.V. met betrekking tot het toegangsbeheer voor emplacement Watergraafsmeer.

Ons kenmerk : ACM/UIT/534667
Zaaknummer : ACM/19/036253
Datum : 1 mei 2020

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). De aanleiding voor dit besluit is een aanvraag tot het doen van een onderzoek (hierna: klacht), die bij brief van 6 augustus 2019 bij de ACM is ingediend door Railexperts B.V. (hierna: Railexperts) op grond van artikel 71, eerste lid, van de Sw. De klacht gaat over het handelen van ProRail B.V. (hierna: ProRail) met betrekking tot de toegang tot het emplacement Watergraafsmeer.
2. Het emplacement Watergraafsmeer is een dienstvoorziening als bedoeld in artikel 1, eerste lid, van de Sw, gelezen in samenhang met artikel 3, onderdeel 11, van Richtlijn 2012/34/EU en Bijlage II, punt 2, onderdelen c en d van die richtlijn, die door ProRail wordt beheerd en door haar wordt aangeboden volgens de voorwaarden beschreven in de netverklaring. ProRail heeft als exploitant van emplacement Watergraafsmeer onder andere de verplichting om aan spoorwegondernemingen op een niet-discriminerende wijze toegang te verlenen tot het emplacement, op grond van artikel 67, eerste lid, van de Sw en artikel 13 van het Besluit implementatie richtlijn 2012/34/EU (hierna: Implementatiebesluit).
3. Railexperts neemt op het emplacement Watergraafsmeer onder andere de dienst 'Opstellen' af van ProRail. Deze dienst bestaat – kort samengevat – uit het gebruik van sporen op emplacementen ten behoeve van het parkeren van treinen.
4. Om werkzaamheden met betrekking tot (opgestelde) treinen te kunnen verrichten, is het noodzakelijk voor personeel van Railexperts om het emplacement Watergraafsmeer te kunnen betreden en verlaten. Dit emplacement is omwille van de veiligheid niet toegankelijk voor onbevoegden. Het emplacement kan alleen worden betreden via drie beveiligde ingangen (een bemande hoofdingang en twee onbemande tourniquets), waarvan het gebruik wordt gefaciliteerd en beheerd door (een bedrijfsonderdeel van) de NS Groep N.V. (hierna: NS). De onbemande tourniquets kunnen alleen worden geopend met gebruikmaking van een door NS geautoriseerde toegangspas. NS is de grootste gebruiker van emplacement Watergraafsmeer.
5. Railexperts voert in haar klacht aan dat bij de toegang tot het emplacement Watergraafsmeer voor haar personeel sprake is van discriminatie als bedoeld in artikel 71, eerste lid en onder a, van de Sw. Haar klacht heeft dus geen betrekking op de toegang tot het emplacement voor haar treinmaterieel, maar voor de personen die met of in dit materieel moeten werken. Railexperts stelt dat zij in de afgelopen drie jaar meerdere keren problemen heeft ondervonden bij het verkrijgen

van de juiste toegangspassen voor haar personeel en de autorisatie van die passen door NS. Railexperts betoogt dat de toegangsprocedure voor het emplacement Watergraafsmeer onduidelijk is en dat er daarom geen sprake is van non-discriminatoire toegangsverlening tot het emplacement. Daarnaast vindt Railexperts het ongewenst dat zij ten behoeve van het verlenen en autoriseren van de toegangspassen persoonsgegevens van haar medewerkers aan NS dient te verstrekken. Hierdoor krijgt NS namelijk inzicht in de personen die werkzaam zijn bij Railexperts, terwijl Railexperts dat inzicht omgekeerd niet heeft. Ten slotte betoogt Railexperts dat de toegangsverlening tot een emplacement niet door NS, maar door ProRail dient te worden uitgevoerd.

6. De ACM komt op basis van haar onderzoek tot de conclusie dat de klacht ongegrond is. Van een onduidelijke toegangsprocedure is volgens de ACM geen sprake. Weliswaar heeft (het personeel van) Railexperts bij de toepassing van die procedure enige hinder ondervonden, maar die hinder is van beperkte aard en betrof ook andere gebruikers van het emplacement. Volgens de ACM is Railexperts hierbij niet oneerlijk behandeld, gediscrimineerd of anderszins benadeeld als bedoeld in de Spoorwegwet. Ook de andere onderdelen van de klacht zijn niet gegrond. Daarom wijst de ACM in dit besluit de klacht af.

2 Verloop van de procedure

7. Bij brief van 6 augustus 2019 heeft Railexperts bij de ACM een klacht ingediend op grond van artikel 71, eerste lid, van de Sw.¹
8. Bij brief van 16 september 2019 heeft de ACM de ontvangst van de klacht van Railexperts bevestigd. Ook heeft de ACM hierbij aan Railexperts medegedeeld dat de klacht nog niet volledig is, aangezien Railexperts enkele voor de beoordeling relevante gegevens en bescheiden niet heeft overgelegd. Daarnaast heeft de ACM Railexperts in deze brief verzocht om aanvullende informatie ter nadere onderbouwing van de klacht.²
9. Bij brief van 30 september 2019 heeft Railexperts haar klacht aangevuld.³
10. Bij brieven van 17 oktober 2019 heeft de ACM de (aangevulde) klacht doorgezonden aan ProRail⁴ en NS⁵ en hen verzocht om hun zienswijzen te geven op de klacht. ProRail⁶ en NS⁷ hebben hun zienswijzen bij brieven van 31 oktober 2019 aan de ACM toegezonden.
11. Bij brief van 7 november 2019 heeft de ACM de zienswijzen van ProRail en NS aan Railexperts toegezonden.⁸
12. Vanaf 20 november 2019 heeft de ACM in overleg met partijen het onderzoek naar de klacht opgeschort. Gedurende deze periode hebben partijen in samenspraak met de ACM getracht tot een onderlinge oplossing te komen voor de klacht.

¹ Brief van Railexperts aan de ACM van 6 augustus 2019, ons kenmerk: ACM/IN/437215.

² Brief van de ACM aan Railexperts van 16 september 2019, ons kenmerk: ACM/UIT/519039.

³ Brief van Railexperts aan de ACM van 30 september 2019, ons kenmerk: ACM/IN/439325.

⁴ Brief van de ACM aan ProRail van 17 oktober 2019, ons kenmerk: ACM/UIT/520768.

⁵ Brief van de ACM aan NS van 17 oktober 2019, ons kenmerk: ACM/UIT/520726.

⁶ Brief van ProRail aan de ACM van 31 oktober 2019, ons kenmerk: ACM/IN/440976.

⁷ Brief van NS aan de ACM van 31 oktober 2019, ons kenmerk: ACM/IN/440972.

⁸ Brief van de ACM aan Railexperts van 7 november 2019, kenmerk: ACM/UIT/522022.

13. Op 12 maart 2020 heeft Railexperts aan de ACM medegedeeld dat zij haar klacht wenst voort te zetten.⁹

3 Juridisch kader

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

3.1 Richtlijn 2012/34/EU

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

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;

16. 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.

[...]

17. Artikel 56 van Richtlijn 2012/34/EU bepaalt, voor zover hier van belang:

1. Onverminderd artikel 46, lid 6, kan een aanvrager wanneer hij van mening is dat hij oneerlijk behandeld, gediscrimineerd of op enigerlei andere wijze benadeeld is, zich tot de toezichthoudende instantie wenden, met name om beroep in te stellen tegen beslissingen van de infrastructuurbeheerder of, indien van toepassing, de spoorwegonderneming of de exploitant van een dienstvoorziening, ten aanzien van:

[...]

g) de toegang tot en de heffingen voor het gebruik van diensten overeenkomstig artikel 13;

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

⁹ Gespreksverslag van de ACM van 12 maart 2020, kenmerk: ACM/UIT/530560.

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;*

3.2 Spoorwegwet

19. Artikel 1 van de Spoorwegwet bepaalt, voor zover hier van belang:

1. In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

[...]

dienstvoorziening: dienstvoorziening als bedoeld in artikel 3, onderdeel 11, van richtlijn 2012/34/EU;

exploitant van een dienstvoorziening: exploitant van een dienstvoorziening als bedoeld in artikel 3, onderdeel 12, van richtlijn 2012/34/EU;

20. Artikel 57 van de Spoorwegwet bepaalt, voor zover hier van belang:

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

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

a. spoorwegondernemingen die in het bezit zijn van een bedrijfsvergunning of deze hebben aangevraagd, voorzover zij daarmee gerechtigd zijn van de hoofdspoorweginfrastructuur gebruik te maken op de wijze waarvoor zij de overeenkomst willen sluiten;

[...]

21. 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:

[...]

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.

22. 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.

[...]

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

23. Artikel 13 van het Besluit implementatie richtlijn 2012/34/EU tot instelling van één Europese spoorwegruimte bepaalt:

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.

4 Beoordeling van de klacht

4.1 Ontvankelijkheid

24. Railexperts heeft op 6 augustus 2019 op basis van artikel 71, eerste lid, van de Spoorwegwet een klacht ingediend tegen ProRail, omdat volgens haar sprake is van discriminatie bij het toegangsbeheer tot emplacement Watergraafsmeer.

25. Ingevolge artikel 71, eerste lid, 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 Railexperts een spoorwegonderneming is en met ProRail een toegangsovereenkomst heeft afgesloten. Gelet op het voorgaande is Railexperts ontvankelijk in haar aanvraag.

4.2 Procespositie NS

26. NS betoogt dat de klacht van Railexperts jegens haar niet-ontvankelijk is. De klacht is niet gericht tegen NS en zij is dan ook geen partij bij dit geschil. Zij kwalificeert in deze kwestie daarnaast niet als één van de partijen waartegen op grond van artikel 71, eerste lid, van de Sw een klacht kan worden ingediend, aldus NS.
27. De ACM overweegt met betrekking tot de betrokkenheid van NS bij de klachtenprocedure het volgende. De onderhavige klacht van Railexperts betreft het toegangsbeheer tot emplacement Watergraafsmeer. Deze klacht is gericht tegen ProRail, maar uit de klacht komt naar voren dat NS ook een belangrijke rol speelt bij de door Railexperts gestelde gedragingen.
28. Tussen partijen is niet in geschil dat ProRail exploitant is van de dienstvoorziening Watergraafsmeer, zoals bedoeld is in artikel 1, eerste lid, van de Sw, gelezen in samenhang met artikel 3, onderdeel 12, van Richtlijn 2012/34/EU. De ACM acht het op basis van de informatie waarover zij op dit moment beschikt echter niet onaannemelijk dat ook NS kan worden aangemerkt als exploitant van de dienstvoorziening. Dit licht de ACM hierna toe.
29. Zoals blijkt uit de klacht van Railexperts en de reacties daarop van NS en ProRail, laat ProRail een deel van haar beheertaken – het feitelijke toegangsbeheer voor personen – uitvoeren door een bedrijfsonderdeel van de NS. Dit bedrijfsonderdeel wordt door ProRail aangeduid als “NS Security”. Uit de reacties van NS en ProRail op de klacht komen aanwijzingen naar voren dat de rol van NS op het emplacement niet als louter uitvoerend kan worden aangemerkt. Zo blijkt uit de reactie van ProRail dat zij de taken van NS op het emplacement zelf ook met de term ‘beheer’ aanduidt,¹⁰ dat NS Security invloed heeft op het beveiligingsniveau van het emplacement,¹¹ dat NS een werkplaats, opslagloodsen en kantoren op het terrein heeft en dat NS ook enkele sporen op het emplacement in eigen beheer heeft.¹² Gelet hierop heeft het er naar het oordeel van de ACM de schijn van dat NS (dan wel een bedrijfsonderdeel van NS) verantwoordelijk is voor het beheer van de dienstvoorziening Watergraafsmeer en dat zij dus exploitant is van die dienstvoorziening zoals bedoeld is in artikel 3, onderdeel 12, van Richtlijn 2012/34/EU. Dit maakt NS ook een potentiële adressaat van een besluit in deze zaak op grond van artikel 71, tweede lid, van de Sw.
30. Aangezien de ACM – zoals hierna zal blijken – tot de conclusie komt dat de klacht van Railexperts ongegrond is, laat de ACM in dit geval in het midden of NS (of een bedrijfsonderdeel van NS) kan worden aangemerkt als exploitant van de dienstvoorziening. Naar het oordeel van de ACM blijkt uit het voorgaande hoe dan ook dat NS bij dit besluit als belanghebbende dient te worden aangemerkt als bedoeld in artikel 1:2, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).

¹⁰ ACM/IN/440976, m. 4.5: “De reden dat op het emplacement Watergraafsmeer de toegang door NS Security wordt beheerd...”

¹¹ ACM/IN/440976, m. 4.5: “Op het emplacement Watergraafsmeer wordt door NS Security [vertrouwelijk] o.a. vanwege de aanwezigheid van de Eurostar.”

¹² ACM/IN/440976, m. 4.6.

4.3 De argumenten van partijen

Klacht Railexperts

31. Railexperts stelt in haar klacht dat zij moeilijkheden ondervindt bij de toegang tot het emplacement Watergraafsmeer.¹³ Railexperts meent dat zij (ten onrechte) afhankelijk is van NS, een medegebruiker van het emplacement, terwijl zij de dienst 'Opstellen' van ProRail afneemt en niet van NS.¹⁴ Railexperts stelt dat er geen duidelijke procedures zijn met betrekking tot de toegang tot het emplacement en daarom wordt er volgens Railexperts niet op non-discriminatoire wijze toegang verleend tot het emplacement.¹⁵ Ter onderbouwing van de moeilijkheden die haar personeel ondervindt bij het betreden van het emplacement en de onduidelijke procedure heeft Railexperts in haar aanvulling van de klacht e-mailverkeer tussen Railexperts, ProRail en NS aan de ACM overgelegd.¹⁶ Deze e-mails hebben betrekking op problemen met de levering en autorisatie van toegangspassen voor Railexperts.
32. Voorts voert Railexperts in haar klacht aan dat NS vanwege haar rol als toegangsbeheerder van emplacement Watergraafsmeer inzicht heeft in het aanwezige personeel van Railexperts op emplacement Watergraafsmeer, omdat het toegangsbeheersysteem van Watergraafsmeer gekoppeld is met de personeelsadministratie van NS. Railexperts meent dat er sprake is van een ongewenste situatie, omdat NS hierdoor inzicht heeft in welke personeelsleden van Railexperts werkzaam zijn op het emplacementsterrein en op welke momenten deze personeelsleden zich op dit emplacementsterrein bevinden. Volgens Railexperts kan dit mogelijk nadelig zijn voor de personeelsleden die voor zowel Railexperts als NS werken. Omgekeerd heeft Railexperts geen inzicht in de personen die namens NS op het emplacement Watergraafsmeer aanwezig zijn.¹⁷
33. Ten slotte betoogt Railexperts dat het toegangsbeheer tot een emplacement van ProRail in handen zou moeten zijn van ProRail en niet van een vervoerder.¹⁸

Zienswijze ProRail

34. Volgens ProRail wordt uit de klacht op geen enkele wijze duidelijk of, dan wel op welke wijze, Railexperts door het handelen van ProRail oneerlijk behandeld, gediscrimineerd, dan wel (anderszins) benadeeld is.¹⁹
35. Volgens ProRail lijkt de klacht enkel te zien op operationele problemen bij het verstrekken van de juiste toegangspassen voor de toegang tot het emplacement Watergraafsmeer. Voor zover bij ProRail bekend, is die toegangsproblematiek opgelost toen ProRail in maart 2019 vijftig blanco toegangspassen voor het emplacementsterrein Watergraafsmeer aan NS heeft verstrekt. Deze toegangspassen zijn vervolgens geautoriseerd door NS en (naar behoefte) aan Railexperts ter beschikking gesteld.²⁰
36. Hoewel ProRail het vervelend vindt dat er enkele keren problemen zijn geweest met de toegangspassen en met de verstrekking van de toegangspassen aan Railexperts, blijkt uit de klacht van Railexperts niet dat deze problemen ertoe hebben geleid dat personeelsleden van

¹³ ACM/IN/437215, onder 4.

¹⁴ ACM/IN/437215, onder 3.

¹⁵ ACM/IN/439325, p 2.

¹⁶ ACM/IN/439325

¹⁷ ACM/IN/439325, p 1.

¹⁸ ACM/IN/437215, onder 2.2; ACM/IN/439325, p 3.

¹⁹ ACM/IN/440976, rn.2.2.

²⁰ ACM/IN/440976, rn. 2.4 en 5.4.

Railexperts geen toegang kregen tot het emplacement. De werknemers hebben namelijk altijd toegang via de hoofdingang, die 24 uur per dag bemand is.²¹

37. Met betrekking tot de (arbeidsrechtelijke) problematiek die Railexperts vreest voor de werknemers die werken voor zowel NS als Railexperts, doordat Railexperts in het kader van de toegangsverlening de namen van haar medewerkers aan NS moet verstrekken, is ProRail van mening dat dit niet binnen de reikwijdte van artikel 71 van de Sw valt.²² Ook merkt ProRail op dat deze vrees niet nader wordt onderbouwd.²³
38. Ten aanzien van het beheer van emplacement Watergraafsmeer voert ProRail aan dat een dienstvoorziening – anders dan geldt voor het minimumtoegangspakket zoals dat is opgenomen in Bijlage II, onderdeel 1, van Richtlijn 2012/34/EU – niet alleen door de infrastructuurbeheerder mag worden aangeboden, maar ook door derden (exploitanten). Uit het wettelijk kader volgt dat de exploitant non-discriminatoir toegang dient te verlenen, maar er vloeien uit de (spoorwegwettelijke) regelgeving geen voorwaarden voort met betrekking tot de wijze waarop – en in het bijzonder door wie – de toegang wordt verleend. Uit de wet- en regelgeving vloeit niet voort dat deze toegang niet kan worden verleend door 'marktpartijen'. Het idee van dienstvoorzieningen is volgens ProRail juist dat deze door marktpartijen kunnen worden aangeboden. Aangezien ProRail aan Railexperts geen andere toegangsvoorwaarden oplegt dan aan andere spoorwegondernemingen, kan ProRail Railexperts ook niet volgen in haar stelling dat ProRail oneerlijk, discriminerend of anderszins benadelend jegens Railexperts zou handelen wanneer het gaat om de toegang tot het emplacement Watergraafsmeer.²⁴

Zienswijze NS

39. NS betoogt dat het voor haar niet duidelijk is in welke hoedanigheid zij verzocht is om een reactie te geven op de klacht van Railexperts, omdat Railexperts bij de klacht de ACM heeft verzocht om NS 'mee te nemen in dit geschil'.²⁵ NS classificeert haar reactie niet als zienswijze, maar reageert wel op de klacht.
40. Volgens NS dienen gebruikers van het emplacement hun personeelsleden aan te melden bij de portier om toegang te verkrijgen via de hoofdingang. Een ieder die is aangemeld als gebruiker van het emplacement, krijgt altijd toegang tot de hoofdingang. Hier is geen toegangspas voor nodig. Voor toegang via de tourniquets is een toegangspas vereist. Deze toegangspas moet door NS worden geautoriseerd. Hiervoor moet Railexperts de toegangspasnummers en de bijbehorende namen van de personeelsleden doorgeven aan NS. Het aanspreekpunt voor de autorisatie van toegangspassen is de hoofd technische dienst van de afdeling Onderhoud & Services van NedTrain B.V.²⁶
41. Ten aanzien van de toegangsproblemen geeft de NS aan dat zij begrijpt dat het vervelend is voor Railexperts als haar personeel de tourniquets onverhoopt niet kan gebruiken. [vertrouwelijk] Dit geldt dan niet alleen voor de werknemers van Railexperts, maar ook voor NS-personeel. Ter onderbouwing hiervan heeft NS [vertrouwelijk].²⁷

²¹ ACM/IN/440976, rn. 5.2 en 5.3.

²² ACM/IN/440976, rn. 2.6 en 6.1.

²³ ACM/IN/440976, rn. 6.1.

²⁴ ACM/IN/440976, rn. 3.3-3.5.

²⁵ ACM/IN/440972, rn. 4.

²⁶ ACM/IN/440972, rn. 13 en 14.

²⁷ ACM/IN/440972, rn. 22.

42. Met betrekking tot de autorisaties van de toegangspassen geeft NS aan dat alle verstrekte passen van bezoekers regelmatig worden gecontroleerd op activiteit. Volgens het veiligheidsbeleid van NS worden passen die voor een vaste periode niet aan een willekeurige paslezer zijn aangeboden, uit het systeem verwijderd. Hiertoe wordt periodiek een opschoning van het systeem uitgevoerd. De kans bestaat dus dat de pas van een medewerker al geautoriseerd is geweest, maar als onregelmatige bezoeker weer uit het systeem is verwijderd. Dit geldt overigens evengoed voor (passen van) NS-personeel, aldus NS.²⁸
43. Uit het voorgaande blijkt dat de problemen met de toegang tot het terrein via de tourniquets dus geenszins slechts betrekking hebben op Railexperts. Deze problemen zijn slechts van operationele aard. Daarnaast benadrukt NS dat de werknemers van Railexperts [vertrouwelijk], te allen tijde toegang hebben tot het emplacement via de hoofdingang. Deze hoofdingang is 24 uur per dag bemand door een portier. NS betoogt daarom dat Railexperts hierin niet oneerlijk is behandeld, gediscrimineerd of anderszins benadeeld.²⁹
44. NS stelt zich op het standpunt dat, voor zover daar al sprake van is, inzicht van NS in personeelsgegevens van Railexperts niet kwalificeert als oneerlijke behandeling, discriminatie of anderszins benadeling.³⁰ Daarnaast merkt de NS op dat de procedures en voorwaarden voor toegang voor personeel op het emplacement Watergraafsmeer voor elke aanvrager gelijk zijn.³¹
45. Met betrekking tot de stelling van Railexperts dat het toegangsbeheer van emplacement Watergraafsmeer zou moeten worden uitgevoerd door ProRail merkt NS op dat de dienst "opstellen" in de zin van Bijlage II van Richtlijn 2012/34/EU niet enkel voorbehouden is aan de infrastructuurbeheerder. Zogenaamde categorie 2-diensten kunnen ook door andere partijen worden uitgevoerd.³²

4.4 Beoordeling door de ACM

Toegangsprocedure emplacement Watergraafsmeer

46. De ACM stelt bij haar beoordeling voorop dat de klacht van Railexperts niet ziet op de verlening van toegang tot en capaciteit op het emplacement Watergraafsmeer voor haar *treinen*. Haar klacht ziet alleen op (de informatievervalsing over) de procedure om haar *personeel* toegang te kunnen verschaffen tot het betreffende emplacement.
47. De ACM stelt vast dat ProRail in haar netverklaring en Huisreglement (dat onderdeel uitmaakt van de netverklaring) informatie verstrekt met betrekking tot de toegang van personeel van spoorwegondernemingen en hun hulppersonen tot gebouwen en terreinen van ProRail.³³ Zoals ook blijkt uit de reactie van ProRail op de klacht, is de toegang tot de verschillende emplacementsterreinen niet uniform geregeld en verschilt de wijze van toegang per emplacement.³⁴ Om toegang tot een emplacement te kunnen krijgen, dienen spoorwegondernemingen een verzoek bij ProRail in te dienen. Op deze wijze kunnen

²⁸ ACM/IN/440972, m. 23.

²⁹ ACM/IN/440972, m. 24.

³⁰ ACM/IN/440972, m. 25.

³¹ ACM/IN/440972, m. 27.

³² ACM/IN/440972, m. 21.

³³ Netverklaring 2019, par. 2.3; Richtlijn: gedragsregels op spoorwegterreinen RLN00300), versie 10, hoofdstuk 2.

³⁴ ACM/IN/440976, m. 4.2 e.v.

medewerkers en hulppersonen van de spoorwegondernemingen de autorisatie krijgen om emplacements te betreden.³⁵

48. Uit het door ProRail verstrekte “Overzicht sluitsystemen toegangspoort emplacements” blijkt dat ProRail per emplacement inzichtelijk heeft gemaakt op welke wijze het emplacement is afgesloten en hoe personeel toegang kan verkrijgen tot het emplacement.³⁶ Uit dit overzicht volgt dat het aanvragen van toegangspassen voor emplacement Watergraafsmeer op verzoek van ProRail via NS verloopt. Hierbij staat ook een contactpersoon van ProRail vermeld. Voorts volgt uit de zienswijze van NS dat zij voor de toegang tot Watergraafsmeer een medewerker van de afdeling Onderhoud & Services van NedTrain B.V. heeft aangewezen, die de verzoeken voor toegang via de tourniquets behandelt.³⁷
49. De ACM stelt op basis van de e-mailwisselingen die Railexperts heeft overgelegd vast dat Railexperts bekend was met de toegangsprocedure voor emplacement Watergraafsmeer en ook volgens deze procedure heeft gehandeld. Van gebrek aan een duidelijke toegangsprocedure tot het emplacementsterrein is naar het oordeel van de ACM dan ook geen sprake.
50. Evenmin ziet de ACM aanwijzingen voor discriminatie van Railexperts bij de toepassing van deze procedure. Uit de door Railexperts aangeleverde stukken blijkt weliswaar dat er enkele keren problemen zijn geweest met de toegangspassen van werknemers van Railexperts, maar de toegang tot het emplacement zelf is hierdoor nooit in het geding geweest. Zoals blijkt uit de stukken van NS en ProRail konden de werknemers van Railexperts het emplacement namelijk altijd via de hoofdingang betreden.³⁸ Voor toegang via de hoofdingang is immers geen toegangspas nodig en er is 24 uur per dag een portier aanwezig.³⁹
51. Dat medewerkers van Railexperts als gevolg van de problemen met de toegangspassen mogelijk incidenteel hebben moeten omlopen, maakt het voorgaande niet anders. Deze hinder is van een zeer beperkte aard en omvang, en op basis van de reactie van de NS acht de ACM het aannemelijk dat ook andere gebruikers van het emplacement soortgelijke hinder hebben ondervonden. Hoe dan ook vormt dit onvoldoende aanleiding om te concluderen dat sprake is van oneerlijke behandeling, discriminatie of anderszins van benadeling van Railexperts als bedoeld in artikel 56, eerste lid, van richtlijn 2012/34/EU.
52. Naar het oordeel van de ACM is er dus geen sprake van een onduidelijke toegangsprocedure en is het niet gebleken dat Railexperts door ProRail is gediscrimineerd in de toegangsverlening tot het emplacement Watergraafsmeer. De ACM verklaart de klacht op dit onderdeel ongegrond.

Inzage personeelsgegevens door NS

53. Railexperts voert in haar klacht aan dat zij de namen van haar personeelsleden aan NS moet doorgeven om toegang te kunnen krijgen tot het emplacement. Volgens Railexperts leidt dit tot een ongewenste situatie.
54. De ACM overweegt als volgt. Railexperts voert als enige onderbouwing voor dit klachtonderdeel aan, dat bekendheid van de namen van medewerkers mogelijk negatieve consequenties zou kunnen hebben voor medewerkers van Railexperts die tevens voor NS werken. Railexperts heeft

³⁵ ACM/IN/440976, m. 4.3.

³⁶ ACM/IN/440972, Bijlage IV.

³⁷ ACM/IN/440972, m. 14.

³⁸ ACM/IN/440976, m. 5.3. ACM/IN/440972, m. 13.

³⁹ ACM/IN/440976, m. 5.2. ACM/IN/440972, m. 9 en 24.

deze stellingname echter op geen enkele wijze onderbouwd. Evenmin maakt zij duidelijk op welke manier dit zou leiden tot oneerlijke behandeling, discriminatie of anderszins benadeling van Railexperts als bedoeld in artikel 71, eerste lid, van de Sw. De ACM verklaart de klacht daarom ook op dit onderdeel ongegrond.

Toegangsbeheer emplacement Watergraafsmeer dient te worden uitgevoerd door ProRail

55. Met betrekking tot de stelling van Railexperts dat het toegangsbeheer van het emplacement Watergraafsmeer dient te worden uitgevoerd door ProRail, overweegt de ACM als volgt.
56. Railexperts is van mening dat de toegang tot emplacementen niet door een marktpartij zou moeten worden geregeld, maar door de infrastructuurbeheerder. Noch de Spoorwegwet, noch Richtlijn 2012/34/EU dwingt er echter toe de exploitatie van dienstvoorzieningen uit te laten voeren door de infrastructuurbeheerder. Evenmin verbiedt deze regelgeving het om (een deel van) het beheer van een dienstvoorziening uit te laten voeren door een andere entiteit dan de exploitant. Ook dit onderdeel van de klacht is derhalve ongegrond.

5 Conclusie

57. Zoals blijkt uit het voorgaande is er geen sprake van oneerlijke behandeling, discriminatie of anderszins van benadeling van Railexperts als bedoeld in artikel 56, eerste lid, van richtlijn 2012/34/EU door ProRail. De klacht van Railexperts is ongegrond.

6 Besluit

58. De ACM verklaart de klacht van Railexperts van 6 augustus 2019 ongegrond.

De Autoriteit Consument en Markt
namens deze,

w.g.

mr. A.J. de Goei
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.