

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 71 van de Spoorwegwet.

Nummer 200041/45.BT612

Betreft zaak: DLC vs ProRail BV

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel 71, eerste lid, van de Spoorwegwet naar aanleiding van het verzoekschrift van Dillen & Le June Cargo NV, gevestigd te Deurne, België.

1. Het verzoekschrift van Dillen & Le June Cargo NV

- 1 Dit besluit heeft betrekking op het verzoekschrift dat Dillen & Le June Cargo NV, gevestigd te Deurne (hierna: DLC) op 23 maart 2006 bij de Raad van Bestuur (hierna: de Raad) heeft ingediend jegens ProRail BV, gevestigd te Utrecht (hierna: ProRail).
- 2 DLC houdt zich bezig met het vervoer van goederen over het spoor. Teneinde de goederen over de hoofdspoorweginfrastructuur, waarvan ProRail beheerder is, te kunnen vervoeren, dient DLC te beschikken over capaciteit. DLC wenst toegang te verkrijgen tot het baanvak Budel-Weert en heeft een formele klacht ingediend vanwege de weigering van capaciteit door ProRail over het betrokken baanvak. Bij het verzoekschrift heeft DLC de Raad het navolgende verzocht:

- te bemiddelen in de gesprekken met ProRail;
- het afdwingen van de volledige onbeperkte capaciteit over het grensbaanvak Budel-Weert over de kortst mogelijke termijn met vastlegging van een deadline;
- het onmiddellijk afdwingen van beperkte capaciteit waarbij het baanvak door middel van een lastgeving met beperkte snelheid kan worden bereiden;
- het bijstaan van DLC in de bemiddeling van de kosten claim¹.

- 3 Met het onderhavige besluit beoordeelt de Raad of ProRail DLC ingevolge artikel 71, eerste lid, van de Spoorwegwet 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.

2. Het verloop van de procedure

- 4 Op 23 maart 2006 heeft DLC het bovenstaande verzoekschrift jegens ProRail bij de Raad ingediend.
- 5 Bij brief d.d. 4 april 2006 heeft de directeur Vervoerkamer van de NMa aan ProRail vragen gesteld over de technische staat van het baanvak Budel-Weert, de beperkte gebruiksmogelijkheden, de capaciteitsverdeling en de problemen rondom de herstelwerkzaamheden². Bij brief van 11 mei 2006 heeft ProRail deze vragen beantwoord³.
- 6 Bij brief d.d. 29 mei 2006 heeft de directeur Vervoerkamer van de NMa een aanvullend informatieverzoek ingediend bij ProRail. Bij brief van 8 juni 2006 heeft ProRail aanvullende informatie verstrekt⁴.
- 7 Bij brief d.d. 27 juni 2006 heeft de directeur Vervoerkamer de Inspectie Verkeer en Waterstaat verzocht om inspectie van het baanvak Budel-Weert. De directeur Vervoerkamer heeft hierbij aangegeven een oordeel te willen krijgen over de vraag of en in hoeverre de betreffende infrastructuur aan de gestelde veiligheidseisen voldoet⁵. Bij brieven van 27 juni 2006 heeft de directeur Vervoerkamer DLC en ProRail uitgenodigd om bij deze inspectie aanwezig te zijn⁶. De inspectie heeft plaatsgevonden op 3 juli 2006. Bij de inspectie waren, naast de inspecteur van de Inspectie Verkeer en Waterstaat, een vertegenwoordiger van DLC en twee ambtenaren van de NMa aanwezig.

¹ 200041/1

² 200041/4

³ 200041/11

⁴ 200041/13 en 200041/15

⁵ 200041/23

⁶ 200041/24 en 200041/25

De Inspectie Verkeer en Waterstaat heeft op basis van de inspectie een oordeel gegeven over de technische staat van het baanvak. Dit oordeel is aan partijen toegezonden⁷.

- 8 Nadat DLC op 4 juli 2006 en ProRail op 5 juli 2006 een aantal aanvullende vragen van de Raad schriftelijk heeft beantwoord, hebben de partijen tijdens een op 7 juli 2006 gehouden hoorzitting hun standpunten naar aanleiding van het verzoekschrift nader mondeling toegelicht. Van de bijeenkomst is een verslag opgemaakt dat aan partijen is toegezonden⁸.

3. De toepasselijke regelgeving

- 9 Bij de Spoorwegwet is onder meer het volgende bepaald:

Artikel 16

1. Onze Minister verleent een of meer concessies voor het beheer van de hoofdspoorweginfrastructuur. Het beheer omvat de zorg voor:

- a. de kwaliteit, betrouwbaarheid en beschikbaarheid van de infrastructuur,*
- b. een eerlijke, niet-discriminerende verdeling van de capaciteit van de infrastructuur zowel ten behoeve van de beheerder als ten behoeve van spoorwegondernemingen;*
- c. het leiden van het verkeer over de infrastructuur.*

2. Een concessie bevat een beschrijving van de werkzaamheden waarvoor de concessie wordt verleend.

(...)

Artikel 17

1. Aan de concessie worden in elk geval voorschriften, onder meer houdende prestatie-indicatoren, verbonden om te waarborgen dat:

- a. de infrastructuur in goede staat verkeert en geschikt is voor het verkeer of ander gebruik waarvoor zij bestemd is;*
- b. de infrastructuur veilig en doelmatig bereden kan worden zonder overmatige slijtage aan spoorvoertuigen;*
- c. de risico's van het gebruik en beheer voor de veiligheid van hoofdspoorwegen worden geanalyseerd en dat passende maatregelen worden genomen, waaronder het zo nodig buiten dienst stellen van een gedeelte van de hoofdspoorweg, om deze risico's afdoende te beheersen, waarbij rekening wordt gehouden met de specifieke vereisten van de te verwachten bedrijfsvoering en de stand der techniek;*
- d. voldaan wordt aan de richtlijnen 91/440/EEG en 2001/14/EG;*

(...)

⁷ 200041/32, 200041/34 en 200041/35

⁸ 200041/40 en 200041/41

Artikel 58

1. De beheerder stelt jaarlijks, na overleg met betrokken gerechtigden een netverklaring op.
2. De netverklaring bevat de gegevens, bedoeld in artikel 3 en bijlage I van richtlijn 2001/14/EG, en voorts ten minste:
 - a. informatie over voor bepaalde soorten van gebruik voorbehouden capaciteit;
 - b. een zakelijke weergave van de inhoud van de geldende kaderovereenkomsten
 - c. een prognose omtrent de ontwikkeling van de capaciteit;
 - d. alle overige relevante informatie voor het gebruik van de capaciteit.
3. Ten minste zestien maanden voor het begin van de dienstregelingsperiode en tegen vergoeding van ten hoogste de kostprijs stelt hij de gewijzigde netverklaring algemeen verkrijgbaar en doet hij van de wijzigingen mededeling aan de betrokken spoorwegondernemingen en aan de raad van bestuur.

Artikel 71

1. Een gerechtigde als bedoeld in artikel 57 of een andere belanghebbende kan de raad van bestuur NMa 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.
(...)

- 10 Bij het Besluit Spoorverkeer is onder meer het volgende bepaald:

Artikel 23

1. De beheerder draagt er zorg voor dat bij storing van het treinverkeer over de hoofdspoorweg of bij andere onregelmatigheden op of aan de hoofdspoorweg die een veilig en ongestoord verkeer op die hoofdspoorweg in gevaar brengen of kunnen brengen, zo spoedig mogelijk de veilige en ongestoorde treinenloop wordt hersteld.
2. Te dien einde kan de beheerder in het belang van een veilig en ongestoord verkeer op de hoofdspoorweg aan bestuurders en aan andere personen die zich op of nabij die hoofdspoorweg bevinden, aanwijzingen inzake dat verkeer geven.
(...)

- 11 Bij het Besluit aanwijzing hoofdspoorwegen is onder meer het volgende bepaald:

Bijlage 1

De volgende spoorwegen, daarbij inbegrepen de niet genoemde verbindingsbogen die deze spoorwegen onderling met elkaar verbinden, zijn hoofdspoorwegen:

Punt 12

Utrecht Centraal – 's Hertogenbosch – Eindhoven – Weert – Roermond – Sittard < Heerlen – Duitse grens/Maastricht – Eijsden – Belgische grens, met de zijtakken:

(..)

b. Weert – Belgische grens;

(..)

12 Bij Richtlijn 91/440/EEG is onder meer het volgende bepaald:

Artikel 10

(..)

7. Onverminderd de communautaire en nationale regelgeving inzake mededingingsbeleid en de bevoegdheden van de desbetreffende instellingen, oefent de overeenkomstig artikel 30 van Richtlijn 2001/14/EG ingestelde toezichthoudende instantie, of een andere instantie met eenzelfde graad van onafhankelijkheid, toezicht uit op de concurrentie op de markt van de spoorwegvervoersdiensten, met inbegrip van het goederenvervoer.

Die instantie wordt ingesteld overeenkomstig artikel 30, lid 1, van bovengenoemde richtlijn. 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. Om de noodzakelijke mogelijkheid van rechterlijke toetsing en de noodzakelijke samenwerking tussen de nationale toezichthoudende instanties te verzekeren, zijn artikel 30, lid 6, en artikel 31 van bovengenoemde richtlijn in deze context van toepassing.

(..)

Bij Richtlijn 2001/14/EG is onder meer het volgende bepaald:

Artikel 30

(..)

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

a) de netverklaring;

b) de daarin opgenomen criteria;

c) de toewijzingsprocedure en het resultaat daarvan;

(..)

De minister van Verkeer en Waterstaat verleent de concessie voor het beheer van de hoofdspoorweginfrastructuur. De concessie bevat de beschrijving van de werkzaamheden waarvoor de concessie wordt verleend. In de Beheerconcessie is onder meer het volgende bepaald:

Artikel 2

1. Aan ProRail wordt een concessie verleend voor het beheer van de hoofdspoorweginfrastructuur, bestaande uit en behorend bij de als zodanig bij koninklijk besluit aangewezen hoofdspoorwegen, bedoeld in de artikelen 2 en 124 van de Spoorwegwet, met uitzondering van hoofdspoorweginfrastructuur voorzover voor het beheer daarvan een afzonderlijke concessie geldt.

2. Het in het eerste lid bedoelde beheer omvat de zorg voor:

- a. de kwaliteit, betrouwbaarheid en beschikbaarheid van de hoofdspoorweginfrastructuur,*
 - b. de eerlijke, niet-discriminerende verdeling van de capaciteit van de hoofdspoorweginfrastructuur zowel ten behoeve van ProRail als ten behoeve van gerechtigden,*
- (..)*

Artikel 3

ProRail draagt zorg voor een doelmatige en doeltreffende uitvoering van deze concessie.

Daartoe zorgt ProRail ervoor, mede gelet op de artikelen 5 en 6, dat:

- a. de hoofdspoorweginfrastructuur in goede staat verkeert en geschikt is voor het verkeer of ander gebruik waarvoor zij bestemd is, waaronder wat betreft de transfervoorzieningen in elk geval wordt verstaan dat zij toegankelijk en sociaal veilig zijn;*
- b. de hoofdspoorweginfrastructuur veilig en doelmatig bereiden kan worden zonder overmatige slijtage aan spoorvoertuigen;*
- c. de risico's van het gebruik en beheer voor de veiligheid van de hoofdspoorweginfrastructuur worden geanalyseerd en passende maatregelen worden genomen, waaronder het zo nodig buiten dienst stellen van een gedeelte van de hoofdspoorweg, om deze risico's afdoende te beheersen, waarbij rekening wordt gehouden met de specifieke vereisten van de te verwachten bedrijfsvoering en de stand van de techniek.*

4. De feiten en omstandigheden

Voor de beoordeling van het verzoek zijn de volgende feiten en omstandigheden van belang.

- 13 Bij e-mail van 2 december 2004 heeft DLC bij ProRail een verzoek ingediend tot wijziging van de treinpaden via Born-Berendrecht en Berendrecht-Born vanaf 12 december 2004.

Hierbij heeft DLC verzocht om de route via Roosendaal te vervangen door de route via Hamont/Budel⁹.

- 14 Bij e-mail van 4 januari 2005 heeft ProRail aan DLC medegedeeld dat het voorlopig niet mogelijk is treinpaden toe te kennen over de route via Budel, met als argument dat de onderhoudssituatie van het baanvak naar het oordeel van ProRail geen zware treinen toelaat¹⁰.
- 15 Bij brief van 18 januari 2005 heeft DLC ProRail verzocht om een motivering voor de sluiting van het baanvak Budel-Weert. Tevens verzoekt DLC ProRail de nodige inspanningen te leveren tot reactivering van het baanvak en DLC op de hoogte te brengen van de planning hieromtrent¹¹.
- 16 Bij brief van 19 april 2005 heeft ProRail DLC een toelichting gegeven op de technische staat van het baanvak Budel-Weert. Tevens geeft ProRail aan het besluit te hebben genomen om de kwaliteit van het desbetreffende baanvak op het niveau te brengen dat ProRail in staat stelt de door DLC gevraagde capaciteit daadwerkelijk te honoreren. ProRail geeft aan dat verwacht wordt dat het baanvak met ingang van 1 oktober 2005 beschikbaar zal zijn voor de treindiensten van DLC¹².
17. Op 29 juni 2005 heeft ProRail de Netverklaring 2006 uitgebracht¹³. De Netverklaring is geldig in de periode van 11 december 2005 tot en met 9 december 2006. De Netverklaring 2006 is de eerste verklaring die is opgesteld in het licht van de op 1 januari 2005 in werking getreden Spoorwegwet. In deze netverklaring wordt het baanvak Weert-Budel-grens niet aangemerkt als een baanvak met verkeers- of vervoersbeperkingen, anders dan een beperking opgenomen ten aanzien van het personenvervoer. Hieruit volgt dat het baanvak Budel-Weert voor goederenvervoerders als DLC gewoon beschikbaar was.
- 18 Bij e-mail van 14 juli 2005 heeft DLC wederom een capaciteitsaanvraag ingediend voor Berendrecht-Born via Budel-Weert en voor Born-Berendrecht via Budel-Weert. Deze aanvragen zien op het vervoer voor de jaardienstregelingsprocedure van 2006. Bij e-mail van 19 juli 2005 heeft DLC tevens aangegeven nog in 2005 te willen gaan rijden, dit naar aanleiding van de bevestiging van ProRail dat het baanvak Budel-Weert vanaf 1 oktober weer berijdbaar is. Bij e-mail van 5 september 2005 heeft DLC hiertoe nogmaals een aanvraag ingediend¹⁴. Nu deze aanvraag niet is ingediend in het kader van een jaardienstregelingsprocedure, wordt er vanuit gegaan dat het hier een aanvraag betreft in de ad-hoc fase.

⁹ 200041/1

¹⁰ Idem

¹¹ Idem

¹² Idem

¹³ Zie hiervoor de Netverklaring 2006, zoals gepubliceerd op www.prorail.nl

¹⁴ 200041/1

- 19 Bij brief van 30 september 2005 heeft ProRail DLC op de hoogte gesteld van de stand van zaken omtrent de door DLC ingediende capaciteitsaanvraag voor het planmatig rijden van goederentreinen via het baanvak Budel-Weert. ProRail herhaalt hierbij dat besloten is de staat van het baanvak op een zodanig niveau te brengen dat planmatig berijden mogelijk wordt maar dat er, alvorens de noodzakelijke werkzaamheden uit te mogen voeren, bepaalde ontheffingen nodig zijn. ProRail heeft aangegeven dat tegen deze ontheffingen bezwaar is gemaakt, hetgeen er uiteindelijk toe heeft geleid dat de werkzaamheden tot op dat moment niet konden worden uitgevoerd. Als gevolg hiervan stelt ProRail vast dat het baanvak per 1 oktober 2005 niet beschikbaar zal zijn¹⁵.
- 20 Op 7 november 2005 heeft ProRail binnen het systeem Radar een aanvraag tot buitendienststelling gedaan voor het baanvak Budel-Weert voor de periode van 30 september 2005 tot 3 februari 2006¹⁶.
- 21 Op 1 februari 2006 wordt de Netverklaring 2007 door ProRail gepubliceerd¹⁷. De Netverklaring 2007 is geldig voor spoorverkeer in het dienstregelingjaar 2007 dat loopt van 10 december 2006 tot en met 8 december 2007. Ook in deze netverklaring wordt het baanvak Weert-Budelgrens niet aangemerkt als een baanvak met verkeers- of vervoersbeperkingen, anders dan een beperking ten aanzien van het personenvervoer. Hieruit volgt dat het baanvak Budel-Weert voor goederenvervoerders als DLC gewoon beschikbaar was.
- 22 Bij brief van 23 maart 2006 wordt het verzoekschrift van DLC omtrent het niet toekennen van capaciteit op het baanvak Budel-Weert aan de NMa toegezonden¹⁸.
- 23 Op 30 juni 2006 wordt door ProRail een aanvulling gepubliceerd op de Netverklaring van 2006 en 2007¹⁹. Middels deze aanvulling wordt de hoofdspoorweg tussen Budel en Weert met ingang van 22 juni 2006 tot nader order buiten exploitatie gesteld, in afwachting van de uitkomst van overleg over de uitvoering van de noodzakelijke herstelwerkzaamheden.
- 24 Op maandag 3 juli 2006 heeft de Inspectie Verkeer en Waterstaat een inspectie uitgevoerd naar de staat van de infrastructuur op het baanvak Budel-Weert. Op basis van deze visuele inspectie komt de Inspectie Verkeer en Waterstaat tot het oordeel dat het baanvak Budel-Weert thans niet veilig berijdbaar is. Voor alle beschouwde aspecten (ballastbed, dwarsliggers, bevestiging, spoorstaven en spoorligging) geldt dat deze niet voldoen aan de normen die ProRail hanteert.

¹⁵ 200041/1

¹⁶ 20041/15

¹⁷ Zie hiervoor de Netverklaring 2007, zoals gepubliceerd op www.prorail.nl

¹⁸ 200041/1

¹⁹ Aanvulling nr. 5 op de Netverklaring 2006, 30 juni 2006 en aanvulling nr. 3 op de Netverklaring 2007, 30 juni 2006, zie hiervoor tevens www.prorail.nl

De inspectie oordeelt dat voor het grootste deel van het baanvak geldt dat een veilige berijdbaarheid enkel kan worden bereikt door complete vernieuwing van het ballastbed, de dwarsliggers en de spoorstaven²⁰.

- 25 Tijdens de hoorzitting die plaatsvond op vrijdag 7 juli 2006 ten kantore van de NMa, hebben de partijen standpunten ter zake uitgewisseld. Op vrijdag 1 september 2006 beantwoordt ProRail de tijdens de hoorzitting gestelde vraag over de buitendienststelling via Radar.

5. De argumenten van Dillen & Le Jeune Cargo NV

Hetgeen DLC ter ondersteuning van haar verzoekschrift heeft aangevoerd laat zich als volgt samenvatten.

- 26 DLC geeft aan een commercieel belang te hebben bij de toegang tot het baanvak. Momenteel worden er door DLC vier treinen per week gereden tussen de haven van Antwerpen en de Rail Terminal Born. Indien het baanvak tussen Budel en Weert in gebruik genomen kan worden, bestaat een mogelijkheid tot uitbreiding tot tien treinen per week. Daarbij speelt tevens de concurrentie die het spoorvervoer ondervindt van het wegtransport een rol. Vanwege de kortere route via Budel-Weert hoeft DLC minder ver om te rijden en kan zij een betere treinenomloop realiseren. Hierdoor kan het treinverkeer beter concurreren met het wegtransport²¹.
- 27 DLC stelt dat uit de netverklaring duidelijk blijkt dat het onderhavige baanvak een onderdeel van de hoofdspoorweginfrastructuur betreft, waarvoor tevens onderhoudsgeld betaald is. Dit onderhoud is kennelijk nooit verricht²².
- 28 DLC acht het onbegrijpelijk dat na meer dan een jaar nog steeds geen zekerheid kan worden gegeven over de toegang tot het baanvak Budel-Weert. ProRail heeft de capaciteit nooit verleend, terwijl DLC geduldig is geweest. Tot op heden heeft DLC nog geen enkele duidelijkheid verkregen omtrent de datum waarop het grensbaanvak Budel-Weert voor DLC wordt opengesteld. ProRail is op grond hiervan volgens DLC in gebreke²³.
- 29 DLC geeft aan dat het baanvak Budel-Weert, in tegenstelling tot het eerder ingenomen standpunt van DLC van 24 maart 2006, dat het baanvak middels handmatige herstelwerkzaamheden in beperkte mate toegankelijk is, in de huidige staat niet kan worden

²⁰ 200041/32

²¹ 200041/1

²² Idem

²³ Idem

bereden. Dit volgt uit de bevindingen van de Inspectie van Verkeer en Waterstaat en het bezoek van het baanvak ter plaatse.

- 30 DLC geeft aan dat ProRail gesteld heeft zij via Radar de buitendienststelling bekend gemaakt heeft. DLC geeft te kennen geen toegang te hebben tot het systeem Radar. Veiligheids- en kosten- en technische overwegingen hebben ertoe geleid dat besloten is niet in te gaan op de mogelijkheid om toegang te verkrijgen tot het systeem Radar. Op andere wijze is DLC niet betrokken geweest bij de buitendienststelling door ProRail. Onduidelijk is voor DLC waarom een zo belangrijke buitendienststelling niet op een meer eenvoudige wijze kon worden gecommuniceerd dan via het systeem Radar.
- 31 DLC heeft schade ondervonden doordat zij geen toegang heeft verkregen tot het baanvak Budel-Weert. Uit een berekening van DLC volgt dat deze 129.600 Euro, exclusief BTW bedraagt. DLC komt tot de hoogte van het bedrag aan de hand van het aantal extra treinen dat kan worden gereden tussen Born en Antwerpen, uitgaande van de gemiddelde kosten per kilometer van 10 Euro per kilometer en een kortere afstand tussen de Haven van Antwerpen en Rail Terminal Born van 40 kilometer²⁴.

6. Het verweer van ProRail BV

6.1 De ontvankelijkheid van DLC

ProRail heeft naar aanleiding van het verzoekschrift ter ondersteuning van haar standpunt inzake de ontvankelijkheid de navolgende omstandigheden aangevoerd.

- 32 De NMa is naar het oordeel van ProRail niet bevoegd het verzoekschrift van DLC in behandeling te nemen. De NMa is niet bevoegd terzake van de artikelen 16 en 17 van de Spoorwegwet, waarin de juridische grondslag van het beheer van de hoofdspoorwegen door ProRail is beschreven, met uitzondering van artikel 17, lid 1, onder d, van de Spoorwegwet. Het toezicht op de naleving door ProRail van deze artikelen alsook het toezicht op het naleven van de Beheerconcessie (behoudens het toezicht op de naleving van de richtlijnen 91/440/EEG en 2001/14/EG) is exclusief voorbehouden aan de minister van Verkeer en Waterstaat. Ter zake van het toezicht op de railinfrastructuur (neergelegd in artikel 17, lid 1, onder a, b en c) is de Inspectie Verkeer en Waterstaat de bevoegde instantie en is het de NMa niet toegestaan zich hierover uit te spreken²⁵.

²⁴ 200041/1

²⁵ Zie hiervoor de toelichting van ProRail die ter hoorzitting aan de NMa en DLC is uitgedeeld, 200041/39, punt 8 t/m 15

- 33 ProRail stelt dat de klacht op twee manieren kan worden gekwalificeerd:
- a) *ProRail weigert capaciteit toe te delen aan DLC;*
 - b) *ProRail handelt onredelijk, het baanvak had allang opgeknapt kunnen zijn.*
- 34 Ad a) Naar het oordeel van ProRail is er hier geen sprake van een capaciteitsgeschil waarin de NMa bevoegd is om een oordeel te vellen. ProRail heeft op grond van artikel 23 Besluit Spoorverkeer het baanvak Budel-Weert buiten dienst gesteld. De verplichting om onveilige infrastructuur buiten dienst te stellen vloeit eveneens voort uit artikel 17, lid 1, onder c van de Spoorwegwet. Door deze buitendienststelling behoort het baanvak Budel-Weert niet meer tot de infrastructuur waarvoor capaciteit kan worden verdeeld. De NMa is niet bevoegd om een beslissing van de beheerder op grond van artikel 23 Besluit Spoorverkeer of een beslissing van de beheerder ex artikel 17, lid 1, onder c van de Spoorwegwet te toetsen. Zij dient DLC derhalve niet ontvankelijk te verklaren in haar verzoek. Mocht de NMa zich toch bevoegd achten om over het gedrag van de beheerder een oordeel te vellen dan kan alleen sprake zijn van een toetsing in de zin van *“had de beheerder in redelijkheid tot het oordeel kunnen komen het dat het baanvak Budel-Weert niet veilig berijdbaar is?”*²⁶.
- 35 Ad b) ProRail stelt dat de NMa vanaf 1 januari 2005 beschikt over de bevoegdheid om te beoordelen of ProRail DLC met de uitvoering van de toegangsovereenkomst oneerlijk heeft behandeld, heeft gediscrimineerd of anderszins heeft benadeeld als bedoeld in artikel 10, lid 7, van Richtlijn 91/440/EEG of artikel 30, lid 2, van Richtlijn 2001/14/EG. De manier waarop onderhoud wordt uitgevoerd wordt binnen de kaders van de Spoorwegwet en met name de beheerconcessie zelfstandig door ProRail bepaald. ProRail heeft hiertoe het recht op basis van de beheerconcessie en de artikelen 16 en 17 van de Spoorwegwet. Aanvankelijk heeft ProRail ervoor gekozen om dwarsliggers te gaan vervangen. De manier waarop ProRail dit onderhoud verricht en de afwegingen die ProRail daarbij maakt, maken evenwel naar het oordeel van ProRail geen deel uit van het toezicht van de NMa. Daarbij maakt de financiering van het onderhavige onderhoud, nu er sprake is van vervanging, geen onderdeel uit van de gebruiksvergoeding en heeft deze evenmin invloed op de hoogte van de gebruiksvergoeding. De NMa kan om die reden ook geen oordeel geven over de kosten-baten afwegingen die ProRail met betrekking tot het onderhoud aan het baanvak Budel-Weert heeft gemaakt. Ten aanzien van de resterende vraag of ProRail zich voldoende heeft ingespannen om verkeer over het baanvak Budel-Weert weer mogelijk te maken kan, gezien de doorlooptijd van dergelijke projecten, niet gesteld worden dat ProRail zich onvoldoende zou hebben ingespannen. Daarbij geldt, dat het ‘gedrag’ als bedoeld in artikel 17, lid 2, van de Spoorwegwet waarover de NMa een oordeel kan geven ‘gedrag’ dient te zijn dat valt onder de bevoegdheid van de NMa zoals bepaald in artikel 70, lid 1 en artikel 71 van de Spoorwegwet²⁷.

²⁶ Zie hiervoor de toelichting van ProRail die ter hoorzitting aan de NMa en DLC is uitgedeeld, 200041/39, punt 17

²⁷ Idem, punt 18 t/m 23

- 36 Ten aanzien van het verzoek van DLC of de NMa DLC kan bijstaan in de gesprekken met ProRail over het baanvak Budel-Weert, stelt ProRail zich op het standpunt dat de NMa hiertoe niet bevoegd is²⁸.
- 37 Ten aanzien van het verzoek van DLC aan de NMa om bijstand bij het verhalen van de door DLC gestelde schade op ProRail, stelt ProRail dat voor het inwilligen van dit verzoek geen wettelijke grondslag bestaat²⁹.
- 38 ProRail stelt dat de NMa zich op grond van het bovenstaande onbevoegd dient te verklaren om van het verzoek van DLC kennis te nemen, althans de klacht niet ontvankelijk te verklaren. Subsidiair, voor zover de NMa zich bevoegd zou achten om van de gehele klacht dan wel onderdelen van de klacht kennis te nemen en DLC ontvankelijk zou zijn, de klacht geheel ongegrond te verklaren en de verzoeken van DLC af te wijzen³⁰.

6.2 Het toegankelijk maken van het baanvak

ProRail heeft naar aanleiding van het verzoekschrift van DLC samengevat de navolgende nadere omstandigheden aangevoerd.

- 39 Op 28 juni 2005 heeft de onderhoudsaannemer Strukton bij de gemeenten Weert en Cranendonck op 28 juni 2005 ontheffingen van de geluidshindervoorschriften van de APV aangevraagd³¹.
- 40 Op 8 juli 2005 en op 10 augustus 2005 zijn door de gemeenten Weert en Cranendonck de betreffende ontheffingen verleend. Tegen deze ontheffingen is door de Roompot BV, een aantal omwonenden en de stichting Milieufederatie Limburg bezwaar aangetekend. Tevens zijn verzoeken tot voorlopige voorziening gedaan³².
- 41 Het verzoek tot een voorlopige voorziening van een aantal omwonenden tegen de ontheffing van de gemeente Cranendonck op 15 september 2005 is toegewezen door de bestuursrechter te Den Bosch. Reden voor de toewijzing was het feit dat de gemeente Cranendonck bij het verlenen van de ontheffing rekening had dienen te houden met de gevolgen die de onderhoudswerkzaamheden voor het natuurgebied de Weerter- en Budelerbergen zouden kunnen hebben. De ontheffing is geschorst tot zes weken na het nemen van een nieuw besluit door de gemeente Cranendonck.

²⁸ Idem, punt 25

²⁹ Zie hiervoor de toelichting van ProRail die ter hoorzitting aan de NMa en DLC is uitgedeeld, 200041/39, punt 28

³⁰ Idem, punt 29

³¹ 200041/11

³² Idem

Aangezien de situatie van de gemeente Weert in grote mate vergelijkbaar was met de situatie in de gemeente Cranendonck, is door de bestuursrechter te Roermond geen verdere uitspraak gedaan over de aangevraagde voorlopige voorziening aldaar³³.

- 42 Op 27 en 28 september 2005 heeft Strukton hernieuwde aanvragen voor APV-ontheffingen gedaan. Hierbij heeft Strukton tevens een rapport overlegd van het bureau Ecologica inzake de gevolgen voor de Weerter- en Budelerbergen zoals door de bestuursrechter is aangegeven.
- 43 Op 9 november 2005 heeft de gemeente Weert de uniforme openbare voorbereidingsprocedure ex afdeling 3.4 van de Awb van toepassing verklaard op de aanvraag voor de APV-ontheffing. Op 10 november 2005 laat de gemeente Cranendonck weten een second opinion door het adviesbureau voor natuur en landschap Natuurbalans-Limes Divergens BV uit te laten voeren.
- 44 Op 21 februari 2006 geeft de gemeente Cranendonck te kennen over onvoldoende informatie te beschikken om te komen tot een besluit. Het door Ecologica opgestelde rapport is naar het oordeel van de gemeente onvoldoende. Strukton wordt in de gelegenheid gesteld het rapport aan te vullen. Op 23 februari 2006 ontvangt Strukton van de gemeente Weert een vergelijkbaar schrijven.
- 45 De gemeenten Weert en Cranendonck beslissen op 6 en 7 april 2006 bij besluit de aanvragen voor APV-ontheffingen van Strukton buiten behandeling te laten³⁴.

6.3 De overige argumenten van ProRail

ProRail heeft naar aanleiding van het verzoekschrift ter ondersteuning van haar standpunt de navolgende inhoudelijke argumenten aangevoerd.

- 46 Het spoor op het onderhavige baanvak voldoet volgens ProRail reeds bij de laagste snelheidsklassen (bij minder dan 40 kilometer per uur) over grote delen van de lengte niet meer aan de veiligheidswaarden. Op basis hiervan kan op het betrokken baanvak geen enkel vervoer veilig plaatsvinden, niet planmatig en niet incidenteel. Naar aanleiding van de capaciteitsaanvraag door DLC heeft ProRail getracht het baanvak gereed te maken³⁵.
- 47 ProRail stelt zich op het standpunt dat ProRail zich, gegeven de toestand waarin het baanvak zich bevond ten tijde van de ontvangst van de capaciteitsaanvraag van DLC, vanaf 1 januari 2005 voldoende heeft ingespannen om het verkeer over het baanvak Budel-Weert weer

³³ Idem

³⁴ 200041/11

³⁵ Idem

mogelijk te maken. Gelet op de doorlooptijd van deze onderhoudsprojecten en gezien de juridische en feitelijke stappen die ProRail in dit kader diende te zetten kan ProRail niet verweten worden dat zij zich onvoldoende zou hebben ingezet.

- 48 DLC is volgens ProRail te allen tijde geïnformeerd over de niet-berijdbaarheid van het baanvak. Wel wordt door ProRail erkend dat de eerder verstrekte informatie middels een aanvraag voor een langlopende buitendienststelling via het systeem Radar en het regelmatig informeren van DLC over de situatie met betrekking tot de buitendienststelling van het baanvak Budel-Weert kennelijk ontoereikend is geweest. Anderzijds merkt ProRail op dat DLC wel degelijk in de gelegenheid is gesteld toegang te verkrijgen tot het systeem Radar. Daarnaast is DLC ook op alternatieve wijze op de hoogte gesteld, via e-mail en via verslagen van de vergaderingen van Radar, waarbij DLC overigens verder niet rechtstreeks betrokken is geweest. DLC was dan ook, volgens ProRail, op de hoogte van de problematiek³⁶.

7. De beoordeling van het verzoek van DLC

7.1 De ontvankelijkheid van het verzoek

- 49 Allereerst staat de Raad voor de vraag of de Raad bevoegd is het verzoekschrift in behandeling te nemen. Ter hoorzitting heeft DLC bevestigd dat zij haar verzoekschrift heeft ingediend ingevolge artikel 71, eerste lid, van de Spoorwegwet. Volgens ProRail is de Raad echter niet bevoegd het verzoekschrift in behandeling te nemen. De Raad volgt ProRail niet in dat betoog en overweegt daartoe het volgende.
- 50 In eerste plaats verwijst artikel 71, lid 1, van de Spoorwegwet rechtstreeks naar de criteria neergelegd in artikel 10, zevende lid, van Richtlijn 91/440/EEG en naar artikel 30, tweede lid, van Richtlijn 2001/14/EG. Artikel 71, lid 1, van de Spoorwegwet geeft daarmee uitvoering aan de in artikel 10, lid 7, van de Richtlijn 91/440/EEG en artikel 30, lid 2, van Richtlijn 2001/14/EG neergelegde regels. Ingevolge artikel 71, eerste lid, van de Spoorwegwet juncto artikel 30, tweede lid, van Richtlijn 2001/14/EG kan een aanvrager, wanneer deze 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 aan te tekenen tegen beslissingen van de infrastructuurbeheerder of, indien van toepassing, de spoorwegonderneming ten aanzien van onder meer:

³⁶ Zie hiervoor de toelichting van ProRail die ter hoorzitting aan de NMa en DLC is uitgedeeld, 200041/39, punt 25 en het verslag van de hoorzitting, 200041/40

- a) de netverklaring;
- b) de daarin opgenomen criteria;
- c) de toewijzingsprocedure en het resultaat daarvan;
- (...)

Artikel 10, lid 7, van Richtlijn 91/440/EEG stelt daarbij elke aanvrager of belanghebbende in de gelegenheid om een klacht in te dienen bij de toezichthoudende instantie indien hij van mening is dat hij oneerlijk is behandeld, is gediscrimineerd of anderszins is benadeeld.

- 51 De tekst van artikel 71, lid 1, van de Spoorwegwet bezien in het licht van de bepalingen van de Richtlijnen brengt met zich mee dat de reikwijdte van de bevoegdheid ingevolge die bepaling zeer ruim is.
- 52 Dat de reikwijdte van artikel 71, lid 1, van de Spoorwegwet niet in de door ProRail bepleite zin begrensd is, blijkt voorts uit de wetsgeschiedenis. Zoals blijkt uit de nota naar aanleiding van het nader verslag betreft artikel 71, lid 1, van de Spoorwegwet een uiterst brede bevoegdheid³⁷. Zo schrijft de minister van Verkeer en Waterstaat ten aanzien van de gedragingen waarover op grond van artikel 71, lid 1, van de Spoorwegwet kan worden geklaagd het volgende: *“juridisch of feitelijk, het kan om elke gedraging gaan”*.
- 53 Ten aanzien van de veiligheidsaspecten die met het toezicht gemoed zijn schrijft de minister het volgende: *“Wanneer een besluit van de NMa effecten kan hebben voor de veiligheid van het spoor, ligt het voor de hand dat de NMa, voordat zij een last onder dwangsom oplegt, over de inhoud van de last overleg pleegt met de inspectie”*.³⁸ Ook uit deze uitspraak van de minister valt af te leiden dat er geen aanleiding is de bevoegdheid ex artikel 71, eerste lid, van de Spoorwegwet op voorhand te begrenzen, zij het dat hiermee tevens wordt aangegeven dat de NMa wordt geacht overleg te plegen met de Inspectie Verkeer en Waterstaat, wanneer de veiligheid op het spoor in het geding is. De Raad heeft aan deze voorwaarde gevolg gegeven door het verzoek aan de Inspectie Verkeer en Waterstaat tot het inspecteren van het baanvak.
- 54 Nu de Raad zijn bevoegdheid reeds aan artikel 71 van de Spoorwegwet ontleent en deze bepaling zelfstandige betekenis heeft, gaat de Raad voorbij aan het betoog van ProRail waarbij zij de reikwijdte van die bepaling vergelijkt met de reikwijdte van artikel 70 van de Spoorwegwet.

³⁷ Kamerstukken II, vergaderjaar 2001-2002, 27 482, nr. 15

³⁸ Kamerstukken II, vergaderjaar 2001-2002, 27 482, nr. 15

- 55 Derhalve acht de Raad zich bevoegd ten aanzien van het verzoek tot het afdwingen van de volledige en onbeperkte capaciteit over het grensbaanvak Budel-Weert. Tevens acht de Raad zich bevoegd te oordelen ten aanzien van het verzoek tot het onmiddellijk afdwingen van beperkte capaciteit waarbij het baanvak met beperkte snelheid wordt bereden.
- 56 Het toezicht van de Raad is in casu wel beperkt tot gedragingen die plaats hebben gevonden na de inwerkingtredingsdatum van de wet, 1 januari 2005. De bevoegdheid gaat eveneens niet zover, dat deze het mogelijk maakt dat de Raad een vordering tot het toekennen van schadevergoeding als gevolg van het niet toewijzen van capaciteit op het baanvak Budel-Weert aan DLC kan toewijzen. De Raad volgt op dit punt de argumentatie van ProRail en acht zich op dit onderdeel niet bevoegd.
- 57 Nu ook overigens niet is gebleken van feiten of omstandigheden die aan de ontvankelijkheid van DLC in de weg zouden kunnen staan is DLC, met inachtneming van bovengenoemde overwegingen, ontvankelijk in haar verzoek.

7.2 Inhoudelijke beoordeling

- 58 Ingevolge artikel 71, eerste lid, van de Spoorwegwet komt nu aan de orde de vraag of ProRail DLC door het weigeren van toegang tot het baanvak Budel-Weert 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.

7.2.1 De instandhouding van het baanvak Budel-Weert

- 59 De Raad overweegt dat hij vanaf 1 januari 2005 op grond van artikel 71, eerste lid, van de Spoorwegwet bevoegd is om aanvragen inzake de toewijzing van capaciteit en de veiligheid op het spoor te behandelen.
- 60 Met betrekking tot de veiligheid op het spoor overweegt de Raad het volgende. Uit het rapport van de Inspectie Verkeer en Waterstaat is gebleken dat het tracé Budel-Weert thans niet veilig berijdbaar is. Voor alle beschouwde aspecten (ballastbed, dwarsliggers, bevestiging, spoorstaven en spoorligging) geldt dat deze niet voldoen aan de veiligheidsnormen die ook ProRail zelf hanteert. De inspectie oordeelt dat voor het grootste deel van het baanvak geldt dat een veilige berijdbaarheid enkel kan worden bereikt door complete vernieuwing van het ballastbed, de dwarsliggers en de spoorstaven³⁹.

³⁹ 200041/32

ProRail heeft naar het oordeel van de Raad dan ook in redelijkheid mogen concluderen dat het baanvak Budel-Weert thans niet berijdbaar is. Nu dit tijdens de hoorzitting niet door DLC is betwist, is de veiligheid op het spoor naar het oordeel van de Raad niet langer in geschil.

- 61 Ofschoon partijen zich met hun betoog in eerste instantie voornamelijk hebben gericht op voorgaande vragen, meent de Raad dat het verzoekschrift van DLC zich veeleer richt op de gedragingen van ProRail naar aanleiding van de geconstateerde onveiligheid. Die gedragingen betreffen zowel de wijze waarop ProRail heeft gereageerd op de capaciteitsaanvraag, als op de inspanningen van ProRail om de berijdbaarheid van het baanvak alsnog op orde te brengen.
- 62 De zorg voor de toegankelijkheid, de veiligheid en de betrouwbaarheid van het spoor wordt in het bijzonder geregeld in de artikelen 16 en 17 van de Spoorwegwet. Gelet op artikel 16, lid 1, sub a van de Spoorwegwet omvat het beheer van de hoofdspoorweginfrastructuur onder meer de zorg voor de kwaliteit, betrouwbaarheid en beschikbaarheid van de infrastructuur. Ingevolge artikel 17, lid 1, sub a en sub b van de Spoorwegwet worden aan de Beheerconcessie voorschriften verbonden om te waarborgen dat de infrastructuur in goede staat verkeert en veilig en doelmatig bereden kan worden.
- 63 In artikel 3 van de Beheerconcessie Hoofdspoorweginfrastructuur wordt een nadere invulling gegeven aan de hierboven besproken zorgplicht. Hiertoe worden de in artikel 17 van de Spoorwegwet opgenomen voorwaarden in artikel 3 van de Beheerconcessie ongewijzigd overgenomen.
- 64 Aldus gezien heeft ProRail naar het oordeel van de Raad de verplichting ervoor zorg te dragen dat het baanvak Budel-Weert in goede staat verkeert en voor gerechtigden toegankelijk is. Tevens overweegt de Raad dat de zorgplicht met zich brengt dat ProRail dient te waarborgen dat het baanvak veilig en doelmatig bereden kan worden. Hiertoe stelt artikel 17 van de Spoorwegwet en artikel 3, sub c, van de Beheerconcessie ProRail in staat om de risico's van het gebruik en beheer voor de veiligheid van de hoofdspoorweginfrastructuur te analyseren en passende maatregelen te nemen. ProRail kan een gedeelte van de hoofdspoorweg zo nodig buiten dienst te stellen om deze risico's afdoende te beheersen, waarbij rekening wordt gehouden met de specifieke vereisten van de te verwachten bedrijfsvoering en de stand van de techniek. De wijze waarop uitvoering wordt gegeven aan deze verplichtingen en de afwegingen die ProRail hierbij maakt, worden niet nader uitgewerkt in de Spoorwegwet, noch in de Beheerconcessie. Dit leidt tot de constatering dat ProRail ten aanzien van de wijze waarop zij invulling geeft aan haar zorgplicht over enige discretionaire ruimte beschikt.
- 65 Een en ander laat naar het oordeel van de Raad onverlet dat de maatregelen die ProRail neemt om de risico's van het gebruik van het baanvak Budel-Weert te beheersen passend dienen te zijn. Daarnaast dient ProRail rekening te houden met de te verwachten bedrijfsvoering en de

stand van de techniek, als bedoeld in artikel 3, onder c van de Beheerconcessie. De vraag is dan ook of ProRail op de juiste wijze is omgegaan met het bij haar ingediende capaciteitsverzoek en of zij zich in redelijkheid alle inspanningen heeft getroost om het baanvak, mede gezien de verwachte bedrijfsvoering van DLC, op zo kort mogelijke termijn weer veilig berijdbaar te maken.

- 66 Uit het betoog van ProRail ter hoorzitting en de onderliggende stukken die ProRail heeft aangedragen is naar het oordeel van de Raad niet gebleken dat ProRail zich sinds de datum van de indiening van het capaciteitsverzoek niet tot het uiterste heeft ingespannen om het baanvak Budel-Weert terug te brengen op tenminste het voor het vervoer van DLC noodzakelijke gebruiksniveau. DLC heeft dit niet weersproken.
- 67 Zo is ProRail na het indienen van een capaciteitsaanvraag door DLC een project opgestart om het baanvak te herstellen, zijn daartoe op verzoek van ProRail verscheidene ontheffingsaanvragen ingediend door de aannemer Strukton, heeft ProRail een aantal voor de aanvragen noodzakelijke rapporten opgesteld en heeft zij ook naar alternatieve methoden gezocht om de onderhoudswerkzaamheden te laten uitvoeren. Bij dit laatste moet onder meer gedacht worden aan het zelfstandig en niet, zoals gebruikelijk is, door de aannemer Strukton aanvragen van alle benodigde ontheffingen en vergunningen, maar ook aan het zoeken naar alternatieve technische mogelijkheden om het onderhoud te kunnen verrichten⁴⁰.
- 68 ProRail heeft hierbij tijdens de hoorzitting aangegeven dat zij overweegt om in rechte een voorziening te vragen, wanneer het proces zou komen stil te liggen. Daarnaast heeft ProRail blijk gegeven van bereidheid om Strukton in geval van het versneld verkrijgen van de ontheffingen ook versneld in te schakelen om het baanvak op korte termijn toegankelijk te maken. Ook heeft ProRail tijdens de hoorzitting nadrukkelijk te kennen gegeven de capaciteit, zodra het baanvak op het juiste kwaliteitsniveau is gebracht, per omgaande toe te zullen wijzen aan DLC⁴¹.
- 69 Hierbij neemt de Raad in overweging dat ProRail verwacht dat de APV-ontheffingen ten behoeve van het onderhoud vóór 8 september 2006 zal worden verleend. Ten aanzien van de Flora- en Faunawet en de Natuurbeschermingswet wordt half september 2006 een beschikking verwacht. Volgens ProRail zullen de vergunningen en ontheffingen zich richten op de uitvoering van de werkzaamheden vanaf 1 november 2006⁴².

⁴⁰ Zie hiervoor de toelichting van ProRail die ter hoorzitting aan de NMa en DLC is uitgedeeld, 200041/39, punt 25 en het verslag van de hoorzitting, 200041/40. Zie hiervoor tevens 200041/11

⁴¹ Zie het verslag van de hoorzitting, 200041/40

⁴² Zie het verslag van de hoorzitting, 200041/40

- 70 Niet is gebleken, noch is gesteld, dat de externe factoren die tot dusverre een beletsel hebben gevormd voor het veilig berijdbaar maken van het baanvak aan ProRail verweten kunnen worden. De maatregelen die ProRail heeft genomen om het baanvak weer op orde te brengen kunnen ook, gegeven het uitgangspunt dat het baanvak thans niet veilig berijdbaar is, als passend worden aangemerkt.
- 71 Tenslotte overweegt de Raad dat het betoog van ProRail dat de buitendienststelling van het baanvak voortvloeit uit een aanwijzing ingevolge artikel 23, tweede lid, Besluit spoorverkeer geen stand houdt. In artikel 23, tweede lid, Besluit spoorverkeer wordt aan de beheerder de zorg opgedragen voor een zo spoedig mogelijk herstel van de normale treinenloop in geval van storingen in het treinverkeer of van andere onregelmatigheden op of aan het spoor die een veilig en ongestoord verkeer in gevaar brengen. Artikel 23 lijkt zich naar het oordeel van de Raad, in tegenstelling tot de reguliere onderhoudswerkzaamheden die nodig zijn op het tracé Budel-Weert, te richten op meer acute storingen of onregelmatigheden die een veilig en ongestoord verkeer in gevaar brengen. Uit de toelichting bij het artikel blijkt dat hierbij gedacht kan worden aan onder meer gladde sporen als gevolg van bladafval of ernstige roest op de spoorstaven of defecten aan de noodvoorzieningen in tunnels⁴³. Het ingrijpende onderhoud van het baanvak Budel-Weert, waarover door ProRail wordt gesproken, valt hier naar het oordeel van de Raad niet onder.
- 72 Onverlet de bovenstaande beoordeling constateert de Raad wel dat ProRail, ten aanzien van de wijze waarop ProRail is omgegaan met de capaciteitsaanvraag van DLC, aanvankelijk in strijd met de wet heeft gehandeld. De Raad overweegt hiertoe het volgende.
- 73 Artikel 58 van de Spoorwegwet stelt als eis aan de Netverklaring dat daarin alle relevante informatie voor het gebruik van capaciteit is opgenomen. De informatie omtrent het al dan niet toegankelijk zijn van een baanvak behoort naar het oordeel van de Raad tot de relevante informatie in de zin van voornoemd wetsartikel. Het baanvak Budel-Weert stond in de Netverklaring opgenomen als zijnde een voor gebruik toegankelijk baanvak. Pas met ingang van 22 juni 2006 heeft ProRail de Netverklaring aangepast en de hoofdspoorweg tussen Budel en Weert tot nader order buiten exploitatie gesteld. Het feit dat ProRail in de Netverklaring ten onrechte de suggestie heeft gewekt dat capaciteit op het baanvak kon worden aangevraagd en het feit dat de hiervoor bedoelde relevante informatie in de Netverklaring ontbreekt, hetgeen naar het oordeel van de Raad een overtreding van artikel 58 van de Spoorwegwet oplevert, heeft tot gevolg dat ProRail DLC benadeeld heeft in de zin van artikel 71, eerste lid, van de Spoorwegwet. DLC heeft bij het doen van haar aanvraag immers mogen vertrouwen op de feitelijke juistheid van informatie uit de Netverklaring.

⁴³ Besluit van 3 december 2004, houdende regels met betrekking tot het veilig en ongestoord gebruik van hoofdspoorwegen, Staatsblad 2004, nr. 662

- 74 Voor zover ProRail in dit verband erop gewezen heeft dat de buitendienststelling van het baanvak Budel-Weert wel degelijk is gecommuniceerd, te weten middels het door haar gebruikte systeem Radar, overweegt de Raad dat het gebruik van dat systeem de bovengenoemde overtreding niet wegneemt. Radar kan in elk geval de verplichting van ProRail tot het weergeven van de juiste vermelding in de Netverklaring niet vervangen. Daarmee is de discussie tussen ProRail en DLC over de toegang tot dit systeem voor de beoordeling van dit geschil niet van belang.
- 75 Voor zover DLC vraagtekens heeft gezet bij het verloop van de procedure, wijst de Raad tevens op het volgende. Middels de e-mail van 5 september 2005 heeft DLC naast de capaciteit voor de jaardienstregeling 2006, tevens capaciteit aangevraagd voor de periode vanaf 1 oktober 2005 (zie in dit verband rechtsoverweging 18). De aanvraag van 5 september 2005 binnen een lopende dienstregeling wordt beschouwd als een ad-hoc aanvraag in de zin van artikel 23 van Richtlijn 2001/14/EG. Volgens deze richtlijn bepaling, artikel 61 van de Spoorwegwet, alsmede artikel 5 van het Besluit capaciteitsverdeling hoofdspoorweginfrastructuur had ProRail binnen 5 werkdagen moeten aangeven of dit pad zoals in de aanvraag omschreven beschikbaar zou zijn voor verdeling. Dit is ten onrechte niet gebeurd. Niet is echter gesteld of gebleken dat DLC hiervan nadeel heeft ondervonden in de zin van artikel 71, eerste lid, van de Spoorwegwet. Indien ProRail wel binnen vijf dagen had beslist, was de uitkomst van het verdelingsproces immers niet anders geweest.
- 76 Ten overvloede merkt de Raad op dat zijn bevoegdheid om toezicht uit te oefenen ex artikel 71, eerste lid, van de Spoorwegwet enkel ziet op de periode na 1 januari 2005. De vraag of de inspanningen die ProRail zich heeft getroost voorafgaand aan deze periode toereikend waren staat derhalve niet ter beoordeling aan de Raad.

8. Conclusies

77 Samengevat heeft de Raad in het vorenstaande geconcludeerd dat:

- DLC, met inachtneming van het gestelde in randnummer 56 ontvankelijk is in haar verzoek op grond van artikel 71, eerste lid, van de Spoorwegwet;
- de Spoorwegwet erin voorziet dat ProRail de verplichting heeft ervoor zorg te dragen dat het baanvak Budel-Weert in goede staat verkeert en voor gerechtigden toegankelijk is;
- de zorgplicht tevens met zich brengt dat ProRail dient te waarborgen dat het baanvak veilig en doelmatig bereden kan worden;

- artikel 17 van de Spoorwegwet en artikel 3, sub c, van de Beheerconcessie ProRail hiertoe in staat stelt om de risico's van het gebruik en beheer voor de veiligheid van de hoofdspoorweginfrastructuur te analyseren en waar nodig passende maatregelen te nemen;
- geen aanleiding bestaat om te oordelen dat de maatregelen die ProRail heeft genomen om het baanvak weer op orde te brengen, gegeven het uitgangspunt dat het baanvak thans niet veilig berijdbaar is, ongepast waren;
- dat zulks niet wegneemt, dat ProRail ten aanzien van de wijze waarop zij aanvankelijk is omgegaan met de capaciteitsaanvraag in strijd met de Spoorwegwet heeft gehandeld;
- dat het feit dat ProRail in de Netverklaring ten onrechte de suggestie heeft gewekt dat capaciteit op het baanvak kon worden aangevraagd en het feit dat de voor de Netverklaring relevante informatie ontbreekt, hetgeen naar het oordeel van de Raad een overtreding van artikel 58 van de Spoorwegwet oplevert, betekent dat ProRail DLC benadeeld heeft in de zin van artikel 71, eerste lid, van de Spoorwegwet;
- dat het gebruik van het systeem Radar de verplichting van ProRail tot het weergeven van juiste vermelding in de Netverklaring niet kan vervangen;
- dat de discussie tussen ProRail en DLC over de toegang tot het systeem Radar voor de beoordeling van dit geschil derhalve niet van belang is;
- dat ingevolge artikel 23 van Richtlijn 2001/14/EG, artikel 61 van de Spoorwegwet alsmede artikel 5 van het Besluit capaciteitsverdeling hoofdspoorweginfrastructuur ProRail binnen 5 werkdagen had moeten aangeven of dit pad zoals in de aanvraag omschreven beschikbaar zou zijn voor verdeling en dat dit ten onrechte niet gebeurd is. Indien de aanvraag echter wel binnen vijf dagen was behandeld, was de uitkomst voor DLC niet anders geweest zodat niet is gebleken dat DLC hiervan nadeel heeft ondervonden in de zin van artikel 71, eerste lid, van de Spoorwegwet.

78 De conclusies leiden ertoe dat het onderhavige verzoek van DLC derhalve gegrond is, in die zin dat ProRail door niet zichtbaar te maken in de Netverklaring dat het baanvak Budel-Weert niet beschikbaar was, DLC heeft benadeeld in de zin van artikel 71 Spoorwegwet.

9. Beoordeling last onder dwangsom

79 Gegeven de hiervoor weergegeven conclusies heeft de Raad vervolgens te beoordelen of het nodig is ProRail een last onder dwangsom op te leggen in de zin van artikel 71, vierde lid, van de Spoorwegwet. De Raad overweegt hiertoe het volgende.

80 ProRail heeft de overtreding op 30 juni 2006 beëindigd door in de Netverklaring 2006 en 2007 op te nemen dat de hoofdspoorweg tussen Budel en Weert met ingang van 22 juni 2006 tot nader orde buiten exploitatie gesteld wordt, in afwachting van de uitkomst van overleg over de uitvoering van de noodzakelijke herstelwerkzaamheden. Daarmee ontvalt het belang van een eventuele last onder dwangsom.

10. Besluit

81 De Raad van de NMa besluit dat het verzoekschrift van DLC van 23 maart 2006 in die zin gegrond is dat ProRail door niet zichtbaar te maken in de Netverklaring dat het baanvak Budel-Weert niet beschikbaar was, DLC heeft benadeeld in de zin van artikel 71, lid 1, van de Spoorwegwet en wijst af hetgeen meer of anders door DLC is verzocht.

Den Haag, 5 september 2006

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,
namens deze:

G.J.L. Zijl

Lid van de Raad van Bestuur

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Juridische Dienst, Postbus 16326, 2500 BH, Den Haag. In dit bezwaarschrift kan een belanghebbende op basis van artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de administratieve rechter.