

Bijlage

Datum: 14 augustus 2014
Onderwerp: UHT *Besluit houdende regels met betrekking tot de vergoeding minimumtoegangspakket en de toegang tot dienstvoorzieningen en de levering van diensten*
Kenmerk oplegbrief: ACM/DTVP/2014/204762

Leeswijzer

In hoofdstukken 2 en 3 van deze bijlage zijn de opmerkingen van ACM opgenomen met betrekking tot de hoofdstukken 2, 3 en 4 van de AMvB. Hoofdstuk 2 bevat een tweetal algemene opmerkingen, hoofdstuk 3 bevat artikelsgewijs commentaar. Deze hoofdstukken zien op de totstandkoming van het nieuwe *Besluit houdende regels met betrekking tot de vergoeding minimumtoegangspakket en de toegang tot dienstvoorzieningen en de levering van diensten*.

In paragraaf 4.2 is voorts een enkele opmerking opgenomen met betrekking tot hoofdstuk 5 van de AMvB, waarin een aantal reeds bestaande AMvB's worden gewijzigd. Die opmerking betreft een van de wijzigingen van het *Besluit capaciteitsverdeling hoofdspoorweginfrastructuur*. Omdat ACM geen toezicht houdt of komt te houden op de naleving van de overige AMvB's die door de voorliggende AMvB gewijzigd worden, zijn de wijzigingen in die AMvB's niet getoetst op uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid, effectiviteit en doelmatigheid. In hoofdstuk 3 van deze bijlage is, tot slot, de nadere onderbouwing van de middelenclaim in de oplegbrief opgenomen.

Verder zijn de volgende kanttekeningen van belang bij het lezen van deze bijlage:

- De conclusie die voortvloeit uit de opmerkingen van ACM in termen van uitvoerbaarheid, handhaafbaarheid, effectiviteit en doelmatigheid is steeds onderaan de alinea met opmerkingen opgenomen. Waar een kwalificatie ontbreekt, is de bepaling voldoende uitvoerbaar en handhaafbaar, maar is deze bijvoorbeeld verheldering vatbaar of betreft de opmerking van ACM enkel tekstuele suggesties.
- Waar de kwalificatie "niet uitvoerbaar" of "(zeer) moeilijk uitvoerbaar" is gegeven, treft dit steeds ook de handhaafbaarheid van de betreffende bepaling c.q. het betreffende onderdeel daarvan. De kwalificatie voor wat betreft de handhaafbaarheid is in die gevallen niet expliciet gemaakt.
- Ten aanzien van een aantal bepalingen geldt dat deze zonder nadere invulling bij Ministeriële Regeling niet of moeilijk uitvoerbaar zijn (en daarmee niet of moeilijk

handhaafbaar zijn). Waar dit het geval is, is dit in de tekst aangeven. In de begroting van middelen die benodigd zijn ter uitvoering van nieuwe taken, is, ten aanzien van deze bepalingen een begroting gevormd op basis van een scenario waarin geen invulling wordt gegeven aan die aanvullende regelingen, en de situatie waarin dat wel het geval is. Zie op dit punt paragraaf 3.2 van deze bijlage.

Algemene opmerkingen

Duiding non-discriminatiebegrip

In een aantal bepalingen van de AMvB worden begrippen als “non-discriminatoir”, “niet discriminerend, etc. gebruikt. Zie met name de artikelen 13, 14 en 16. Dit begrip behoeft nadere omschrijving: welke vormen van onderscheid zijn wel en welke zijn niet toegestaan? Omdat de AMvB (mede) een implementatie vormt van Richtlijn 2012/34/EU, lijken twee invullingen ervan de rede te liggen. De eerste betreft de EU-rechtelijke invulling van het begrip, waarbij geen onderscheid mag worden gemaakt tussen – in het voorliggende geval – ondernemingen die hun zetel in Nederland hebben en ondernemingen die hun zetel in een andere EU-lidstaat hebben. Ten tweede ligt het, gezien de context van de regelgeving, tevens voor de hand dat aan dit begrip een mededingingsrechtelijke interpretatie toekomt. Deze interpretatie van het non-discriminatiebegrip houdt, kort gezegd, in dat geen onderscheid mag worden gemaakt in behandeling van ondernemingen voor zover daar mededingingsbeperkende gevolgen uit voortvloeien. Om de interpretatie van dit begrip beter te duiden, zou hiervoor bij voorkeur een opmerking in de Nota van Toelichting kunnen worden opgenomen.

Aangewezen rechtsgang tegen besluiten ACM

De mogelijkheden voor onder toezicht gestelde partijen om in rechte op te komen tegen besluiten die ACM kan nemen, op grond van de AMvB en de ‘bovenliggende’ wettelijke grondslagen daarvoor in de Spoorwegwet, zijn vooralsnog niet geregeld – ook niet op wetsniveau. Gebruikelijk is dat tegen de besluiten van ACM allereerst bezwaar openstaat en daarna – in afwijking van de algemene regeling in de Algemene wet bestuursrecht – beroep open staat bij de Rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het Bedrijfsleven. ACM verzoekt om in overleg te treden om de rechtsgang tegen haar besluiten vorm te geven.¹

Opmerkingen artikelsgewijs

1.1 Hoofdstukken 2, 3 en 4 van de AMvB

1.1.1 Artikel 2

Artikel 2. Toepassing en reikwijdte

1. De beheerder hanteert voor het berekenen van de vergoeding voor het minimumtoegangspakket de methode voor toerekening overeenkomstig de bepalingen in deze paragraaf.

¹ Dit dient overigens op wetsniveau te gebeuren, door middel van wijziging van bijlagen 1 en/of 2 bij de Algemene wet bestuursrecht.

2. De methode voor toerekening is van toepassing op de gehele hoofdspoorweginfrastructuur.

1. Ten aanzien van lid 1: In de praktijk past de beheerder de thans vigerende methode ook toe om tarieven te bepalen voor diensten die niet in categorie 1 van Bijlage II bij Richtlijn 2012/34/EU vallen, namelijk voor het gebruik van emplacements voor opstellen en rangeren; dit is een categorie-2 dienst. Wellicht is de bepaling iets minder beperkend te formuleren om recht te doen aan de werkelijkheid. In de huidige formulering suggereert dat de methode *enkel* mag worden toegepast ter bepaling van tarieven voor diensten uit het minimumtoegangspakket.

Dit punt bemoeilijkt de uitvoerbaarheid van de bepaling.

1.1.2 Artikel 3

Artikel 3. Totale kosten

1. De totale kosten, opgenomen in de begroting van de beheerder, vormen het uitgangspunt voor de methode voor toerekening.
2. De totale kosten, bedoeld in het eerste lid, mogen gebaseerd zijn op de gemiddelde totale kosten, opgenomen in de begroting van de beheerder, gedurende een aantal van ten hoogste vijf jaren.

(NB: zie ook de oplegbrief)

2. De totale kosten van de beheerder vormen niet het uitgangspunt voor de methode, maar het startpunt voor tariefbepaling. De methode is het middel om van jaarlijkse (begrote) totale kosten tot jaarlijkse tarieven te komen. Kennelijk is hier bedoeld: “de methode is geschikt om van totale begrote kosten van de beheerder één of meer tarieven voor diensten uit categorie 1 van Bijlage II bij Richtlijn 2012/34/EU vast te stellen voor één dienstregelingsjaar”. De *input* voor de methode zijn, met andere woorden, de totale begrote kosten in één jaar om aan de hand van de methode daarvan tarieven te vormen.
3. Andersom is niet geregeld welke kosten de *input* vormen voor toepassing van het systeem. Dat wil zeggen, het te hanteren kostenbegrip is niet helder. In de breedste bedrijfseconomische opvatting van het begrip ‘kosten’, gaat het om totale toekomstige kosten op een onbepaalde termijn, bijvoorbeeld tot het moment van opheffing of faillissement van de onderneming of tot het verloop van de afschrijftermijn van het meest duurzame activum. Het kan in het voorliggende geval van de beheerder van de hoofdspoorweginfrastructuur (HSWI) bijvoorbeeld gaan om:
 - a) verwachte kosten van de beheerder tijdens hele duur van de beheerconcessie, of;
 - b) totale kosten die voortvloeien uit een kaderovereenkomst (met een looptijd langer dan één jaar), of;
 - c) totale kosten zoals die voortvloeien uit langjarige verplichtingen jegens derden (bijv. spooronderhoudsbedrijven), of;
 - d) verwachte/begrote kosten op basis van het beheerplan, dat in de regel een doorkijk biedt van vijf jaar, of;

Ook andere startpunten zijn mogelijk. Hier dient een helder uitgangspunt te worden

gekozen, ook om verandering van uitgangspunt te voorkomen.

4. **Lid 2:** De termijn voor uitmiddeling van kosten is hier beperkt tot vijf jaar. In de huidige praktijk wordt ook tien jaar gebruikt. Ook termijnen van twintig jaar zijn niet uitzonderlijk in de spoorwegsector, bijvoorbeeld voor bepaling van de kosten van vervanging en vernieuwing van de bovenbouw. Keuze voor een termijn van vijf jaar heeft afwijking van de thans vigerende methode tot gevolg en kan pieken en dalen in de tarieven veroorzaken.
5. Hier ontbreekt de clausulering “om onevenredige pieken en dalen in tarieven te voorkomen” zoals bedoeld in artikel 31 van Richtlijn 2012/34/EU. Er mag bijvoorbeeld niet worden gemiddeld *enkel* om kosten vooruit te schuiven in de tijd.

Punten 2 en 3 maken de regeling in haar huidige vorm zeer moeilijk uitvoerbaar. Punt 3 raakt ook de effectiviteit ervan. Punten 4 en 5 maken de bepaling moeilijk uitvoerbaar.

1.1.3 Artikel 4

Artikel 4. Toerekening van kosten

1. In de methode voor toerekening worden de kosten, voor zover deze rechtstreeks voortvloeien uit de exploitatie van de treindienst, als volgt toegerekend aan de vergoeding voor het minimumtoegangspakket:
 - a. kosten die volledig aan het minimumtoegangspakket kunnen worden toegerekend, worden uitsluitend aan de vergoeding voor het minimumtoegangspakket toegerekend;
 - b. kosten die gedeeltelijk aan het minimumtoegangspakket kunnen worden toegerekend, worden slechts in overeenstemming met daadwerkelijk gebruik toegerekend aan de vergoeding voor het minimumtoegangspakket;
 - c. kosten die niet kunnen worden toegerekend aan het minimumtoegangspakket, worden niet toegerekend aan de vergoeding voor het minimumtoegangspakket.
2. In afwijking van het eerste lid, onderdelen a en b, worden kosten die aan de beheerder worden vergoed ter dekking van kosten die rechtstreeks voortvloeien uit de exploitatie van de treindienst door derden niet toegerekend aan de vergoeding voor het minimumtoegangspakket.

(NB: zie ook de oplegbrief)

6. Aanhef: De passage “[...] voor zover [...] de treindienst.” werkt verwarrend. De *input* voor de methode zijn immers niet de kosten die rechtstreeks voortvloeien uit de exploitatie van de treindienst, maar de totale begrote kosten van de beheerder in het betreffende jaar waarvoor de tarieven worden bepaald. Na toepassing van de methode *resteren* de begrote kosten die in dat jaar rechtstreeks voortvloeien uit de treindienst, al dan niet per geleverde dienst uit het minimumpakket (of daarbuiten: zie de opmerking t.a.v. artikel 2 lid 1). Kennelijk is bedoeld:

In de methode voor toerekening worden de begrote totale kosten van de beheerder ten behoeve van het dienstregelingsjaar waarvoor de vergoeding wordt vastgesteld, als volgt toegerekend aan de vergoeding voor het minimumtoegangspakket:

7. **Lid 1 onder a:** Hier ontbreken voorbeelden van kosten die zeker niet toerekenbaar zijn omdat zij niet rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst voortvloeien, zoals kosten

gemoed met het aanbieden van diensten en voorzieningen die niet vallen onder categorie 1 van Bijlage II bij Richtlijn 2012/34/EU en kostenposten die als zodanig worden aangewezen door de Europese Commissie op grond van de maatregel, bedoeld in artikel 31, derde lid, tweede alinea, van genoemde Richtlijn.

8. **Lid 1 onder b:**

- a) Het woord “daadwerkelijk” suggereert dat er retrospectief gemeten moet worden wat het daadwerkelijk gebruik *is geweest*. Omdat de tarieven prospectief moeten worden vastgesteld in de netverklaring (twee jaar van tevoren) kan er geen sprake zijn van daadwerkelijk gebruik voor het bepalen van de tarieven. Ook het verwachte gebruik is op moment van verschijning van de netverklaring nog niet bekend. Het proces van capaciteitsverdeling voor het jaar waarop de tarieven betrekking hebben, moet dan immers nog beginnen. Bedoeld is kennelijk: het verwachte gebruiksvolume, al dan niet op basis van historische gegevens en eventuele extrapolatie daarvan.
- b) De wijze van uitsplitsing tussen toerekenbare en niet-toerekenbare kosten is niet voldoende geregeld door enkel de norm in lid 1 onder b op te nemen, er ontbreken essentiële onderdelen. Voor het splitsen van kostenposten in een gebruiksafhankelijk en een niet-gebruiksafhankelijk deel (de kosten bedoeld in lid 1 onder b) dient bepaald te worden *in hoeverre* bepaalde kostenposten door de exploitatie van de treindienst worden veroorzaakt. Dit moet gebeuren aan de hand van verdeelsleutels. De beheerder kan zelf een voorstel doen voor de te hanteren verdeelsleutels, maar daaraan dienen wel randvoorwaarden te worden gesteld. Bij de procedure ter goedkeuring van de methode toetst ACM vervolgens of de verdeelsleutels aan die randvoorwaarden voldoen. Omdat de normen voor de verdeelsleutels in de huidige regeling ontbreken, wordt de effectiviteit van de regulering in de kern aangetast. Tevens maakt dit artikel 4 lid 1 zeer moeilijk uitvoerbaar en handhaafbaar.
- c) Zie het kader hierna voor een tekstsuggestie. Gezien de structuur van de regeling kan deze het best geschieden door aanpassing van artikel 4 en aanvulling van artikel 5. Overigens kunnen deze normen, gezien de formulering van artikel 20, tweede lid, onder c, ook worden opgenomen in een Ministeriële Regeling. Juist omdat het gaat om essentiële normen, verdient het de voorkeur om de grondslag daarvoor in artikel 20 niet te formuleren als een “kan-bepaling”.
- d) In aanvulling op de vorige opmerking: er ontbreekt tevens een norm voor kosten die niet aan de hand van een verdeelsleutel kunnen worden verdeeld, zoals bijvoorbeeld overheadkosten die niet op basis van een duidelijke sleutel kunnen worden toegerekend. Het is in de praktijk gebruikelijk om deze bijvoorbeeld toe te rekenen naar rato van het gemiddelde percentages van de overige verdeelsleutels, mits die wel aan de norm voldoen.
- e) Zowel in de tekst als in de Nota van Toelichting ontbreekt een heldere omschrijving van het begrip “betaald door derden”. Kennelijk gaat het om (decentrale) overheden die investeringen plegen in de infrastructuur of die de “kosten die rechtstreeks uit de

exploitatie van de treindienst voortvloeien” in het vooruit voldoen. Suggestie is om de omschrijving alsnog toe te voegen.

Het ontbreken van deze wijzigingen en aanvullingen bedoeld onder punten a tot en d maakt de AMvB zeer moeilijk uitvoerbaar en tast de effectiviteit ervan in ernstige mate aan.

Tekstsuggestie ACM:

NB: tekstsuggestie t.a.v. artikel 4 lid 1, (opmerking 5) is hier niet opnieuw opgenomen

Artikel 4. Toerekening van kosten

1. In de methode voor toerekening worden de kosten, voor zover deze rechtstreeks voortvloeien uit de exploitatie van de treindienst, als volgt toegerekend aan de vergoeding voor het minimumtoegangspakket:

- a. kosten die volledig aan het minimumtoegangspakket kunnen worden toegerekend, worden uitsluitend aan de vergoeding voor het minimumtoegangspakket toegerekend;
- b. kosten die gedeeltelijk aan het minimumtoegangspakket kunnen worden toegerekend, ~~worden slechts in overeenstemming met daadwerkelijk gebruik~~ **worden zoveel mogelijk aan de hand van verdeelsleutels** toegerekend aan de vergoeding voor het minimumtoegangspakket;
- c. kosten die niet kunnen worden toegerekend aan het minimumtoegangspakket, worden niet toegerekend aan de vergoeding voor het minimumtoegangspakket.

Artikel 5. Beschrijving van de toerekening van kosten

1. De methode voor toerekening bevat een beschrijving van de wijze waarop de kosten, bedoeld in artikel 4, aan het minimumtoegangspakket worden toegerekend **alsmede van de verdeelsleutels, bedoeld in artikel 4, eerste lid, onder b.**

2. **De verdeelsleutels, bedoeld in artikel 4, eerste lid, onder b, voldoen aan de vereisten van causaliteit en proportionaliteit.**

3. **De causaliteit en proportionaliteit van verdeelsleutels wordt bepaald aan de hand van historische gegevens. Indien dergelijke gegevens niet voorhanden zijn of het verzamelen of bepalen daarvan disproportioneel is, kunnen verdeelsleutels worden bepaald aan de hand van opinies van experts.**

4. **Kosten bedoeld in artikel 4, eerste lid onder b, die niet op grond van een verdeelsleutel kunnen worden toegerekend, worden proportioneel toegerekend op grond van het aandeel van de kosten van die rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst voortvloeien in het totaal van de kosten, bedoeld in artikel 3.**

1.1.4 Artikel 5

Artikel 5. Beschrijving van de toerekening van kosten

De methode voor toerekening bevat een beschrijving van de wijze waarop de kosten, bedoeld in artikel 4, aan het minimumtoegangspakket worden toegerekend.

9. Zie de opmerkingen ten aanzien van artikel 4.

1.1.5 Artikel 6

Artikel 6. Diensten en gebruiksklassen

1. De beheerder kan binnen het minimumtoegangspakket verschillende diensten onderscheiden en voor ieder van deze diensten een aparte vergoeding hanteren.
2. De beheerder kan binnen de onderscheiden diensten verschillende kostengeoriënteerde gebruiksklassen hanteren en voor deze gebruiksklassen verschillende vergoedingen hanteren, voor zover de totale vergoedingen binnen de dienst gelijk blijven aan de aan deze dienst toegerekende kosten.
3. Bij ministeriële regeling kunnen nadere regels worden gesteld met betrekking tot de binnen het minimumtoegangspakket te hanteren diensten en de kostengeoriënteerde gebruiksklassen.

10. Leden 2 en 3: het woord “kostengeoriënteerde” kan in beide gevallen beter worden weggelaten; dit werkt verwarrend. De gebruiksklassen zelf zijn niet kostengeoriënteerd, de separate tarieven voor verschillende diensten binnen die gebruiksklassen dienen kostengeoriënteerd te zijn. Suggestie is om een lid toe te voegen, waarin wordt geregeld dat de tarieven voor iedere individuele dienst die door de beheerder wordt onderscheiden (bedoeld in het eerste lid) op totaalniveau (per klasse) kostengeoriënteerd dienen te zijn.

1.1.6 Artikel 7

Artikel 7. Bepalen van de vergoeding

1. De beheerder bepaalt de vergoedingen voor het minimumtoegangspakket door de aan de vergoeding van het minimumtoegangspakket toegerekende kosten te delen door de corresponderende begrote gebruiksomvang.
2. Voor zover toepassing is gegeven aan artikel 6, eerste lid, bepaalt de beheerder de vergoedingen voor de onderscheiden diensten door de aan deze diensten toegerekende kosten te delen door de begrote gebruiksomvang van de desbetreffende dienst.

11. In de regeling ontbreekt een tijds kader: wanneer moet de vergoeding worden vastgesteld? Kennelijk is dat per dienstregelingsjaar, in de netverklaring die op dat dienstregelingsjaar van toepassing is. Voorts is niet helder op welke termijn het verwachte gebruik moet worden berekend en of dit prospectief of retrospectief dient te gebeuren. Systematisch gezien lijkt de tekst nu te suggereren dat de periode voor vaststelling vijf jaar is. Met andere woorden, de stap van de vijfjaarsbegroting terug naar een begroting voor één jaar ontbreekt.

Dit punt bemoeilijkt de uitvoerbaarheid van de bepaling.

1.1.7 Artikel 8

Artikel 8. Correctie vanwege wijziging van de methode voor toerekening

In het geval de beheerder een vergoeding heeft gehanteerd op basis van een methode voor toerekening die de Autoriteit Consument en Markt onherroepelijk goedgekeurd heeft en nadien gewijzigd is op basis van een onherroepelijk geworden rechterlijke uitspraak, kan de beheerder in het dienstregelingsjaar volgend op de wijziging voor het verschil een correctie toepassen op de vergoeding.

12. De betekenis van het woord “onherroepelijk” in het eerste zinsdeel is niet helder en hier kennelijk foutief. Het besluit van ACM is niet onherroepelijk, getuige de tekst, want dat kan voor de rechter worden aangevochten. Kennelijk is bedoeld: wanneer het besluit en/of de rechterlijke uitspraak in kracht van gewijsde is gegaan.
13. Overigens bestaan voor mogelijkheden tot verrekening na vernietiging van een besluit van ACM standaardformules. Zie hiertoe bijvoorbeeld artikel 27g, derde lid, van de Loodsenwet. Uniformering van de tekst van dergelijke regelingen heeft sterk de voorkeur, met name uit oogpunt van handhaafbaarheid.

Het eerste punt bemoeilijkt de uitvoerbaarheid van de bepaling.

1.1.8 Artikel 9

Artikel 9. Toezenden aan de Autoriteit Consument en Markt

1. De beheerder zendt de aanvraag voor goedkeuring voor de methode voor toerekening ten minste negen maanden voorafgaand aan de datum van publicatie van de netverklaring van het dienstregelingsjaar waarop de nieuwe methode voor toerekening van toepassing is aan de Autoriteit Consument en Markt
2. De beheerder zendt de eerste methode voor toerekening uiterlijk zes maanden na het tijdstip van inwerkingtreding van de artikelen 2 tot en met 8 van dit besluit ter goedkeuring aan de Autoriteit Consument en Markt.

14. Het gevolg van het tweede lid is dat de eerste keer dat de gebruiksvergoeding voldoet aan de wettelijke eisen, de gebruiksvergoeding voor het dienstregelingsjaar 2018 zal zijn. ACM wijst er hier op dat Richtlijn 2012/34/EU per 15 juli 2015 moet zijn geïmplementeerd. Overigens staat artikel 31, derde lid, van die Richtlijn toe dat er een overgangstermijn wordt gesteld waarin de beheerder zich kan aanpassen aan de nieuwe methodiek. Verwijzing naar die bepaling in de in de Nota van Toelichting zou hier de leesbaarheid vergroten.

1.1.9 Artikel 10

Artikel 10. Toetsing methode voor toerekening

1. De Autoriteit Consument en Markt toetst de methode voor toerekening aan de eisen, gesteld bij de artikelen 3 tot en met 5, en de eisen gesteld krachtens artikel 20, tweede lid, onderdelen b en c..
2. Bij ministeriële regeling kunnen nadere regels worden gesteld met betrekking tot de toetsing van de methode voor toerekening door de Autoriteit Consument en Markt.

(NB: zie ook de oplegbrief)

15. Ook de artikelen 2 en 7 van de AMvB bevat normen waaraan de methodiek dient te voldoen; kennelijk dienen die bepalingen te worden toegevoegd. Zonder toezicht op de verplichting van artikel 2 van de AMvB is er geen garantie dat de methodiek ook wordt gehanteerd, wat de handhaafbaarheid en effectiviteit van de AMvB in de kern aantast.
16. Ook toetsing van de methodiek aan de Uitvoeringshandelingen van de Europese Commissie (op grond van artikel 31, derde lid, van Richtlijn 2012/34) dient mogelijk te zijn. Hoewel het in de praktijk meestal gaat om rechtstreeks werkende bepalingen van Europees recht, dient de

bevoegdheid voor ACM om aan die regelingen te toetsen, expliciet te worden geregeld. ACM kan zich niet zonder meer de bevoegdheid tot toepassing en handhaving toe-eigenen. Met andere woorden, het verdient de voorkeur om Artikel 20, tweede lid, van de AMvB niet te formuleren als een “kan-bepaling”, maar om het vaststellen van de Ministeriële Regelingen hoe dan ook te laten plaatsvinden wanneer de Europese Commissie de bedoelde Uitvoeringshandelingen heeft aangenomen.

Het eerste en het tweede punt maken de AMvB deels onuitvoerbaar, met name de artikelen 2 en 7 en de Uitvoeringshandelingen bedoeld in artikel 20 tweede lid, onderdelen b en c. Daarmee is de AMvB op die punten tevens ineffectief.

1.1.10 Artikel 11

Artikel 11. Goedkeuring methode voor toerekening

1. De Autoriteit Consument en Markt keurt de methode voor toerekening goed voor een periode van ten hoogste vijf dienstregelingjaren.
2. Indien de methode voor toerekening niet of niet tijdig wordt goedgekeurd door de Autoriteit Consument en Markt, wordt de geldigheid van de meest recent goedgekeurde methode voor toerekening verlengd tot het moment dat een nieuwe methode voor toerekening onherroepelijk door de Autoriteit Consument en Markt is goedgekeurd.

17. Ook hier is de betekenis van het woord “onherroepelijk” niet helder. Kennelijk is ook hier bedoeld op “het moment waarop het besluit van ACM in kracht van gewijsde is gegaan,” al dan niet na beroep en hoger beroep dat daartegen kan worden ingesteld.

Dit punt bemoeilijkt de uitvoerbaarheid van de bepaling.

1.1.11 Artikel 12

Artikel 12. Reikwijdte

Dit hoofdstuk is niet van toepassing op:

- a. lokale spoorwegen als bedoeld in artikel 2, eerste lid, van de Wet lokaal spoor, en
- b. bijzondere spoorwegen als bedoeld in artikel 2 van de wet voor zover in particulier bezit en uitsluitend gebruikt door de eigenaar voor diens goederenvervoer.

18. Lid 1: De uitsluiting van de genoemde soorten infrastructuur voldoet mogelijk niet aan de eisen die Richtlijn 2012/34/EU stelt. Voor zover de in het eerste lid bedoelde spoorwegen toegang verschaffen tot dienstvoorzieningen, dienen zij onder het regime van artikel 13 van de Richtlijn te vallen (zie ook Bijlage II, onder 2 van de Richtlijn).

Dit punt bemoeilijkt de uitvoerbaarheid van de AMvB en tast dit de effectiviteit aan, voor zover het om toepassing van hoofdstuk 3 van de AMvB gaat om infrastructuur die niet onder lid 1 valt.

1.1.12 Artikel 13

Artikel 13. Toegang tot dienstvoorzieningen

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

(NB: zie ook de oplegbrief)

19. Zonder concrete invulling van het begrip “dienstvoorzieningen,” in de vorm van ofwel een uitputtende lijst, dan wel een aanwijzingsbevoegdheid voor ACM (bij besluit), dan wel een combinatie van een indicatieve lijst en een aanwijzingsbevoegdheid, is de bepaling zeer moeilijk uitvoerbaar. Dit vanwege mogelijk langdurige geschillen omtrent de vraag of voorzieningen nu wel of niet onder het toepassingsbereik van de bepaling vallen. Hierdoor zal tevens de capaciteitsinzet van ACM en bij exploitanten van dienstvoorzieningen naar alle waarschijnlijkheid vergroot moeten worden. Hierdoor rijzen tevens twijfels over de doelmatigheid van de AMvB. De lijst in Bijlage II, onder 2, bij de Richtlijn is onvoldoende specifiek voor rechtstreekse toepassing en onvoldoende toegesneden op de Nederlandse situatie. Bovendien is de vraag of simpele verwijzing naar de Bijlage voldoende implementatie vormt van de Richtlijn. Ambtshalve toepassing van de bepaling (tegenwerping aan een exploitant door ACM) kan stuiten op het verbod op rechtstreekse tegenwerping richtlijnbevestigingen ten nadele van een particulier. Met andere woorden: bij gebrek aan de Ministeriële Regeling waarbij de diensten worden aangewezen (grondslag in artikel 20, eerste lid onder a), is de AMvB op dit punt zeer moeilijk uitvoerbaar. Het verdient daarom de voorkeur om de grondslag in artikel 20 eerste lid, niet te formuleren als een “kan-bepaling,” maar als een verplichting om de lijst met voorzieningen (al dan niet uitputtend) vorm te geven. Een en ander zou tevens de rechtszekerheid voor alle betrokken partijen vergroten.
20. Ten aanzien van het laatste zinsdeel: niet helder is welke spoorwegonderneming hier is bedoeld. Gezien de strekking van de bepaling is bedoeld: “en de diensten die in deze voorzieningen reeds aan een of meer spoorwegondernemingen worden geleverd.”

Het ontbreken van een lijst met dienstvoorzieningen maakt de AMvB zeer moeilijk uitvoerbaar en maakt uitvoering ervan tevens ondoelmatig, zowel voor ACM als voor de exploitanten van dienstvoorzieningen. Tevens tast een en ander de effectiviteit van het regime van hoofdstuk 3 van de AMvB aan.

1.1.13 Artikel 14

Artikel 14. Transparante en niet-discriminerende toegang

1. Indien een exploitant van een dienstvoorziening als bedoeld in bijlage II, punt 2, onder a, b, c, d, g en i, van richtlijn 2012/34/EU onder de directe of indirecte zeggenschap staat van een instantie of onderneming die ook actief is en een machtspositie heeft op de nationale markten voor spoorvervoerdiensten waarvoor de dienstvoorziening wordt gebruikt, is deze exploitant, ter waarborging van een volledig transparante en niet-discriminerende toegang tot de dienstvoorziening en de daarin te

leveren diensten, zodanig georganiseerd dat deze ten aanzien van organisatie en besluitvorming onafhankelijk is van deze instantie of onderneming.

2. De exploitant en de instantie of onderneming, bedoeld in het eerste lid, voeren gescheiden boekhoudingen voor alle dienstvoorzieningen als bedoeld in bijlage II, punt 2, van richtlijn 2012/34/EU.

3. Indien een dienstvoorziening als bedoeld in bijlage II, punt 2, onder a, b, c, d, g en i, van richtlijn 2012/34/EU door de beheerder wordt geëxploiteerd of de exploitant ervan onder de directe of indirecte zeggenschap staat van de beheerder, wordt aan de onafhankelijkheid, bedoeld in het eerste lid, voldaan indien wordt voldaan aan de vereisten genoemd in artikel 7 van richtlijn 2012/34/EU.

(NB: zie ook de oplegbrief)

21. Lid 1:

- a) De bepaling bevat een groot aantal open en onduidelijke normen die, zonder nadere invulling bij Ministeriële Regeling of, ten minste, toelichting in de Nota van Toelichting, de uitvoerbaarheid van de AMvB ernstig bemoeilijken. Zo is niet helder wat bedoeld wordt met “directe of indirecte zeggenschap,” (gaat het bijvoorbeeld om *iedere* invloed van de exploitant met een economische machtspositie, zoals bedoeld in artikel 69 van de Wp2000 c.a., zoals die bepaling luidde voor 1 januari 2013, of om een andere definitie van het begrip “zeggenschap”?) en met de verplichting tot inrichting van een onafhankelijke organisatie. Met betrekking tot dit laatste punt is niet helder wanneer voldoende is voldaan aan het vereiste van onafhankelijkheid van besluitvorming. Daarnaast is niet helder wanneer de besluitvorming voldoende onafhankelijk is. Ook hier geldt dat deze normen nadere invulling behoeven; overigens lijkt het, gezien de formulering van de grondslagen voor nadere regelgeving in artikel 20 van de AMvB, niet mogelijk om aan deze termen later nog invulling te geven bij Ministeriële Regeling. Ook hier geldt dat het gebruik van open normen de AMvB zeer lastig uitvoerbaar maakt en tevens extra middelen vereist bij ACM en, naar verwachting, ook bij exploitanten. Tevens wordt door het gebruik van open normen handhaafbaarheid van de bepaling ernstig bemoeilijkt; ook de doelmatigheid van de regeling komt daarmee in het gedrang.
- b) Belangrijker nog is het feit dat de partijen die beschikken over een economische machtspositie niet in de AMvB zijn aangewezen, dat een grondslagen voor nadere regelgeving om dit alsnog te doen, ontbreekt, evenals – in het alternatief – een procedure die ACM dient te volgen om een dergelijke machtspositie vast te stellen. ACM is niet zonder meer bevoegd om dit uit eigen beweging te doen. Indien de vraag of een exploitant tevens beschikt over een economische machtspositie zich opwerpt in het kader van een geschil, bedoeld in artikel 71 van de Spoorwegwet, dan is de bepaling op dit punt geheel niet uitvoerbaar. Een onderzoek naar het bestaan van een economische machtspositie duurt (veel) langer dan de termijn van zes weken waarbinnen ACM een besluit dient te nemen op basis van artikel 71 van de Spoorwegwet. Ook in het kader van een ambtshalve onderzoek door ACM, op grond van artikel 70 van de Spoorwegwet c.a., is de regeling weinig effectief en weinig doelmatig omdat in dergelijke gevallen pas achteraf kan worden ingegrepen

(als een schending heeft plaatsgevonden of dat aannemelijk is) en een onderzoek naar het bestaan van een machtspositie juist pas lijkt te kunnen worden geïnitieerd indien er sprake is van overtreding van de bepaling (toegangsweigering of te hoge tarieven). Gedurende een dergelijk onderzoek zal de mogelijke overtreding dan blijven voortbestaan, hetgeen de marktverhoudingen ernstig zal verstoren en toetreding tot de spoorsector ernstig zal vertragen. Bovendien is de bepaling weinig doelmatig omdat onderzoeken naar het bestaan van een economische machtspositie tijdrovend en zeer kostbaar zijn (zie ook hoofdstuk 3 van de bijlage – dit veroorzaakt in de huidige vormgeving van de bepaling een aanvullende middelenclaim). Gezien het feit dat de marktverhoudingen in de spoorsector voor langere tijd stabiel zijn, mede vanwege de lange looptijd van OV-concessies voor treinvervoer, is niet in te zien waarom partijen die beschikken over een machtspositie niet voor langere tijd worden aangewezen in de AMvB zelf, zoals het geval bij de sectorregulering ten aanzien van de luchthaven Schiphol en het Nederlandse Loodswezen (in die sectoren overigens op wetsniveau).

- c) De onduidelijkheden hebben overigens tevens tot gevolg dat niet bekend is welke ondernemingen nu zijn onderworpen aan de vereisten van artikel; ook de rechtszekerheid komt hierdoor in het gedrang.
22. **Lid 2:** Niet helder is aan welke vereisten de boekhoudkundige scheiding, bedoeld in lid 2, dient te voldoen. Zonder nadere invulling is de regeling op dit punt niet uitvoerbaar en niet doelmatig. Zolang niet bekend is wanneer aan de eisen ten aanzien van boekhoudkundige scheiding precies voldaan is, is de bepaling immers zeer moeilijk tegen te werpen aan partijen, zeker niet in geval van handhaving achteraf. In dergelijke gevallen zal handhaving leiden tot juridische procedures die zowel de exploitant als ACM tot inzet van veel middelen zal nopen. Ook ontbreekt in de AMvB een grondslag voor nadere invulling van eisen ten aanzien van de boekhoudkundige scheiding. Op dit punt is de AMvB niet of nauwelijks uitvoerbaar, niet handhaafbaar en daarmee tevens ineffectief.
23. **Lid 3:** Onduidelijk is ook hier wat er gebeurt als een voorziening onder (directe of indirecte) zeggenschap van zowel de beheerder als een of meer spoorwegondernemingen staat. Te wijzen is hier op het *Operational Control Centre Rail*, dat gezamenlijk wordt gefinancierd door de beheerder en enkele spoorwegondernemingen. Is in zulke gevallen voldaan aan deze bepaling of niet? Met andere woorden ook hier is nadere invulling nodig om de regel ook effectief te kunnen toepassen in dergelijke gevallen.

Opmerkingen 21a, 21b en 22 nopen tot de conclusie dat de AMvB – zonder nadere invulling van de genoemde onderdelen – niet of nauwelijks uitvoerbaar en handhaafbaar is en tevens ondoelmatig. Opmerking 23 raakt de effectiviteit van het derde lid van artikel 14.

1.1.14 Artikel 15

Artikel 15. Procedure verzoek om toegang

1. Een verzoek van een spoorwegonderneming om toegang tot en levering van diensten in een dienstvoorziening als bedoeld in bijlage II, punt 2, van richtlijn 2012/34/EU wordt beantwoord binnen een

redelijke termijn als bedoeld in artikel 70, derde lid, van de wet.

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

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

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

(NB: zie ook de oplegbrief)

24. **Algemeen:** Ook hier ontbreekt het aan invulling van een aantal open normen, zoals “levensvatbaar alternatief,” “economisch aanvaardbare voorwaarden” en “alternatief traject”. De vraag is of een exploitant weet of kan weten wat een levensvatbaar alternatief is en wat aanvaardbare omstandigheden zijn in de ogen van een spoorwegonderneming die toegang vraagt. Het alternatief dient immers levensvatbaar te zijn voor de toegang vragende spoorwegonderneming. Hetzelfde geldt voor “alternatief traject”: kan een exploitant weten of er een alternatief traject bestaat? In de regel zal het de beheerder zijn die weet of een alternatief traject bestaat en of er capaciteit is op het netwerk om daarvan ook effectief gebruik te maken. Opnieuw geldt hier dat het gebruik van open normen de uitvoerbaarheid van de bepaling ernstig bemoeilijkt en naar verwachting extra inzet van mensen en middelen van ACM en van exploitanten zal vergen.
25. **Lid 4:** Het vierde lid van de bepaling is, kennelijk abusievelijk, met “3” genummerd.

Een en ander maakt de bepaling zeer moeilijk uitvoerbaar en tevens ondoelmatig.

1.1.15 Artikel 16

Artikel 16. Toegang tot aanvullende diensten

Indien een exploitant van een dienstvoorziening voorziet in een dienst als bedoeld in bijlage II, punt 3, van richtlijn 2012/34/EU, biedt hij deze op verzoek en op niet-discriminerende wijze aan een spoorwegonderneming aan.

26. Zie ook de eerste opmerking ten aanzien van artikel 13. Ook hier ontbreekt een lijst met diensten en voorzieningen die onder de bedoelde categorie 3 vallen, een aanwijzingsbevoegdheid voor ACM of een combinatie daarvan. Overigens omvat de grondslag om hieromtrent nadere regels te treffen, in artikel 20, eerste lid, niet de diensten uit categorie 3, waardoor ook bij Ministeriële Regeling geen nadere invulling te geven is aan de diensten uit categorie 3.

Zonder de nadere invulling van de bepaling is deze zeer moeilijk uitvoerbaar en naar verwachting niet of nauwelijks effectief.

1.1.16 Artikel 17

Artikel 17. Toegang tot ondersteunende diensten

1. Een spoorwegonderneming mag een exploitant van een dienstvoorziening om een bijkomende reeks in bijlage II, punt 4, van richtlijn 2012/34/EU bedoelde ondersteunende diensten verzoeken.
2. De exploitant, bedoeld in het eerste lid, is niet verplicht een dienst als bedoeld in het eerste lid te verlenen.
3. Wanneer de exploitant van een dienstvoorziening een of meer diensten als bedoeld in het eerste lid aan een of meer spoorwegondernemingen aanbiedt, biedt hij deze op verzoek en op niet-discriminerende wijze aan alle spoorwegondernemingen aan.

27. Zie ook de eerste opmerking ten aanzien van artikel 13. Ook hier ontbreekt een lijst met diensten en voorzieningen die onder de bedoelde categorie 3 vallen, een aanwijzingsbevoegdheid voor ACM of een combinatie daarvan. Overigens omvat de grondslag om hieromtrent nadere regels te treffen, in artikel 20, eerste lid, niet de diensten uit categorie 3, waardoor ook bij Ministeriële Regeling geen nadere invulling te geven is aan de diensten uit categorie 3.

Zonder de nadere invulling van de bepaling is deze zeer moeilijk uitvoerbaar en naar verwachting niet of nauwelijks effectief.

1.1.17 Artikel 18

Artikel 18. Stationsportfolio

Een exploitant van een passagiersstation als bedoeld in bijlage II, punt 2, onder a, van richtlijn 2012/34/EU, maakt jaarlijks kenbaar welke diensten als bedoeld in bijlage II, punt 2, onder a, van richtlijn 2012/34/EU de exploitant levert op dat station, en onder welke voorwaarden en tegen welk tarief hiertoe toegang wordt verleend, op zodanige wijze dat een spoorwegonderneming zich per dienst of dienstvoorziening in ieder geval een getrouw beeld kan vormen van:

- a. de betreffende dienst of dienstvoorziening;
- b. de geldende voorwaarden en tarieven;
- c. de procedure voor het afnemen van de dienst of dienstvoorziening;
- d. de standaardelementen in de gebruiksovereenkomst;
- e. de van toepassing zijnde geschillenbeslechtsprocedure.

(NB: zie ook de oplegbrief)

28. **Algemeen:** Hoewel het verplichte opstellen van de 'stationsportfolio' de transparantie rond diensten en voorzieningen op stations zal vergroten, herstelt deze maatregel niet het ongelijke speelveld dat zich voordoet bij aanbesteding van regionale concessies voor openbaar vervoer per trein. Voor een gelijk speelveld moet er immers voorafgaand aan aanbestedingen van regionale treinconcessies (c.q. aanvang van een internationale treindienst) duidelijkheid zijn over de prijs, kwaliteit en voorwaarden van de diensten en voorzieningen die nodig zijn voor de uitvoering van de vervoersdienst. Alleen op die manier kunnen verschillende vervoerders op voet van gelijkheid meedingen naar decentrale

concessies. Op grond van artikel 18 van de AMvB kan de exploitant van stations, NS (i.c. NS Stations BV), het speelveld bijstellen nadat een concessie is gegund. Het toezicht dat ACM hier kan houden is beperkt tot toezicht achteraf, met als wrange consequentie dat pas ingegrepen kan worden op het moment dat het speelveld reeds ongelijk is gemaakt. Dit kan er ook toe leiden dat vervoerders afzien van deelname aan aanbestedingen, vanwege de onzekerheid over toegang tot en kwaliteit en prijsstelling van diensten en voorzieningen. Toezicht achteraf op de portfolio is, met andere woorden, niet doelmatig. Doelmatiger lijkt, in weerwil van het advies dat Ecorys uitbracht met betrekking tot het vooraf goedkeuren door ACM van tarieven en voorwaarden voor diensten rond stations², juist “ex ante” regulering op zijn plaats. Mocht een aanbod van de exploitant gebreken vertonen in het licht van de wet, dan kan ACM vooraf een gelijk speelveld herstellen. ACM adviseert u dan ook om uitvoering te geven aan artikel 20, eerste lid, onder c, van de AMvB, waarin toezicht vooraf op – ten minste – de totstandkoming van tarieven van diensten en voorzieningen mogelijk wordt gemaakt. Dit verhoogt tevens de rechtszekerheid voor alle betrokken partijen en verbetert de effectiviteit van de maatregel.

29. **Punt e:** Vervolg vraag is waarom de exploitant zelf ook een geschillenbeslechtsprocedure dient te hanteren, naast de procedure die een om toegang-vragende partij aanhangig kan maken bij ACM. Bovendien is de procedure voor toegang reeds voorgeschreven in artikel 15. Toevoeging van een geschilbeslechtsprocedure die *moet* worden doorlopen, rekt het proces voor alle partijen nodeloos lang. Ook hier werpt zich de vraag op of deze wijze van regulering doelmatig is.

Op beide punten is de AMvB onvoldoende doelmatig. Met betrekking tot het eerste punt rijzen ook twijfels over de effectiviteit ervan.

1.1.18 Artikel 19

Artikel 19. Kosten plus redelijke winst

Een vergoeding bedraagt niet meer dan de kosten die nodig zijn om een dienst te verrichten, vermeerderd met een redelijke winst, indien deze dienst betrekking heeft op:

- a. het verlenen van toegang via het spoor binnen een dienstvoorziening als bedoeld in bijlage II, punt 2, van richtlijn 2012/34/EU;
- b. het verlenen van een dienst in een voorziening als bedoeld onder a, of
- c. het verlenen van een dienst als bedoeld in bijlage II, punt 3 of 4, van richtlijn 2012/34/EU die slechts door één exploitant van een dienstvoorziening wordt aangeboden.

(NB: zie ook de oplegbrief)

30. Algemeen:

In de bepaling ontbreken enkele essentiële onderdelen:

- a) Ook toegang tot de voorziening zelf dient hier te worden opgenomen getuige de tekst van artikel 13 van Richtlijn 2013/34/EU. Allereerst in de aanhef (ook de vergoeding voor gebruik van voorziening zelf dient kostengeoriënteerd te zijn), en

² Tweede Kamer, vergaderjaar 2013-2014, 29 984, nr. 518.

ten tweede, dient de toegang tot de voorziening zelf ook te worden in de lijst (onder a tot en met c).

- b) Het recht op toegang tot een voorziening *via het spoor* is in de tekst beperkt tot toegang tot het spoor *binnen* een dienstvoorziening. Spoorwegen die *naar* dit soort voorzieningen (goederenterminals, havengebieden) leiden, lopen juist vaak over grond waar verschillende rechthebbenden eigendomsrechtelijke aanspraken op hebben. Indien daartoe geen toegang wordt verleend, is het recht op toegang tot *enkel* het spoor binnen een voorziening, welhaast zinledig. Daarmee is de bepaling niet effectief.
31. **Aanhef:** Niet helder is wat wordt bedoeld met “redelijke winst” en met “kosten”. De Nota van Toelichting spreekt van ‘rendement op eigen vermogen’. Dit is in de praktijk een maatstaf die niet de voorkeur verdient; meestal wordt hier een gewogen gemiddelde van eigen en vreemd vermogen voorgeschreven, ook in andere gereguleerde netwerksectoren. Een en ander kan tot een hoge tariefstelling leiden, wat uit oogpunt van effectiviteit niet wenselijk is. Opnieuw is hier toezicht achteraf vanuit oogpunt van doelmatigheid niet de geprefereerde optie. Zonder nadere invulling bij Ministeriële Regeling (op grond van artikel 20, eerste lid, onder c en d) is deze bepaling zeer moeilijk uitvoerbaar.
32. **Onderdeel c:** Niet helder is wanneer er sprake is van één exploitant, bedoeld onder onderdeel c van de bepaling. Die situatie kan in de tijd verschillen, bijvoorbeeld door toe- en uittreding door exploitanten. Een en ander komt de rechtszekerheid voor exploitanten niet ten goede en zorgt voor toename van uitvoeringslasten zowel bij ACM als naar verwachting bij exploitanten. Aanwijzing van dergelijke voorzieningen die slechts bij een enkele exploitant te verkrijgen zijn, verdient de voorkeur.

Beide punten maken de bepaling (zeer) moeilijk uitvoerbaar en ineffectief ten aanzien van de onderdelen die in de huidige tekst niet geregeld zijn.

1.1.19 Artikel 20

Artikel 20. Nadere regels

1. In het belang van een goede uitvoering kunnen bij ministeriële regeling nadere regels worden gesteld met betrekking tot:
 - a. dienstvoorzieningen als bedoeld in bijlage II, punt 2, van richtlijn 2012/34/EU;
 - b. het vaststellen van voorwaarden en de wijze van jaarlijks kenbaar maken, bedoeld in artikel 18;
 - c. de wijze waarop kan worden vastgesteld of er sprake is van kosten die nodig zijn om een dienst te verrichten, vermeerderd met een redelijke winst als bedoeld in artikel 19;
 - d. artikel 68a van de wet.
2. Bij ministeriële regeling kunnen tevens nadere regels worden gesteld met betrekking tot:
 - a. de te volgen procedure en criteria voor toegang tot dienstvoorzieningen, die onder andere noodzakelijk kunnen zijn voor de goede uitvoering van de uitvoeringshandelingen, bedoeld in artikel 13, negende lid, van richtlijn 2013/34/EU;
 - b. de toerekening van kosten aan het minimumtoegangspakket, die onder andere noodzakelijk kunnen zijn voor de goede uitvoering van de uitvoeringshandelingen op grond van artikel 31, derde lid, van de

richtlijn 2012/34/EU;

c. de eisen aan de methode voor toerekening, die onder andere noodzakelijk kunnen zijn voor de goede uitvoering van de uitvoeringshandelingen op grond artikel 31, derde lid, van richtlijn 2012/34/EU.

(NB zie ook de overige opmerkingen hiervoor; waar deze commentaar t.a.v. artikel 20 bevatten, is dat hier niet herhaald)

33. **Algemeen:** Op een groot aantal onderdelen zijn de nadere regelingen onontbeerlijk uit oogpunt van effectiviteit. Het verdient daarom voorkeur om de bepaling (leden 1 en 2) niet als “kan-bepaling” te formuleren.
34. **Lid 1:** vraag is waarom alleen nadere regels kunnen worden gesteld over diensten in categorie 2. Ook de lijsten van categorieën 3 en 4 uit Bijlage II bij de Richtlijn, zijn niet voldoende specifiek.
35. **Lid 2:** Indien de uitvoeringshandelingen van de Europese Commissie. Indien die tot stand komen, dienen de Ministeriële Regelingen de bevoegdheid tot toetsing daaraan toe te kennen aan ACM. Hoewel het in de regel gaat om rechtstreeks werkende verordeningen, brengt dit niet met zich mee dat ACM daarmee het wettelijk bevoegde orgaan is om de Uitvoeringshandelingen toe te passen.

Opmerking 33a) raakt de uitvoerbaarheid en handhaafbaar van de bepaling, al naar gelang de regeling die is voorzien (voor het specifieke commentaar, zie de opmerkingen ten aanzien van die regelingen).

1.2 Opmerkingen ten aanzien van hoofdstuk 5: wijziging van andere algemene maatregelen van bestuur

1.2.1 Paragraaf 2, wijziging artikel 4 van het *Besluit capaciteitsverdeling hoofdspoorweginfrastructuur*

§ 2. Wijziging van het Besluit capaciteitsverdeling hoofdspoorweginfrastructuur

Artikel 4

1. De beheerder zorgt voor een eerlijke, niet-discriminerende en transparante verdeling van de capaciteit.
2. De beheerder en gerechtigden nemen bij de capaciteitsverdelingsprocedure voor de normale dienstregeling de procedure van de artikelen 44, 45 en 46 en het tijdschema van bijlage VII van richtlijn 2012/34/EU in acht.
3. De beheerder sluit een gerechtigde uit van toewijzing van capaciteit als bedoeld in artikel 57, derde lid, van de wet, nadat hiertoe door de Autoriteit Consument en Markt op grond van de artikelen 70 of 71, tweede lid, van de wet een onherroepelijk besluit is genomen.
4. De beheerder eerbiedigt de commerciële vertrouwelijkheid van de aan hem door gerechtigden verstrekte gegevens.

36. **Lid 3:** Ook in deze bepaling is niet helder wat is bedoeld met “onherroepelijk”. Gezien de strekking van de bepaling is hier kennelijk bedoeld: “indien een besluit van ACM [...] in kracht van gewijsde is gegaan.”

Onderbouwing van de begroting van benodigde middelen

1.3 Opmerkingen vooraf

Verhouding tot de middelenclaim als gevolg van het wetsvoorstel CIRES-III

De AMvB vindt zijn grondslag in het *Voorstel tot wijziging van de Spoorwegwet in verband met de implementatie van Richtlijn 2012/34/EU* (hierna: Wetsvoorstel CIRES-III), dat onlangs bij de Tweede Kamer is ingediend.³ In haar UHT ten aanzien van dat wetsvoorstel heeft ACM een voorlopige begroting van benodigde middelen ingediend van 2,0 FTE. Daarbij was aangetekend dat de begroting pas zijn definitieve beslag kon krijgen bij het slaan van de lagere regelgeving die in het wetsvoorstel was voorzien. Met de voorliggende AMvB heeft deze lagere regelgeving nu grotendeels⁴ vorm gekregen, waarmee Richtlijn 2012/34/EU op belangrijke onderdelen is geïmplementeerd. In artikel 56, vijfde lid van die Richtlijn⁵ ziet ACM aanleiding om nu een begroting van benodigde middelen in te dienen.

De begroting in paragraaf 3.2 hierna is dus een aangepaste, *totale* specificatie van de benodigde middelen weergegeven op basis van de AMvB en het Wetsvoorstel CIRES-III.

Nader te stellen regels

ACM merkt op dat ook in de AMvB, met name in artikel 20, ruime mogelijkheden zijn gecreëerd voor het stellen van nadere regels bij Ministeriële Regeling. Ook de Europese Commissie zal op enkele onderdelen nog Uitvoeringshandelingen vaststellen op grond van delegatiebepalingen in Richtlijn 2012/34/EU, met name de artikelen 13, negende lid en 31, derde lid van de Richtlijn. Uit beide typen aanvullende regelingen zouden nog extra taken voor ACM kunnen voortvloeien. Met taken die uit die aanvullende regelingen voortvloeien, is uiteraard nog geen rekening gehouden in de begroting in paragraaf 3.2. ACM zal de begroting van de alsdan benodigde middelen opstellen wanneer totstandkoming van zulke aanvullende maatregelen aan de orde is.

Open normen versus invulling van open normen

Onder verwijzing naar paragraaf 2.2 van deze bijlage merkt ACM het volgende op. Het achterwege blijven van invulling van essentiële normen en nadere invulling van vooralsnog open of onvoldoende gedetailleerd normen⁶ geeft aanleiding voor een grotere middelenclaim dan in de situatie waarin bedoelde normen wel met voldoende detail worden vormgegeven. Om deze reden is in de tabellen hieronder onderscheid gemaakt tussen de situatie waarin, enerzijds, verbeteringen in de AMvB worden aangebracht of onderdelen worden gespecificeerd in de nog vorm te geven Ministeriële

³ Tweede Kamer, vergaderjaar 2013-2014, 33 965, nr. 2.

⁴ Zie echter paragraaf 4.1.3 van deze bijlage.

⁵ Artikel 56 van de Richtlijn luidt: *De toezichthoudende instantie bezit de nodige organisatorische capaciteiten om haar taken uit te oefenen in de vorm van personele en materiële middelen die evenredig zijn aan de omvang van de spoorwegsector in de lidstaat in kwestie.*

⁶ Het gaat met name om de artikelen 4, 5, 13, 14, 15, 16, 17, 18 en 19. Zie hieromtrent de opmerkingen ten aanzien van die bepalingen in paragraaf 2.2 van deze bijlage.

Regelingen (paragraaf 3.2, tabel 1). Anderzijds is ook de middelenclaim begroot voor de situatie waarin de AMvB ongewijzigd blijft en de invulling van open normen, c.q. totstandkoming van Ministeriële Regelingen die daartoe strekken, geen invulling zullen krijgen (paragraaf 3.2 tabel 2).

1.4 Begroting van de benodigde middelen

De extra taken voor ACM die voortvloeien uit het Wetsvoorstel CIRES-III en de onderhavige AMvB resulteren thans in de volgende totale begroting van benodigde middelen:

Volgens tabel 1:	€ 302.500	structureel per jaar (2,1 FTE + € 25.000 reiskosten), en;
	€ 125.000	incidenteel per vijf jaar (onderzoekskosten economische
		machtspositie, naar schatting
	€ 22.100	incidenteel
Volgens tabel 2:	€ 483.100	structureel per jaar (3,1 FTE + € 25.000 reiskosten +
	€ 125.000	structureel onderzoekskosten per onderzoek, naar
		schatting jaarlijks
	€ 22.100	incidenteel

De onderbouwing van beide bedragen is in de twee tabellen op de volgende pagina's weergegeven.

Tabel 1: totale begroting benodigde middelen per jaar, met invulling open normen

Nieuwe taken ACM	Begroting per jaar
Goedkeuring van de methode tot vaststelling van de heffingen voor het minimumtoegangspakket. <i>(artikel 63 Sw; artikel 10 en 11 AMvB)</i>	€ 111.000 (1 FTE)
Vaststelling economische machtspositie (EMP) op de nationale markten voor spoorvervoerdiensten op basis van onderzoek. <i>(artikel 14 AMvB)</i>	€ 125.000 eens per vijf jaar (schatting)
Toezicht op informatieverstrekking, door exploitant van een dienstvoorziening, waaronder toezicht op de stationsportfolio; het behandelen van geschillen over de toegang tot diensten en dienstvoorzieningen <i>(artikel 68a, eerste lid, Sw jo. artikel 18 AMvB; artikel 71, eerste lid (sub c) en derde lid, Sw)</i>	€ 55.500 (0,5 FTE)
Onderzoek naar de toestand van de concurrentie op de markt van spoorwegdiensten, inclusief jaarlijks verslag aan de Minister. <i>(artikel 70, vierde lid, Sw)</i>	€ 27.750 (0,25 FTE)
Consultatie van vertegenwoordigers van de gebruikers van goederen- en personenvervoerdiensten, minimaal elke twee jaar. <i>(artikel 70, zesde lid, Sw)</i>	€ 27.750 (0,25 FTE)
Toezicht op de verplichte internationale samenwerking van infrabeheerders en verplichte internationale samenwerking van toezichhouders. <i>(artikel 56 en 72 Sw en artikel 57 Richtlijn)</i>	€ 80.500 (€ 55.500 FTE (0,5)+€ 25.000 reiskosten)
Diverse nieuwe taken Opstellen beleidsregels voor behandeling geschillen Bepalen termijnen verzoek om toegang tot diensten en voorzieningen Samenwerking met de Inspectie Leefomgeving en Transport. <i>(artikelen 70, 71, 72a Sw)</i>	€ 22.200 (0,20 FTE) incidenteel
Totaal	€ 302.500 structureel € 22.200 incidenteel € 125.000 per onderzoek

* met uitzondering van de laatste regel (incidenteel)

Tabel 2: totale begroting benodigde middelen, zonder invulling open normen

Nieuwe taken ACM	Begroting per jaar*
Goedkeuring van de methode tot vaststelling van de heffingen voor het minimumtoegangspakket. <i>(artikel 63 Sw; artikel 10 en 11 AMvB)</i>	€ 111.000 (1 FTE)
Handavingsinzet gebruiksvergoeding <i>(artikel 62 jo. 71, eerste lid Sw en artikel 4 AMvB)</i>	€ 27.750 (0,25 FTE)
Vaststelling economische machtspositie (EMP) op de nationale markten voor spoorvervoerdiensten op basis van onderzoek. <i>(artikel 14 AMvB)</i>	€ 125.000 per jaar
Toezicht op naleving toegang tot diensten en voorzieningen; het behandelen van geschillen over de toegang tot diensten en dienstvoorzieningen.	€ 55.500 (0,5 FTE)
Toezicht op informatieverstrekking, door exploitant van een dienstvoorziening, (aan beheerder en toezicht op de stationsportfolio). <i>(artikel 68a, eerste lid, Sw jo. artikel 18 AMvB; artikel 71, eerste lid (sub c) en derde lid, Sw)</i>	€ 27.750 (0,25 FTE)
Onderzoek naar de toestand van de concurrentie op de markt van spoorwegdiensten, inclusief jaarlijks verslag aan de Minister. <i>(artikel 70, vierde lid, Sw)</i>	€ 27.750 (0,25 FTE)
Consultatie van vertegenwoordigers van de gebruikers van goederen- en personenvervoerdiensten, minimaal elke twee jaar. <i>(artikel 70, zesde lid, Sw)</i>	€ 27.750 (0,25 FTE)
Toezicht op de verplichte internationale samenwerking van infrabeheerders en verplichte internationale samenwerking van toezichhouders. <i>(artikel 56 en 72 Sw en artikel 57 Richtlijn)</i>	€ 80.500 (€ 55.500 FTE (0,5) + € 25.000 reiskosten)
Diverse nieuwe taken Opstellen beleidsregels voor behandeling geschillen Bepalen termijnen verzoek om toegang tot diensten en voorzieningen Samenwerking met de Inspectie Leefomgeving en Transport. <i>(artikelen 70, 71, 72a Sw)</i>	€ 22.200 (0,20 FTE) incidenteel
Totaal	€ 483.100 structureel € 22.200 incidenteel

* met uitzondering van de laatste regel (incidenteel)