Autoriteit
Consument & Markt

Openbaar

Besluit

Ons kenmerk **:** ACM/UIT/567764
Zaaknummer : ACM/21/053250
Datum **:** 30 november 2021

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt op de aanvraag van NS Reizigers B.V. op grond van artikel 71, eerste lid, onder a en/of b, van de Spoorwegwet naar aanleiding van het besluit van ProRail B.V. van 21 juni 2021 over de verdeling van de ad hoc capaciteit voor het goederenvervoer op het traject Amsterdam - Bad Bentheim v.v.

Samenvatting

NS Reizigers B.V. (NS) heeft bij de Autoriteit Consument en Markt (ACM) een klacht ingediend op grond van artikel 71, eerste lid, onder a en/of b, van de Spoorwegwet (Sw). De klacht gaat over het besluit van ProRail B.V. (ProRail) van 21 juni 2021 tot vaststelling van de ad hoc capaciteit voor de goederenvervoerders en besloten vervoerders (hierna tezamen: goederenvervoerders) op het traject Amsterdam - Bad Bentheim vice versa (v.v.) voor de ontwerpdienstregeling 2022. In de klacht stelt NS dat zij door het besluit van ProRail (het verdeelbesluit) oneerlijk is behandeld en wordt benadeeld in de zin van artikel 56, eerste lid, onder c, van Richtlijn 2012/34/EU. De vervoersondernemingen Lineas N.V. (Lineas) en Railexperts B.V. (Railexperts) hebben als belanghebbende partijen deelgenomen aan de procedure.

De ACM komt in dit besluit op grond van de volgende overwegingen tot het oordeel dat de klacht van NS gegrond is.

ProRail heeft de ramingsmethodiek voor het bepalen van de ad hoc standaard goederenpaden ten onrechte niet opgenomen in paragraaf 4.5.4.2 van de Netverklaring. Het proces tot vaststelling van de ad hoc standaard goederenpaden op het traject Amsterdam - Bentheim v.v. is op zichzelf transparant verlopen, maar ProRail had de behoefte aan ad hoc standaard goederenpaden al vóór of in de coördinatiefase moeten inventariseren en het advies van de voorzitter van de geschilbeslechtingsprocedure inhoudelijk en kenbaar moeten toetsen. Voor de gestelde behoefte van de goederenvervoerders aan ad hoc standaardgoederenpaden ontbreekt een deugdelijke onderbouwing. Als gevolg van deze tekortkomingen is het verdeelbesluit van ProRail, voor zover dat betrekking heeft op de ad hoc capaciteit voor standaard goederenpaden op het traject Amsterdam - Bentheim v.v. in strijd met artikel 13, derde lid, van het Besluit capaciteitsverdeling hoofdspoorweginfrastructuur. Daardoor wordt NS benadeeld. ProRail dient het verdeelbesluit dan ook in te trekken en, met het oog op de inwerkingtreding van de jaardienstregeling 2022, zo spoedig mogelijk een nieuw gemotiveerd verdeelbesluit te nemen. Daarbij zou ProRail kunnen uitgaan van haar initiële raming van drie en vier paden buiten de spits, verdeeld over de dag. Deze raming lijkt vooralsnog een redelijke inschatting van de behoefte, die naar de indruk van de ACM voor alle betrokken vervoerders acceptabel is gebleken.

Inhoudsopgave

Samenvatting 2

1 Inleiding 4

2 Verloop van de procedure 4

3 Juridisch kader 5
3.1 Richtlijn 2012/34/EU 5
3.2 Spoorwegwet 6
3.3 Besluit capaciteitsverdeling hoofdspoorweginfrastructuur 7

4 Feiten 8
4.1 Algemeen 8
4.2 Traject Amsterdam - Bentheim v.v. 9

5 Argumenten van partijen 10
5.1 NS 10
5.1.1 Onderdeel I: de procedure 10
5.1.2 Onderdeel II: benadeling 12
5.2 ProRail 12
5.3 Lineas 14
5.4 Railexperts 15

6 Beoordeling door de ACM 15
6.1 Transparantie 15
6.1.1 Transparantie van de raming 15
6.1.2 Transparantie van de geschilbeslechting 16
6.2 Proces vaststelling ad hoc capaciteit standaard goederenpaden 17
6.3 Raming en onderbouwing ad hoc capaciteit standaard goederenpaden 19
6.4 Conclusie 20

7 Besluit 21

1 Inleiding

1. De aanleiding voor dit besluit van de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) op grond van artikel 71, tweede lid, van de Spoorwegwet is een aanvraag tot het doen van een onderzoek (hierna: klacht), die NS bij brief van 4 augustus 2021 bij de ACM heeft ingediend op grond van artikel 71, eerste lid, onder a en/of b, van de Sw. De klacht gaat over het verdeelbesluit van ProRail van 21 juni 2021 tot vaststelling van de ad hoc capaciteit voor het goederenvervoer en besloten vervoer (hierna tezamen: goederenvervoer) op het traject Amsterdam - Bad Bentheim v.v. In de klacht stelt NS dat zij door het besluit van ProRail oneerlijk is behandeld en wordt benadeeld in de zin van artikel 56, eerste lid, onder c, van Richtlijn 2012/34/EU. De vervoersondernemingen Lineas en Railexperts hebben als belanghebbende partijen deelgenomen aan de procedure.

2. Dit besluit is als volgt opgebouwd. Hoofdstuk 2 bevat een beschrijving van het verloop van de procedure. Hoofdstuk 3 beschrijft het juridisch kader. Hoofdstuk 4 geeft een uiteenzetting van de relevante feiten. Hoofdstuk **Fout! Verwijzingsbron niet gevonden.** bevat een weergave van de argumenten van partijen. Hoofdstuk 6 beschrijft de beoordeling door de ACM en hoofdstuk 7 bevat het besluit van de ACM.

2 Verloop van de procedure

3. Op 4 augustus 2021 heeft NS een klacht ingediend bij de ACM over het besluit van ProRail van 21 juni 2021 tot vaststelling van de ad hoc capaciteit voor het goederenvervoer op het traject Amsterdam - Bad Bentheim (verder: Bentheim) v.v.[1]

4. De ACM heeft een afschrift van de klacht van NS op 5 augustus 2021 verzonden aan ProRail met het verzoek daarop uiterlijk 30 augustus 2021 te reageren.[2]

5. De ACM heeft de klacht eveneens op 5 augustus 2021 aan goederenvervoerder Lineas en besloten vervoerder Railexperts verzonden en hen de gelegenheid geboden om als derde-belanghebbende deel te nemen aan de klachtenprocedure, omdat zij ook hadden deelgenomen aan de geschilbeslechtingsprocedure van ProRail, die vooraf ging aan de procedure bij de ACM. Ook zijn zij in de gelegenheid gesteld om uiterlijk 30 augustus 2021 een zienswijze in te dienen.[3]

6. Op 26 augustus 2021 heeft ProRail haar zienswijze inzake de klacht van NS ingediend.[4]

7. Op 30 augustus 2021 heeft Lineas haar zienswijze inzake de klacht van NS ingezonden.[5]

[1] Kenmerk: ACM/IN/636519.

[2] Kenmerk: ACM/UIT/559714.

[3] Kenmerk: ACM/UIT/559720 en ACM/UIT/559721. Ook de goederenvervoerders Rail2U, NIAG en Rheincargo waren aanvankelijk bij deze procedure betrokken. Rail2U, VTR en IRP zijn inmiddels onderdeel van Lineas en Rheincargo heeft te kennen gegeven in 2022 geen vervoersdiensten in Nederland uit te voeren. Van NIAG is ondanks herhaald verzoek geen procesvolmacht ontvangen.

[4] Kenmerk: ACM/IN/642573.

[5] Kenmerk: ACM/IN/653320.

8. Vervolgens hebben NS, ProRail en Lineas, voor zover zij daarvoor aanleiding zagen, gereageerd op elkaars zienswijzen.[6]

9. Op 12 oktober 2021 heeft ten kantore van de ACM een hoorzitting plaatsgevonden. Hierbij waren NS, ProRail, Railexperts en Lineas (via een videoverbinding) aanwezig. Alle deelnemers hebben hun zienswijze daar toegelicht.

10. Van deze hoorzitting is een schriftelijk verslag opgemaakt. Dat is op 10 november 2021 aan alle betrokken partijen verzonden, waarbij hen de gelegenheid is geboden om daar schriftelijk op te reageren.[7]

11. ProRail en Lineas hebben naar aanleiding van dit verslag een reactie ingediend. Deze reacties zijn aan het dossier toegevoegd.[8]

3 Juridisch kader

12. Voor de behandeling van deze klacht zijn de volgende bepalingen uit (inter)nationale wet- en regelgeving van belang.

3.1 Richtlijn 2012/34/EU

13. Artikel 3, punt 2, van deze richtlijn luidt:

> "2) „infrastructuurbeheerder": een instantie of onderneming die met name belast is met de aanleg, het beheer en het onderhoud van spoorweginfrastructuur, met inbegrip van het verkeersbeheer en de besturing en seingeving. De taken van de infrastructuurbeheerder op een net of een deel van een net kunnen aan verschillende instanties of ondernemingen worden toegewezen."

14. Artikel 56, eerste lid, van deze richtlijn luidt:

> "Onverminderd artikel 46, zesde lid, 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:
>
> a) de voorlopige en de definitieve versie van de netverklaring;
> b) de daarin opgenomen criteria;
> c) de toewijzingsprocedure en het resultaat daarvan;
> d) de heffingsregeling;

[6] Kenmerk: ACM/IN/645578, ACM/IN/646196 en ACM/IN/649214; Railexperts heeft geen schriftelijke zienswijze ingediend.

[7] Kenmerk: ACM/UIT/564960.

[8] Kenmerk: ACM/IN/661090 en ACM/IN/661155. Voor zover daarin inhoudelijke opmerkingen zijn gemaakt, heeft de ACM deze buiten beschouwing gelaten.

e) de hoogte of de structuur van de infrastructuurheffingen tot betaling waarvan hij verplicht is of kan zijn;
f) de regelingen voor toegang overeenkomstig de artikelen 10 tot en met 13; g) de toegang tot en de heffingen voor het gebruik van diensten overeenkomstig artikel 13.”.

15. In artikel 56, negende lid, van deze richtlijn is bepaald dat de toezichthoudende instantie klachten in behandeling neemt en, naar gelang het geval, relevante informatie opvraagt en in overleg treedt met alle betrokken partijen binnen een maand na ontvangst van de klacht. Binnen een vooraf bepaalde redelijke termijn en uiterlijk binnen zes weken na ontvangst van alle relevante informatie beslist zij op elke klacht.

3.2 Spoorwegwet

16. Artikel 16, eerste lid, van de Spoorwegwet luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

“Onze Minister verleent een of meer concessies voor het beheer van de hoofdspoorweginfrastructuur. Het beheer omvat, met inachtneming van artikel 3, punt 2, van richtlijn 2012/34/EU, de zorg voor:

a. (……..);

b. een eerlijke, niet-discriminerende en transparante verdeling van de capaciteit van die infrastructuur zowel ten behoeve van de beheerder als ten behoeve van spoorwegondernemingen.”

17. In artikel 58 van de Sw is onder meer het volgende bepaald:

“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;”

18. Artikel 71, eerste lid, van de Sw luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

“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.”.

19. Op grond van artikel 71, tweede lid, van de Sw neemt de ACM een besluit inzake een aanvraag als bedoeld in het eerste lid.

20. Ingevolge artikel 71, zesde lid, van de Sw stelt de ACM met inachtneming van artikel 56, achtste en negende lid, van richtlijn 2012/34/EU de termijnen vast waarbinnen zij een besluit als bedoeld in het tweede lid neemt, alsmede de termijnen voor het verstrekken van de voor het onderzoek benodigde

gegevens en bescheiden. Artikel 4:15 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) is van overeenkomstige toepassing op alle partijen waarbij de ACM in het kader van de besluitvorming informatie opvraagt.[9]

3.3 Besluit capaciteitsverdeling hoofdspoorweginfrastructuur

21. Artikel 4a van het Besluit capaciteitsverdeling hoofdspoorweginfrastructuur (hierna: het Besluit) luidt als volgt:

"1. De netverklaring, bedoeld in artikel 58 van de wet, bevat een geschillenregeling als bedoeld in artikel 46, zesde lid, van richtlijn 2012/34/EU.

2. Voor geschillen over de verdeling van capaciteit tussen de beheerder en één of meer gerechtigden tijdens de coördinatie voor de normale dienstregeling, voorziet de geschillenregeling in een procedure waarvan verplichte advisering door een onafhankelijke derde deel uitmaakt. Van een advies door de onafhankelijke derde kan de beheerder bij de verdeling van capaciteit gemotiveerd afwijken.

3. De onafhankelijke derde, bedoeld in het tweede lid, wordt door de beheerder aangewezen met instemming van de betrokken gerechtigden."

22. In artikel 8, eerste lid, van het Besluit, is voor zover van belang, het volgende bepaald:

"Indien concurrerende capaciteitsaanvragen betrekking hebben op vervoer en de infrastructuur overeenkomstig artikel 7, tweede lid, overbelast is verklaard, is het minimale niveau:

f. voor standaard goederenvervoer een bedieningsfrequentie in iedere richting:

	Paden/uur buiten de spits	Paden/uur in de spits
Overige baanvakken	1	0

23. In artikel 13 van het Besluit is het volgende bepaald:

1. De in artikel 8, eerste lid, onderdelen f en g, genoemde minimale niveaus van het standaard goederenvervoer zijn voorbehouden ten behoeve van dit gebruik tot op het moment van capaciteitsverdeling voor de normale dienstregeling.
2. Ten minste 10% van de in het eerste lid voor standaard goederenvervoer voorbehouden minimale niveaus is voorbehouden ten behoeve van ad hoc aanvragen[10] met betrekking tot standaard goederenvervoer en besloten personenvervoer.
3. De beheerder raamt jaarlijks het deel van de minimale niveaus voor standaard goederenvervoer dat ten behoeve van ad hoc aanvragen dient te worden voorbehouden. Indien de behoefte van

[9] Zie het Besluit vaststelling termijnen klachtenprocedure artikel 71 Spoorwegwet d.d. 6 december 2017 (ACM/UIT/346630, www.acm.nl).

[10] Zie § 4.1 voor een uitleg van dit begrip.

gerechtigden hoger ligt dan het in het derde lid genoemde percentage, is dat percentage voorbehouden ten behoeve van dit gebruik.[11]

4 Feiten

4.1 Algemeen

24. ProRail dient op grond van artikel 13, tweede en derde lid, van het Besluit in de jaardienstverdeling capaciteit te reserveren ten behoeve van ad hoc aanvragen van goederenvervoerders en besloten personenvervoerders. Daarbij dient zij jaarlijks een raming op te stellen van het minimale niveau voor standaard goederenpaden dat dient te worden gereserveerd voor ad hoc aanvragen.

25. Het reserveren van capaciteit voor ad hoc aanvragen biedt goederenvervoerders de mogelijkheid om ook na de jaardienstverdeling nog paden te kunnen aanvragen en toegewezen te krijgen. Voor goederenvervoerders die zich begeven op de spotmarkt is deze gereserveerde capaciteit noodzakelijk voor de bedrijfsvoering omdat zij ten tijde van het indienen van de jaardienstaanvragen vaak nog geen goed beeld hebben van de door hen benodigde capaciteit. Een belangrijk deel van de capaciteitsaanvragen voor goederentreinen dient zich pas relatief kort voor de dag van uitvoering aan. Ook voor besloten personenvervoerders geldt dat zij veelal zijn aangewezen op ad hoc capaciteit nu in de jaardienst enkel terugkerende paden kunnen worden aangevraagd en besloten personenvervoerders vaak geen vaste dienstregeling rijden.

26. De jaarlijkse raming die ProRail opstelt, is een inschatting van de verwachte behoefte aan standaard goederenpaden. In de Netverklaring 2022 geeft ProRail aan op welke wijze deze initiële raming wordt opgesteld.[12] Deze raming wordt voorafgaand aan de start van de jaardienstprocedure via de zogenoemde Tafel van Verdeling gedeeld met alle gerechtigden.

27. ProRail verwerkt deze raming jaarlijks, in de vorm van standaard goederenpaden, in het capaciteitsplanningssysteem Donna,[13] waarmee het voor alle aanvragers van capaciteit - bij het indienen van de capaciteitsaanvraag in april - inzichtelijk is waar de standaard goederenpaden zijn ingelegd. Aanvullend op de geraamde standaard goederenpaden worden door ProRail ná het toekennen van de jaardienstaanvragen - voor zover mogelijk - in Donna extra standaard goederenpaden ingelegd in de zogenaamde 'witte ruimte'.[14] Goederenvervoerders kunnen de standaard goederenpaden - voor zover er sprake is van terugkerende paden - aanvragen in de jaardienst indien zij op het moment van het aanvragen van capaciteit in april al weten dat zij de capaciteit nodig hebben. De standaard goederenpaden die niet ingevuld worden met 'jaardiensttreinen' (en eventuele extra standaard goederenpaden uit de witte ruimte) blijven

[11] De tekst van deze bepaling stond aanvankelijk in het vierde lid van artikel 13 en is abusievelijk niet aangepast na de laatste wijziging van artikel 13, waarbij het vierde lid is geschrapt.

[12] Zie paragraaf 4.5.4.2 van de Netverklaring 2022 van ProRail (www.prorail.nl).

[13] Donna is het planningsysteem dat ProRail hanteert voor de capaciteitsverdeling van het spoor.

[14] Witte ruimte is de capaciteit die overblijft na toekenning van de in de jaardienstfase aangevraagde capaciteit en reservering van de minimum niveaus voor ad hoc capaciteit.

beschikbaar voor aanvragen van goederenvervoerders en besloten personenvervoerders in de ad hoc fase.

28. Bij conflicten tussen ingediende jaardienstaanvragen en de gereserveerde (nog lege) standaard goederenpaden haalt ProRail eerst de eventuele 'extra' standaard goederenpaden uit de dienstregeling (dus de in de 'witte ruimte' ingelegde paden) en brengt ProRail het aantal standaard goederenpaden terug tot het aantal zoals opgenomen in de initiële raming. Als hierdoor het conflict niet wordt opgelost, treedt ProRail in overleg met betrokken partijen (waaronder de belanghebbenden bij de voorgestelde standaard goederenpaden voor de ad hoc aanvragen). In deze coördinatiefase wordt het aantal geraamde standaard goederenpaden dan vaak verschoven (eventueel naar de nacht) dan wel teruggebracht tot het minimumniveau zoals bedoeld in artikel 13, tweede lid, van het Besluit, tenzij de behoefte van goederenvervoerders hoger ligt (artikel 13, derde lid, van het Besluit).

4.2 Traject Amsterdam - Bentheim v.v.

29. Op het traject Amsterdam - Bentheim v.v. conflicteert de Intercity Direct van NS (hierna: IC-Direct) van Amsterdam naar Rotterdam ter hoogte van de locatie Amsterdam Transformatorweg overdag met de door ProRail (voorgenomen) gereserveerde standaard goederenpaden. ProRail geeft aan dat in de initiële raming voor 2022 op dit traject drie standaard goederenpaden overdag zijn opgenomen voor de route Amsterdam - Bentheim en vier standaard goederenpaden overdag voor de route Bentheim - Amsterdam. Deze raming heeft ProRail op 8 maart 2021 gedeeld met de leden van de Tafel van Verdeling.

30. De raming van standaard goederenpaden voor dienstregelingsjaar 2022 heeft ProRail - evenals de voorgaande jaren - opgesteld op basis van realisatiecijfers, voorziene ontwikkelingen en de gewenste flexibiliteit voor het goederenvervoer en het besloten personenvervoer (dus spreiding van de paden over de dag en avond). De standaardpraktijk de afgelopen jaren is dat in beginsel in de raming wordt uitgegaan van de realisatiecijfers + 50%.

31. Bij brief van 12 april 2021 heeft NS bij ProRail capaciteit aangevraagd voor de dienstregeling 2022. Onderdeel van deze capaciteitsaanvraag is capaciteit voor de IC-Direct. Bij brief van 22 april 2021 heeft ProRail NS geïnformeerd over onder andere het knelpunt tussen de capaciteitsaanvraag van NS voor de IC-Direct en de voor goederenvervoer voorbehouden (geraamde) ad hoc paden tussen Amsterdam - Bentheim v.v. In deze brief geeft ProRail aan dat dit knelpunt door middel van een coördinatiedossier zal worden afgehandeld.

32. Op 26 mei 2021 heeft ProRail het coördinatiedossier vastgesteld. De uitkomst van de coördinatiefase was dat er twee ad hoc paden overdag in beide richtingen en twee ad hoc paden in de nacht worden voorbehouden voor goederenvervoerders.

33. Voor goederenvervoerders was het coördinatievoorstel van ProRail niet acceptabel gelet op hun behoefte aan meer capaciteit voor ad hoc aanvragen op dit traject. De goederenvervoerders Railexperts, NIAG en Rheincargo hebben daarop bij ProRail een geschil[15] aanhangig gemaakt. Lineas, Rail2U, VTR en IRP hebben zich hierbij aangesloten. In het kader van deze geschilbeslechtingsprocedure[16] hebben vijf gesprekken tussen partijen plaatsgevonden, onder

[15] Een geschil als bedoeld in artikel 4a van het Besluit, zie randnummer 21.

[16] Zie paragraaf 4.5.5. van de Netverklaring 2022 van ProRail.

leiding van een onafhankelijk voorzitter (hierna: de voorzitter). Van deze gesprekken zijn notulen opgesteld, die steeds naar alle betrokkenen zijn verzonden.

34. Sluitstuk van de geschilbeslechtingsprocedure is dat de voorzitter een - niet bindend - advies aan ProRail uitbrengt. Op 18 juni 2021 heeft de voorzitter zijn advies met de betrokken partijen gedeeld. In dat advies heeft de voorzitter overwogen dat de aanvragers van het geschil terecht hebben aangegeven dat het coördinatievoorstel van ProRail in te weinig ad hoc paden voorziet op dit traject. De voorzitter stelt dat ProRail niet terug had mogen gaan naar het minimaal aantal standaard goederenpaden dat gelet op artikel 13, tweede lid, van het Besluit gereserveerd dient te worden voor ad hoc aanvragen. ProRail had volgens het advies van de voorzitter niet alleen naar de realisatie mogen kijken, maar had ook oog moeten hebben voor prognoses en de door gerechtigden ingebrachte behoefte.

35. De voorzitter heeft ProRail daarom geadviseerd om haar coördinatievoorstel aan te passen en gelet op de behoefte van goederenvervoerders en besloten personenvervoerders een groter aantal ad hoc paden voor standaard goederenvervoer te reserveren (zeven paden in beide richtingen overdag in plaats van de in het coördinatievoorstel opgenomen twee paden overdag). Bij het verdeelbesluit heeft ProRail betrokken partijen geïnformeerd dat zij het advies van de voorzitter volgt. Dat betekent dat ProRail zeven paden in beide richtingen overdag heeft voorbehouden voor goederenvervoerders.

5 Argumenten van partijen

5.1 NS

36. NS stelt in onderdeel I van haar klacht dat zij als gevolg van het verdeelbesluit oneerlijk is behandeld, doordat ProRail op een onjuiste en niet transparante wijze de capaciteitsverdelingsprocedure heeft gevolgd. In onderdeel II betoogt NS dat het resultaat van de procedure tot benadeling van NS en haar reizigers heeft geleid, als bedoeld in artikel 56, eerste lid, sub c, van richtlijn 2012/34/EU.

5.1.1 Onderdeel I: de procedure

37. NS geeft aan dat ProRail in de coördinatiefase gemotiveerd heeft besloten om op het minimale aantal standaard goederen paden terug te brengen tot het in artikel 13, tweede lid, van het Besluit genoemde niveau. Naar het oordeel van NS heeft ProRail na de geschilbeslechting echter ongemotiveerd en niet transparant besloten om niet alleen van voormelde methode af te wijken, maar om ook af te wijken van de eigen ramingen van ProRail ex artikel 13, derde lid, van het Besluit.

38. NS benadrukt dat de ramingen volgens de regel ‘realisatie + 50%’ een mogelijke toename van ad hoc goederentreinen beogen te voorzien. Zij geeft aan dat deze ramingen, waaraan transparante en objectieve ramingsmethodes ten grondslag liggen, juist zijn bedoeld om een toename in de realisatie van ad hoc treinverkeer op te vangen. De raming houdt rekening met voorziene ontwikkelingen en de gewenste flexibiliteit voor het goederenvervoer en het besloten personenvervoer.

39. Voor de verbinding Amsterdam - Bentheim v.v. wijst NS er op dat sprake was van een realisatie van totaal 100 paden overdag in 2020. Dit, terwijl er jaarlijks overdag (7-23u., de spits uitgezonderd) in beide richtingen 500 treinen op ad hoc basis kunnen rijden, op basis van twee gereserveerde ad hoc paden per richting per dag. Ondanks die lage realisatiegraad op dit traject heeft ProRail vier ad hoc paden per dag voor Bentheim - Amsterdam en drie paden per dag voor Amsterdam - Bentheim geraamd. Voor Amsterdam - Bentheim zijn de ramingen 400% meer dan de realisatie in 2020 en voor Bentheim - Amsterdam 300% meer.

Geschilfase

40. De ad hoc paden voor goederenvervoerders conflicteren overdag met de IC-Direct van NS. Het voorbehouden van ieder ad hoc pad in beide richtingen heeft tot gevolg dat de reistijd van de IC-Direct tussen Amsterdam en Rotterdam v.v. twee minuten langer wordt, óók indien er op een voorbehouden ad hoc pad geen realisatie plaatsvindt.[17]

41. NS wijst er op dat de (veronderstelde) behoefte van de goederenvervoerders in het advies van de voorzitter een doorslaggevende rol heeft gespeeld. De voorzitter heeft daarover aangegeven dat “de aanvragers [van het geschil] terecht beargumenteren dat ProRail te weinig ad hoc paden heeft gereserveerd op grond van Artikel 13 lid c ”.[18] NS stelt dat de betrokken goederenvervoerders wel hun *wensen* hebben aangegeven, maar NS is van oordeel dat een argumentatie of (cijfermatige) onderbouwing van deze wensen (de behoefte) echter nooit is gegeven in de geschilbeslechtingsprocedure noch daarna en dat de voorzitter hier ook niet naar heeft gevraagd. NS heeft geen inzage gekregen in de onderbouwing van de behoefte van de goederenvervoerders. Dit ondanks dat NS hiernaar heeft gevraagd.

Onderbouwing

42. NS onderkent dat het voor goederenvervoerders, gelet op het karakter van de markt, lastig is om de behoefte specifiek te onderbouwen. Ook beseft zij dat niet alle voorbehouden ad hoc paden gebruikt zullen worden en dat er een bepaalde mate van flexibiliteit moet zijn. Naar haar opvatting geeft het Besluit echter geen recht op (welhaast) ongelimiteerde ad hoc capaciteit, maar moet de behoefte aan die capaciteit zorgvuldig worden onderbouwd.

43. NS wijst verder op de realisatiecijfers van de afgelopen jaren, die laten zien dat in elk van beide richtingen jaarlijks overdag ongeveer 100 goederentreinen op het traject hebben gereden.[19] De initieel opgestelde raming van ProRail biedt de goederenvervoerders ruim 1000 paden tussen Amsterdam- Bentheim (4 per dag) en in de andere richting ruim 750 paden (3 per dag). De uitkomst van de coördinatiefase gaf de goederenvervoerders meer dan 500 paden in beide richtingen.

44. NS vindt kortom dat de goederenvervoerders de behoefte moeten onderbouwen. Omdat de behoefte in deze zaak nergens is onderbouwd, stelt NS dat geen gebruik gemaakt kan worden van

[17] NS heeft in haar mondelinge toelichting tijdens de hoorzitting aangegeven dat voor ieder voorbehouden pad op dit traject een conflict ontstaat.

[18] Bedoeld is artikel 13, derde lid.

[19] De realisatie in het jaar 2020 van goederentreinen en besloten vervoer op het traject Amsterdam - Bentheim: 150 treinen, waarvan 100 overdag (7-23u) en op het traject Bentheim - Amsterdam : 250 treinen, waarvan 100 overdag (7-23u). Na onderzoek door ProRail naar de effecten van Covid-19 in 2020 is van significante verschillen ten opzichte van het jaar 2019 niet gebleken. NS ziet dit ook bevestigd in een vergelijking met de realisatiecijfers en de ramingen van 2017 tot en met 2019 voor het traject Amsterdam - Bentheim v.v..

de mogelijkheid tot uitbreiding van het minimumniveau voor ad hoc aanvragen op basis van de geschatte behoefte, zoals bedoeld in artikel 13, derde lid, van het Besluit. De werkwijze voor het vaststellen van die behoefte, waarbij eenvoudig een getal wordt genoemd in antwoord op een vraag, zorgt voor een precedent waarin mogelijk ongelimiteerd capaciteit kan worden aangevraagd en dat acht NS in strijd met het Besluit.

Advies en besluit

45. NS geeft aan dat de voorzitter ProRail vervolgens heeft geadviseerd om de door goederenvervoerders gewenste ad hoc capaciteit voor te behouden. De voorzitter wijkt daarmee naar het oordeel van NS af van de procedure die al jaren bestaat voor ramingen ex artikel 13, derde lid, van het Besluit.

46. NS is van opvatting dat hier sprake is van een niet transparante en onjuiste gang van zaken in de geschilbeslechting, die vervolgens niet door ProRail is hersteld in het vervolg van de procedure, hoewel zij hier de mogelijkheden toe had. Naar het oordeel van NS had ProRail dit ook moeten doen, omdat er werd afgeweken van de vastgestelde ramingsprocedure in de Netverklaring 2022.

47. Volgens NS had ProRail - onder verwijzing naar de ramingen en een gebrek aan aangetoonde behoefte - gemotiveerd moeten afwijken van het advies van de voorzitter op grond van artikel 4, eerste lid, van het Besluit en artikel 16, eerste lid, sub b, van de Sw.

5.1.2 Onderdeel II: benadeling

48. NS concludeert als resultaat van de geschilbeslechtingsprocedure, dat er dagelijks zeven ad hoc paden overdag in beide richtingen in de dienstregeling 2022 worden opgenomen ten koste van de veertien IC-Direct treinen zullen tussen Amsterdam en Rotterdam. Deze zullen een extra reistijd hebben van twee minuten (43 minuten in plaats van 41 minuten). NS stelt dat de capaciteitsverdeling niet transparant en onjuist is verlopen en dat het resultaat van de geschilbeslechtingsprocedure niet in overeenstemming is met het Besluit. NS meent dat zij hierdoor op verschillende wijzen is benadeeld. In dit verband draagt NS diverse voorbeelden aan, zoals de precedentwerking die uitgaat van de handelwijze van ProRail voor het bepalen van ad hoc capaciteit, de extra reistijd voor de IC-Direct, de gevolgen daarvan voor overstapmogelijkheden van haar reizigers en de effecten ervan op zowel de Hoge SnelheidsLijn-Zuid als op haar concessie voor het Hoofdrailnet.

49. NS verzoekt de ACM om de klacht gegrond te verklaren en aan ProRail, op grond van artikel 71, eerste lid sub a en/of b, van de Sw jo. artikel 12j van de Instellingswet ACM, een bindende aanwijzing op te leggen, inhoudende dat ProRail een (nieuw) verdeelbesluit neemt met inachtneming van het Besluit. NS stelt zich op het standpunt dat dit inhoudt dat ProRail overdag maximaal twee ad hoc paden overdag in beide richtingen voorbehoudt, gelet op het feit dat er geen behoefte is die rechtvaardigt dat van het minimale niveau uit artikel 13, tweede lid, van het Besluit wordt afgeweken.

5.2 ProRail

50. ProRail geeft aan dat zij conform artikel 13 van het Besluit een raming heeft opgesteld van het aantal standaard goederenpaden dat in de jaardienstverdeling gereserveerd moet worden ten behoeve van ad hoc capaciteitsaanvragen van goederenvervoerders. ProRail geeft aan dat zij deze raming heeft opgesteld conform de in de Netverklaring 2022 opgenomen werkwijze. In de initiële

raming 2022 zijn volgens ProRail op het betreffende traject drie standaard goederenpaden overdag opgenomen voor de route Amsterdam - Bentheim en vier standaard goederenpaden overdag voor de route Bentheim - Amsterdam.

51. In het coördinatievoorstel is het aantal paden teruggebracht naar twee paden in beide richtingen overdag en in de nacht. Tijdens de hoorzitting heeft ProRail toegelicht dat dit coördinatievoorstel voldoet aan zowel de raming als het minimumniveau voor ad hoc paden uit artikel 13 van het Besluit.

52. ProRail geeft aan dat van de initiële raming kan worden afgeweken en dat dit in andere dossiers in de coördinatiefase ook voor komt. Indien de behoefte van gerechtigden hoger ligt dan het op grond van artikel 13, tweede lid, van het Besluit minimaal aantal gereserveerde standaard goederenpaden ten behoeve van de ad hoc aanvragen, moet volgens ProRail op grond van artikel 13, derde lid, van het Besluit een hoger aantal paden gereserveerd worden. ProRail geeft aan dat deze behoefte van gerechtigden aan ad hoc capaciteit moet worden onderbouwd. De vrees van de NS voor het ongelimiteerd ter beschikking stellen van ad hoc capaciteit is volgens ProRail dan ook ongegrond.

53. Volgens ProRail hebben de goederenvervoerders hun behoefte aan capaciteit onderbouwd tijdens de geschilbeslechtingsfase. ProRail geeft aan dat deze behoefte idealiter al in een eerder stadium naar voren was gekomen. ProRail geeft tevens aan dat het feit dat de behoefte van gerechtigden pas laat in het proces naar voren is gekomen, er niet toe kan leiden dat ProRail deze behoefte - in samenhang met het advies van de voorzitter - naast zich neer kan leggen.

54. ProRail geeft aan dat de voorzitter van de betrokken goederenvervoerders informatie heeft ontvangen ter onderbouwing van de behoeften van gerechtigden. Dit betrof commercieel vertrouwelijke informatie van vervoerders en deze informatie is niet gedeeld met de andere deelnemers van de geschilbeslechtingsprocedure. ProRail kan de NS dan ook niet volgen in haar stelling dat de behoefte van goederenvervoerders niet voldoende is onderbouwd en dat er sprake is van een niet transparante en onjuiste gang van zaken.

55. Ten aanzien van de onderbouwing van de behoeften van goederenvervoerders geeft ProRail in haar zienswijze aan dat uit wet- en regelgeving niet is af te leiden dat de behoefte van gerechtigden aan capaciteit voor ad hoc aanvragen cijfermatig moet worden onderbouwd. Tijdens de hoorzitting heeft ProRail aangegeven dat deze onderbouwing kan volgen uit realisatiecijfers, voorziene ontwikkelingen of verwachte capaciteitsbeperkingen op andere trajecten. Het kan een cijfermatige, bedrijfsmatige of logistieke onderbouwing zijn. Ook is het volgens ProRail mogelijk om de behoefte te onderbouwen vanuit toekomstige ontwikkelingen.

56. ProRail is van mening dat zij, hoewel het advies van de voorzitter niet bindend is, beperkte ruimte heeft om het advies naast zich te leggen. ProRail heeft dan ook volstaan met een marginale toets van het advies. Volgens ProRail is dit conform het Besluit waarin wordt uitgegaan van een snelle beslechting van een geschil. De mogelijkheid om gemotiveerd af te wijken van het advies is enkel opgenomen om te voorkomen dat ProRail niet zou kunnen afwijken van een onzorgvuldig tot stand gekomen advies dat in strijd met wet- en regelgeving is, of een advies dat evident de belangen van andere - niet direct bij het geschil betrokken - partijen schaadt. Volgens ProRail was van beide situaties in dit dossier geen sprake. ProRail geeft aan dat zij heeft geconstateerd dat het advies zorgvuldig tot stand is gekomen, dat alle betrokken partijen hun standpunten hebben onderbouwd en dat het advies niet in strijd met de wet- en regelgeving is.

57. ProRail heeft dan ook, conform het advies van de voorzitter, het aantal te reserveren standaard goederenpaden verhoogd in lijn met het bepaalde in artikel 13, derde lid, van het Besluit. Volgens ProRail is er dan ook geen sprake van een niet transparante en oneerlijke verdeling zoals de NS betoogt.

58. ProRail merkt ook op dat de volgende situaties geen rol spelen bij de capaciteitsverdeling, omdat het Besluit daarvoor geen grondslag biedt:

    a. de mate van investeringen in hogesnelheidsinfrastructuur,
    b. dat NS een bepaling in de aan haar door de Staat verleende concessie niet kan nakomen als gevolg van het verdeelbesluit, en
    c. de inhoud van bepalingen uit contracten tussen goederenvervoerders en hun afnemers.

59. ProRail is van oordeel dat zij de Sw of het Besluit niet heeft overtreden en ook niet is afgeweken van de door haar in de Netverklaring 2022 opgenomen procedures. Uit de klacht van NS volgt volgens ProRail op geen enkele wijze dat er sprake is van discriminatie dan wel benadeling van de NS. ProRail verzoekt de ACM dan ook de klacht ongegrond te verklaren.

5.3 Lineas

60. Lineas is van oordeel dat het vrijhouden van capaciteit voor ad hoc goederenverkeer ten opzichte van in de jaardienst aangevraagde capaciteit een conflictsituatie veroorzaakt. ProRail heeft een wettelijke verplichting een minimum aan ad hoc capaciteit ter beschikking te stellen aan goederenvervoerders en stelt daarvoor een raming op. Het aantal goederenpaden dat reeds in de jaardienst is aangevraagd door goederenvervoerders moet volgens Lineas buiten beschouwing worden gelaten.

61. Lineas merkt op dat het de taak is van ProRail om aanvragen tot wijzigingen ten aanzien van de oorspronkelijke jaardienstaanvraag zoveel als mogelijk te honoreren binnen de grenzen van redelijkheid. Indien paden aangepast kunnen worden waarbij iedere aanvrager zijn gewenste paden krijgt, dan zou ProRail dat moeten voorstellen dan wel opleggen. Op deze manier kunnen de IC-Direct paden, weliswaar met vertraging, en de goederenpaden naast elkaar bestaan.

62. Volgens Lineas is de voorgeschreven procedure, in geval van concurrerende aanvragen, tijdens de coördinatiefase correct gevolgd. Wel kan de procedure transparanter en de informatie tijdens de procedure volledige en duidelijker.

63. De raming die ProRail opstelt moet voldoende mogelijkheden bieden om de benodigde flexibiliteit van het spoorgoederenvervoer te waarborgen. ProRail stelde tijdens de coördinatiefase de raming voor 2022 bij naar het minimumniveau van artikel 13, tweede lid, van het Besluit. Volgens Lineas doet ProRail daarmee afbreuk aan haar ramingsprocedure, omdat het minimumniveau realisatiecijfers voorop stelt, waar een raming de benodigde ad hoc capaciteit voorop stelt. Deze afwijking is nimmer onderbouwd door ProRail.

64. Dat het minimumniveau en de raming onvoldoende flexibiliteit borgen voor goederenvervoerders is meermaals aangetoond tijdens de geschilbeslechtingsfase. De bewering van NS dat Lineas geen (cijfermatige) onderbouwing heeft gegeven, is daarom onjuist. Volgens Lineas heeft NS zelf haar noodzaak voor de aangevraagde paden onvoldoende onderbouwd.

65. Het resultaat uit de geschilbeslechting is niet in strijd met de wet. Het is ProRail toegestaan meer capaciteit te reserveren dan het minimumniveau, genoemd in artikel 13, tweede lid van het Besluit. Het niet laten vertragen van de IC-Direct leidt tot een benadeling van de goederenvervoerders, wat in strijd is met de doelstelling zoveel mogelijk behoeften van verschillende partijen te honoreren. Dat NS haar concessieafspraken met de Staat niet haalt, mag geen reden zijn de capaciteitsverdelingsregels te negeren.

5.4 Railexperts

66. Railexperts heeft tijdens de hoorzitting betoogd dat aan de klantvraag steeds moeilijker te voldoen is naarmate minder treinpaden beschikbaar zijn. Tijdens de geschilbeslechtingsfase stelde Railexperts vast dat men meer paden nodig had dan genoemd in het coördinatievoorstel van ProRail vanwege de reeds afgesloten contracten, groeiende klantvraag en de overbrengingen van materieel voor NS. Minder paden krijgen dan gewenst geeft operationele problemen, minder mogelijkheden om klanten te bedienen en hogere kosten. Hierdoor meende Railexperts benadeeld te worden door het coördinatievoorstel.

67. In het coördinatiedossier was Railexperts akkoord met de initiële raming als oplossingsrichting, drie om vier standaard goederenpaden overdag. Voor hen was dat het minimale om aan de klantvraag te voldoen. Daarom was Railexperts niet ongelukkig met de uiteindelijke uitkomst van de geschilbeslechtingsprocedure, zeven om zeven treinpaden overdag.

68. Railexperts is van oordeel dat het moeilijk zal worden reeds afgesloten contracten na te komen indien de klacht van NS gegrond wordt verklaard.

6 Beoordeling door de ACM

69. Dit hoofdstuk bevat de beoordeling van de ACM. Bij deze beoordeling behandelt de ACM in paragraaf 6.1 de vraag of ProRail richting betrokken partijen transparant is geweest. Paragraaf 6.2 bevat het oordeel van de ACM over het proces dat ProRail heeft gevolgd bij de betrokken capaciteitsverdeling. Paragraaf 6.3 gaat onder andere in op de vraag of goederenvervoerders hun behoefte voldoende hebben onderbouwd en paragraaf 6.4 bevat de conclusie.

6.1 Transparantie

70. Volgens NS volgt de oneerlijke behandeling uit het feit dat ProRail de capaciteit oneerlijk en niet transparant verdeelt, in afwijking van de procedure voor de capaciteitsverdeling. Volgens NS heeft ProRail, na eerst in de coördinatiefase gemotiveerd besloten te hebben om het minimumniveau van artikel 13, tweede lid, van het Besluit toe te passen, na de geschilfase ongemotiveerd en niet transparant besloten om van voormelde methode, en haar eigen ramingen op grond van artikel 13, derde lid, van het Besluit af te wijken. Ten aanzien van dit onderdeel van de klacht overweegt de ACM als volgt.

6.1.1 Transparantie van de raming

71. In de initiële raming 2022 die ProRail heeft opgesteld, zijn op het betreffende traject drie standaard goederenpaden opgenomen voor de route Amsterdam - Bentheim en vier standaard goederenpaden voor de route Bentheim - Amsterdam. Deze raming heeft ProRail - evenals de

voorgaande jaren - opgesteld op basis van realisatiecijfers, voorziene ontwikkelingen en de gewenste flexibiliteit voor het goederenvervoer en het besloten personenvervoer. Dit laatste houdt in dat er sprake is van spreiding van de paden overdag en in de nacht en dat het aantal gereserveerde ad hoc paden hoger ligt dan de realisatie. In de raming wordt uitgegaan van de realisatiecijfers + 50%. ProRail heeft haar initiële raming 2022 op 8 maart 2021, via de Tafel van Verdeling, gedeeld met alle gerechtigden.

72. De werkwijze die ProRail hanteert bij de initiële raming is opgenomen in paragraaf 4.5.4.2 van de Netverklaring. In die netverklaring is opgenomen dat de realisatiecijfers, voorziene ontwikkelingen en gewenste flexibiliteit de criteria zijn voor de raming van de te verwachten aanvragen voor goederenverkeer en besloten personenvervoer (de behoefte). ProRail geeft ook in de Netverklaring 2022 aan dat zij met die raming invulling geeft aan artikel 13, derde lid, van het Besluit, en dat zij de raming vertaalt in aantallen goederenpaden, die in de ad hoc fase specifiek voor goederenvervoer en besloten personenvervoer benodigd zijn.

73. De hierboven genoemde raming en vertaalslag is door ProRail niet nader uitgewerkt in de Netverklaring 2022. ProRail heeft in haar zienswijze wel aangegeven dat de standaardpraktijk de afgelopen jaren is dat voor de raming in beginsel wordt uitgegaan van de realisatiecijfers van het voorgaande jaar vermeerderd met 50%. Tevens constateert de ACM dat deze werkwijze door ProRail ook als uitgangspunt is aangegeven in de toelichting bij de ramingen 2022, zoals ProRail die op 8 maart 2021 aan de leden van de Tafel van Verdeling heeft gestuurd. Zij licht dat onder meer als volgt toe: "*Op basis van realisatiecijfers en behoefte aan 50% extra rijmogelijkheden t.b.v. ad-hoc én flexibiliteit t.b.v. mutaties zijn treinaantallen vertaald naar benodigde rijmogelijkheden per relatie per dagdeel (dag, avond, nacht).*" Ook NS wijst erop dat dit de werkwijze is die door ProRail gebruikelijk wordt gevolgd bij het bepalen van de aantallen goederenpaden die in de ad hoc fase specifiek voor goederenvervoer en besloten personenvervoer benodigd zijn.

74. De raming om de behoefte van de markt vast te stellen en de uitwerking daarvan in aantallen goederenpaden maakt onderdeel uit van het capaciteitsverdelingsproces. Dit proces dient, overeenkomstig artikel 58 Sw en bijlage IV van Richtlijn 2012/34/EU, in de Netverklaring te zijn beschreven, zodat het tijdig kenbaar is voor alle belanghebbende partijen. De voor 2022 toegepaste standaard praktijk is niet voldoende concreet in de Netverklaring 2022 opgenomen. De methode voor de initiële raming (realisatiecijfers + 50%) wordt daarin bijvoorbeeld niet genoemd. De ACM is dan ook van oordeel dat ProRail haar werkwijze in de Netverklaring 2022 had moeten publiceren.

6.1.2 Transparantie van de geschilbeslechting

75. Op 26 mei 2021 heeft ProRail een coördinatiedossier vastgesteld. Tijdens deze coördinatiefase treedt ProRail in overleg met betrokken partijen, waaronder de belanghebbenden bij de voorgestelde standaard goederenpaden voor de ad hoc aanvragen, en zoekt naar een oplossing. Tijdens de coördinatiefase zijn vier oplossingsrichtingen geformuleerd. De uitkomst van de coördinatiefase was dat er twee paden in beide richtingen overdag en twee paden in de nacht werden gereserveerd voor goederenvervoerders en besloten personenvervoer. Tijdens de hoorzitting heeft ProRail toegelicht dat dit coördinatievoorstel voldoet aan zowel de initiële raming als het minimumniveau uit artikel 13 van het Besluit. In de raming zijn op het betreffende traject drie standaard goederenpaden opgenomen voor de route Amsterdam - Bentheim en vier standaard goederenpaden voor de route Bentheim - Amsterdam. Het minimumniveau voor alle goederenpaden (jaardienst plus ad hoc) bestaat op grond van artikel 8, eerste lid sub f, van het Besluit uit één pad per uur overdag per richtingen, dus twee paden in totaal (beide richtingen gezamenlijk). Op grond van artikel 13, tweede lid, van het Besluit moet ProRail ten minste 10% van

deze twee paden per uur overdag voorbehouden ten behoeve van ad hoc aanvragen ten behoeve van standaard goederenvervoer en besloten personenvervoer. Deze 10% komt neer op twee paden per dag.[20] Door in de coördinatiefase uit te komen op twee paden in beide richtingen overdag en twee paden in de nacht wordt volgens ProRail zowel voldaan aan het minimumniveau van artikel 13, tweede lid, van het Besluit als de raming van met minimumniveau van artikel 13, derde lid van het Besluit.

76. Voor goederenvervoerders was het coördinatievoorstel, waarbij het aantal standaard goederenpaden werd teruggebracht naar twee overdag en twee in de nacht, niet acceptabel, gelet op hun behoefte bij voldoende capaciteit voor ad hoc aanvragen op dit traject. Goederenvervoerders hebben daarop een geschil aanhangig gemaakt. De geschilbeslechtingsprocedure, zoals beschreven in paragraaf 4.5.5. van de Netverklaring 2022, voorziet in een gesprek tussen de betrokken partijen waarna de voorzitter een niet bindend advies uitbrengt.

77. Tijdens de geschilbeslechtingsprocedure heeft de voorzitter van de betrokken goederenvervoerders informatie ontvangen ter onderbouwing van de behoeften van gerechtigden. Deze informatie is niet gedeeld met de andere deelnemers aan de geschilbeslechtingsprocedure, omdat het gaat om commercieel vertrouwelijke informatie van vervoerders. Als gevolg hiervan heeft NS de onderbouwing van de behoefte van vervoerders niet ontvangen. De ACM is van oordeel dat de onderbouwing van de vervoerders informatie betreft die vertrouwelijk is voor concurrenten. Dat NS deze vertrouwelijke informatie niet heeft ontvangen, betekent echter niet dat er sprake was van een niet transparant proces. De ACM kan de NS dan ook niet volgen in haar stelling dat er in dit kader sprake is van een niet transparante gang van zaken.

78. De voorzitter heeft ProRail geadviseerd om haar coördinatievoorstel aan te passen en - gelet op de behoefte van goederenvervoerders en besloten personenvervoerders - een groter aantal paden voor standaard goederenvervoer te reserveren, namelijk zeven paden overdag per richting in plaats van de in het coördinatievoorstel opgenomen twee paden overdag per richting. Dit advies is door ProRail overgenomen en vastgelegd in het verdeelbesluit dat naar alle betrokkenen is toegestuurd. Dat de uitkomst van de geschilbeslechtingsprocedure tot gevolg heeft dat ProRail afwijkt van haar initiële raming en het coördinatievoorstel, betekent naar het oordeel van de ACM niet dat er sprake is van een niet transparant proces.

79. In de volgende paragrafen gaat de ACM na of ProRail het proces tot vaststelling van de ad hoc standaard goederenpaden op een correcte wijze heeft uitgevoerd en of de raming door ProRail en de behoefte van goederenvervoerders aan ad hoc capaciteit voldoende zijn onderbouwd.

6.2 Proces vaststelling ad hoc capaciteit standaard goederenpaden

80. NS heeft aangevoerd dat ProRail de capaciteitsverdelingsprocedure onjuist heeft doorlopen door af te wijken van het minimale niveau opgenomen in artikel 13, tweede lid, van het Besluit. ProRail zou daarbij artikel 13, derde lid, van het Besluit onjuist hebben toegepast. De in die bepaling genoemde behoefte zou zij onjuist hebben ingevuld door een gebrekkige onderbouwing van die behoefte.

[20] Goederenvervoerders zouden bij een reguliere capaciteitsaanvraag overdag recht hebben op één pad per uur buiten de spits. Dat zijn dagelijks dertien paden. Tien procent van dit aantal paden moet worden voorbehouden voor ad hoc capaciteit. Tien procent van dertien paden is 1,3. Dat komt afgerond naar boven uit op twee ad hoc paden overdag.

81. De ACM beoordeelt in deze paragraaf de gevolgde procedure. In de volgende paragraaf beoordeelt de ACM de onderbouwing van de behoefte van goederenvervoerders die ten grondslag ligt aan minimale niveau voor ad hoc paden als bedoeld in artikel 13, derde lid, van het Besluit.

82. Belangrijk in dit proces is het minimale niveau voor ad hoc paden als bedoeld in artikel 13, derde lid, van het Besluit, dat moet worden bepaald op basis van een raming van de behoefte van goederenvervoerders. ProRail heeft een initiële raming van de behoefte van goederenvervoerders gemaakt met een voor alle trajecten in Nederland gehanteerde (standaard) methode. op basis van de realisatiecijfers in het voorgaande jaar plus 50% (afgerond naar boven in hele paden). Deze raming heeft ProRail op 8 maart 2021 gedeeld met de leden van de Tafel van Verdeling.

83. ProRail's initiële raming van de behoefte (realisatie + 50%) voor het onderhavige traject betrof per dag drie paden Amsterdam - Bentheim en vier paden voor de richting Bentheim - Amsterdam. In de coördinatiefase heeft ProRail aan die raming vastgehouden.

84. De voorzitter concludeerde daarna dat de behoefte van goederenvervoerders aan ad hoc paden groter was dan de geraamde drie en vier paden en adviseerde - mede op basis van artikel 13, derde lid, van het Besluit en de vragen aan partijen naar hun behoefte - om zeven paden per richting voor ad hoc aanvragen van goederenvervoerders voor te behouden.

85. ProRail heeft dit advies van de voorzitter marginaal getoetst en vervolgens overgenomen in haar verdeelbesluit. Voor deze marginale toetsing baseert ProRail zich op het Besluit. Daarbij gaat ProRail na of het advies zorgvuldig tot stand is gekomen, of de standpunten van partijen zijn onderbouwd en of het advies niet in strijd is met wet- en regelgeving. Deze toets gaf ProRail geen aanleiding om af te wijken van het advies van de voorzitter.

86. Naar het oordeel van de ACM had ProRail op grond van artikel 13, derde lid, van het Besluit ten minste al tijdens de coördinatiefase bij de betrokken vervoerders Railexperts en Lineas moeten nagaan of hun behoefte aan ad hoc capaciteit groter was dan de initiële raming conform de standaard methode. In dat geval had ProRail aan die partijen moeten vragen om de gestelde behoefte aan meer ad hoc capaciteit te onderbouwen. De ACM merkt daarbij overigens op dat ProRail in haar zienswijze heeft aangegeven dat die informatie idealiter eerder in de procedure bekend was geworden. Het had daarom op de weg van ProRail gelegen om eerder over die relevante informatie te beschikken en die bij het coördinatievoorstel te betrekken. Daar komt nog bij dat het minimale niveau van artikel 13, derde lid, van het Besluit los staat van capaciteitsconflicten: ook zonder capaciteitsconflicten dient ProRail dit minimale niveau vast te stellen.

87. De ACM is tevens van oordeel dat ProRail daar waar het gaat om de toepassing van wet- en regelgeving niet kan volstaan met een marginale toets van het advies van de voorzitter. In artikel 4a van het Besluit noch in de nota van toelichting daarop vindt de ACM steun voor deze opvatting van ProRail. Omdat ProRail op grond van artikel 4a van het Besluit de bevoegdheid heeft om gemotiveerd van het advies af te wijken en dient te borgen dat het besluit niet in strijd is met wet- en regelgeving, impliceert dit naar het oordeel van de ACM dat ProRail dat advies juist meer dan marginaal, dus ook inhoudelijk en kenbaar, dient te toetsen. Die inhoudelijke toets heeft ProRail niet kenbaar uitgevoerd.

88. Samenvattend is de ACM van oordeel dat ProRail ten minste al in de coördinatiefase had moeten toetsen of de initiële raming correct was en die waar nodig had moeten bijstellen. Ook had ProRail het advies van de voorzitter inhoudelijk en kenbaar moeten toetsen. Nu ProRail dat niet heeft

gedaan, is de ACM van oordeel dat ProRail een onjuiste toepassing heeft gegeven aan artikel 13, derde lid, van het Besluit. Dit onderdeel van de klacht van NS is daarom gegrond.

6.3 Raming en onderbouwing ad hoc capaciteit standaard goederenpaden

89. De ACM stelt vast dat uit de geschilaanvraag volgt dat goederenvervoerders graag willen dat de methodiek (meer) ruimte biedt voor het accommoderen van groei in de markt. In zijn advies oordeelt de voorzitter dat ProRail bij de raming ook ná overbelastverklaring niet alleen van realisatiecijfers uit zou moeten gaan, maar ook van de prognoses en de door gerechtigden zelf ingebrachte behoefte. Daarbij tekent hij aan dat er dan wel van de goederenvervoerders wordt verwacht dat zij de prognoses en behoefte goed onderbouwen met argumenten.

90. Ten aanzien van de werkwijze bij de raming is de ACM - met de voorzitter en anders dan ProRail - van mening dat artikel 13, derde lid, van het Besluit geen aanleiding geeft om bij overbelasting het aantal voor te behouden paden terug te brengen naar de realisatie van het voorgaande jaar met een minimum van ten minste 10% van de in artikel 8 opgenomen minimumniveaus. De ACM stelt vast dat artikel 13, derde lid, van het Besluit als grondslag dient voor zowel het in kaart brengen van de behoefte aan extra voor te behouden ad hoc capaciteit als voor het daadwerkelijk reserveren van die extra ad hoc capaciteit. Daarbij overweegt de ACM dat artikel 13 van het Besluit specifiek bedoeld is voor de situatie waarin sprake is van overbelasting en dat artikel 13, derde lid, van het Besluit geen aanknopingspunt biedt voor het herzien van de raming en zonder inventarisatie van de behoefte terug te vallen op het wettelijk minimumniveau als bedoeld in artikel 13, tweede lid Besluit.

91. De ACM constateert overigens dat in de onderhavige zaak geen sprake is geweest van een beperking in de raming van het aantal voor te behouden paden na overbelastverklaring. Tijdens de hoorzitting heeft ProRail bevestigd dat het aantal voor te behouden paden overdag in de initiële raming niet afwijkt van het aantal voor te behouden paden overdag in het coördinatievoorstel. In beide gevallen is geraamd op basis van realisatiecijfers + 50% (beide richtingen 2x overdag). Dit aantal is tevens het wettelijke minimumniveau als bedoeld in artikel 13, tweede lid voor ad hoc vervoer op dit traject moet worden voorbehouden.

92. Voor zover de ramingen door ProRail op een andere wijze worden vastgesteld dan op basis van realisatiecijfers + 50%, is de ACM - net als de voorzitter - van oordeel, dat de goederenvervoerders hun behoefte in dat geval wel deugdelijk moeten onderbouwen. De ACM overweegt hierbij dat in dat verband bij voorkeur financieel-bedrijfsmatige argumenten worden aangedragen en dat ook logistieke overwegingen en marktontwikkelingen een rol kunnen spelen. De onderbouwing van de behoefte moet concreet zijn, bijvoorbeeld door de concrete negatieve effecten van een kleiner aantal paden te noemen. Daarbij kan het bijvoorbeeld gaan om het concreet benoemen van langere wachttijden en de daadwerkelijke kosten daarvan.

93. In haar ramingen moet ProRail deze onderbouwde behoefte van goederenvervoerders meenemen en daarnaast ook rekening houden met de realisatiecijfers. Een goede raming van de behoefte wordt steeds relevanter omdat de zogenoemde ‘witte ruimte’ door de verhoogde frequentie van reizigerstreinen afneemt, waardoor de ‘witte ruimte’ steeds minder de vraag naar ad hoc capaciteit kan opvangen.

94. De ACM stelt vast dat de voorzitter in deze zaak op een andere wijze invulling heeft gegeven aan de raming van de behoefte van goederenvervoerders, dan (alleen) op basis van realisatiecijfers + 50%. In dat geval wordt van goederenvervoerders een onderbouwing van hun behoefte verwacht.

Zij hebben die behoefte in de geschilbeslechtingsprocedure weliswaar toegelicht, maar de ACM is van oordeel dat deze behoefte daarmee niet voldoende concreet is onderbouwd.

95. Als toelichting hebben de meeste vervoerders alleen - summier - hun wensen aangegeven en is er slechts één meer uitgewerkt voorbeeld. Er zijn geen offerteaanvragen of rapporten overgelegd, die duiden op een stijging van ad hoc vervoer. In het kader van marktontwikkelingen is slechts gewezen op de komst van een nieuwe spoorterminal in Amsterdam. Daarnaast gaven ook de realisatiecijfers van de afgelopen jaren geen blijk van een stijging.

96. De ACM is van oordeel dat de in het advies van de voorzitter geformuleerde behoefte aan 7 ad hoc standaard goederenpaden overdag dan ook onvoldoende is onderbouwd. ProRail had daarom van het advies moeten afwijken en had op dit onderdeel tot een ander verdeelbesluit moeten komen.

97. Niet is bestreden dat het verdeelbesluit tot gevolg zou hebben dat voor veertien IC-Direct treinen op het traject Amsterdam - Rotterdam een extra reistijd van 2 minuten optreedt. Ook al kan de ACM in deze procedure niet vaststellen wat de uitkomst van een nieuw te nemen verdeelbesluit zal zijn, lijkt het aannemelijk dat het aantal IC-Direct treinen dat door een nieuw verdeelbesluit vertraging oploopt, lager zal komen te liggen. Met de overige door NS aangedragen omstandigheden, op grond waarvan zij zich ook benadeeld acht, kan bij de capaciteitsverdeling, zoals ProRail terecht heeft gesteld, geen rekening worden gehouden.

98. Gelet op het bovenstaande stelt de ACM vast dat NS door het verdeelbesluit wordt benadeeld in de zin van artikel 71, eerste lid, onder a, van de Sw, zodat de klacht van NS terecht is.

6.4 Conclusie

99. Gelet op het voorgaande stelt de ACM het volgende vast. ProRail heeft de ramingsmethodiek voor het bepalen van de ad hoc standaard goederenpaden ten onrechte niet opgenomen in paragraaf 4.5.4.2 van de Netverklaring. Het proces tot vaststelling van de ad hoc standaard goederenpaden op het traject Amsterdam - Bentheim v.v. is op zichzelf transparant verlopen, maar ProRail had de behoefte aan ad hoc standaard goederenpaden ten minste al in de coördinatiefase moeten inventariseren en het advies van de voorzitter niet slechts marginaal mogen toetsen. De in dat advies geformuleerde behoefte aan ad hoc capaciteit hebben de goederenvervoerders onvoldoende onderbouwd. Als gevolg van deze tekortkomingen is het verdeelbesluit van ProRail, voor zover dat betrekking heeft op de ad hoc capaciteit voor standaard goederenpaden op het traject Amsterdam - Bentheim v.v. in strijd met artikel 13, derde lid, van het Besluit. Daardoor wordt NS benadeeld. ProRail dient dit verdeelbesluit dan ook in te trekken en, met het oog op de inwerkingtreding van de jaardienstregeling 2022, zo spoedig mogelijk een nieuw gemotiveerd verdeelbesluit te nemen. Daarbij zou ProRail kunnen uitgaan van haar initiële raming van drie en vier paden buiten de spits, verdeeld over de dag. Deze raming lijkt vooralsnog een redelijke inschatting van de behoefte, die naar de indruk van de ACM voor alle betrokken vervoerders acceptabel is gebleken.

7 Besluit

100. De ACM verklaart de klacht van NS gegrond en bepaalt dat ProRail:

I. het besluit van 21 juni 2021 moet intrekken, voor zover dat betrekking heeft op de ad hoc capaciteit voor standaardgoederenpaden op het traject Amsterdam - Bad Bentheim v.v.; en
II. een nieuw besluit moet nemen met inachtneming van hetgeen in dit besluit van de ACM is overwogen.

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

w.g.

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.