

Ons kenmerk: ACM/DTVP/2015/203071_OV
Zaaknummer: 14.1224.53
Datum: 21 juli 2015

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) op het verzoek van Arriva Personenvervoer Nederland B.V. en Connexxion Openbaar Vervoer N.V. op grond van artikel 71 Spoorwegwet, inzake gedragingen van ProRail B.V. (hierna: ProRail).

1. Verloop van de procedure

Inleiding

1. Op 10 november 2014 hebben Arriva Personenvervoer Nederland B.V. en Connexxion Openbaar Vervoer N.V. (hierna: A/C) bij ACM een verzoek ingediend op grond van artikel 71, eerste lid, van de Spoorwegwet (Sw)¹. In dat verzoek vragen A/C aan ACM de handelwijze van ProRail te onderzoeken tijdens de (voorbereidende) procedure van de capaciteitsverdeling op het traject Arnhem-Didam en hierover een uitspraak te doen. Daarbij geven A/C bovendien aan door de handelwijze van ProRail te worden benadeeld in hun bedrijfsvoering.
2. Aanleiding voor het verzoek zijn de geplande werkzaamheden in augustus 2015 op de treinverbinding Arnhem – Didam, die gepaard gaan met een aantal buitendienststellingen van de betreffende baanvakken. Hierdoor kunnen A/C hun treinen gedurende 16 dagen niet rijden. Meer specifiek beklagen A/C zich over de volgende punten:
 - a. Het voorstel van ProRail om gedurende de 16-daagse buitendienststelling op het traject Arnhem-Didam het vervangend vervoer voor de reizigers middels bus-inzet te verzorgen. Dit plan is volgens A/C wegens capaciteitsproblemen rondom station Arnhem in de praktijk niet uitvoerbaar.
 - b. De handelwijze van ProRail in de aanloopfase om gezamenlijk tot een oplossing te komen voor acceptabel vervangend vervoer met bus-inzet en/of gedeeltelijke trein-inzet gedurende de 16-daagse buitendienststelling. A/C zijn van mening dat ProRail de procedures oneigenlijk heeft gehanteerd en dat zij daardoor oneerlijk zijn behandeld.
 - c. De bus-inzet leidt tot extra kosten die A/C benadelen in de bedrijfsvoering².

¹ Brief A/C d.d. 10 november 2014

² E-mail A/C d.d. 4 december 2014

Besluit

Openbare versie

3. In het verzoek vragen A/C ook om interventie van ACM, om richting te geven aan het proces om tot een oplossing te komen, waarbij rekening wordt gehouden met alle belangen van de direct betrokken partijen.
4. Ten tijde van het indienen van het verzoek waren partijen in een impasse beland. In het licht van het verzoek om interventie heeft ACM om het probleem op te lossen in eerste instantie ingezet op een bemiddelende rol tussen partijen. Daarbij hebben de door A/C gestelde capaciteitsproblemen rond station Arnhem centraal gestaan en heeft ACM met name de focus gelegd op de beste oplossing vanuit het onderliggend reizigers (consumenten-) belang. Met dit doel heeft ACM twee hoorzittingen gehouden.

Hoorzitting 3 februari 2015 (eerste hoorzitting)

5. De eerste hoorzitting heeft ACM gebruikt om beter inzicht te krijgen in de mogelijke oplossingen voor een aangepast vervoerplan tijdens de werkzaamheden bij Zevenaar. Voor het vervangend treinvervoer is daarbij gekeken naar bus-inzet gedurende de volledige periode van 16 dagen, maar ook naar een combinatie van deels een pendeltreindienst en deels aanvullende bus-inzet. Op grond van de oorspronkelijke aanvraag en de aangeleverde correspondentie van A/C was ACM in de veronderstelling dat partijen met de gemeente Arnhem over de gevolgen van de bus-inzet tijdens de buitendienststelling reeds in overleg waren. Tijdens de hoorzitting bleek evenwel dat partijen nog geen contact met de gemeente over onderhavige kwestie hadden opgenomen.³ ACM heeft partijen daarom de opdracht gegeven om met de gemeente Arnhem te overleggen of vervangende bus-inzet tijdens de 16-daagse buitendienststelling een werkbare oplossing is.

Hoorzitting 3 maart 2015 (tweede hoorzitting)

6. Tijdens de tweede hoorzitting hebben partijen onder andere verslag gedaan van de bespreking met de gemeente Arnhem over de verkeerstechnische (on-)mogelijkheden van 16-daags treinvervangend busvervoer in Arnhem, zoals door ACM verzocht. In hun verslaglegging hebben A/C en ProRail een soms verschillend beeld van die bespreking en de resultaten geschetst. In de hoorzitting spreken partijen zich wel gezamenlijk uit voor hetzelfde 'verbussingsplan' als alternatief voor het gestremde treinvervoer tijdens de 16-daagse buitendienststelling.

Reactie gemeente Arnhem

7. Na een schriftelijke toezegging van de gemeente Arnhem, dat vervangend treinvervoer door middel van bussen voor de gemeente Arnhem onder voorwaarden een uitvoerbare optie is, blijkt begin april 2015 dat partijen een gemeenschappelijk gedragen oplossing voor de vermeende capaciteitsproblemen rondom station Arnhem hebben bereikt⁴. Daarnaast heeft ProRail tijdens de hoorzitting op 3 maart 2015 verklaard de kosten van het busvervoer tijdens de buitendienststelling volledig te zullen vergoeden. ACM heeft vervolgens per brief aan A/C aangegeven dat met deze twee punten het geschil opgelost lijkt en ook ProRail hierover

³ Ook uit een later direct contact van ACM met de gemeente bleek de gemeente nog niet geïnformeerd te zijn.

⁴ Brief gemeente Arnhem d.d. 9 april 2015

Besluit Openbare versie

geïnformeerd⁵.

8. In reactie daarop hebben A/C op 22 april 2015 laten weten dat zij de klacht nog niet als afgerond beschouwen⁶. Weliswaar bevestigen zij dat op bovenstaande twee punten het geschil is opgelost en trekken zij op die punten hun verzoek in, maar op twee onderdelen handhaven zij hun klacht:
 - Op het onderdeel betreffende de handelwijze van ProRail in het voorbereidende proces verlangen A/C een oordeel van ACM. A/C voelen zich niet gehoord en menen niet serieus genomen te worden als ze verzoeken en zienswijzen geven over buitendienststellingen en alternatieve oplossingen. Over toezeggingen van ProRail over te compenseren kosten zou onduidelijkheid bestaan⁷.
 - Op het onderdeel benadeling in de bedrijfsvoering claimen A/C compensatie van inkomstenderving. Daarbij onderscheiden A/C inkomstenderving als gevolg van 'reizigersuitval' en als gevolg van inadequate in-/uitcheck faciliteiten.
9. ProRail heeft in haar reactie op 21 april 2015 op de brief van ACM met de toezegging van de gemeente Arnhem een toelichting gegeven ten aanzien van de door haar te dragen kosten in verband met de bus-inzet⁸.
10. Gelet op de verklaring van A/C om hun klacht deels te handhaven heeft ACM op 29 april 2015 nog aanvullende vragen aan A/C en ProRail gesteld⁹.
11. Op 6 mei 2015 hebben A/C deze vraag beantwoord met een toelichting op de inkomstenderving, waaronder het effect van de in- en uitcheck faciliteiten op de inkomsten. ProRail heeft haar reactie op 7 mei 2015 gegeven en is daarbij ingegaan op de te vergoeden kosten. Ten aanzien van het vervangend vervoer heeft zij verklaard onder meer de kosten van het busvervoer tijdens de buitendienststelling volledig te zullen vergoeden, waaronder mede begrepen de in-/ en uitcheck faciliteiten. Daarnaast heeft zij een toelichting gegeven op de kosten die ProRail vergoedt voor infrastructurele voorzieningen die in verband met het vervangend vervoer worden getroffen.

Klacht op het onderdeel vervangend treinvervoer opgelost

12. ACM constateert dat:
 - na bemiddeling een gemeenschappelijk gedragen oplossing is bereikt voor de vermeende capaciteitsproblemen rondom station Arnhem gedurende de 16-daagse buitendienststelling op het traject Arnhem-Didam, in geval het vervangend vervoer voor de reizigers volledig middels bus-inzet zou worden verzorgd.

⁵ Brief ACM d.d. 14 april 2015

⁶ Brief A/C d.d. 22 april 2015

⁷ Brief A/C d.d. 6 mei 2015

⁸ Brief ProRail d.d. 21 april 2015

⁹ Brieven ACM d.d. 29 april 2015

Besluit

Openbare versie

- ProRail heeft toegezegd de kosten van het busvervoer tijdens de buitendienststelling volledig te zullen vergoeden;
 - hierdoor twee onderdelen van de oorspronkelijke klacht, te weten de vermeende capaciteitsproblemen rondom station Arnhem bij 16 daagse bus-inzet en de kosten van het busvervoer tijdens de buitendienststelling, zijn vervallen.
13. Dit betekent dat ACM uitsluitend nog over de in randnummer 8 onder a. en b. genoemde resterende punten een besluit zal nemen.

2. Juridisch kader

14. De bevoegdheid van ACM om kennis te nemen van de voorliggende klacht is geregeld in artikel 57 Sw en artikel 71 Sw. Daarin wordt verwezen naar artikel 10, zevende lid, van Richtlijn 91/440/EEG¹⁰ en artikel 30, tweede lid, van Richtlijn 2001/14/EG¹¹, die beiden voor de inhoudelijke beoordeling relevant zijn.¹² Daarbij zijn op grond van art 61 Sw jo. artikel 4 Besluit capaciteitsverdeling hoofdspoorweginfrastructuur¹³ voor het verdelingsproces, de bepaling in artikel 19 en artikel 20 van de Richtlijn 2001/14/EG direct van toepassing. Genoemde artikelen zijn in de Bijlage bij dit besluit opgenomen.
15. Voor de beoordeling van de voorliggende klacht zijn bovendien een drietal passages met betrekking tot het verdeelproces en de geschillenregeling uit hoofdstuk 4 van de Netverklaring 2015 van belang. Deze onderdelen van de Netverklaring zijn eveneens opgenomen in de Bijlage bij dit besluit.

3. Relevante feiten

16. In deze zaak zijn verschillende fases te onderscheiden. Op een aantal momenten hebben zich feiten voorgedaan, die belangrijk zijn voor de beoordeling van de klacht. Hieronder volgt een overzicht van deze momenten

3.1 1° Fase: Het conflict

17. Na een aanvraag op 4 januari 2014 voor een buitendienststelling van totaal 8 (2x 4 dagen) dagen op het traject Arnhem-Zevenaar, dient het Project Zevenaar van ProRail (hierna ook: het Project)

¹⁰ Richtlijn van de Raad van 29 juli 1991 betreffende de ontwikkeling van de spoorwegen in de Gemeenschap.

¹¹ Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2001, inzake de toewijzing van spoorweginfrastructuurcapaciteit en de heffing van rechten voor het gebruik van spoorweginfrastructuur alsmede inzake veiligheids certificering.

¹² Deze richtlijnen zijn inmiddels ingetrokken en vervangen door richtlijn 2012/24/EU. Meer specifiek zijn betreffende bepalingen vervangen door Artikel 56, eerste lid, van Richtlijn 2012/34/EU.

¹³ Besluit van 3 december 2004, houdende regels over de verdeling van de capaciteit van de hoofdspoor-infrastructuur.

Besluit

Openbare versie

op 30 januari 2014 via RADAR¹⁴, bij de afdeling Capaciteitsverdeling van ProRail (hierna ook: ProRail CV) haar aanvraag in voor een 16-daagse buitendienststelling op het traject Arnhem-Zevenaar-Didam ten behoeve van de ombouw bij Zevenaar en Zevenaar Oost. Later komt hier nog een aantal aanvullende aanvragen bij, voor andere werkzaamheden die binnen deze 16 dagen moeten plaatsvinden. (Op 19 februari een aanvraag voor 6 dagen, bovenbouw bij Wehl en op 21 maart 2014 een aanvraag voor 2x 8 dagen, perrons station Arnhem).

18. Uit het verslag van het projectoverleg Zevenaar van 4 februari 2014 volgt, dat in dat overleg, in aanwezigheid van de vervoerders, waaronder vertegenwoordigers van Arriva en Connexxion, onder meer de fasering van het project en de onderbouwing van de 16-daagse periode van buitendienststelling is besproken.¹⁵ Ook zijn de onttrekkingstekeningen (zgn. FOT's) en aansluitende projecten aan de orde geweest.
19. Op dat moment bestaat onduidelijkheid over de noodzaak van een buitendienststelling voor een aaneengesloten periode van 16 dagen. ProRail vraagt om een nadere onderbouwing door het ingenieursbureau van de projectorganisatie. *'Op korte termijn wordt hierover duidelijkheid gegeven.'* Wel geven onder meer A/C aan *'dat een buitendienststelling over langere periode haalbaar is en qua vervoercapaciteit behapbaar.'* Over het vervangende vervoer meldt het verslag [...] *de andere vervoerders [A/C] zetten een busdienst op. Qua reizigersaantal stuit dit niet op onmogelijkheden.'*
20. In het verslag 'PO Zevenaar' van 25 februari 2014 is op verzoek van A/C de onderbouwing opgenomen, die het Project heeft opgesteld, van de noodzaak tot een aaneensluitende periode van 16-dagen voor de buitendienststelling, zoals die op 4 februari is toegezegd.
21. Op 11 maart 2014 blijkt dat A/C niet akkoord gaan met de voorgestelde uitvoeringsvariant van een buitendienststellingstermijn van 16 aaneengesloten dagen. A/C menen dat een deel van het buitendienst gesteld spoor (ter hoogte van Zevenaar Lokaal) al na 9 dagen in dienst kan. Ze zouden dan geen hinder behoeven te ondervinden van de (langere) werkzaamheden op een ander deel van het buitendienst gesteld spoor (ter hoogte van Zevenaar Oost). Hun treindienst zou dan 7 dagen eerder kunnen starten. ProRail vraagt de vertegenwoordigers van de vervoerders om *'binnen hun organisatie het standpunt te verwoorden voor het niet akkoord gaan met de uitvoeringsvariant.'*
22. Op 20 maart 2014 schakelt Arriva het management van ProRail CV in voor overleg over de ontstane patstelling. Na een aanvankelijke poging van ProRail CV om dit managementoverleg op 26 maart 2014 te organiseren, biedt ProRail aan met een nieuw overleg-voorstel te komen, omdat Connexxion aan het op 26 maart 2014 geplande overleg niet deel kan nemen.

¹⁴ de applicatie waarmee de aanvragen en verdeling van buitendienststellingen en de communicatie hierover mnet gerechtigden worden ondersteund en vastgelegd.

¹⁵ (Verslag POZevenaar d.d. 4 februari 2014)

Besluit

Openbare versie

23. Op 14 april 2014 sluit bij ProRail de formele aanvraagtermijn voor capaciteit voor de jaardienst 2015. De wettelijke programmatie/coördinatie-procedure gaat van start; deze loopt tot 25 augustus 2014.

3.2 2^e Fase: Coördinatie en besluit.

24. Op 15 april 2014 volgt de reactie van A/C op de claim van 16 aaneengesloten dagen, zoals deze door het Project op 25 februari is gegeven; A/C geven deze reactie op verzoek van ProRail CV. A/C voeren met name onoverkomelijke (logistieke) problemen aan bij station Arnhem in geval van busvervoer gedurende 16 dagen en stelt een alternatief voor met gedeeltelijk treinvervoer naar Duiven respectievelijk Zevenaar.
25. Op 18 april 2014 laat ProRail CV aan het Project weten dat hun onderbouwing onvoldoende inzichten oplevert om een afweging te kunnen maken voor een 'voorgenomen verdeelbesluit'. Een gepland overleg op 22 april 2014 wordt uitgesteld. Op 25 april 2014 levert het Project een aangepaste onderbouwing aan.
26. Op 24 april 2014 stelt ProRail CV aanvullende vragen aan A/C over hun bezwaren en op 27 april 2014 aan het Project over hun onderbouwing.
27. Op 13 mei 2014 volgt antwoord van het Project op deze vragen. Hun conclusie dat een buitendienststelling met 16 aaneensluitende dagen noodzakelijk is, blijft onveranderd. Op 16 mei 2014 beantwoorden A/C de vragen. Arriva meldt dat A/C het niet eens zijn met de compensatieregeling en dat zij een voorkeur hebben voor het deels pendelen met treinen tot Zevenaar.
28. Voor ProRail CV is er op 26 mei 2014 sprake van voldoende onderbouwing voor nut-en noodzaak van 16 dagen om een voorgenomen verdelingsbesluit op te stellen. A/C geven aan zich te kunnen vinden in de conclusie en na verwerking van commentaar van het Project en A/C wordt op 28 mei 2014 een definitief besluit buitendienststellingen Zevenaar_(verder: het Besluit) vastgesteld.
29. In het Besluit bepaalt ProRail CV het volgende (vetgedrukt is van ACM):
- "Alles overwegende wordt het volgende besluit genomen:*
- *Het project (ProRail) heeft voldoende argumenten aangegeven waardoor het aannemelijk is dat zij een aaneengesloten periode van 16 dagen nodig hebben om alle werkzaamheden uit te voeren.*
 - *De vervoerders (A/C) hebben voldoende argumenten aangegeven dat zij problemen verwachten met het trein-vervangend vervoer ongeacht de duur van de werkzaamheden.*
 - *Omdat tijdens de werkzaamheden een acceptabel bus- en/of treinproduct noodzakelijk is, zal in het overleg door het project voorzieningen getroffen worden die aan de normale vereisten voor vervoerders moeten voldoen. Zolang dit niet is geregeld kunnen de werkzaamheden niet worden aangevangen.*

6/24

Besluit Openbare versie

- *De kosten zowel voor de maatregelen als voor het vervangend vervoer zullen door het project gedragen worden.”*

3.3 3^e Fase: Interpretatieverschillen en Jaardienstverdeling 2015

30. Op 1 juli 2014 vindt er vervolg-projectoverleg Zevenaar plaats, waarin blijkt dat vervoerders en ProRail het Besluit verschillend interpreteren. Vervoerders gaan uit van een mogelijkheid tot herfasering met de mogelijkheid van een minimaal treinproduct tussen Arnhem en Zevenaar. ProRail ziet daar geen mogelijkheid toe en legt het besluit uit als een opdracht om voor de - ondeelbare- periode van 16 dagen te komen tot goed vervangend vervoer. Vervoerders gaan er niet mee akkoord dat gedurende de buitendienststelling van 16 dagen uitsluitend busvervoer de relatie Arnhem-Zevenaar-Doetinchem onderhoudt. Conclusie is dat aan ProRail CV om nadere duiding van het Besluit wordt gevraagd om daarna een volgende stap te zetten.
31. Om onduidelijkheid over de uitleg van het bovenstaand besluit weg te nemen geeft ProRail CV op 4 juli 2014 in een e-mail nadere duiding aan het Besluit¹⁶. Hierin licht de manager Capaciteitsverdeling het volgende toe:
- “In het eerste punt geef ik aan dat het project voldoende argumenten heeft aangegeven waardoor het voor mij aannemelijk is dat zij een aaneengesloten periode van 16 dagen nodig hebben om alle werkzaamheden uit te voeren. Met andere woorden het is onvermijdelijk dat Zevenaar lokaal 16 dagen lang niet bereikbaar is.
 - In het tweede punt geef ik aan dat de vervoerders voldoende argumenten hebben gegeven dat zij problemen verwachten met bus-vervangend vervoer ongeacht de duur van de werkzaamheden. Dit betekent dat vervoerders en ProRail samen een maximale inspanning moeten plegen om tot een acceptabel product te komen.
 - (..) omdat tijdens de werkzaamheden een acceptabel bus- en/of treinvervoer noodzakelijk is, zal in overleg door het project voorzieningen getroffen moeten worden die aan de normale vereisten voor vervoerders moeten voldoen. Zolang dit niet is geregeld kunnen de werkzaamheden niet worden aangevangen.”
 - “Naar ik begrijp wordt het grootste risico gezien de acceptatie van de gemeente Arnhem. Ik stel voor dat ProRail en de vervoerders met een gemeenschappelijke stellingname dit gesprek gaan voeren. Voorstel om (Regiodirecteur ProRail) te vragen om initiatief te nemen hierin.”
32. ProRail CV maakt op 7 juli 2014 de ontwerp-jaardienstverdeling bekend.
33. Op 14 juli 2014 wijst ProRail -bij monde van de voorzitter van het projectoverleg Zevenaar-vervoerders, waaronder A/C, er nogmaals op dat de 16 dagen niet deelbaar zijn: *‘Met andere woorden: er is geen alternatief vervoermodel te bedenken waarin treinverkeer tussen Arnhem en Zevenaar mogelijk is.’* ProRail benadrukt verder dat de verantwoordelijkheid voor uitwerking en

7/24

¹⁶ E-mail ProRail, manager Capaciteitsverdeling “Re: Conceptverslag overleg Zevenaar”, d.d. 4 juli 2014.

Besluit Openbare versie

uitvoering van het alternatief vervoerplan niet bij ProRail ligt, maar bij vervoerders. Wel bieden ze hulp en ondersteuning aan voor het overleg met de gemeente. Daarbij stelt ProRail stelt de vraag wie 'de lead' heeft bij de verdere uitwerking.

34. Op 18 juli 2014 reageren A/C daarop door nogmaals op logistieke problemen bij station Arnhem te wijzen. A/C benadrukken vervolgens dat ProRail eerst de mogelijkheid van een noodperron bij Zevenaar moet onderzoeken, vóór er met Arnhem wordt gesproken. Connexxion heeft op dat moment contact met de gemeente, maar niet over de 16-daagse buitendienststelling.
35. Op 24 juli 2014 laat ProRail weten het alternatief met een noodperron niet haalbaar te vinden, gelet op de fysieke mogelijkheden, de doorlooptijd en de grootte van de investering. ProRail zegt toe na de zomervakanties het initiatief te nemen voor vervolgstappen voor een acceptabel vervoerplan.
36. De termijn om een geschil aanhangig te maken loopt tot 11 augustus 2014, 10 werkdagen voor dat ProRail op 25 augustus 2014 de definitieve verdeling publiceert.
37. Op 20 augustus 2014 herhalen A/C dat naar het alternatief met een noodperron moet worden gekeken. Daartoe zullen A/C de daarop volgende week bus-cijfers aanleveren. ProRail neemt daarop het initiatief tot het plannen van een bijeenkomst op 26 augustus 2014.

3.4 4^e Fase: Optie Noodperron Zevenaar.

38. Tijdens het overleg van 26 augustus 2014 tussen A/C, het Project en ProRail CV blijkt dat de 16 dagen en het besluit van 28 mei 2014 niet meer ter discussie worden gesteld. A/C stellen echter dat er alleen een acceptabel vervoerproduct mogelijk is als er een noodperron wordt aangelegd. In dat geval zou er 12 van de 16 dagen een pendel trein kunnen rijden tussen Arnhem en Zevenaar. Daartoe is uitstel van een deel van het werk nodig.
39. ProRail CV stelt vast dat dit niet onmogelijk lijkt en dat de impact daarvan bekeken zal worden. Partijen spreken af dat ProRail CV en het Project de optie met een noodperron/keervoorziening nogmaals beoordelen. Vervoerders zullen het overleg met de gemeente Arnhem starten en zo nodig ProRail daarbij inschakelen.
40. Op 29 augustus 2014 worden de processen en besluitvorming besproken door A/C, ProRail CV, het Project, de regiodirecteur ProRail Noordoost en de directeur ProRail accountmanagement. Uit het verslag van de bespreking blijkt dat het aantal buitendienststellingen groter is dan door het management van A/C werd verwacht, waardoor ook pendelen niet meer mogelijk blijkt te zijn. A/C hadden zich dit niet gerealiseerd.
41. In een Memo met het verslag van 29 augustus 2014 stelt ProRail CV vast dat :
“in het eerste half jaar van 2014 de relevante buitendienststellingen voor het

Besluit

Openbare versie

dienstregelingsjaar 2015 in de gebruikersoverleggen zijn besproken.[...] Vanaf het begin was duidelijk dat de 16 daagse buitendienststelling een grote impact zou hebben op het vervoersproduct. Mede om die reden is, nadat er geen overeenstemming was te bereiken in het gebruikersoverleg, in april besloten om de besluitvorming van deze capaciteitsvraag uit het normale gebruikersoverleg te halen en een aparte procedure te doorlopen dat tot een besluit heeft geleid (memo Besluit buitendienststellingen Zevenaar, met het kenmerk 3578310-v1A van 28 mei 2014). De andere buitendienststellingen (Wehl, Va-Zv/Dr, Va-Zv en Ah) zijn op de normale wijze overeengekomen.”[...]

“Het betreft (dus alle buitendienststellingen rond Zevenaar) een fasering van verschillende buitendienststellingen waar bewust voor is gekozen om deze werkzaamheden zoveel mogelijk mee te laten liften met andere projecten om reizigershinder zoveel mogelijk te beperken.”

42. Op 11 september 2014 reageren A/C op het Memo van 29 augustus 2014 met de quick scan van de optie ‘noodperron/keervervoering Zevenaar’. Kernpunt voor A/C is duidelijk te maken dat zij niet akkoord gaan met een aaneensluitende volledige buitendienststelling van 16 dagen. Zij stellen 2 periodes van buitendienststelling voor van respectievelijk 12 dagen, waarvan 8 dagen deels en 4 dagen volledig verbussen en een periode van 4 dagen deels verbussen.
43. ProRail CV laat op 24 september 2014 weten 2 opties te zien: 16 dagen volledig verbussen of 12 dagen een trein-pendeldienst. Voor de tweede optie moet een keervervoering worden gerealiseerd en een aantal werkzaamheden worden verschoven. ProRail CV vraagt duidelijkheid van het Project over de vraag of een noodperron/keervervoering nog op tijd kan worden gerealiseerd en over de gevolgen van het verschuiven van de werkzaamheden. Van A/C wil zij een onderbouwing van de voor- en nadelen van de beide opties.
44. Op 1 oktober 2014 wijzen A/C er op dat zij in het overleg van 26 augustus 2014 hun standpunt hierover ook al hebben aangegeven. Als voor-/nadeel van 16 dagen verbussen geven ze aan dat er (maar) 1x sprake is van grote overlast, maar dat er een infrastructurele overbelasting zal ontstaan. Het voordeel van een 12 daagse pendeldienst is dat reizigers per trein kunnen worden vervoerd. Als nadeel geldt dat er 2x overlast is, maar die is wel beperkt in omvang. A/C leggen nu ook de vervoerscijfers aan ProRail CV over.

3.5 Slot: Optie Noodperron Zevenaar is (opnieuw) afgewezen.

45. Op 23 oktober 2014 stuurt het Project zijn bevindingen ten aanzien van een eventueel noodperron/keervervoering en de impact van uitstel van een deel van de werkzaamheden, zoals op 26 augustus 2014 door partijen afgesproken. Hun conclusie is dat verschuiven of uitstel van de buitendienststellingen niet verantwoord is. Met betrekking tot het noodperron/de keervervoering stelt het Project nog geen uitsluitsel te hebben ‘of het technisch inbouwen nog mogelijk is. Ook randvoorwaarden moeten dan nog worden onderzocht. Oordeel en onderbouwing ontbreken op dit punt

9/24

Besluit

Openbare versie

46. Vervolgens volgt ProRail CV, als verantwoordelijke voor de capaciteitsverdeling, in haar brief aan A/C op 24 oktober 2014 de conclusie van het Project, dat pendelen tussen Duiven en Arnhem niet verantwoord is. ProRail CV meent dat het verdeelproces zorgvuldig is doorlopen. Verder vindt zij dat de capaciteitsafspraken op verantwoorde wijze tot stand zijn gekomen, met transparantie in de gebruikersoverleggen en de verslaglegging daarvan. Daarbij vindt ProRail CV dat zij steeds heeft getracht de hinder te beperken door werkzaamheden te combineren.
47. Op 10 november 2014 dienen A/C bij ACM een verzoek in op grond van artikel 71, eerste lid, Sw om de handelwijze van ProRail te onderzoeken tijdens de (voorbereidende) procedure van de capaciteitsverdeling op het traject Arnhem-Didam.
48. Op 11 en 12 december 2014 sluiten Connexxion respectievelijk Arriva elk een toegangsovereenkomst met ProRail voor 2015, met inbegrip van de buitendienststelling Zevenaar, zonder voorbehoud.

4. Klacht en ontvankelijkheid

49. Gelet op hetgeen is vastgesteld in randnummer 8 zal ACM een oordeel geven over de volgende twee resterende onderdelen van het oorspronkelijke verzoek van A/C:
- Op het onderdeel betreffende de handelwijze van ProRail in het voorbereidende proces.
 - Op het onderdeel benadeling in de bedrijfsvoering claimen A/C compensatie van inkomstenderving. Daarbij onderscheiden A/C inkomstenderving als gevolg van 'reizigersuitval' en als gevolg van inadequate in-/uitcheck faciliteiten.
- ACM behandelt beide onderdelen in respectievelijk hoofdstuk 5 en hoofdstuk 6.
50. Arriva en Connexxion zijn beide spoorwegondernemingen in de zin van artikel 57 Sw. Zij zijn daarmee gerechtigde als bedoeld in artikel 71 Sw en daarmee ontvankelijk in hun verzoek aan ACM tot het nemen van een besluit in de zin van artikel 71 Sw.

5. Handelwijze ProRail

5.1 Inleiding

51. Het eerste resterende bezwaar van A/C richt zich tegen de handelwijze van ProRail. Enerzijds verwijten A/C ProRail de procedures in het verdelingsproces 'oneigenlijk' te hebben gehanteerd waardoor er onvoldoende duidelijkheid was in het verdeelproces en verkeerde verwachtingen over de verdelingsbeslissing van de buitendienststelling bij Zevenaar zijn ontstaan. Ook over toezeggingen van ProRail over te compenseren kosten zou onduidelijkheid bestaan.
52. Anderzijds menen A/C dat ProRail te weinig oog voor hun belangen heeft gehad en hen niet of onvoldoende heeft gehoord toen zij verzoeken en zienswijzen gaven over de buitendienststellingen en alternatieve oplossingen. A/C zouden door een of beide gedragingen van ProRail benadeeld zijn.

10/24

Besluit

Openbare versie

53. Uitgangspunt voor ProRail bij de capaciteitsverdeling is, dat zij verzoeken om capaciteit zo veel mogelijk honoreert conform aanvraag¹⁷. Voor zover dit niet lukt moet ProRail proberen de aanvragen met elkaar in overeenstemming te brengen. Dit is het zogenoemde programmatie- en coördinatieproces, zoals ook nader beschreven in de Netverklaring 2015 (zie Bijlage)
54. Door overleg met de betrokken aanvragers moet zij eventuele conflicten proberen op te lossen, zo bepaalt artikel 21 van Richtlijn 2001/14/EG. Dit heeft ProRail ook in haar procesregels beschreven in paragraaf 4.4.1.3.2 (Programmatie en coördinatie) van de Netverklaring 2015. De procesregels geven verder aan dat de betrokken aanvragers oplossingsvoorstellen kunnen doen¹⁸. Deze uitgangspunten voor coördinatie gelden voor capaciteitsaanvragen van zowel vervoerders als van de infrabeheerder.
55. Als een conflict niet kan worden opgelost in de coördinatie, kan een aanvrager een beroep doen op de geschillenprocedure. In elk geval moet ProRail –na een eventueel geschil- het betreffende baanvak overbelast verklaren. Zo nodig kan ProRail dan wettelijke prioriteitsregels toepassen.
56. De Netverklaring 2015 kent voor de coördinatie en programmatie een termijn van 4 maanden, van 28 april 2014 tot 25 augustus 2014. In deze periode moest ProRail voor de aanvragen die conflicteren een geschikte oplossing vinden. Uiterlijk 25 augustus 2014 moest ProRail uitsluitel geven over toekenning van de aanvragen. Dat betekent dat capaciteitsaanvragers tot uiterlijk 11 augustus 2014 een beroep op de geschillenprocedure konden doen.

5.2 Beoordeling 1^e en 2^e fase (Conflict, coördinatie en besluit)

57. ACM stelt vast dat tijdens de bespreking van het plan voor een 16-daagse buitendienststelling bij Zevenaar op 4 februari 2014 A/C hebben aangegeven dat een dergelijke buitendienststelling *haalbaar en behapbaar* is en *een vervangende busdienst niet onmogelijk*. Op 11 maart 2014 blijken er toch bezwaren te zijn voor A/C en geven A/C aan niet akkoord te zijn met de voorgestelde buitendienststellingstermijn van 16 aaneengesloten dagen. Dan begint feitelijk de coördinatie procedure.
58. ProRail CV heeft in dat kader A/C twee maal geconsulteerd, voor dat zij op 28 mei 2014 met haar standpunt komt. De eerste consultatie leidt tot het memo van 15 april 2014 van A/C, waarin zij hun bezwaren onderbouwen. A/C benadrukken met name grote (logistieke) problemen bij station Arnhem als gedurende 16 dagen het vervangend treinvervoer wordt uitgevoerd met bussen. In het memo gaan A/C zeer summier in op een oplossingsvariant met treintendels tussen Zevenaar of Duiven en Arnhem
59. Op verzoek van ProRail volgt daarop op 16 mei 2014 een nadere zienswijze van A/C op de

¹⁷ Richtlijn 2001/14/EG, artikel 20 en Procesregels Coördinatie, pt. 1, Netverklaring 2015

¹⁸ Procesregels Coördinatie, pt. 3, Netverklaring 2015

Besluit Openbare versie

buitendienststellingsplannen. Uit de vragen van ProRail maakt ACM op dat ProRail daarbij ook al aandacht heeft voor de oplossingsvariant van A/C. A/C geven aan voorkeur te hebben voor hun eigen oplossingsvariant. ACM stelt vast dat deze variant in de beantwoording niet concreet is uitgewerkt.

60. ACM overweegt dat A/C relatief veel tijd nodig hebben gehad om hun bezwaren tegen (de gevolgen van) de aanvraag te formuleren. ACM is van mening dat ProRail in deze fase zorgvuldigheid heeft betracht bij het inventariseren van de noodzaak en de voor- en nadelen van de aanvraag voor de 16-daagse buitendienststelling. Daarbij heeft zij binnen de proceskaders van de programmatie en coördinatie gehandeld en binnen redelijke termijnen. Dat heeft uiteindelijk geleid tot een 'Besluit buitendienststellingen Zevenaar' van ProRail CV op 28 mei 2014.
61. ACM stelt vast dat de brief van ProRail CV van 28 mei 2014 -anders dan de titel doet vermoeden- geen finaal verdeelbesluit was, maar een richtinggevend standpunt van ProRail CV; nadere invulling was nog steeds nodig. ACM overweegt dat A/C zelf hebben gekozen voor een aanpak die tot deze vorm van besluit -zonder concrete verdeelbeslissing- heeft geleid.¹⁹
62. ACM overweegt voorts dat er in het besluit van ProRail van 28 mei 2014 oog is voor de belangen van A/C, voor zover het een acceptabel reisproduct betreft. ACM stelt tevens vast dat A/C bovendien, nadat zij hun zienswijze hebben gegeven, hebben verklaard zich in het besluit te kunnen vinden.

Tussenconclusie

63. ACM constateert dat in het proces tot aan 28 mei 2014 de aandacht van ProRail in eerste instantie gericht is op het honoreren van de buitendienststellingsaanvragen die voorlagen, zowel voor het vervoer als voor het onderhoud. Naar het oordeel van ACM is dit in lijn met artikel 4 van het Besluit capaciteitsverdeling hoofdspoorweginfrastructuur en artikel 20 en artikel 21 van Richtlijn 2001/14/EG. Met het oog op die regelgeving vindt ACM het verklaarbaar en juist dat de noodzaak van de aanvraag voor een buitendienststelling van 16 aaneengesloten dagen in deze fase is onderzocht, terwijl alternatieve oplossingen hier veel minder aan bod zijn gekomen. Daarbij zijn A/C, naar het oordeel van ACM, voldoende in de gelegenheid gesteld hun zienswijzen op de onderhoudsaanvraag te geven. Van benadeling in de zin van artikel 71 Sw is hier geen sprake.
64. Nu A/C in het coördinatie proces zelf een alternatieve aanpak hebben gekozen en ingestemd hebben met het resultaat daarvan, is ACM verder van oordeel dat onduidelijkheid over deze processtap niet aan ProRail kan worden tegengeworpen en dat zij daarmee ook geen oneigenlijk gebruik van de procedures heeft gemaakt. Er is ook op dit punt geen sprake van benadeling in de

¹⁹ Blz 6. Verslag van de hoorzitting, d.d.3 februari 2015 : 'Arriva en Connexion hebben gemeend met een interne Geschillencommissie uit de voeten te kunnen.'

Besluit Openbare versie

zin van artikel 71 Sw.

5.3 Beoordeling 3^e fase (Interpretatie besluit en Jaardienst 2015)

65. In het 'vervolg-projectoverleg Zevenaar' van 1 juli 2014 wordt duidelijk dat er belangrijke interpretatieverschillen zijn van het besluit van ProRail van 28 mei 2014 . A/C blijken uit te gaan van de mogelijkheid van een minimaal treinproduct tussen Arnhem en Zevenaar, terwijl ProRail opteert voor een volledige versperring gedurende 16 dagen.
66. ACM overweegt dat partijen in de coördinatie zich in moeten spannen om tot een oplossing te komen, zoals in de paragraaf Coördinatie van de Netverklaring 2015 is bepaald. In dat kader kan van beide partijen worden verwacht dat ze in geval van conflict hun bezwaren en voorkeuren onderbouwen, zodat een afgewogen beslissing kan worden genomen. Als deze bezwaren gerechtvaardigd lijken moet ProRail zich inspannen in de coördinatiefase een alternatief te onderzoeken. Als in het uiterste geval een geschillencommissie wordt ingeschakeld, zal deze voor een goede afweging ook een substantiële onderbouwing van beide oplossingsvarianten verlangen.
67. ACM stelt vast dat de oplossingsvariant van A/C vooral een oplossingsrichting is geweest, zonder concrete uitwerking van het voorstel. ACM overweegt daarnaast dat A/C hun bezwaren tegen het buitendienststellingsplan van ProRail in deze fase slechts beperkt hebben onderbouwd. Zowel reizigerscijfers als gegevens over in te zetten bussen zijn niet gebaseerd op de specifieke cijfers voor de betreffende periode. ACM stelt vast dat A/C na sluiting van de coördinatiefase (na een eerste toezegging op 20 augustus) eerst op 1 oktober 2014 een meer concrete onderbouwing van de reizigersaantallen aanleverden. Ook berust het standpunt van A/C over de (on-) mogelijkheden bij station Arnhem in deze kwestie voor een belangrijk deel op aannames, die niet zijn geverifieerd bij de gemeente Arnhem.
68. ACM stelt vast dat ProRail in deze fase vervolgens in correspondentie met A/C herhaaldelijk heeft aangegeven dat zij de oplossingsrichting van A/C met een pendeltrein tussen Arnhem en Duiven/Zevenaar niet uitvoerbaar acht en dat zij het idee niet verder uitwerkt. Vanaf 1 juli 2014 was het voor A/C kenbaar dat ProRail het Besluit anders interpreteerde dan A/C en dat de daarmee verbonden concrete capaciteitsverdeling voor 2015 anders zou uitpakken dan door A/C gewenst. Nadat ProRail op 4 juli 2014 haar duiding van het Besluit had gegeven, kon bij A/C geen misverstand bestaan over het interpretatieverschil tussen ProRail en A/C. Het verschil in opvatting over de uitleg van het besluit komt buiten elke twijfel te staan als ProRail op 24 juli 2014 de eis van A/C van 18 juli 2014 om de pendeltrein-optie te onderzoeken afwijst.
69. Ter beslechting van een patstelling konden A/C tijdens de coördinatie tot 11 augustus 2014 op ieder moment beroep doen op de formele geschillenprocedure, die binnen 10 werkdagen tot uitsluitel zou leiden over het geschil. ACM overweegt dat het voor de hand had gelegen dat A/C voor dit moment de geschilbeslechtigingsprocedure als beschreven in paragraaf 4.4.2 van de

13/24

Besluit

Openbare versie

Netverklaring 2015 hadden ingeroepen, om hun visie en voorstellen onder leiding van een onafhankelijke derde te laten toetsen. De wetgever heeft dit middel specifiek gecreëerd om te borgen dat de belangen van partijen voldoende worden gehoord. Daartoe was vereist dat A/C een schriftelijk verzoek voor geschilbeslechting zouden indienen.

70. Van een dergelijk expliciet schriftelijk verzoek door A/C is ACM niet gebleken. De bezwaren van A/C tijdens de coördinatieprocedure als geuit op 1 juli en 18 juli 2014 zijn niet als zodanig te kwalificeren. Daarnaast hebben A/C zelf in de hoorzitting 3 februari 2015 aangegeven dat zij in het proces bewust niet de formele geschillenprocedure hebben willen invoeren: "*Arriva en Connexxion zijn niet gelijk naar de formeel in de Toegangsovereenkomst aangewezen Geschillencommissie gegaan zoals voor de Merwede/Linge-lijn. Arriva en Connexxion hebben gemeend met een interne Geschillencommissie uit de voeten te kunnen.*" In de hoorzitting van 3 maart 2015 bevestigen A/C nogmaals geen geschil te zijn aangegaan.²⁰ ACM stelt vast dat A/C om hen moverende redenen de formele geschillenprocedure niet hebben ingeroepen en daarmee de capaciteitsverdeling voor 2015 hebben geaccepteerd.

Tussenconclusie

71. ProRail moet in deze fase, als onderdeel van de coördinatieprocedure, de bezwaren en oplossingen van A/C beoordelen. Dit doet zij mede op basis van hetgeen A/C hebben aangedragen aan bezwaren en oplossingen, zoals aangegeven in de paragraaf Coördinatie van de Netverklaring 2015. ACM stelt vast dat deze onderbouwing onvoldoende concreet was om te concluderen dat ProRail nader onderzoek had moeten doen.
72. ACM concludeert dat A/C om hen moverende redenen geen beroep hebben gedaan op de geschillenprocedure om het geschil met ProRail te laten beslechten en haar oplossingsvariant gehonoreerd te krijgen. A/C hebben als professionele partijen in een zakelijke markt kennelijk geen noodzaak gezien om tijdens de coördinatieprocedure gebruik te maken van de mogelijkheid om geschilbeslechting onder onafhankelijk voorzitterschap in te roepen, en hebben ook in deze fase vertrouwd op een alternatieve aanpak. ACM concludeert dat de keuze van A/C voor de gevolgde aanpak -en het nalaten van een formeel verzoek om geschilbeslechting- voor hun rekening moet komen en dat eventuele nadelige gevolgen daarvan niet aan ProRail kunnen worden tegengeworpen. Er is geen sprake van benadeling in de zin van artikel 71 Sw.

5.4 Beoordeling 4^e fase (Optie Noodperron Zevenaar)

73. Het capaciteitsverdelingsproces is formeel afgesloten op 25 augustus 2014. ACM stelt vast dat na deze datum, dus na de formele verdeelprocedures, nog onderzoek plaats heeft gevonden voor een eventuele aanleg van een noodperron bij Zevenaar. Hierdoor zou de jaardienstverdeling rond Zevenaar mogelijk alsnog moeten worden aangepast. Dit onderzoek is gestart omdat A/C ontevreden zijn over de uitkomst van de capaciteitsverdeling voor 2015. Deze verkenningen

²⁰ Blz 6. Verslag van de hoorzitting, d.d.3 februari 2015 en blz 16 Verslag van de hoorzitting, d.d.3 maart 2015

Besluit

Openbare versie

hebben uiteindelijk niet geleid tot een wijziging in de vastgestelde verdeling .

74. ACM overweegt dat in beginsel de regels en procedures voor de capaciteitsverdeling, zoals vastgelegd in de Netverklaring 2015 leidend zijn voor de onderlinge rechten en plichten van A/C en ProRail. Hiermee zijn ook de rechten en plichten van de andere gebruikers van de spoorweginfrastructuur in het capaciteitsproces geborgd.
75. ACM erkent dat er daarnaast ook ruimte is om -met het oog op wederzijdse belangen- af te wijken van de procedures in de Netverklaring en/of deze ruim toe te passen, maar wijst er tegelijkertijd op dat de belangen van andere capaciteitsgebruikers van ProRail hierdoor niet in het gedrang mogen komen. ACM stelt vast dat (juist) op de baanvakken in onderhavige kwestie een grote verwevenheid van deze belangen bij de jaardienstverdeling 2015 bestaat.
76. ACM is van oordeel dat het vanuit het oogpunt van rechtszekerheid voor alle capaciteitsgebruikers niet wenselijk is de jaardienstverdeling aan te passen ná de formele vaststelling daarvan. In elk geval is voor een dergelijke wijziging toestemming van alle betrokken capaciteitsgebruikers nodig. Mede gelet op de verwevenheid van de verschillende buitendienststellingen bij Zevenaar zoals vastgelegd in de jaardienstverdeling 2015, is ACM van oordeel dat een aanpassing niet realistisch was en dat het niet zinvol was die verdeling alsnog, na de formele verdeling, ter discussie te stellen.

Tussenconclusie

77. Voor zover er door ProRail verwachtingen zijn gewekt bij A/C door de mogelijkheid van een noodperron/keervoorziening nader te gaan onderzoeken, concludeert ACM dat de Spoorwegwet en de Netverklaring in deze fase geen (formele) procedure bieden om de jaardienstverdeling te herzien. Het ingestelde onderzoek valt buiten de formele procedures voor de jaardienstverdeling en van oneigenlijk gebruik van die procedures kan in deze fase geen sprake zijn. Daaruit volgt dat er ook in zoverre geen sprake kan zijn van benadeling in de zin van artikel 71 Sw.
78. Gelet op de rechtszekerheid van de verschillende gebruikers rond Zevenaar en hun capaciteitsrechten, zoals die zijn vastgelegd in de jaardienstverdeling 2015, is ACM van mening dat het niet realistisch was van ProRail en A/C die verdeling alsnog, na de formele verdeling ter discussie te stellen. ACM overweegt dat het niet waarschijnlijk was dat de uitkomst van het onderzoek naar het noodperron zou leiden tot aanpassingen, waarmee de belangen van A/C beter gediend konden worden. De formele procedures waren afgesloten en de capaciteitsrechten lagen voor alle aanvragers inmiddels vast. Van benadeling van de belangen van A/C in de zin van artikel 71 Sw door dit onderzoek van ProRail is dan ook geen sprake.

5.5 Conclusie Handelwijze ProRail

79. ACM concludeert dat gebrek aan duidelijkheid in de verschillende fases van het verdeelproces en ongefundeerde verwachtingen over het resultaat daarvan, zoals door A/C

15/24

Besluit

Openbare versie

ervaren, niet het gevolg is van oneigenlijk gebruik van procedures door ProRail en niet aan ProRail kan worden toegerekend. Dit neemt niet weg dat ACM van mening is dat ProRail er voor moet waken dat zij in alle facetten van het verdeelproces ondubbelzinnige en eenduidige stappen zet.

80. ProRail heeft in de verschillende fases A/C voldoende gelegenheid geboden voor hoor en wederhoor. ACM stelt vast dat A/C hun standpunten niet tijdig of voldoende onderbouwd hebben aangegeven. Ook maakten zij bewust geen gebruik van de formele geschillenbeslechtsprocedure om hun belangen onder onafhankelijk voorzitterschap te laten beoordelen. Het onderzoek dat na 25 augustus 2014 is uitgevoerd hadden A/C via die procedure wel tijdig mee kunnen laten wegen, mits zij hun bezwaren en oplossingsvariant voldoende hadden onderbouwd. Voor zover de oplossingsvariant van A/C hierdoor minder aandacht heeft gekregen, kan dit niet aan ProRail worden toegerekend.
81. ACM verklaart de klacht op dit onderdeel ongegrond.

5.6 Kosten

82. In haar brief van 21 april 2015 maakt ProRail een kanttekening bij de kosten die zij zal vergoeden in verband met de buitendienststelling. Deze kanttekening lijkt een inbreuk te maken op de toezegging in de brief van ProRail van 28 mei 2014, dat de kosten voor zowel de voorzieningen die getroffen moeten worden, als voor vervangend vervoer door ProRail gedragen zullen worden.
83. Na een verzoek om toelichting van ACM volgt op 7 mei 2015 een schriftelijke opsomming van de kostenposten, zoals A/C die hadden opgesteld ten behoeve van overleg met ProRail op 8 april 2015 over vergoeding van de kosten van de 16-daagse buitendienststelling. ProRail heeft daarbij aangegeven dat alle opgevoerde kostensoorten voor vergoeding in aanmerking komen, met uitzondering van Projectkosten.
84. ACM is van oordeel dat ProRail bij de uitvoering van de buitendienststelling, de voorwaarden voor de verdeling, zoals zij die in haar brief van 28 mei 2014 heeft aangegeven, moet nakomen. Dat betekent dat ProRail alle kosten van het vervangend vervoer voor haar rekening neemt, alsmede alle kosten voor de voorzieningen die getroffen moeten worden bij station Arnhem om een acceptabel busproduct te kunnen bieden.
85. De kanttekeningen die ProRail in de eerder genoemde brieven ten aanzien van de kosten maakt, moeten daarbij stroken met de toezeggingen in de brief van ProRail van 28 mei 2014. ACM overweegt daarbij dat het van ondergeschikt belang is of kosten als 'intern' zijn of worden aangemerkt. Ook 'interne' kosten kunnen voortvloeien uit het treffen van de vereiste voorzieningen rond station Arnhem. Daarnaast behoren ook de kosten van (infrastructurele) voorzieningen, die rechtstreeks voortvloeien uit het tijdig faciliteren van

16/24

Besluit

Openbare versie

trein-vervangend busvervoer, door het Project/ProRail gedragen te worden. Hieronder vallen de extra kosten, die gemaakt moeten worden om het busplatform tijdig -en dus mogelijk eerder dan gepland- gereed te hebben.

5.7 Conclusie kosten

86. De toezeggingen van ProRail als gedaan in haar brief van 28 mei 2014 en in haar brief van 7 mei 2015 over de vergoeding van de kosten zijn, met in achtneming van de overwegingen van ACM zoals in voorgaand randnummer geschetst, naar het oordeel van ACM voldoende en leveren geen benadeling op van A/C als bedoeld in artikel 71 Sw.

6. Inkomstenderving

87. A/C handhaven hun claim op compensatie van inkomstenderving. Daarbij onderscheiden A/C enerzijds inkomstenderving als gevolg van inadequate in- en uitcheck faciliteiten en anderzijds inkomstenderving als gevolg van 'reizigersuitval'.

6.1 In- en uitcheckfaciliteiten

88. Ten aanzien van de in- en uitcheck faciliteiten hebben A/C er op gewezen dat problemen met het tijdelijk plaatsen van in- en uitcheckpalen ertoe leiden dat reizigers niet meer adequaat kunnen in- en uitchecken. Daarbij draait het met name om de kosten van het plaatsen van voldoende in- en uitcheckpalen.
89. ProRail heeft reeds tijdens de hoorzitting van 3 maart 2015 verklaard de kosten van het busvervoer tijdens de buitendienststelling volledig te zullen vergoeden. In haar brief van 7 mei 2015 licht zij toe dat daaronder mede begrepen zijn de kosten *'van transport plaatsing en stallingsuur'* van de in-/ en uitcheck faciliteiten.
90. In hun brief van 6 mei 2015 hebben A/C ten aanzien van de in-/uitcheck faciliteiten, op schriftelijk verzoek van ACM, overigens laten weten dat problemen met tijdelijke in- en uitcheck faciliteiten *'slechts een zeer klein deel van de te verwachten inkomstenderving'* uitmaken.
91. ACM is van oordeel dat, mits er voldoende tijdelijke in- en uitcheckpalen in de bussen of bij de bushaltes worden geplaatst, er geen sprake kan zijn van inkomstenderving als gevolg van reizigers die niet kunnen in- (of uit)checken. Nu ProRail heeft aangegeven de kosten voor het plaatsen van deze in- en uitcheckpunten te vergoeden, krijgen A/C de middelen om voldoende faciliteiten te (laten) plaatsen. ACM concludeert dat dit punt dan geen belemmering meer kan vormen voor het incasseren van de vervoersinkomsten.

17/24

Besluit

Openbare versie

6.1.1 Conclusie

92. ACM is van oordeel dat het gedrag van ProRail geen aanleiding geeft om benadeling van A/C vast te stellen en verklaart de klacht op dit onderdeel ongegrond.

6.2 Reizigersuitval

93. A/C hebben aangevoerd dat als gevolg van de buitendienststelling een deel van hun reizigers zal wegblijven en alternatief vervoer zal zoeken. Deze zogenoemde reizigersuitval is volgens A/C vooraf niet exact aan te geven, maar wel achteraf te berekenen. A/C verlangen van ProRail dat zij de inkomstenderving als gevolg van deze reizigersuitval vergoedt.
94. ACM stel vast dat ProRail in de Netverklaring 2015 in paragraaf 4.4.1.3.2 een vergoedingsregeling aanbiedt in geval van buitendienststellingen, maar dat deze regeling niet ziet op vergoeding van gedeerde inkomsten. Verder kent noch de Spoorwegwet, noch het Besluit Capaciteitsverdeling Hoofdspoorweginfrastructuur een grondslag voor een verplichting tot schadevergoeding van vervoerders voor kosten als gevolg van niet-beschikbare capaciteit bij buitendienststellingen.

6.2.1 Conclusie

95. ACM concludeert dat er geen grondslag is in de Spoorwegwet of het Besluit Capaciteitsverdeling Hoofdspoorweginfrastructuur voor het vergoeden van inkomstenderving. Beoordeling van een verzoek tot schadevergoeding als gevolg van gedeerde inkomsten is voorbehouden aan de burgerlijke rechter. ACM verklaart de klacht op dit onderdeel ongegrond.

Besluit Openbare versie

7. Dictum

ACM verklaart:

1. de klacht op het onderdeel over de handelwijze van ProRail in het voorbereidende proces ongegrond;
2. de klacht op het onderdeel over inkomstenderving:
 - a. als gevolg van inadequate in-en uitcheckfaciliteiten ongegrond;
 - b. de klacht op het onderdeel over inkomstenderving als gevolg van reizigersuitval ongegrond.

Autoriteit Consument en Markt
namens deze,

w.g.

mr. C. de Jong-Kwestro

Teammanager Telecom, Vervoer en Post

19/24

Beroepsmogelijkheid:

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 (070) 381 39 10 (zie rechtspraak.nl).

Besluit

Openbare versie

Bijlage

1. Nationale wetgeving

1. Artikel 57 Sw schrijft voor:

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

2. Als aanvrager als bedoeld in artikel 2, onderdeel b, van richtlijn 2001/14/EG worden aangemerkt:

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

[...]"

2. Artikel 71 Sw luidt als volgt:

*"1. Een gerechtigde als bedoeld in artikel 57 of een andere belanghebbende kan de Autoriteit Consument en Markt schriftelijk verzoeken om te onderzoeken of de beheerder, een spoorwegonderneming of een rechthebbende als bedoeld in artikel 67 of 95 de verzoeker oneerlijk heeft behandeld, heeft gediscrimineerd of anderszins heeft benadeeld **als bedoeld in artikel 10, zevende lid, van richtlijn 91/440/EEG of artikel 30, tweede lid, van richtlijn 2001/14/EG.***

[...]".

3. Artikel 4 , eerste lid, Besluit capaciteitsverdeling hoofdspoorweginfrastructuur bepaalt:

*"1. De beheerder en gerechtigden nemen bij de capaciteitsverdelingsprocedure voor de normale dienstregeling de procedure van de **artikelen 19, 20 en 21** en het tijdschema van bijlage III **van richtlijn 2001/14/EG in acht.***

[...]".

2. Europese regelgeving

4. Artikel 10, zevende lid, van Richtlijn 91/440/EEG bepaalt:

"[...]"

7. [...] Elke aanvrager of belanghebbende kan bij de instantie een klacht indienen indien hij van mening is dat hij oneerlijk is behandeld, is gediscrimineerd of anderszins is benadeeld. Op grond van de klacht, en eventueel ambtshalve, treft de instantie zo snel mogelijk adequate maatregelen om ongewenste marktontwikkelingen om te buigen. [...]"

5. Artikel 30, tweede lid, sub c, van Richtlijn 2001/14/EG schrijft voor:

"[...]"

2. Wanneer een aanvrager van mening is dat hij oneerlijk behandeld, gediscrimineerd of op enigerlei andere wijze benadeeld is, kan hij zich tot de toezichthoudende instantie wenden,

20/24

Besluit Openbare versie

met name om beroep aan te tekenen tegen beslissingen van de infrastructuurbeheerder of, indien van toepassing, de spoorwegonderneming ten aanzien van:

[...]

c) de toewijzingsprocedure en het resultaat daarvan;

[...].”

6. Artikel 56, eerste lid, van Richtlijn 2012/34/EU bepaalt:

Taken van de toezichthoudende instantie

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

[...]

c) de toewijzingsprocedure en het resultaat daarvan;

[...].”

7. Artikel 20, eerste en derde lid, van richtlijn 2001/14/EG geven het volgende aan met betrekking tot de *Programmatie*:

“1. De infrastructuurbeheerder tracht alle infrastructuurcapaciteitsaanvragen zoveel mogelijk te honoreren, met inbegrip van aanvragen voor treintrajecten die meer dan één net betreffen, en zoveel mogelijk rekening te houden met de gevolgen van alle beperkingen voor aanvragers, zoals het economische effect op hun activiteiten.

[...]

3. De infrastructuurbeheerder raadpleegt de belanghebbende partijen over de ontwerp-dienstregeling en geeft hun ten minste één maand de tijd om hun mening kenbaar te maken. Tot de belanghebbende partijen behoren behalve de partijen die infrastructuurcapaciteit hebben aangevraagd, ook andere partijen die in de gelegenheid wensen te worden gesteld opmerkingen te maken over de invloed die de dienstregeling kan hebben op hun mogelijkheden om spoorwegdiensten gedurende het dienstregelingstijdvak te verrichten.”

8. Artikel 21 van richtlijn 2001/14/EG bepaalt ten aanzien van de *Coördinatieprocedure*:

“1. Wanneer de infrastructuurbeheerder tijdens de in artikel 20 bedoelde programmatieprocedure op met elkaar concurrerende aanvragen stuit, tracht hij door coördinatie voor deze aanvragen de meest geschikte oplossing uit te werken.

2. Wanneer zich een situatie voordoet waarin coördinatie vereist is, heeft de infrastructuurbeheerder het recht binnen redelijke grenzen een van de oorspronkelijk aangevraagde infrastructuurcapaciteit afwijkende capaciteit voor te stellen.

3. De infrastructuurbeheerder tracht door overleg met de betrokken aanvragers eventuele conflicten op te lossen.

4. De voor het coördinatieproces geldende beginselen worden in de netverklaring opgenomen. Deze beginselen geven met name de moeilijkheden weer die zich voordoen bij

21/24

Besluit Openbare versie

het regelen van internationale treintrajecten, en de mogelijke gevolgen van een wijziging voor andere infrastructuurbeheerders.

5. Indien aanvragen voor infrastructuurcapaciteit niet zonder coördinatie kunnen worden ingewilligd, tracht de infrastructuurbeheerder voor alle aanvragen door coördinatie een oplossing te vinden.

6. Onverminderd de bestaande beroepsprocedures en het bepaalde in artikel 30 wordt voor geschillen in verband met de toewijzing van infrastructuurcapaciteit een regeling ingesteld om dergelijke geschillen snel te beslechten. Bij toepassing van deze regeling wordt binnen tien werkdagen een uitspraak gedaan.

3. Netverklaring 2015²¹

9. Paragraaf 4.4 aanhef onder f betreft de 'Werkwijze aanvraag en verdeling van capaciteit' en luidt als volgt:

"In paragraaf 4.2 is een overzicht gegeven van de processen ten behoeve van de (voorbereiding van de) capaciteitsverdeling. Hieronder worden deze nader beschreven.

Voor alle processen geldt het volgende:

[...]

f. Programmatie- en coördinatie overleg voor de jaardienst- en ad-hocfase vindt met gemandateerden plaats via de Tafel van Verdeling en voor incidentele werkzaamheden zijn hiertoe de overlegtafels Gebruikersoverleg, Landelijk Platform Overleg en de Incidentele Werkzaamheden Ad-hoc Tafel.

[...]

10. Paragraaf 4.4.1 geeft een nadere beschrijving van de processen:

"[...]

4.4.1.3 Verdelen jaardienst

[...]

4.4.1.3.2 Programmatie en coördinatie

[...]

ProRail identificeert vervolgens de situaties waarin aanvragen met elkaar en/of met de benodigde capaciteit voor werkzaamheden aan of nabij de hoofdspoorwegen alsmede het onderhoudsrooster concurreren. Voor die situaties start ProRail de coördinatie.

[...]

Procesregels

Voor de programmatie- en coördinatieprocedures gelden de volgende procesregels:

[...]

2 De daarbij betrokken aanvragers worden uitgenodigd voor nader overleg over de situatie, eventueel op basis van een programmatievoorstel van ProRail.

3 Elk van de betrokken aanvragers wordt uitgenodigd oplossingsvoorstellen te doen.

22/24

²¹ Netverklaring 2015, versie 1.2 d.d. 15 juli 2014

Besluit Openbare versie

[...]

6 Gestreefd wordt naar oplossingen waarbij [...] zo veel mogelijk de aangevraagde capaciteiten worden gehonoreerd, de commerciële en operationele samenhang binnen de aangevraagde capaciteiten zo min mogelijk verbroken wordt en waarbij de bedrijfseconomische gevolgen van afwijkingen van de aangevraagde capaciteiten zo beperkt mogelijk zijn. De wettelijke prioriteringsregels worden bij het zoeken naar oplossingen niet toegepast.

[...]

Coördinatie

Coördinatie is een proces van gelijkwaardig overleg. In geval van concurrerende aanvragen spannen betrokken partijen zich in om tot een oplossing te komen. Ze zijn daarbij transparant in de in het geding zijnde commerciële en bedrijfseconomische belangen. [...] Indien betrokken aanvragers en/of ProRail dan niet tot overeenstemming komen, dan stelt ProRail vast dat de aanvragen niet naar tevredenheid zijn afgehandeld waarna de betrokken infrastructuur overbelast wordt verklaard. De geschillenregeling kan voor of na toepassing van de verhoging ingeroepen worden om een oplossing te bereiken (zie paragraaf 4.4.2). De verdeling wordt door ProRail na overbelastverklaring vastgesteld met toepassing van de door de wet gestelde prioriteitsregels.

[...]

Vergoedingen bij buitendienststellingen

ProRail kan in het kader van het jaardienstverdelingsproces voor capaciteit ten behoeve van werkzaamheden een financiële compensatie aan gerechtigde(n) overeenkomen anders dan gebruiksvergoedingen.

Onder de voorwaarde dat het alternatief vervoerplan uitvoerbaar en maatschappelijk acceptabel is, wordt in combinatie met deze compensatieafspraken in beginsel de door ProRail opgestelde voorkeursvariant van de buitendienststelling gekozen, met inachtneming van het volgende:

1 Functiewijzigingswerken

a. Voor geplande functiewijzigings- en omgevingswerken ('nieuwbouw') worden de out-of-pocket-kosten voor vervangend vervoer vergoed op basis van door ProRail goedgekeurde offertes die door de spoorwegonderneming met ProRail zijn overeengekomen.

b. [...]

2 Functiehandhavingswerken

a. Voor reizigersvervoerders kan bij geplande functiehandhavingswerken ('groot onderhoud' en 'vernieuwing') sprake zijn van compensatie, en wel in de volgende gevallen en in de hieronder beschreven mate:

i. geen compensatie wordt verleend in geval van buitendienststellingen in weekeinden, nachten, tussen de spitsen, in reizigersverkeerluwe perioden (zijnde schoolvakanties en officiële feestdagen) of als het doorgaande treinverkeer niet wordt geraakt;

ii. wel wordt compensatie verleend als en voor zover een buitendienststelling (deels) op normale werkdagen (niet reizigersverkeerluw) valt en indien daarbij de ochtendspitsen en/of avondspitsen worden geraakt; de compensatie geldt dan voor de vervallen treinkilometers van de treinen gedurende die werkdagen;

iii. [...]

ProRail kan in voorkomend geval een hogere vergoeding overeenkomen, op basis van een

23/24

Besluit

Openbare versie

offerte met betrekking tot de kosten van een te bieden servicelevel met vervangend vervoer.

[...]

3 Combinaties van werkzaamheden

Indien functiehandhavingswerkzaamheden worden gecombineerd met functiewijziging- en/of omgevingsprojecten ('nieuwbouw') wordt de compensatie berekend als het gemiddelde van de vergoedingen die zouden gelden indien er geen sprake zou zijn van gecombineerde werkzaamheden, gewogen naar de duur van het werk. Dit geldt voor reizigers- en goederenvervoerders."

11. Paragraaf 4.4.2 geeft ten aanzien van geschilbeslechting aan:

"Coördinatie is naar zijn aard een technisch overleg tussen deskundigen. Deskundigen kunnen van mening verschillen waardoor er een patstelling over conflicten kan ontstaan. Om het proces van capaciteitsverdeling zijn voortgang te laten houden is er een geschillenregeling die binnen 10 werkdagen uitsluitel geeft. Met de in deze paragraaf beschreven regeling voorziet ProRail in de in artikel 21 lid 6 van richtlijn 2001/14/EG voorgeschreven geschilregeling.

Een aanvrager of ProRail heeft de mogelijkheid het initiatief te nemen tot geschilbeslechting tijdens de coördinatiefase van de jaardienstregeling doch uiterlijk tot 10 werkdagen voor vaststelling van de capaciteitsverdeling van de jaardienstregeling. [...]

De geschilbeslechtingsprocedure voorziet een gesprek tussen de betrokken partijen (hoor en wederhoor) met als doel het conflict op te lossen. Indien geen oplossing wordt bereikt, doet de voorzitter binnen 10 werkdagen na het schriftelijk – aan de Tafel van Verdeling – aanhangig maken van het geschil uitspraak. De uitspraak is vervolgens uitgangspunt voor de verdere coördinatie. Bij conflicterende aanvragen tussen gerechtigden (verkeer/verkeer) is ProRail voorzitter. Bij conflicten tussen een aanvraag van een gerechtigde en de benodigde capaciteit voor geplande werkzaamheden aan of nabij de hoofdspoorwegen of het onderhoudsrooster vindt de behandeling van het geschil plaats onder een van ProRail onafhankelijke voorzitter, die door ProRail wordt aangewezen met instemming van gerechtigden. De behandeling leidt in dat geval tot een advies waarvan ProRail bij de vaststelling van de capaciteitsverdeling alleen deugdelijk gemotiveerd mag afwijken. Deze motivatie maakt ProRail kenbaar aan de betrokken gerechtigden."

24/24