

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Besluit van Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit naar aanleiding van een verzoek op grond van artikel 71 leden 1 en 2 van de Spoorwegwet

Betreft zaaknr.: 200094/57.BT591

Betreft zaak: NS vs ProRail – capaciteitsverdeling 2008 en netverklaring 2009

Onderstaand treft u het oordeel aan van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) naar aanleiding van het verzoek van NS Groep N.V., statutair gevestigd te Utrecht (hierna: NSG) en NS Reizigers B.V., statutair gevestigd te Utrecht (hierna: NSR), hierna gezamenlijk aangeduid als NS, op grond van artikel 71, eerste en tweede lid, Spoorwegwet¹ om een oordeel te geven over het gedrag van ProRail BV, statutair gevestigd te Utrecht (hierna: ProRail), in verband met de capaciteitsverdeling voor de jaardienstregeling 2008.

1 Het verzoek

1. Dit oordeel heeft betrekking op de klacht die NS bij brieven van 7 december 2007 en 27 maart 2008 bij de Raad heeft ingediend tegen ProRail.² De klacht is door de gemachtigde van NS aangevuld bij brief van 1 mei 2008.³
2. NS houdt zich in hoofdzaak bezig met het vervoer van personen over het spoor en daaraan gerelateerde werkzaamheden. Om toegang te krijgen tot de hoofdspoorweginfrastructuur heeft NSR op 12 december 2007 met ProRail een toegangsovereenkomst afgesloten voor de periode 9 december 2007 tot en met 13 december 2008 (hierna: de Toegangsovereenkomst). In de Toegangsovereenkomst is onder andere het resultaat vastgelegd van het daaraan voorafgaande capaciteitsverdelingsproces.

¹ Wet van 23 april 2003, houdende nieuwe algemene regels over de aanleg, het beheer, de toegankelijkheid en het gebruik van spoorwegen alsmede over het verkeer over spoorwegen (*Stb.* 2003, 264), zoals nadien gewijzigd. Hierna tevens: *Sw*.

² Dossiernummers 200094/2 en 200094/5.

³ Dossiernummer 200094/11.

3. De klacht van NS richt zich op een aantal onderdelen van het door ProRail aangestuurde capaciteitsverdelingsproces voor de jaardienstregeling 2008 en op enkele onderdelen van de Netverklaring 2009 (hierna: Nv2009). Aanleiding voor het misnoegen van NS wordt niet gevormd door een enkel feit of een feitencomplex als zodanig, maar wordt gevormd door aantal niet noodzakelijk met elkaar in verband staande voorvallen gedurende het capaciteitsverdelingsproces. NS voelt zich oneerlijk behandeld, benadeeld en/ of gediscrimineerd door gedragingen van ProRail tijdens het capaciteitsverdelingsproces ten behoeve van de jaardienstregeling 2008 en wijst op aantal vermeende tekortkomingen in de Nv2009. NS verzoekt de Raad het gedrag van ProRail te onderzoeken op grond van de artikelen 71, leden 1 en 2, Spoorwegwet en in het licht van Richtlijn 2001/ 14/ EG (hierna: de Richtlijn), het Besluit capaciteitsverdeling hoofdspoorweginfrastructuur (hierna: het Besluit), de Netverklaring 2008 (hierna: Nv2008) en de Toegangsovereenkomsten 2006, 2007 en 2008 die tussen ProRail en NS zijn afgesloten.
4. De argumenten van NS en het verweer van ProRail daarop zal verderop in dit besluit aan de orde komen.

2 Het verloop van de procedure

5. Bij brief van 7 december 2007 (ontvangen op dezelfde datum), gericht aan de directeur van de Vervoerkamer van de NMa (hierna: de Directeur), heeft NS een pro forma klacht ex artikel 71, lid 1, Spoorwegwet (hierna: de klacht) bij de Raad ingediend.⁴ De ontvangst van de klacht is per brief van 12 december 2007 aan NS bevestigd en een kopie van de klacht zelf is per brief van gelijke datum aan ProRail toegestuurd.⁵
6. Bij brief van 27 maart 2008 (ontvangen op 28 maart 2008) heeft NS de klacht aangevuld.⁶ De ontvangst van de aanvulling is aan NS bevestigd per brief van 1 april 2008.⁷ Een kopie van de aanvulling is op dezelfde datum aan ProRail toegestuurd met het verzoek om een reactie.⁸

⁴ Dossiernummer 200094/2.

⁵ Dossiernummer 200094/3 en 200094/4.

⁶ Dossiernummer 200094/5.

⁷ Dossiernummer 200094/7.

⁸ Dossiernummer 200094/6.

7. Daarna heeft de Directeur aan NS per brief van 15 april 2008 een overzicht gestuurd van de onderwerpen waar de klacht betrekking op heeft en aan NS verzocht aan te geven of deze weergave juist en volledig is. Daarnaast heeft de Directeur aan NS verzocht per onderwerp aan te geven welke norm naar haar mening geschonden is. Ten slotte heeft de Directeur aan NS verzocht per onderwerp aan te geven waarom NS van mening is dat zij oneerlijk behandeld, gediscrimineerd of anderszins benadeeld is door het gesignaleerde gedrag van ProRail.⁹ Een kopie van deze brief is per gelijke datum aan ProRail gezonden.¹⁰
8. Per brief van 25 april 2008 heeft ProRail haar zienswijze gegeven op de klacht van NS inclusief de aanvulling daarop van 27 maart 2008.¹¹ Een kopie van de zienswijze van ProRail is op 16 mei 2008 aan NS toegezonden.¹²
9. Bij brief van 1 mei 2008 heeft de gemachtigde van NS gereageerd op het verzoek van de Directeur aan NS van 15 april 2008.¹³ Hierin wordt onder meer aangegeven dat de klacht van NS is gebaseerd op zowel artikel 71, lid 1, als artikel 71, lid 2, Spoorwegwet. Een kopie van deze brief is op 16 mei 2008 aan ProRail toegestuurd.¹⁴
10. Op 29 mei 2008 heeft een hoorzitting plaatsgevonden ten kantore van de NMa waarop partijen in de gelegenheid zijn gesteld om hun standpunten naar aanleiding van de klacht nader mondeling toe te lichten. Beide partijen hebben van deze gelegenheid gebruik gemaakt.
11. Op verzoek van de hoorcommissie hebben partijen tijdens de hoorzitting toegezegd nog een aantal nadere stukken aan de Raad te doen toekomen. Dit is aan partijen bevestigd per brief van 30 mei 2008.¹⁵ NS heeft hierop gereageerd bij brief van 6 juni 2008.¹⁶ Een kopie van deze brief is op 26 juni 2008 aan ProRail toegestuurd.¹⁷ ProRail heeft op haar beurt gereageerd per brief van 6 juni 2008¹⁸ en per brief van 13 juni 2008.¹⁹ Een kopie van laatstgenoemde brieven is op 26 juni 2008 aan NS toegestuurd.²⁰

⁹ Dossienummer 200094/ 8.

¹⁰ Dossienummer 200094/ 9.

¹¹ Dossienummer 200094/ 10.

¹² Dossienummer 200094/ 15.

¹³ Dossienummer 200094/ 11.

¹⁴ Dossienummer 200094/ 16.

¹⁵ Dossienummers 200094/ 26 en 200094/ 27.

¹⁶ Dossienummer 200094/ 28.

¹⁷ Dossienummer 200094/ 33.

¹⁸ Dossienummer 200094/ 29.

¹⁹ Dossienummer 200094/ 32.

12. Per brief van 29 juni 2008 heeft de Directeur aanvullende vragen gesteld aan NS.²¹ NS heeft deze vragen per brief van 5 juli 2008 (ontvangen op 8 juli 2008) aan de Directeur beantwoord.²² Kopieën van deze brieven zijn op 10 juli 2008 aan ProRail verstuurd.²³
13. Op 11 juli 2008 heeft de Directeur het verslag van de hoorzitting aan partijen toegestuurd.²⁴
14. Per brieven van 16 juli 2008 respectievelijk 21 juli 2008 hebben ProRail en NS laten weten geen nadere opmerkingen op het verslag van de hoorzitting te hebben.²⁵
15. Per brief van 30 juli 2008 heeft de Directeur een aanvullende vraag gesteld aan ProRail inzake de conflictdossiers.²⁶ Een kopie van deze brief is op 6 augustus 2008 aan NS gestuurd.²⁷ ProRail heeft de vraag van de Directeur per brief van 13 augustus 2008 beantwoord.²⁸ Een kopie van deze brief is op 20 augustus 2008 aan NS verstuurd.²⁹

3 De feiten

Voor de onderhavige klacht zijn de volgende feiten en omstandigheden van belang.

3.1 Het capaciteitsverdeelproces

16. Paragraaf 4.4 van de Nv2008 beschrijft het capaciteitsverdelingsproces. Hierin wordt een onderscheid gemaakt tussen capaciteitsverdeling ten behoeve van verkeer en capaciteitsaanvragen ten behoeve van beheer.³⁰ Beide capaciteitsverdeelprocessen kennen hun eigen deelstadia (BUP, jaardienstregeling en ad hoc fase) die nader zijn uitgewerkt in bijlage 24 bij de Nv2008.³¹

²⁰ Dossiernummer 200094/34.

²¹ Dossiernummer 200094/35.

²² Dossiernummer 200094/36.

²³ Dossiernummer 200094/37.

²⁴ Dossiernummers 200094/38 (ProRail) en 200094/39 (NS).

²⁵ Dossiernummers 200094/41 en 200094/42.

²⁶ Dossiernummer 200094/43.

²⁷ Dossiernummer 200094/50.

²⁸ Dossiernummer 200094/52.

²⁹ Dossiernummer 200094/54.

³⁰ Zie Nv2008, paragraaf 4.4.1., p. 46.

³¹ Zie Nv2008, paragraaf 4.4.1.1. en 4.4.1.2., p. 46.

Aangegeven wordt dat binnen elk capaciteitsverdeelproces in beginsel dezelfde stappen kunnen worden onderscheiden, te weten: aanvraag, programmering, coördinatie, vaststellen/vastleggen capaciteitsverdeling, geschillenprocedure.³² Deze stappen worden afzonderlijk in de Nv2008 beschreven.

17. Uit de beschrijving van het capaciteitsverdeelproces in paragraaf 4.4 van de Nv2008 volgt dat bij de overgang van de programmering- naar de coördinatiefase steeds een dossier met onder andere de aanvragen en hun status, de geïdentificeerde onverenigbaarheden alsmede correspondentie wordt opgesteld.³³ Gerechtigden hebben recht van inzage in de op hen betrekking hebbende gegevens in dat dossier.³⁴

3.2 BUP 2008

18. Uit de Nv2008 volgt dat een aanvraag voor capaciteit ten behoeve van de BUP-fase 2008 moest worden ingediend op 1 februari 2007. Het verdeelbesluit moest vervolgens op 9 maart 2007 worden genomen.³⁵
19. NS heeft haar BUP-aanvraag gedeeltelijk op 1 februari 2007 bij ProRail ingediend. NS schrijft in haar begeleidende e-mail: "*Bijgestoten vindt u de basisuurpatronen die voor ons de basis vormen voor Adviesaanvraag, zoals aan het Looov verzonden. Wij beschouwen deze uitwerking als onze werkversie, op dit moment ook wel het "95% BUP" te noemen. (...) Zoals afgesproken dienen wij op 1 april 2007 de definitieve capaciteitsaanvraag BUP in.*"³⁶ Per brief van 2 april 2007 heeft NS, eveneens namens NS Internationaal, HSA, Arriva, Syntus, Veolia, Connexion, NMBS/SNCB en DB Personenvervoer, de definitieve capaciteitsaanvraag voor het BUP ingediend bij ProRail.³⁷
20. In een e-mail aan ProRail van 21 mei 2007 stelt NS vast dat er tot op dat moment nog geen formele verdeelbesluiten waren genomen voor het BUP. NS geeft aan dat hoewel is afgeweken van het verdeelmoment uit de Nv2008 (9 maart 2007) en wordt uitgegaan van

³² Zie Nv2008, paragraaf 4.4.2., p. 46 e.v.

³³ Dit geldt zowel voor de BUP-fase als de jaardienstfase.

³⁴ Zie Nv2008, paragraaf 4.4.2.2., p. 48.

³⁵ Zie Nv 2008, bijlage 24, paragraaf 1.1.2. (stroomschema).

³⁶ Dossiënummer 200094/5, bijlage 1.

³⁷ Dossiënummer 200094/5, bijlage 2.

1 april 2007 als formeel indieningsmoment, het verdeelmoment op 21 mei 2007 inmiddels gepasseerd is.³⁸ ProRail heeft het formele verdeelbesluit BUP vervolgens op 4 juni 2007 genomen. In het verdeelbesluit bevestigt ProRail dat de capaciteitsaanvragen voor het BUP hadden moeten worden ingediend op 1 februari 2007. ProRail licht toe dat aangezien NS en Railion hadden aangegeven dat zij pas op 1 april 2007 hun definitieve aanvraag zouden indienen, de einddatum van 9 maart 2007 niet is gehaald.³⁹

21. Bij brief van 13 juni 2007 heeft NS bezwaar aangetekend tegen het verdeelbesluit BUP van 4 juni 2007 en ProRail verzocht de procedure van de Geschillenregeling Capaciteitsverdeling van paragraaf 4.4.3. en bijlage 5 Nv2008 op te starten.⁴⁰ ProRail heeft het verzoek van NS als een verzoek om geschilbemiddeling aangemerkt. In een brief van 18 juni 2007 heeft ProRail aan NS voorgesteld om behandeling van alle conflicten die restten uit de BUP-fase door te schuiven naar de jaardienstverdeling.⁴¹
22. Tijdens de hoorzitting bij de NMa heeft ProRail verklaard dat zij geen reactie kreeg van NS op haar verzoek de behandeling van de uit de BUP-fase voortvloeiende conflicten door te schuiven naar de jaardienstfase. ProRail verklaarde tevens dat zij daarom op 5 juli 2007 een brief aan NS heeft gestuurd, waarin zij aangaf dat er geen reactie was ontvangen op haar voorstel om de conflicten door te schuiven naar de jaardienstfase en zij er daarom van uitging dat het verzoek van NS om geschilbemiddeling geen betekenis meer had.⁴² NS heeft tijdens de hoorzitting betwist dat zij de brief van ProRail van 5 juli 2007 heeft ontvangen. Op 9 juli 2007 stuurde NS evenwel toch haar reactie.⁴³ Zij gaf aan akkoord te kunnen gaan met het doorschuiven mits er een bijzonder overleg zou plaatsvinden.
23. NS heeft ProRail per email van 15 augustus 2007 herinnerd aan haar voorstel van 9 juli 2007.⁴⁴ Tijdens de hoorzitting is komen vast te staan dat het door NS gewenste bijzonder overleg nooit heeft plaatsgevonden en dat het geschil ook niet tijdens de BUP-fase is behandeld door ProRail.⁴⁵ ProRail heeft de brief van NS van 9 juli 2007 niet beantwoord maar heeft de conflicten behandeld tijdens de coördinatiefase als "normale" conflicten in het verdelingsproces. De Raad gaat er vanuit dat ProRail hiermee de jaardienstfase bedoelt.

³⁸ Dossiënummer 200094/5, bijlage 3.

³⁹ Dossiënummer 200094/5, bijlage 4.

⁴⁰ Dossiënummer 200094/5, bijlage 5.

⁴¹ Dossiënummer 200094/5, bijlage 6.

⁴² Dossiënummer 200094/29, bijlage 1.

⁴³ Dossiënummer 200094/5, bijlage 7.

⁴⁴ Dossiënummer 200094/5, bijlage 8.

⁴⁵ Dossiënummer 200094/38, bijlage, p. 6/7.

3.3 Jaardienstregeling 2008

3.3.1 Kaders onderhoudsrooster

24. Op grond van de Nv2008 diende de aanvraag voor de kaders van het onderhoudsrooster door ProRail (Inframangement) uiterlijk op 8 januari 2007 te worden ingediend.⁴⁶ Daarvoor gold: “*De vraag van de beheerder dient minimaal inzicht te geven in de locatie en het volume (de benodigde tijd) van de gevraagde onttrekkingen. Verder dient de gewenste onttrekking op een zgn. Functionele Onttrekkingstekening te worden weergegeven.*” ProRail diende op uiterlijk 1 mei 2007 de kaders voor het onderhoudsrooster af te geven voor tijdig ingediende aanvragen.⁴⁷
25. ProRail heeft de aanvraag voor de kaders van het onderhoudsrooster op 12 februari 2007 ingediend.⁴⁸ De aanvraag gaf inzicht in de locatie en het volume van de gevraagde onttrekkingen. Voor alle emplacementen gold als uitgangspunt: onderhoud 1 keer per twee weken gedurende 2,5 uur en 1 keer per 4 weken 5,5 uur. Voor het cyclische onderhoud op de vrije baan gold een wekelijks in te vullen nachtgat van minimaal 5,5 uur en additioneel, in een lagere frequentie dag/avondgaten voor enkelsporige baanvakken van minimaal 5,5 uur. De aanvraag bevatte geen functionele onttrekkingstekeningen.
26. In een memo van 19 februari 2007 heeft ProRail de oplossingsrichtingen voor Beheer – Verkeer weergegeven. Doel van deze oplossingsrichtingen was om te komen tot een onderhoudsrooster.⁴⁹ Vervolgens heeft ProRail in een memo van 22 maart 2007 aan de leden van het Gebruikersoverleg Onderhoudsrooster 2008 laten weten dat ProRail Capaciteitsmanagement in mei de kaders voor het onderhoudsrooster 2008 zou vaststellen.⁵⁰ In een memo van 25 mei 2007 heeft ProRail uiteindelijk aangegeven dat alle onttrekkingstekeningen beschikbaar waren, zowel bestaande uit het nachtgarooster en uitwerking voor 2008 als de verdeling 2007.⁵¹ Per brief van 18 juni 2007 heeft ProRail de kaders voor het onderhoudsrooster (het kaderbesluit beheer) aan de vervoerders gezonden.⁵²

⁴⁶ Zie Nv2008, bijlage 24, paragraaf 2.1.1., p. 8.

⁴⁷ Zie Nv2008, bijlage 24, paragraaf 2.1.1., p. 9.

⁴⁸ Dossiernummer 200094/29, bijlage 2.

⁴⁹ Dossiernummer 200094/5, bijlage 9.

⁵⁰ Dossiernummer 200094/5, bijlage 10.

⁵¹ Dossiernummer 200094/5, bijlage 12.

⁵² Dossiernummer 200094/5, bijlage 13.

In een brief aan de Directeur heeft ProRail aangegeven dat de brief van 18 juni 2007 kan worden aangemerkt als de opgave die in de Netverklaring 2008 was aangekondigd voor 1 mei 2007.⁵³

Verwijderd:

27. Per brief van 27 juni 2007 heeft NS formeel bezwaar gemaakt tegen de vastgestelde kaders voor het onderhoudsrooster zoals weergegeven in voornoemde brief van ProRail van 18 juni 2007. NS geeft in haar brief aan dat zij zich niet kan verenigen met het capaciteitskader, aangezien dit volgens haar zou leiden tot onacceptabele klanthinder in de vorm van opheffing van treinen en/of het buiten patroon rijden van treinen.⁵⁴ NS heeft haar standpunt nog eens separaat toegelicht bij brief van 17 juli 2007.⁵⁵
28. Zoals gezegd, heeft ProRail de aanvraag voor de kaders van het onderhoudsrooster op 12 februari 2007 ingediend met als uitgangspunt een wekelijks nachtgat (treinvrije periode gedurende de nacht) van 5,5 uur ten behoeve van onderhoud. In een e-mail van 28 augustus 2007 heeft NS haar ongenoegen geuit over het feit dat ProRail tijdens het capaciteitsverdelings-proces bleef vasthouden aan een algemeen nachtgat voor onderhoud van 5,5 uur. NS was van mening dat naar maatwerk gestreefd moest worden.⁵⁶ Per brief van 7 september 2007 aan ProRail gaf NS aan dat zij in beginsel bereid was mee te werken aan het realiseren van een (algemeen) nachtgat ten behoeve van de werkzaamheden die door de beheerder moesten worden uitgevoerd met dien verstande dat naar een minimalisatie van klanthinder gezocht moest worden zodat NS aan het verplichtingen jegens de concessieverlener en het LOCOV kon voldoen. NS benadrukte dat het generieke kader voor de capaciteitsverdeling dat door ProRail was voorgesteld niet aan deze uitgangspunten voldeed.⁵⁷

3.3.2 Besluit jaardienstverdeling

29. Op grond van de Nv2008 moest het besluit jaardienstverdeling op 10 september 2007 worden genomen.⁵⁸
30. Op 28 juni 2007 heeft NS haar capaciteitsaanvraag voor de jaardienstregeling 2008 ingediend bij ProRail.⁵⁹ Per brief van 23 juli 2007 heeft ProRail aan alle spoorweg-

⁵³ Dossienummer 200094/29.

⁵⁴ Dossienummer 200094/5, bijlage 14.

⁵⁵ Dossienummer 200094/5, bijlage 15.

⁵⁶ Dossienummer 200094/5, bijlage 20.

⁵⁷ Dossienummer 200094/5, bijlage 21.

⁵⁸ Zie Nv2008, bijlage 24, paragraaf 1.2.1., p. 4.

ondernemingen een verdelingsvoorstel gezonden voor de jaardienst 2008.⁶⁰ Per brief van 15 augustus 2007 heeft ProRail alle spoorwegondernemingen medegedeeld dat de hoeveelheid concurrerende aanvragen, in combinatie met de benodigde beoordelings- en verwerkingscapaciteit binnen de spoorsector aanleiding gaf om de datum waarop de definitieve capaciteitsverdeling zou worden vastgesteld te verplaatsen van 17 september 2007 naar 28 september 2007.⁶¹ Per brief van 3 september 2007 heeft NS haar ongenoegen jegens ProRail geuit over de beslissing om genoemde datum te wijzigen.⁶² Tijdens de hoorzitting bij de NMa is komen vast te staan dat het besluit jaardienstverdeling 2008 inderdaad op 28 september 2007 door ProRail is genomen.⁶³

31. Per brief van 9 oktober 2007 heeft NS formeel bezwaar gemaakt tegen het besluit jaardienstverdeling van 28 september 2007 met een beroep op de procedure van de Geschillenregeling Capaciteitsverdeling van paragraaf 4.4.3. en bijlage 5 Nv2008.⁶⁴ In het kader van deze procedure heeft NS een aantal alternatieven aangedragen voor de capaciteitsverdeling op zeven enkelsporige baanvakken.⁶⁵ NS doet in essentie voor alle baanvakken hetzelfde voorstel: uitwijken naar een weekendnacht of inkorten van het nachtgat van 5,5 uur. ProRail heeft op 22 oktober 2007 uitspraak gedaan in het door NS aanhangig gemaakte geschil.⁶⁶ Ten aanzien van het nachtgat merkt ProRail het volgende op:

“ Voor wat betreft de keuze voor nachtgaten en de ligging van die nachtgaten:

- a. de keuze voor nachtgaten op baanvakken volgt uit overwegingen m.b.t. minimalisatie van verkeershinder;*
- b. de maatgevende personele capaciteit voor onderhoud wordt bepaald door de inzet in de nachturen; ondoelmatigheid in de inzet van personeel in de nachturen (bijvoorbeeld bij ingekorte buitendienststellingen of een overmaat aan weekeindnachten) vraagt grotere personeelsformaties;*
- c. de arbeidsmarkt voor onderhoudspersoneel in continudiensten is uitgeput; de personele capaciteit voor onderhoud in de nacht wordt begrensd door wat bij de beschikbare informatie en binnen de kaders van arbeidstijdwetgeving mogelijk is; die*

⁵⁸ Dossiernummer 200094/5, bijlage 16.

⁶⁰ Dossiernummer 200094/5, bijlage 17.

⁶¹ Dossiernummer 200094/5, bijlage 18.

⁶² Dossiernummer 200094/5, bijlage 19.

⁶³ Dossiernummer 200094/38, bijlage p. 11.

⁶⁴ Dossiernummer 200094/5, bijlage 31.

⁶⁵ Dossiernummer 200094/5, bijlage 31, waarvan bijlage 3.

⁶⁶ Dossiernummer 200094/5, bijlage 32.

begrenzing volgt uit maakbaarheid. Aannemers optimaliseren hun personeelsinzet reeds over meerdere vestigingen heen;

- d. de ter hoorzitting voorgestelde werkwijze om in plaats van de 5,5 uur in weeknachten te kiezen voor kortere buitendienststellingen (bijv. 4 uur) in weeknachten in combinatie met 5,5 uur in weekendnachten is niet maakbaar; de daarmee verbonden lagere productiviteit in weeknachten en het hogere beslag op weekenden leiden tot nog meer nachtdiensten en nog meer weekenddiensten voor personeel van aannemers, hetgeen een grotere formatie zou vragen.*
- e. de exacte timing van het nachtgat (begin- en eindtijd, bij een gegeven lengte) is onderwerp van maatwerkafstemming bij de capaciteitsverdeling; ProRail komt in dezen niet tegemoet aan de klacht van NSR. De door NSR aangedragen alternatieven zijn niet maakbaar vanwege het daarmee verbonden hogere beslag op personele capaciteit.”*

4 De klacht

32. De klacht van NS bestaat uit vier onderdelen:

1. de klacht Verkeer – Verkeer (BUP fase);
2. de klacht Beheer – Verkeer (Overlegfase Beheer);
3. de klacht Jaardienstverdelingsfase;
4. de klacht Nv2009.

33. Op verzoek van de Directeur heeft NS expliciet aangegeven welke normen zij door ProRail geschonden acht.⁶⁷ NS heeft dit algemeen en meer specifiek per onderwerp gedaan.⁶⁸ Het algemene gedeelte zal hieronder eerst uiteen worden gezet. Vervolgens zullen de hiervoor genoemde onderdelen van de klacht achtereenvolgens aan de orde komen en zal specifiek per onderdeel de volgens NS geschonden norm worden aangegeven.

⁶⁷ Dossiernummer 200094/8.

⁶⁸ Dossiernummer 200094/11.

4.1 Algemeen

34. NS maakt een onderscheid tussen de schending van procedurevoorschriften door ProRail enerzijds en een onjuiste afweging van bedrijfseconomische belangen door ProRail anderzijds.

4.1.1 Schending van procedurevoorschriften

35. NS is van mening dat ProRail de verschillende fasen van het capaciteitsverdelingsproces niet tijdig en niet transparant heeft doorlopen. NS stelt zich daarom op het standpunt dat ProRail heeft gehandeld in strijd met artikel 61 Sw jo. artikel 4 van het Besluit en de bijlagen I en III van de Richtlijn voor zover deze bepalingen al dan niet nader zijn uitgewerkt in de Netverklaring, de toegangsovereenkomst en/of bilaterale afspraken tussen ProRail en NS.
36. NS is overigens van oordeel dat benadeling of oneerlijke behandeling ook kan plaatsvinden zonder dat een concrete norm is geschonden. Zij meent dat artikel 71 lid 1 Sw daartoe een zelfstandige norm biedt.
37. NS is van mening dat deze intransparante procedures en vertragingen in de procedures leiden tot benadeling dan wel oneerlijke behandeling van NS. Zij baseert haar standpunt op de considerans van de Richtlijn waaruit volgens NS volgt dat van regelingen voor capaciteits-toewijzing duidelijke consistente signalen moeten uitgaan zodat spoorwagondernemingen rationele beslissingen kunnen nemen. NS leidt hieruit af dat de in de Netverklaring opgenomen procedures en termijnen moeten worden gehandhaafd. Hetzelfde geldt volgens NS voor de transparantie van de procedures, de tijdige informatieverstrekking en de adequate behandeling van geschillen.
38. NS benadrukt in dit verband dat de overschrijding van termijnen grote nadelige gevolgen heeft voor haar werkprocessen gezien de complexiteit daarvan. Het leidt volgens NS tot een suboptimaal planningsproces. NS heeft er dus belang bij dat de in de Netverklaring beschreven procedures door ProRail worden nageleefd. Indien dit niet het geval is wordt NS naar eigen zeggen in een later stadium geconfronteerd met herplannen van personeel en materieel en kunnen problemen ontstaan met interne afspraken van NS met onder andere het rijdend personeel, alsmede met wettelijke voorschriften omtrent de inzet van personeel. Dit leidt tot extra werkdruk binnen de NS organisatie.

4.1.2 Onjuiste afweging van bedrijfseconomische belangen

39. NS meent dat een onjuiste afweging van bedrijfseconomische belangen een schending oplevert van artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit al dan niet nader ingevuld in de Nv2008, de toegangsovereenkomsten 2006 en 2007 tussen ProRail en NS alsmede in overige afspraken tussen NS en ProRail.
40. NS is voorts van mening dat zij door een onjuiste bedrijfseconomische afweging is benadeeld en/of oneerlijk is behandeld omdat zij hierdoor niet in een dienstverlening kon voorzien waarin zij bij een juiste afweging wel zou kunnen hebben voorzien. NS wijst er op dat de afweging telkens in het voordeel van ProRail blijkt uit te vallen hetgeen volgens NS het gevolg is van een feitelijk onjuiste (en voor ProRail gunstige) invulling van de belangenafweging. Op grond van dit laatste is NS bovendien van mening dat zij ten opzichte van ProRail is gediscrimineerd.

4.2 De klacht ten aanzien van de BUP-fase van de jaardienstregeling 2008

4.2.1 Termijnoverschrijding bij het nemen van het verdeelbesluit BUP 2008

41. NS voert aan dat de indiening van aanvragen voor capaciteit voor Verkeer alsmede voor aanvragen van ProRail Inframangement (hierna: ProRail IM) voor beheer aan de termijnen is gebonden die staan weergegeven in de Netverklaring. Zij wijst er op dat uit de Nv2008 volgt dat een aanvraag voor capaciteit voor de BUP-fase moest worden ingediend op 1 februari 2007. Het verdeelbesluit zou vervolgens op 9 maart 2007 worden genomen.
42. NS beklagt zich erover dat het verdeelbesluit BUP drie maanden te laat is genomen. Dit heeft de gemachtigde van NS nog eens bevestigd aan de Directeur bij brief van 1 mei 2008.
43. NS is van oordeel dat het verdeelbesluit BUP drie maanden te laat is genomen omdat ProRail het verdeelbesluit BUP niet op 9 maart 2007 maar op 4 juni 2007 heeft genomen. NS stelt zich daarbij op het standpunt dat haar (onvolledige) aanvraag van 1 februari 2007 als formele aanvraag dient te worden aangemerkt omdat zij de aanvraag op dat moment niet compleet kon maken doordat zij informatie van ProRail miste. NS voegt daaraan toe dat zelfs als ervan wordt uitgegaan dat de aanvraag pas op 1 april 2007 formeel door haar is ingediend, de BUP-fase op 7 mei 2007 afgerond had kunnen zijn. NS gaat daarbij uit van de termijn die ProRail in de Nv2008 hanteert voor de BUP-fase te weten de vijf weken gelegen tussen 1 februari en 9 maart 2007.

NS stelt zich op het standpunt dat de overschrijding van deze termijn in strijd is met de Nv2008, de toegangsovereenkomst, bijlage III van de Richtlijn en artikel 4 van het Besluit. NS is van mening dat zij hierdoor is benadeeld omdat bij de voorbereiding van de jaardienst onnodig veel onzekerheid is opgetreden en zij veel werk opnieuw heeft moeten doen in een laat stadium.

4.2.2 Plicht tot bijhouden van conflictdossiers en zichtbaar houden van conflicterende aanvragen

44. NS voert aan dat ProRail volgens de Nv2008 de verplichting heeft om tijdens het coördinatieproces in de BUP-fase conflictdossiers bij te houden. NS verwijst in dit verband naar paragraaf 4.4.2.2. van Nv2008 en paragraaf 1.1.3. van bijlage 24 bij Nv2008. Naar het oordeel van NS zijn deze conflictdossiers ten onrechte niet (systematisch) bijgehouden, noch voor verkeer–verkeer noch voor beheer–verkeer. NS is van mening dat ProRail haar hierdoor heeft benadeeld.
45. NS is voorts van mening dat ProRail de conflicterende aanvragen niet zichtbaar heeft gemaakt en/of gehouden doordat zij geen conflictdossiers heeft bijgehouden. NS vindt dat het verdelingsproces hierdoor intransparant is geworden hetgeen tot benadeling van NS heeft geleid.
46. Ter onderbouwing benadrukt NS het belang van het bijhouden en inzage geven in conflictdossiers. NS illustreert dit als volgt. Het VPT-systeem⁶⁹ kent geen historie waardoor niet kan worden nagegaan welke stappen door partijen zijn gezet om een conflict op te lossen. In geval van een conflict beheer–verkeer wordt een beheeraanvraag van ProRail afgezet tegen verkeeraanvraag van een vervoerder. Indien dit conflict niet kan worden opgelost in de coördinatiefase wordt artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit toegepast en vindt er een bedrijfseconomische afweging plaats tussen de twee aanvragen. Hierbij kan de situatie zich voordoen dat niet de oorspronkelijke aanvraag van de vervoerder, maar een alternatief of compromis (dat inmiddels de oorspronkelijke aanvraag in VPT heeft vervangen) wordt afgezet tegen de beheeraanvraag van ProRail welk alternatief of compromis niet de werkelijke bedrijfseconomische benadeling van NS weergeeft. Dit kan leiden tot een onzuivere uitkomst waardoor NS wordt benadeeld. Dit kan worden voorkomen door conflictdossiers bij te houden.

⁶⁹ VPT staat voor vervoer-per-trein en is een digitaal systeem waarmee capaciteit voor treinpaden of onderhoud kan worden aangevraagd en ingepland in de dienstregeling.

47. Daarnaast voert NS aan dat het verdelingsvoorstel van 4 juni 2007 ogenschijnlijk conflictvrij was. Echter, het feit dat het verdelingsvoorstel alle oplossingsvarianten bevatte, betekende naar het oordeel van NS geenszins dat deze oplossingsvarianten ook akkoord waren. NS geeft aan dat indien een conflict tijdens de BUP-fase zonder bemiddeling wordt doorgeschoven of aangepast ten behoeve van één of meerdere uitvoeringvarianten of een potentieel compromis, het conflict niet vanzelfsprekend verdwenen of opgelost is. Naar de mening van NS is dit echter wel hoe ProRail met deze conflicten omgaat, namelijk dat volgens ProRail hiermee het conflict is opgelost.
48. Daar komt volgens NS bij dat door het bijhouden van een conflict dossier wordt voorkomen dat overbelastverklaringen vergeten worden. Indien een overbelastverklaring wordt vergeten, leidt dit ertoe dat ProRail geen capaciteitsanalyse maakt als bedoeld in artikel 25 van de Richtlijn en geen capaciteitsvergrotingsplan opstelt als bedoeld in artikel 26 van de Richtlijn. NS is van mening dat dit tot benadeling kan leiden omdat een dergelijke procedure vergroting van de capaciteit tot gevolg kan hebben. Dit laatste biedt NS weer meer mogelijkheden op het gebied van reizigersvervoer, aldus NS.

4.2.3 Het doorschuiven van conflicten van de BUP-fase 2008 naar de jaardienstprocedure onder voorwaarden

49. NS stelt dat zij op 13 juni 2007 bezwaar heeft aangetekend tegen het verdelingsvoorstel van 4 juni 2008 en ProRail heeft verzocht de procedure van de Geschillenregeling Capaciteitsverdeling van paragraaf 4.4.3. en bijlage 5 Nv2008 op te starten. NS voert aan dat ProRail overeenkomstig artikel 21, lid 6, van de Richtlijn de geschillenprocedure van paragraaf 4.4.3. van de Nv2008 had moeten toepassen. Volgens deze regeling dient ProRail binnen tien dagen uitspraak te doen. In casu had ProRail volgens NS op 23 juni 2007 uitspraak moeten doen.
50. NS voert voorts aan dat ProRail haar bij brief van 18 juni 2007 heeft voorgesteld om alle conflicten door te schuiven naar de jaardienstverdeling. NS geeft aan dat zij hiermee akkoord is gegaan onder meer onder de uitdrukkelijke voorwaarde dat afhandeling van de BUP-conflicten alsnog zou plaatsvinden in een bijzonder overleg. Dit overleg heeft volgens NS nooit plaatsgevonden, ondanks dat NS ProRail er per e-mail van 15 augustus 2007 nog op gewezen heeft. NS voert aan dat de Geschillenregeling Capaciteitsverdeling uiteindelijk nooit is toegepast door ProRail.

NS is van mening dat zij hierdoor oneerlijk behandeld en benadeeld is omdat in de jaardienstverdeling nog geen eenduidigheid bestond over conflicten waardoor NS ten

aanzien van materieelplanning en personeelsplanning niet kon uitgaan van definitieve gegevens. Naar eigen zeggen werd zij daardoor “geconfronteerd met het herplannen van materieel en personeel.”

4.3 De klacht beheer – verkeer (Overlegfase Beheer)

4.3.1 Overschrijding van de indieningstermijn voor de capaciteitsaanvraag voor het onderhoudsrooster

51. NS voert aan dat de aanvraag voor het onderhoudsrooster conform de Nv2008 door ProRail op een functionele onttrekkingstekening diende te worden weergegeven. Deze aanvraag zou volgens de Nv2008 uiterlijk op 8 januari 2007 door ProRail moeten zijn ingediend, aldus NS. NS stelt vast dat zij pas op 25 mei 2007 feitelijk inzicht in het capaciteitsbeslag voor beheerdoeleinden kreeg zodat de aanvraag toen pas aan de daartoe conform de Nv2008 te stellen eisen voldeed.
52. NS stelt dat zij door de hiervoor beschreven gang van zaken benadeeld is. Zij kon hierdoor naar eigen zeggen pas in een lager stadium vaststellen waar beheer en verkeer conflicteren. Het proces van het zoeken naar alternatieven begon daardoor later zodat er minder tijd overbleef om een dienstregeling vast te stellen die daadwerkelijk optimaal was. Door de onderlinge afhankelijkheid van treinen/ diensten zouden (ook) niet-conflicterende diensten effectiever kunnen worden gepland indien vroegtijdig duidelijk was geweest welke diensten conflicteren. Elke vertraging en onduidelijkheid in het planningsproces leidt volgens NS tot suboptimale planning, niet alleen voor de diensten die direct worden geraakt, maar ook voor alle andere diensten.

4.3.2 Overschrijding van de termijn voor het indienen van het kaderbesluit beheer

53. NS voert aan dat het kaderbesluit beheer, waarin ProRail haar capaciteitsaanvraag ten behoeve van het onderhoud formuleert, volgens paragraaf 2.2.1. van bijlage 24 bij de Nv2008 uiterlijk 1 mei 2007 afgegeven moest worden. NS stelt vast dat dit feitelijk pas op 18 juni 2007 heeft plaatsgevonden, hetgeen volgens NS een termijnoverschrijding van zes weken oplevert.
54. NS is van mening dat zij hierdoor benadeeld is, omdat het uiteindelijke planningsproces later is gestart waardoor de planning niet optimaal heeft kunnen verlopen.

4.3.3 Het ontbreken van de functionele onttrekkingstekeningen bij de aanvraag van het onderhoudsrooster

55. NS voert aan dat de aanvraag van de beheerder voor capaciteit ten behoeve van het onderhoudsrooster Kleine Incidentele Onttrekkingen en Grote Incidentele Onttrekkingen op grond van paragraaf 2.1.1. van bijlage 24 bij de Nv2008 inzicht dient te geven in de locatie en de benodigde tijd en bovendien op een functionele onttrekkingstekening dient te worden weergegeven. Volgens NS kan op basis van deze tekeningen pas op detailniveau worden beoordeeld wat de impact is van de beheersonttrekkingen. Bij gebreke daarvan worden het planningsproces bemoeilijkt en wordt NS naar eigen zeggen benadeeld.

4.4 De klacht ten aanzien van de Jaardienstverdelingsfase

4.4.1 Overschrijding van de termijn voor het vaststellen van de jaardienstverdeling

56. NS voert aan dat ProRail het besluit jaardienstverdeling volgens paragraaf 1.2.1. van bijlage 24 bij de Nv2008 uiterlijk op 20 augustus 2007 had moeten nemen. Deze termijn is volgens NS met één maand overschreden omdat ProRail het besluit jaardienstverdeling feitelijk pas op 28 september 2007 heeft genomen.
57. NS is van mening dat de termijnoverschrijding voor haar tot nadelige gevolgen leidt en stelt dat zij haar logistieke en personele plannings anders heeft moeten inrichten. NS geeft aan dat onduidelijkheid ten gevolge van het te laat nemen van een verdelingsbesluit tot onwenselijke gevolgen heeft geleid voor werknemers van NS en voor reizigers met het effect dat de nieuwe dienstregeling niet per december 2008 operationeel gemaakt kon worden.

4.4.2 De introductie van een eenvormig nachtgat

58. NS is van mening dat een rigide nachtgat van 5,5 uur per definitie in strijd is met artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit. NS wijst er op dat de beheerder op grond van een bedrijfseconomische afweging dient te komen tot een verdeling van de beschikbare capaciteit tussen beheer en verkeer. Het is volgens NS niet mogelijk om reeds voorafgaand aan enige bedrijfseconomische analyse te stellen dat de duur van alle nachtgaten vaststaat op 5,5 uur. Zou dit wel het geval zijn, dan is de bedrijfseconomische analyse ex artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit naar het oordeel van NS zinledig.
59. NS voert voorts aan dat de eis van artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit, dat de belangenafweging van geval tot geval gemaakt moet worden, eveneens in de weg staat aan

een rigide nachtgat. NS voegt daar aan toe dat, mocht er door ProRail een model zijn opgesteld waarbij in geval van een case-by-case analyse de uitkomst altijd in het voordeel van ProRail zou uitvallen, geconcludeerd moet worden dat de invulling van het model discriminatoir of benadelend is in de zin van artikel 71, lid 1, Sw.

60. NS wijst er op dat ProRail onvoldoende rekening heeft gehouden met de argumenten van NS tegen het nachtgat, namelijk dat het nachtgat niet nodig is, niet met NS besproken is en tevens dat een minder rigide nachtgat mogelijk en wenselijk is, zodat de belangen van NS zijn geschaad. ProRail heeft daardoor onvoldoende gezorgd voor het zo effectief mogelijk benutten van de beschikbare infrastructuurcapaciteit en daardoor in strijd gehandeld met artikel 1, lid 1, van de Richtlijn en met het Besluit.
61. NS geeft aan dat bij een juiste bedrijfseconomische afweging de nadelen van ProRail bij kortere nachtgaten worden afgewogen tegen de voordelen die daar tegenover staan voor NS. In plaats daarvan heeft ProRail ten onrechte het nachtgat van 5,5 uur als uitgangspunt genomen.
62. NS is van mening dat zij benadeeld is door het rigide nachtgat omdat er meer trajecten zijn uitgevallen dan het geval was geweest bij een juiste afweging van de wederzijdse belangen. NS lijdt hierdoor een groter bedrijfseconomisch nadeel dan bij een juiste afweging.
63. NS klaagt dat het nachtgat op een rigide en daarom onjuiste wijze is geïntroduceerd. Zij voert aan dat er ten aanzien van sommige baanvakken regionaal al een maatwerkoplossing was bereikt over het onderhoudsrooster voor 2008, maar dat deze afspraken op een later moment door ProRail op centraal niveau zijn herroepen ten behoeve van het rigide nachtgat.

4.4.3 De wijze van toepassing van artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit

4.4.3.1 Vermeende afspraken over de invulling van de bedrijfseconomische toets

64. In het kader van de toepassing van de bedrijfseconomische analyse als bedoeld in artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit verwijst NS allereerst naar afspraken die zijn gemaakt tussen NS, ProRail en het Ministerie van Verkeer en Waterstaat betreffende de concretisering en toepassing van de zogenoemde "klanthindernorm" in het kader van het capaciteitsverdelingsproces. Daarnaast verwijst NS naar de toegangsovereenkomsten van 2006 en 2007 die zij met ProRail heeft gesloten waarin, naar zij stelt, proces- en ontwikkelafspraken overeengekomen zijn over een te hanteren afwegingsmechanisme bij conflicterende aanvragen tussen capaciteits-aanvragen voor verkeer en capaciteitsaanvragen

voor beheer. Ten slotte wijst NS op afspraken die in juni 2005 onder toezicht van het Ministerie van Verkeer en Waterstaat binnen de spoorsector zijn gemaakt over het ontwikkelen en tijdig implementeren van innovatieve en aangepaste werkwijzen met betrekking tot het uitvoeren van (onderhouds)werkzaamheden door ProRail.

65. NS stelt zich op het standpunt dat een door het Landelijk Platform Overleg LPO – Stuurgroep Dagplan van 1 oktober 2001 opgesteld document met hindercategorieën de norm beschrijft die ProRail dient te hanteren bij het verdeling van capaciteit ten behoeve van beheer. NS wijst in het bijzonder op de definitie van “hinderarm” die volgens haar is vastgesteld op “doordeweeks voor 20.00 uur geen opheffing van treinen en tot maximaal drie minuten geplande aankomstvertraging op de volgende knoop”. De Raad verwoordt deze grief als volgt: de hiervoor genoemde afspraken tussen NS en ProRail vormen volgens NS een nadere invulling van de norm van artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit voor wat betreft de relatie tussen haar en ProRail. NS is van mening dat er een ander capaciteitskader tot stand was gekomen als ProRail gebruik had gemaakt van de hiervoor genoemde definitie van het begrip hinderarm.
66. NS is van mening dat ProRail de bedrijfseconomische toets van artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit niet conform deze afspraken heeft uitgevoerd en zij daardoor is benadeeld. Daarnaast is NS van mening dat het niet toepassen van deze afspraken in het kader van de bedrijfs-economische analyse van artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit een tekortkoming oplevert aan de zijde van ProRail in de nakoming van de toegangsovereenkomst met NS.

4.4.3.2 Motivering van de afweging tussen bedrijfseconomische belangen

67. Voorts is NS van mening dat ProRail haar afweging in het kader van de bedrijfseconomische analyse ex artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit onvoldoende heeft gemotiveerd. Zij voert daartoe aan dat ProRail onvoldoende inzicht heeft gegeven in de wijze waarop het bedrijfseconomisch belang van de beheerder is gewogen waardoor de capaciteitsverdeling achteraf niet althans onvoldoende toetsbaar is.

4.4.3.3 De materiële toepassing van artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit

68. Ten slotte is NS van mening dat ProRail artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit in materieel opzicht onjuist heeft toegepast.
69. NS voert aan dat ProRail ten onrechte heeft nagelaten om voor elke conflicterende aanvraag voor beheer de benodigdheid daarvan aan te tonen maar in plaats daarvan slechts heeft vastgesteld dat zij conform een rigide onderhoudsrooster en nachtgate van 5,5 uur voor elk betrokken traject een zelfde aanvraag heeft gedaan en gehonoreerd heeft.
70. Daarnaast heeft ProRail een andere methode van afweging toegepast dan was afgesproken tussen NS en ProRail onder toezicht van het Ministerie van Verkeer en Waterstaat en was vastgelegd in de toegangsovereenkomst.⁷⁰ Het gevolg hiervan is dat de bedrijfseconomische analyse van artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit vrijwel altijd in het voordeel van ProRail uitvalt.
71. NS is bovendien van mening dat ProRail in het kader van haar afweging op grond van artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit onvoldoende alternatieven heeft onderzocht althans in onvoldoende mate heeft aangetoond dat zij alternatieven heeft onderzocht. NS geeft als voorbeeld aan dat ProRail niet alleen werken in weekendnachten als alternatief had moeten beoordelen maar bijvoorbeeld ook het werken met meerdere korte nachtgate in plaats van één nachtgate van 5,5 uur. ProRail heeft volgens NS onvoldoende onderbouwd waarom kortere nachtgate niet maakbaar zouden zijn.
72. ProRail heeft voorts een onjuiste standaardberekening toegepast bij het uitvoeren van de bedrijfseconomische analyse als bedoeld in artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit. NS is van mening dat ProRail niet ten aanzien van alle vervoerders met dezelfde norm kan werken, hetgeen ProRail in casu wel heeft gedaan. Daarnaast is NS van mening dat ook per traject moet worden gedifferentieerd. Zij voert daartoe aan dat de impact bij het uitvallen van een dienst niet op elk traject gelijk is.
73. Ook vindt NS dat artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit vereist dat er een analyse plaatsvindt van de bedrijfseconomische belangen per conflict. NS is van mening dat per conflict bekeken moet worden of de door ProRail aangevraagde capaciteit voor beheer daadwerkelijk

⁷⁰ Dossiernummer 200094/5, randnummer 65: bedoeld worden kennelijk de Toegangsovereenkomsten 2006 en 2007.

benodigd is en dat niet kan worden volstaan met een algemene motivering en berekeningswijze.

74. Ten slotte is ProRail volgens NS uitgegaan van onjuist cijfermateriaal bij het toepassen van artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit. NS geeft aan dat ProRail is uitgegaan van een te laag bedrag voor treinkilometerkosten, van onjuiste kosten voor het schrappen van een trein en van een onjuiste baklengte. Hoewel NS ProRail hier tijdens de procedure op heeft gewezen, heeft ProRail nagelaten hier rekening mee te houden.
75. Op grond van de hiervoor genoemde argumenten is NS van mening dat ProRail geen juiste bedrijfseconomische analyse heeft gemaakt en haar daarmee heeft benadeeld althans oneerlijk heeft behandeld.

4.4.4 Onvolledigheid van de lijst met overbelaste baanvakken

76. NS voert aan dat de volgende baanvakken ten onrechte niet, althans te laat, overbelast zijn verklaard:
 - Utrecht – Boxtel;
 - Woerden – Utrecht;
 - Dordrecht – Lage Zwaluwe en Venlo – Eindhoven;
 - emplacement Watergraafsmeer.
77. NS geeft aan dat indien er na afloop van de coördinatiefase geen overeenstemming is tussen de capaciteitsaanvragers, de infrastructuur overbelast dient te worden verklaard overeenkomstig artikel 9 van het Besluit. Dit is ten onrechte niet gebeurd.

4.4.5 Het verloop en de inhoud van de geschilbeslechtsprocedure

78. NS voert aan dat zij bij brief van 9 oktober 2007 een geschil aanhangig heeft gemaakt bij ProRail tegen de vaststelling van de jaardienstregeling op grond van de Geschillenregeling Capaciteitsverdeling als bedoeld in bijlage 5 bij de Nv2008. Op 22 oktober 2007 heeft ProRail uitspraak gedaan, aldus NS.
79. NS is van mening dat de geschilbeslechting niet constructief en inhoudsvol was. Ter onderbouwing voert NS aan dat de door haar aangedragen alternatieven niet, althans onvoldoende, gemotiveerd zijn weerlegd. Er heeft volgens NS geen materiële heroverweging van het verdeelbesluit ten behoeve van de jaardienstregeling aan de zijde van ProRail plaatsgevonden. Voor zover ProRail al oplossingen heeft aangedragen tijdens deze

procedure, dan waren deze oplossingen over het algemeen in het voordeel van de beheerder zelf. NS is van mening dat ProRail op grond hiervan heeft gehandeld in strijd met het Besluit hetgeen ertoe heeft geleid dat NS is benadeeld.

4.5 De klacht ten aanzien van de Netverklaring 2009

4.5.1 Het vervoegen van de datum waarop de definitieve capaciteitsverdeling voor de jaardienst 2009 plaatsvindt

80. NS is van mening dat het vervoegen van de indieningstermijn voor de jaardienstregeling in de Nv2009 van 29 juni in 2007 naar 14 april 2008 deels ten bate moet komen van de vervoerders. De termijn voor de besluitvorming wordt volgens NS namelijk verlengd van 11 naar 18 weken.
81. NS stelt zich daarom op het standpunt dat ProRail het verdeelbesluit voor de jaardienstregeling een maand eerder dient te verstrekken dan de in de Nv2009 gestelde datum van 24 augustus 2008. Zij voert daartoe aan dat rekening moet worden gehouden met het feit dat na het uiteindelijke jaardienstverdeelbesluit eventueel nog de geschillenprocedure moet worden doorlopen en dat zij pas na afloop daarvan kan overgaan tot het drukken van spoorboekjes, het produceren van CD-roms en het daadwerkelijk inroosteren van medewerkers en materieel. NS acht het strijdig met de Spoorwegwet indien ProRail de nadelen van een later besluit bij NS neerlegt, terwijl zij haar besluitvorming ook eerder zou kunnen afronden. NS is van mening dat het vaststellen van de datum van 24 augustus 2008 voor het nemen van een verdeelbesluit benadeling en oneerlijke behandeling jegens haar oplevert en een op zichzelf staande schending van artikel 71, lid 1, Sw vormt.

4.5.2 De vereenvoudiging van de geschilbeslechtsprocedure in de Netverklaring 2009

82. NS geeft aan dat zij principiële bezwaren heeft tegen de bestaande Geschillenregeling Capaciteitsverdeling als bedoeld in bijlage 5 bij Nv2008. NS vindt dat deze regeling in strijd is met de openbare orde en haar om die reden benadeelt. Ter onderbouwing voert NS aan dat de geschillenregeling door middel van een bindend advies (ofwel vaststellingsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:900 BW) geschillen over de verdeling van capaciteit beslecht. Het bezwaar van NS heeft betrekking op het feit dat dit bindend advies door ProRail wordt uitgesproken, zelfs in gevallen waarbij ProRail zelf partij is. NS acht dit in strijd met het karakter van een bindend advies. Het voorstel van NS om een onafhankelijke geschillencommissie te benoemen is volgens NS door ProRail afgewezen.

83. NS vindt dat de (nieuwe) Geschillenregeling Capaciteitsverdeling die in de Nv2009 is opgenomen een verdere verslechtering vormt ten opzichte van de oude regeling nu de regeling zich beperkt tot geschillen tussen verkeer–verkeer. Hierdoor vallen geschillen tussen beheer– verkeer buiten de werkingssfeer van de regeling. NS is van oordeel dat ProRail hierdoor niet handelt overeenkomstig artikel 12, lid 6, van de Richtlijn. Zij voert aan dat alle capaciteits-aanvragen (inclusief capaciteitsaanvragen voor beheer) dienen te worden behandeld tijdens de coördinatieprocedure. NS redeneert dat op basis van die verplichting de Geschillenregeling Capaciteitsverdeling, zoals bedoeld in artikel 21, lid 6, van Richtlijn 2001/ 14/ EG, ook van toepassing moet zijn op geschillen over conflicterende capaciteitsaanvragen voor enerzijds beheer en anderzijds verkeer.

4.5.3 De wijze van afhandeling beheeraanvragen in de ad hoc fase 2009

84. Voorts klaagt NS over paragraaf 4.3. en paragraaf 4.4.1.4. van Nv2009. De tekst van deze paragrafen is volgens NS onvoldoende duidelijk. NS interpreteert de tekst van de Nv2009 zo dat ProRail een situatie tracht te creëren waarin de aanvragen voor gepland onderhoud niet behoeven te worden ingediend in de programmatiefase van de jaardienstregeling, maar tijdens de daarop volgende ad hoc fase nog kunnen worden gehonoreerd. Toepassing van deze procedure zou er volgens NS toe leiden dat ook na de jaardienstverdeling op 22 augustus 2008 tot ongeveer mei 2009 capaciteit voor beheeraanvragen kan worden verdeeld. NS acht dit oneigenlijk en in strijd met Richtlijn 2001/ 14/ EG en de Spoorwegwet. NS merkt op dat het uitgangspunt moet zijn dat nagekomen beheeraanvragen niet (meer) mogen worden gehonoreerd door ProRail maar dat deze althans, zoals alle overige aanvragen, de ad hoc-procedure moeten doorlopen zoals deze is neergelegd in de Nv2009.

5 Verweer ProRail

Het verweer van ProRail luidt als volgt.

85. ProRail is van mening dat hoewel de klacht namens NSR en NSG is ingediend, uitsluitend NSR ontvankelijk is. Ter onderbouwing voert ProRail aan dat noch in de klachtbrief van 7 december 2007 noch in de aanvulling daarop van 27 maart 2008 is aangegeven op welke titel NSG als belanghebbende in de zin van artikel 71, lid 1, Sw moet worden beschouwd.
86. ProRail voert aan dat onderdelen van de klacht nog voor de ondertekening van de toegangsovereenkomst 2008 waren afgehandeld en opgelost. ProRail illustreert dit aan de hand van het bezwaar dat NS op 9 oktober 2007 heeft gemaakt tegen de capaciteitsverdeling op het emplacement Eindhoven in het kader van een

Geschilbeslechtsprocedure als bedoeld in bijlage 5 van de Nv2008. Dit geschil is op 22 oktober 2007 mondeling behandeld. ProRail geeft aan dat partijen over het capaciteitsconflict op het emplacement te Eindhoven een oplossing hebben bereikt waarin nagenoeg alle van de oorspronkelijke 33 niet gehonoreerde NS-treinen alsnog konden blijven rijden. Deze oplossing is volgens ProRail door NS akkoord bevonden en vastgelegd in de uitspraak op de geschilbeslechting van 22 oktober 2007. Op grond daarvan is ProRail van oordeel dat ten minste een deel van de bezwaren van NS zijn komen te vervallen.

87. ProRail geeft aan dat hoewel NS zich in haar klacht op het standpunt stelt dat zij oneerlijk behandeld, benadeeld en/of gediscrimineerd voelt door het gedrag van ProRail, zij op geen enkele wijze aannemelijk heeft gemaakt dat ProRail zich schuldig heeft gemaakt aan discriminerende of oneerlijke gedragingen noch de schending van de eerlijkeheidsnorm heeft uitgewerkt.
88. ProRail stelt vast dat NS geen verzoek heeft geformuleerd tot herziening of wijziging van de capaciteitsverdeling die in de toegangsovereenkomst 2008 zonder voorbehoud is overeengekomen. ProRail leidt hieruit af dat de uitkomst van het capaciteitsverdelingsproces voor NS kennelijk geen aanleiding tot bezwaren geeft. ProRail is daarom van mening dat het belang van NS bij de klacht formeel en niet materieel van aard is.
89. Hoewel het proces van capaciteitsverdeling voor het dienstregelingjaar 2008 wellicht niet ideaal is verlopen, is ProRail van mening dat dit geen reden is om haar benadeling te verwijten. ProRail heeft gedurende het proces regelmatig overleg gehad met de aanvragers, waaronder NS.
90. Voor zover NS betoogt dat afspraken in eerdere toegangsovereenkomsten bindende gevolgen hebben voor latere capaciteitsverdelingsprocedures, betwist ProRail dit standpunt. ProRail betoogt dat uitsluitend de bepalingen uit de Netverklaring met betrekking tot capaciteitsverdeling op de capaciteitsverdelingsprocedure van toepassing zijn. Voor zover overleg met de spoorwegondernemingen daartoe aanleiding geeft, kan de Netverklaring worden gewijzigd, maar alleen dan krijgen de gemaakte afspraken een bindende werking.
91. ProRail geeft aan dat NS reeds een klacht heeft ingediend bij ProRail op grond van paragraaf 1.4.3. van Nv2009 met betrekking tot de onderwerpen uit de onderhavige klacht die betrekking hebben op de Nv2009. ProRail is van mening dat het geen pas geeft om een klacht in te dienen bij de Raad van Bestuur van de NMa terwijl er nog een klacht over hetzelfde onderwerp aanhangig is bij ProRail. ProRail betoogt dat de Raad van Bestuur van

de NMa de klacht van NS op dit punt niet ontvankelijk dient te verklaren zolang de bij ProRail aanhangige klacht nog niet is afgehandeld.

6 Beoordeling door de Raad

6.1 Ontvankelijkheid NS

92. De Raad staat in eerste instantie voor de vraag of NSG en NSR ontvankelijk zijn in hun verzoek. Deze partijen baseren het verzoek op artikel 71, eerste en tweede lid, Sw. Bij de beoordeling van de ontvankelijkheid zal de Raad, gelet op de inhoud ervan, een onderscheid maken tussen beide artikelleden.

6.1.1 Ontvankelijkheid onder artikel 71, eerste lid, Sw

93. Voor zover het gaat om een klacht op grond van artikel 71, eerste lid, Sw constateert de Raad dat NSR gerechtigde is in de zin van artikel 57 Sw. De Raad leidt dit af uit het feit dat NSR conform artikel 57, onder a, Sw over een geldige vergunning beschikt en het verrichten van spoorwegvervoersdiensten tot haar voornaamste taak heeft. Nu artikel 71, eerste lid, Sw een gerechtigde de mogelijkheid biedt om een schriftelijk verzoek bij de Raad in te dienen, is NSR ontvankelijk.

94. De Raad stelt vast dat NSG geen gerechtigde is in de zin van artikel 57 Sw, nu zij geen spoorwegonderneming is in de zin van artikel 3 van richtlijn 91/440/EEG en ook niet aan één van de andere twee kwalificaties uit artikel 57 Sw voldoet. Artikel 71, eerste lid, Sw geeft echter ook een 'andere belanghebbende' de mogelijkheid om een schriftelijk verzoek in te dienen bij de Raad.

De Raad staat daarmee voor de vraag of NSG een dergelijke 'andere belanghebbende' is. Daartoe overweegt de Raad het volgende.

95. De Raad overweegt dat men op grond van artikel 1:2, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) belanghebbende is, als aan vijf cumulatieve voorwaarden is voldaan. Het moet gaan om een eigen belang - op grond van artikel 1:2, derde lid, Awb mogen dit ook collectieve en algemene belangen zijn - dat objectief bepaalbaar, actueel en persoonlijk moet zijn en bovendien rechtstreeks betrokken is bij het besluit.

96. De Raad constateert dat uit de statutaire doelstellingen van NSG volgt dat haar doelstellingen gericht zijn op het houden van aandelen, het participeren in deelnemingen en de financiering van bepaalde concernactiviteiten.

Het is de Raad verder gebleken dat de feitelijke werkzaamheden van NSG slechts gericht zijn op het verwezenlijken van haar statutaire doelstellingen⁷¹.

97. De Raad stelt verder vast dat de concessie voor het personenvervoer per trein over het hoofdrailnet door de Minister van Verkeer en Waterstaat niet gegund is aan NSG, maar aan de moederonderneming van NSG, namelijk NV Nederlandse Spoorwegen. Tevens is de Raad gebleken dat het feitelijke vervoer niet door NSG wordt verricht maar door onder meer NSR.
98. Onder deze omstandigheden – in hun onderlinge samenhang bezien – stelt de Raad vast dat het verzoek om een oordeel in de zin van artikel 71, eerste lid, Sw niet behoort tot de belangen die NSG zich blijkens statuten en feitelijke werkzaamheden heeft aangetrokken. Het belang van NSG wordt slechts geraakt in haar hoedanigheid als aandeelhouder in de andere ondernemingen maar dit geeft haar geen rechtstreeks belang. De Raad is dan ook van oordeel dat NSG niet-ontvankelijk is in haar verzoek op grond van artikel 71, eerste lid, Sw.

6.1.2 Ontvankelijkheid onder artikel 71, tweede lid, Sw

99. Hiervoor is gebleken dat NSG niet kan worden aangemerkt als gerechtigde in de zin van artikel 57 Sw en alleen al om die reden geen partij kan zijn bij een toegangs- of kaderovereenkomst. Daar komt bij dat NSG ook feitelijk nooit partij is geweest bij een toegangs- of kaderovereenkomst. Alleen al op deze grond kan NSG geen verzoek indienen op grond van artikel 71, tweede lid, Sw en is haar verzoek op basis van dit artikellid niet-ontvankelijk.
100. Voor wat betreft de ontvankelijkheid van NSR overweegt de Raad het volgende. Op grond van artikel 71, tweede lid, Sw verzoekt NSR de Raad een oordeel te geven over het gedrag van ProRail onder de Toegangsovereenkomst 2006 en de Toegangsovereenkomst 2007, voor zover de niet-nakoming van hetgeen in deze toegangsovereenkomsten is overeengekomen, doorwerkt in de Nv2008. Voor zover het gaat om een verzoek op grond van artikel 71, tweede lid, Sw legt de Raad artikel 71, tweede lid, Sw zo uit dat deze bepaling uitsluitend betrekking heeft op geschillen inzake het gedrag van de wederpartij bij de uitvoering van een bestaande toegangsovereenkomst.⁷²

⁷¹ Dossiernummer 200095/46.

⁷² Dossiernummer 200067/63.

101. De Raad stelt vast dat een toegangsovereenkomst voor bepaald tijd wordt aangegaan en van rechtswege eindigt na verloop van een periode van één jaar. De tussen partijen afgesloten

Toegangsovereenkomst 2006 is, blijkens artikel 11 van die overeenkomst, op 9 december 2006 geëindigd. Met ingang van 10 december 2006 gold tussen partijen de Toegangsovereenkomst 2007, die eveneens is aangegaan voor de periode van één jaar en die, volgens artikel 9 van die overeenkomst, van rechtswege is geëindigd op 8 december 2007. Met ingang van 9 december 2007 zijn partijen een toegangsovereenkomst voor het dienstregelingjaar 2008 aangegaan, wederom voor een periode van ongeveer één jaar.

102. Uit het voorgaande volgt dat de Toegangsovereenkomst 2006 noch de Toegangsovereenkomst 2007 thans van kracht zijn. De rechtsverhouding tussen partijen wordt thans bepaald door de Toegangsovereenkomst 2008, maar NSR verwijst niet naar die overeenkomst in de klacht. Het is derhalve niet langer mogelijk voor partijen om een middels een beroep op artikel 71 Sw vordering tot nakoming van eerstgenoemde toegangsovereenkomsten in te stellen. Op grond daarvan oordeelt de Raad dat NSR niet-ontvankelijk in haar verzoek op grond van artikel 71, tweede lid, Sw.

6.1.3 Preliminare opmerkingen van de Raad

6.1.3.1 Beoordeling van termijnoverschrijdingen

103. Voordat de Raad toekomt aan een inhoudelijke beoordeling van de voorliggende klacht, dient te worden opgemerkt dat NS meermaals klaagt over mogelijke termijnoverschrijdingen die zouden zijn begaan door ProRail en waardoor NS benadeeld en/of oneerlijk behandeld zou zijn. De Raad is van mening dat overschrijding van termijnen uit de Spoorwegwet, de Richtlijn en de Netverklaring doorgaans een benadeling of oneerlijke behandeling van gerechtigden oplevert. Hieraan ligt de volgende overweging ten grondslag.
104. In de regel mogen alle bij de capaciteitsverdeling betrokken partijen er op vertrouwen dat alle andere bij de capaciteitsverdeling betrokken partijen, waaronder ProRail, deze termijnen zullen naleven. Partijen dienen zich ervan bewust te zijn dat anderen hun interne bedrijfsprocessen zullen afstemmen op de termijnen, waardoor niet-nakoming van vervaldata en termijnen deze anderen in hun bedrijfsproces zal raken, en hen daarmee zal benadelen. Voor de Netverklaring geldt bovendien in het bijzonder dat de daarin opgenomen data door ProRail zelf zijn vastgesteld en dat zij daar dan logischerwijs ook aan gehouden kan worden, zoals ProRail zelf ook stelt in paragraaf 1.4.1 van de Nv2008. Bij de interne bedrijfsvoeringsprocessen in het geval termijnoverschrijding in het kader van de

capaciteitsverdeling ten behoeve van de jaardienstregeling gaat het daarbij bijvoorbeeld om het herplannen van het materieel, het herplannen van het personeel, de communicatie naar klanten en reizigersorganisaties, vastlegging van de dienstregeling in het spoorboekje en op de vertrekstaten en overleg met concessieverleners.

Niettemin staat het partijen vrij om in onderlinge overeenstemming af te wijken van deze data, mits een dergelijke afwijking geen gevolgen heeft voor andere bij het capaciteitsverdelingsproces betrokken partijen. Daarnaast geldt dat, indien een termijnoverschrijding (mede) te wijten is aan een of meer andere partijen, van benadeling geen sprake hoeft te zijn.

6.1.3.2 Belang van NS bij de klacht

105. Aangaande het argument van ProRail dat NS geen belang zou hebben het indienen van de onderhavige klacht omdat NS geen wijziging in de capaciteitsverdeling claimt en er dus geen sprake kan zijn van benadeling, oneerlijke behandeling of discriminatie, merkt de Raad het volgende op. Het staat NS vrij om bij het aanbrengen van een geschil op grond van artikel 71 Sw de Raad te verzoeken een last onder dwangsom op te leggen om de eventuele gevolgen van discriminatoir handelen, benadeling of oneerlijke behandeling ongedaan te maken. Indien NS dit laatste evenwel nalaat, betekent dit niet dat NS geen enkel belang zou hebben bij het aanhangig maken van een geschil. De klagende partij kan er immers bij gebaat zijn dat de Raad constateert dat bepaald gedrag van een onderneming die onder het toepassingsbereik van artikel 71 Sw valt, discriminerend, oneerlijk of benadelend is. Een dergelijke constatering kan er bijvoorbeeld toe bijdragen dat er duidelijkheid wordt verschaft omtrent de toelaatbaarheid van het gewraakte gedrag in de toekomst. De Raad ziet dan ook geen reden om het geschil op deze grond niet in behandeling te nemen.

6.1.3.3 Het vervallen van bezwaren na het aangaan van de Toegangsovereenkomst 2008

106. ProRail stelt dat een aantal bezwaren dat NS naar voren brengt geschillen betreft die zijn opgelost voordat partijen de Toegangsovereenkomst 2008 zijn aangegaan. NS zou zich door het aangaan van die overeenkomst akkoord hebben verklaard met de oplossingen die zijn gevonden en niet langer gerechtigd zijn om ten aanzien van de opgeloste geschillen een beroep te doen op artikel 71 Sw. Als voorbeeld haalt ProRail aan dat aangaande het geschil over de capaciteitsverdeling op het emplacement Eindhoven alsnog overeenstemming is bereikt. Dit zou dus niet meer aan de orde mogen worden gesteld in het onderhavige geschil.

107. De Raad merkt op dat in artikel 4 van de Toegangsovereenkomst 2008 die tussen partijen geldt een voorbehoud is gemaakt dat als volgt luidt:

“ Het vorenstaande laat uitdrukkelijk onverlet dat [NS] op grond van artikel 71 van de Spoorwegwet een klacht bij de Raad van Bestuur van de NMa kan indienen over de op grond van de Netverklaring 2008 doorlopen capaciteitsverdelingsprocedure en de uitspraak geschilbeslechting van 22 oktober 2007 met kenmerk 20617386. De overeengekomen capaciteitsverdeling voor het dienstregelingsjaar 2008 dient eventueel overeenkomstig een onherroepelijk oordeel van de Raad van Bestuur van de NMa dan wel de burgerlijke rechter te Utrecht gewijzigd te worden.”

108. De Raad is van oordeel dat, gezien het bovenstaande citaat, NS gerechtigd is om een oordeel van de Raad te vragen ten aanzien van de punten die zij in het onderhavige geschil naar voren heeft gebracht. Deze hebben immers allen direct of indirect betrekking op de wijze waarop het capaciteitsverdelingsproces ten behoeve van de jaardienstregeling 2008 zich heeft voltrokken, dan wel op aangelegenheden die zich na het afsluiten van de Toegangs-overeenkomst 2008 hebben afgespeeld.

6.1.3.4 Lopende bezwaren tegen de Nv2009

109. De klacht van NS heeft ten dele betrekking op bepaalde onderdelen van de Nv2009. In haar verweerschrift voert ProRail aan dat deze onderwerpen reeds op 17 maart 2008 door NS als klacht op basis van paragraaf 1.4.3. van de Nv2009 bij ProRail aanhangig zijn gemaakt. ProRail is van mening dat dit onderdeel van de klacht van NS door de Raad niet-ontvankelijk dient te worden verklaard zolang de bij ProRail ingediende klacht niet is afgehandeld.
110. De Raad stelt vast dat de klacht die NS op 17 maart 2008 op grond van de Nv2009 bij ProRail heeft ingediend inmiddels inhoudelijk door ProRail is behandeld. De betreffende uitspraak is per brief van 26 juni 2008 aan NS toegestuurd.⁷³ Nu de klacht inhoudelijk is afgehandeld door ProRail ziet de Raad geen reden om dit onderdeel van de onderhavige klacht niet-ontvankelijk te verklaren.

6.2 De klacht ten aanzien van de BUP-fase van de jaardienstregeling 2008

6.2.1 Termijnoverschrijding bij het nemen van het verdeelbesluit BUP 2008

⁷³ Dossiënummer 200094/ 40, bijlage 3.

111. NS is van oordeel dat ProRail het verdeelbesluit BUP drie maanden te laat heeft genomen en tekent hiertegen bezwaar aan. De Raad oordeelt als volgt.
112. NSR heeft als gerechtigde een capaciteitsaanvraag ingediend voor de jaardienst 2008. Daarmee heeft zij in beginsel de in de Nv2008 opgenomen procedures en termijnen voor de afhandeling van capaciteitsaanvragen, waaronder de aanvragen voor het BUP, geaccepteerd.⁷⁴ Ook ProRail is aan deze procedures en termijnen gebonden, zowel voor het BUP als voor de jaardienst. Zij stelt immers in de Nv2008 dat zij de verplichtingen die in de Nv2008 worden genoemd, aanvaardt.⁷⁵ Wel kunnen ProRail en de gerechtigde afwijken van deze verplichtingen in de Netverklaring, bijvoorbeeld in een kader- of toegangsovereenkomst zolang andere gerechtigden hierdoor niet worden benadeeld.⁷⁶
113. De Raad stelt vast dat ProRail en NSR geen nadere afspraken hebben gemaakt in de Toegangsovereenkomst 2008 over de procedures en termijnen uit de Nv2008. Dit betekent volgens de Raad dat partijen gebonden zijn aan de procedures en termijnen zoals opgenomen in de Nv2008. Iedere andere lezing zou leiden tot de mogelijkheid dat het voor spoorwondernemingen mogelijk was hun BUP-aanvraag later te doen dan in de Nv2008 is aangegeven.
114. Volgens de Nv2008 kon de BUP-aanvraag tot uiterlijk 1 februari 2007 worden ingediend waarna ProRail het BUP op uiterlijk 9 maart 2007 zou vaststellen. Uit de stukken die door partijen zijn overgelegd blijkt dat partijen zijn overeengekomen om de uiterste indieningsdatum voor de BUP-aanvraag te verschuiven van 1 februari 2007 naar 1 april 2007. NS heeft haar BUP-aanvraag uiteindelijk ingediend op 2 april 2007. ProRail heeft het BUP op 4 juni 2007 gepubliceerd. De Raad constateert tevens dat de wijziging geen weerslag heeft gevonden in een aanvulling op de Netverklaring, waardoor het voor derden niet duidelijk was dat de indieningsdatum voor het BUP verschoven was.
115. De Raad ziet zich thans voor de vraag gesteld of ProRail het BUP tijdig heeft vastgesteld. De Raad merkt op dat, hoewel partijen in onderlinge overeenstemming een nieuwe datum voor de BUP aanvraag hebben vastgesteld, zij dit hebben nagelaten ten aanzien van de datum

⁷⁴ Zie Nv2008 paragraaf 1.4.1.: Gerechtigden die bij ProRail een aanvraag indienen voor capaciteit in de jaardienstregeling 2008, conformeren zich daarmee aan de procedures voor de afhandeling van deze aanvraag die in de Nv2008 zijn weergegeven.

⁷⁵ zie Nv2008 paragraaf 1.4.1.: Door de uitgave van de Nv2008 aanvaardt ProRail de verplichtingen van ProRail die in deze Netverklaring zijn genoemd.

⁷⁶ zie Nv2008 paragraaf 1.4.1.: ProRail en de gerechtigde kunnen in de Toegangsovereenkomst afwijken van die verplichtingen als die verplichtingen niet voortvloeien uit publiekrechtelijke regelingen.

waarop het BUP door ProRail moest worden vastgesteld. Het spreekt voor zich dat de oorspronkelijke datum van 9 maart 2007 niet gehaald zou worden nu de BUP-aanvraag ook na die datum nog kon worden ingediend. Het was dus voor ProRail feitelijk onmogelijk geworden om de datum van 9 maart 2007 te halen. Nu partijen geen nieuwe datum voor het vaststellen van het BUP waren overeengekomen, gold er derhalve voor ProRail geen uiterste datum waarop zij de BUP diende vast te stellen.

116. NS stelt zich op het standpunt dat de BUP-fase op 7 mei 2007 afgerond had kunnen zijn. NS gaat daarbij uit van de termijn die ProRail in de Nv2008 hanteert voor de BUP-fase, te weten de vijf weken gelegen tussen 1 februari en 9 maart 2007. De Raad volgt NS niet in haar redenering.
117. De Raad is van oordeel dat, indien partijen een nieuwe datum overeenkomen voor het indienen van de BUP-aanvraag, het de verantwoordelijkheid van partijen is om – indien nodig – tevens een nieuwe datum overeen te komen voor het vaststellen van het BUP. Indien dit niet gebeurt, en de oorspronkelijke datum kan niet meer worden gehaald, staat het ProRail in beginsel vrij om zelf te bepalen wanneer zij het BUP vaststelt. De NS kan ProRail dus niet tegenwerpen dat laatstgenoemde het BUP te laat heeft vastgesteld, temeer daar de Nv2008 geen termijnen aan ProRail oplegt waarbinnen het besluitvormingsproces rondom het BUP dient plaats te vinden. In de betreffende paragraaf 4.3.3 van de Nv2008 en in Bijlage 24 paragraaf 1.1.2 staan daarentegen specifieke data vermeld van de verschillende momenten in het verdeelproces. Indien een datum in onderlinge overeenstemming wijzigt, kan er niet zonder meer vanuit worden gegaan dat de overige data automatisch opschuiven, waarbij de tussenliggende termijnen gelijk blijven. Het is immers maar de vraag of deze nieuwe datum haalbaar is voor ProRail en andere partijen. De Raad is derhalve van mening dat over verschuiving van de overige data afzonderlijk overeenstemming dient te worden bereikt.
118. Samenvattend is de Raad van oordeel dat NS, nu zij ProRail zelf heeft verzocht om de datum waarop de BUP-aanvraag moest worden ingediend te wijzigen, er ook verantwoordelijk voor was om een nieuwe datum met ProRail overeen te komen voor het vaststellen van het BUP. Dit heeft NS nagelaten. Voor zover zij hierdoor is benadeeld, kan zij dit ProRail niet tegenwerpen.

6.2.2 Plicht tot het bijhouden van conflictdossiers en het zichtbaar houden van conflicterende aanvragen

119. NS klaagt dat ProRail tijdens de programmatie- en coördinatiefase voor de jaardienstregeling 2008 ten onrechte geen conflictdossiers heeft bijgehouden, noch voor conflicterende capaciteitsaanvragen voor verkeer, noch voor conflicterende capaciteitsaanvragen voor enerzijds verkeer en anderzijds beheer. NS is van mening dat ProRail haar hierdoor heeft benadeeld. Tijdens de hoorzitting bij de NMa heeft ProRail het standpunt van NS betwist.⁷⁷ De Raad oordeelt als volgt.
120. Uit de beschrijving van het capaciteitsverdeelproces in paragraaf 4.4 van de Nv2008 leidt de Raad af dat ProRail in de BUP-fase de verplichting op zich heeft genomen om conflictdossiers bij te houden. Bij brief van 6 juni 2008 heeft NS een overzicht van capaciteitsconflicten, waarvan naar het oordeel van NS geen (volledige) conflictdossiers zijn bijgehouden, in het geding gebracht.⁷⁸ Per brief van 30 juli 2008 is ProRail in de gelegenheid gesteld om per dossier aan te geven of er al dan niet conflictdossiers zijn bijgehouden.⁷⁹ ProRail heeft hierop gereageerd per brief van 13 augustus 2008.
121. In haar brief van 13 augustus 2008 geeft ProRail aan dat zij bekend is met de verkeer-verkeer conflicten die door NS zijn genoemd. Als bijlage bij haar brief heeft ProRail een memo gevoegd dat op 30 mei 2007 verstuurd is aan alle betrokkenen bij het BUP-proces en dat de eindstand van het BUP-proces beschrijft. Hierin is de stand van zaken opgenomen met betrekking tot alle verkeer-verkeer conflicten, te weten Amersfoort – Barneveld, Nijmegen – Venlo/Roermond, Sittard – Maastricht, Amsterdam Oostzijde, Woerden – Utrecht, Lelystad Schiphol en Utrecht – Schiphol.
122. Volgens ProRail zijn de volgende conflicten opgelost in de BUP-fase en is er derhalve geen conflict dossier opgebouwd:
- Amsterdam Oostzijde;
 - Lelystad – Schiphol;
 - Lelystad – Almere;
 - Nijmegen – Venlo/Roermond.
123. Volgens ProRail is voor de volgende conflicten een conflict dossier aanwezig:
- Amersfoort – Barneveld;
 - Woerden – Utrecht;
 - Sittard – Maastricht.

⁷⁷ Dossiënummer 200094/51, p.4.

⁷⁸ Dossiënummer 200094/28.

⁷⁹ Dossiënummer 200094/43.

124. Ten aanzien van de conflicten inzake infrabeschikbaarheid merkt ProRail het volgende op:
- Baarn: maakt geen deel uit van de coördinatie van de jaardienst 2008, dus geen conflict dossier aanwezig;
 - Hembooghalte: geen sprake van conflicterende aanvragen, dus geen conflict dossier aanwezig;
 - Betuweroute: conflict dossier aanwezig (Woerden – Utrecht);
 - HSL-Zuid: geen sprake van conflicterende aanvragen, dus geen conflict dossier aanwezig.
125. Ten aanzien van de conflicten die door NS zijn aangemeld als beheer-verkeer conflicten geeft ProRail aan dat deze conflicten zijn besproken tijdens de programmatie- en coördinatiefase van de jaardienstregeling 2008.
126. De Raad stelt vast dat NS haar stelling zeer summier heeft onderbouwd. Op verzoek van de Directeur heeft ProRail per dossier aangegeven wat de status daarvan is. Zoals uit het antwoord van ProRail is gebleken, heeft zij – daar waar nodig – conflict dossiers bijgehouden. De Raad heeft geen reden om aan te nemen dat het door ProRail verschaft inzicht, zoals in de vorige randnummers weergegeven, onjuist is. Op grond daarvan is de Raad van oordeel dat ProRail heeft voldaan aan haar verplichting om conflict dossiers bij te houden. NS is derhalve niet benadeeld.

6.2.3 Het doorschuiven van conflicten van de BUP-fase 2008 naar de jaardienstprocedure 2008 onder voorwaarden

127. NS klaagt erover dat ProRail niet heeft voldaan aan de belangrijkste voorwaarde waaronder NS kon instemmen met het verschuiven van de geschilbemiddeling van de BUP-fase naar de jaardienstfase. Deze voorwaarde luidde dat de geschilbehandeling zou plaatsvinden in een verbijzonderd overleg. De Raad oordeelt als volgt.
128. Gebleken is dat NS ProRail verzocht heeft de Geschillenregeling Capaciteitsverdeling als bedoeld in bijlage 5 van de Nv2008 op te starten naar aanleiding van haar ontevredenheid met het verdeelbesluit voor het BUP 2008. Deze procedure kent geschilbemiddeling (artikel 3 van de regeling) en geschilbeslechting (artikel 4 van de regeling). Tijdens de hoorzitting heeft NS desgevraagd aangegeven dat zij niet met zekerheid kon vaststellen welke van deze procedures van toepassing was wegens de onduidelijke wijze waarop de regeling is geformuleerd.⁸⁰ ProRail heeft het verzoek van NS als een verzoek om geschilbemiddeling aangemerkt. Deze status is door NS niet betwist.
129. Voorts is gebleken dat ProRail NS heeft voorgesteld om de behandeling van het geschil te verplaatsen naar de jaardienstfase. Met het oog op dit voorstel stelt de Raad vast dat ProRail het verzoek van NS in behandeling heeft genomen en NS kennelijk ontvankelijk heeft geoordeeld in haar verzoek.
130. NS heeft ermee ingestemd dat de behandeling van haar geschil zou worden verplaatst naar de jaardienstfase op voorwaarde dat de coördinatiebesprekingen zo spoedig mogelijk zouden worden gevoerd in een speciaal daarvoor opgezet overleg ("verbijzonderd overleg"). Het feit dat de reactie van NS enige tijd op zich heeft laten wachten doet geen afbreuk aan de rechten van NS op grond van de Nv2008. ProRail kon er dus niet vanuit gaan dat het uitblijven van een reactie van de zijde van NS betekende dat NS akkoord was met het voorstel van ProRail.
131. Nu het overleg, waar NS ProRail om heeft verzocht, nooit heeft plaatsgevonden, concludeert de Raad dat partijen geen overeenstemming hebben bereikt over het verplaatsen van het geschil naar de jaardienstfase. Immers, ProRail heeft niet voldaan aan de eis die NS heeft gesteld. Dit betekent dat ProRail het verzoek van NS in beginsel had moeten behandelen

⁸⁰ Dossiënummer 200094/38, p. 7.

conform de procedure uit de Nv2008. Dit heeft ProRail ten onrechte nagelaten. ProRail heeft NS hierdoor een kans op geschilbemiddeling ontnomen hetgeen tot een benadeling van NS heeft geleid.

6.3 De klacht beheer-verkeer (Overlegfase Beheer)

6.3.1 Overschrijding van de indieningstermijn voor de capaciteitsaanvraag voor het onderhoudsrooster

132. NS stelt dat ProRail de capaciteitsaanvraag voor het onderhoudsrooster voor de jaardienstregeling 2008 te laat heeft ingediend. De Raad oordeelt als volgt.
133. De Raad stelt vast dat de aanvraag van ProRail van 12 februari 2007 gebrekkig was aangezien op dat moment alleen de locatie en het volume van de onttrekking bekend zijn gemaakt. De aanvraag bevatte niet, zoals de Nv2008 vermeldt, de functionele onttrekkingstekeningen. ProRail heeft de functionele onttrekkingstekeningen pas op 25 mei 2007 beschikbaar gesteld. Op dat moment was het gebrek pas hersteld omdat de aanvraag voor het onderhoudsrooster pas toen voldeed aan de op grond van de Nv2008 daaraan gestelde eisen. Het is aannemelijk dat vervoerders, waaronder NS, hierdoor benadeeld zijn omdat zij pas in een later stadium dan zij mochten verwachten konden constateren of hun aanvraag conflicteerde met de onderhoudsaanvraag. Er van uitgaande dat de aanvraag voor het onderhoudsrooster conform de NV2008 uiterlijk op 8 januari 2008 moest worden ingediend, concludeert de Raad dat de aanvraag feitelijk te laat door ProRail is ingediend. De Raad concludeert derhalve, onder verwijzing naar paragraaf 6.1.3.1 van dit besluit, dat NS hierdoor is benadeeld.

6.3.2 Overschrijding van de termijn voor het indienen van het kaderbesluit beheer

134. NS stelt dat ProRail de indieningstermijn voor het kaderbesluit beheer heeft overschreden. De Raad oordeelt als volgt.
135. Volgens de Nv2008 had ProRail de kaders voor het onderhoudsrooster uiterlijk op 1 mei 2007 moeten afgeven. Gebleken is dat ProRail het kaderbesluit beheer in weerwil daarvan pas op 18 juni 2007 aan vervoerders heeft verzonden. De Raad concludeert op grond daarvan dat ProRail de kaders voor het onderhoudsrooster te laat heeft afgegeven.

Aangezien NS haar interne bedrijfsprocessen afstemt op de planning die staat weergegeven in de Netverklaring en hier naar het oordeel van de Raad ook op mag vertrouwen, concludeert de Raad, onder verwijzing naar paragraaf 6.1.3.1 van dit besluit, dat NS hierdoor is benadeeld.

136. De Raad merkt ten overvloede op dat de aanvraag weliswaar niet tijdig was ingediend (zie paragraaf 3.3.1 van dit besluit); pas op 25 mei 2007 voldeed de aanvraag aan de daaraan in de Netverklaring gestelde eisen) waaraan de conclusie zou kunnen worden verbonden dat ProRail niet langer gehouden was de kaders voor het onderhoudsrooster op 1 mei 2007 af te geven. De Raad is evenwel van oordeel dat het aan ProRail zelf te wijten is dat de aanvraag voor het onderhoudsrooster te laat is ingediend en bovendien niet is gebleken dat sprake was van een overmachtsituatie.

6.3.3 Het ontbreken van functionele onttrekkingstekeningen bij de aanvraag voor het onderhoudsrooster

137. NS maakt bezwaar tegen het ontbreken van functionele onttrekkingstekeningen bij de oorspronkelijke aanvraag voor het onderhoudsrooster. De Raad oordeelt als volgt.
138. In paragraaf 3.3.1 van dit besluit is reeds komen vast te staan dat de aanvraag voor het onderhoudsrooster pas op 25 mei 2007 door ProRail is aangevuld met functionele onttrekkingstekeningen. De Raad is met NS van oordeel dat het planningsproces wordt bemoeilijkt indien vervoerders niet tijdig over deze onttrekkingstekeningen beschikken. Op grond van de Nv2008 mocht NS er vanuit gaan dat ProRail de onttrekkingstekeningen uiterlijk op 8 januari 2007 zou verstrekken. Nu ProRail de onttrekkingstekeningen pas op 25 mei 2007 aan NS heeft verstrekt, is de Raad van oordeel dat NS is benadeeld.

6.4 De klacht ten aanzien van de Jaardienstverdelingsfase

6.4.1 Overschrijding van de termijn voor het vaststellen van de jaardienstverdeling

139. Naar het oordeel van NS heeft ProRail de jaardienstverdeling 2008 een maand te laat vastgesteld. Tijdens de hoorzitting bij de NMa is komen vast te staan dat het besluit jaardienstverdeling 2008 op 28 september 2007 door ProRail is genomen.⁸¹ De Raad oordeelt als volgt.

⁸¹ Dossiënummer 200094/38, bijlage p. 11.

140. De Raad constateert dat het besluit jaardienstverdeling op grond van de Nv2008 op 10 september 2007 had moeten worden genomen en niet, zoals NS betoogt, op 20 augustus 2007. Op 15 augustus 2007 is door ProRail een brief gestuurd aan alle spoorweg-ondernemingen, waarin wordt aangekondigd dat de definitieve capaciteitsverdeling pas op 28 september 2007 zou plaatsvinden. Deze termijnverschuiving heeft geen weerslag gekregen in de vorm van een aanvulling op de Netverklaring. Ook is niet gebleken dat deze verschuiving de instemming had van alle capaciteitsaanvragers. Dit betekent dat sprake is van een termijnoverschrijding aan de zijde van ProRail. Ook hier geldt wederom dat NS haar interne bedrijfsprocessen had afgestemd op de datum die in de Nv2008 stond vermeld en door ProRail niet is gehaald. Geconcludeerd kan dus worden dat NS door deze termijnverschuiving benadeeld is.

6.4.2 De introductie van een eenvormig nachtgat

141. NS klaagt erover dat ProRail op eenvormige wijze onderhoudscapaciteit heeft aangevraagd in de vorm van een nachtelijke onderhoudsperiode van 5,5 uur, het zogenaamde nachtgat. De Raad stelt vast dat NS tegen het principe van een nachtgat als zodanig geen bezwaar heeft. NS heeft daarentegen wel problemen met het feit dat ProRail gebruik maakt van een nachtgat met een standaardlengte van 5,5 uur.⁸² Daarnaast is NS het niet eens met de wijze waarop ProRail het nachtgat van 5,5 uur in het capaciteitsverdeelproces heeft geïntroduceerd en hoe zij daarmee vervolgens is omgesprongen. De Raad oordeelt als volgt.
142. Op grond van artikel 61 Sw jo. artikel 4 van het Besluit nemen de beheerder en gerechtigden bij de capaciteitsverdelingsprocedure voor de normale dienstregeling de procedure van aanvraag, programmatie en coördinatie als bedoeld in de artikel 19, 20 en 21 van de Richtlijn in acht. Op grond van artikel 61 Sw jo. artikel 6 van het Besluit wordt ook de capaciteit voor geplande onderhoudswerkzaamheden en werkzaamheden in verband met het door de beheerder op te stellen onderhoudsrooster bij de capaciteitsverdelingsprocedure voor de normale dienstregeling verdeeld. De beheerder mag daartoe zijn eigen aanvraag formuleren om deze vervolgens in te dienen in de programmatiefase van de verdelingsprocedure.
143. De Raad is van oordeel dat het ProRail in beginsel vrij staat een capaciteitsaanvraag voor gepland onderhoud in te dienen die voldoet aan de capaciteitsbehoefte die ProRail voorziet voor een bepaald dienstregelingsjaar. ProRail mag dit eenzijdig doen mits zij zich houdt aan de toepasselijke wet- en regelgeving, waaronder de Netverklaring. ProRail mag dus voor alle baanvakken een nachtgat van 5,5 uur aanvragen op voorwaarde dat zij kan aantonen dat de

⁸² NS klaagt niet over de ligging en de frequentie van nachtgaten op specifieke baanvakken.

capaciteit van die omvang benodigd is voor het plegen van onderhoudswerkzaamheden. Echter, indien blijkt dat haar aanvraag conflicteert met een andere capaciteitsaanvraag moet zij door middel van coördinatie trachten voor deze betreffende aanvragen de meest geschikte oplossing uit te werken. Lukt dit niet, dan dient ProRail de betrokken infrastructuur overbelast te verklaren en gelden de prioriteitscriteria van artikel 9, lid 2, van het Besluit.

144. De stelling van NS, dat het inplannen van een, in de woorden van NS, "rigide nachtgat" per definitie in strijd is met artikel 9, lid 2, van het Besluit, is dus onjuist. Of ProRail artikel 9, lid 2, van het Besluit materieel gezien juist heeft toegepast, komt in de volgende paragraaf aan de orde.
145. Ook het argument van NS dat ProRail onvoldoende rekening heeft gehouden met haar argumenten tegen het nachtgat treft geen doel. De Raad wijst er op dat deze bezwaren aan de orde kunnen worden gesteld tijdens de coördinatiefase van de jaardienstregeling. Tijdens of na deze procedure is eventueel geschilbeslechting mogelijk. Wel is het zo dat bezwaren zich tijdens de coördinatieprocedure zullen concentreren op individuele conflicten, en niet tegen de onderhoudsaanvraag als zodanig. De Raad ziet dan ook niet in op welke wijze NS benadeeld is enkel doordat ProRail op het gehele net onderhoudsperiodes met dezelfde duur en vergelijkbare ligging (in de nachtelijke uren) heeft ingepland en acht de klacht van NS op dit punt daarom ongegrond.
146. Ten aanzien van de wijze waarop ProRail het nachtgat heeft geïntroduceerd, merkt de Raad het volgende op. NS voelt zich benadeeld doordat op decentraal niveau afspraken zijn gemaakt over onderhoudsperiodes en vervolgens, naar zeggen van NS, deze afspraken op centraal niveau zijn teruggedraaid toen de uiteindelijke onderhoudsaanvraag door ProRail werd geformuleerd. De Raad overweegt in dit verband dat hij het niet onaannemelijk acht dat partijen onderling hun capaciteitsaanvragen afstemmen voordat zij hun aanvraag indienen om eventuele conflicten tussen aanvragen te voorkomen. Onder verwijzing naar randnummer 143 benadrukt de Raad evenwel dat het ProRail vrij staat om naar eigen inzicht een aanvraag voor capaciteit te formuleren binnen de kaders die de Wet daarvoor stelt.
147. Voor zover partijen afspraken hebben gemaakt, voor of na het indienen van de capaciteitsaanvraag voor de jaardienstregeling, is van belang dat zij dezelfde status aan deze afspraken toekennen. De Raad stelt vast dat in onderhavige zaak niet het geval is geweest, zo blijkt uit de e-mail wisseling tussen partijen van 15 juni 2007.⁸³ Kennelijk is NS van

⁸³ Dossiënummer 200094/23.

oordeel dat deze afspraken bindend zijn. Tegelijkertijd zijn partijen het erover eens dat het hen vrij staat om de aanvraag naar eigen inzicht in te dienen, los van de resultaten uit de BUP-procedure. NS neemt hier dus een tegenstrijdig standpunt in. De Raad is evenwel van oordeel dat, zolang niet is gebleken dat partijen een bindende status aan deze afspraken hebben willen toekennen, deze afspraken niet bindend zijn. In het onderhavige geval is hiervan niet gebleken. Temeer daar nergens is vastgelegd dat de uitkomst van de BUP-procedure bindende gevolgen heeft voor de jaardienstprocedure. Naar het oordeel van de Raad is er dan ook geen sprake van benadeling. De Raad wijst er hierbij ten overvloede op dat partijen afspraken, waar wél sprake is van duidelijke wilsovereenstemming, zoals in het besluit Veolia⁸⁴, in elk geval in acht moeten nemen.

6.4.3 De wijze van toepassing van artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit

148. Het capaciteitsverdeelproces is vastgelegd in de Richtlijn, de Spoorwegwet en het Besluit capaciteitsverdeling hoofdspoorweginfrastructuur.⁸⁵ Op grond van deze wettelijke regeling doorlopen de capaciteitsaanvragen van de beheerder en gerechtigden het proces van programmering en coördinatie. Indien er tijdens de coördinatie in de jaardienstfase geen overeenstemming kan worden bereikt tussen de beheerder en de betrokken gerechtigde over concurrerende capaciteitsaanvragen dient artikel 9 van het Besluit te worden toegepast. Deze bepaling dient te worden aangemerkt als ultimum remedium. Op grond van dit artikel verklaart de beheerder de betrokken infrastructuur overbelast, verricht binnen zes maanden een capaciteitsanalyse en stelt binnen zes maanden na de capaciteitsanalyse een capaciteitsvergrotingsplan op. Om toch tot een oplossing voor het voorliggende capaciteitsconflict te komen, bepaalt lid 2 van artikel 9 dat er prioriteit wordt toegekend aan de door de beheerder benodigde capaciteit indien:
- a) de beheerder tot het gebruiken van deze capaciteit genoodzaakt is vanwege bij of krachtens wettelijke bepalingen gestelde eisen, of;
 - b) de bedrijfseconomische gevolgen bij niet toekennen van prioriteit voor de beheerder nadelig zijn ten opzichte van de bedrijfseconomische gevolgen van de betrokken gerechtigde bij deze prioriteitsvolgorde.

6.4.3.1 Vermeende afspraken over de invulling van de bedrijfseconomische toets

149. De klacht van NS heeft betrekking op artikel 9, tweede lid, onder b, van het Besluit. Onder verwijzing naar diverse afspraken die zij in het verleden met ProRail heeft gemaakt, stelt NS

⁸⁴ Besluit van de Raad van 10 juni 2008 in zaak 200099, randnummer 145.

⁸⁵ Artikel 61 Spoorwegwet jo. artikel 4 en artikel 6 Besluit capaciteitsverdeling hoofdspoorweginfrastructuur jo. artikel 19, 20, 21 en bijlage III richtlijn 2001/14/EG.

zich op het standpunt dat deze afspraken een nadere invulling vormen van de norm van artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit. NS maakt een onderscheid tussen afspraken die zijn neergelegd in de Toegangsovereenkomsten 2006 en 2007 en afspraken die anderszins zijn vastgelegd. NS is van mening dat ProRail zich op onvoldoende wijze aan deze afspraken heeft gehouden en dat zij hierdoor is benadeeld. De Raad merkt hierover het volgende op.

Afspraken in de toegangsovereenkomsten 2006 en 2007

150. Ten aanzien van de Toegangsovereenkomsten 2006 en 2007 is in randnummer 101 reeds komen vast te staan dat deze overeenkomsten geen rechtskracht meer hebben omdat zij van rechtswege zijn geëindigd. Voor zover partijen afspraken omtrent capaciteitsverdeling hebben gemaakt die zijn vastgelegd in deze overeenkomsten kan hier derhalve in rechte geen beroep meer op worden gedaan. Zou NS deze afspraken hebben willen afdwingen dan had zij dit dienen te doen tijdens de looptijd van de genoemde overeenkomsten.
151. Daarnaast neemt de Raad ten overvloede in overweging dat NS voor 2008 opnieuw een toegangsovereenkomst heeft afgesloten, kennelijk zonder de afspraken uit de eerder toegangsovereenkomsten daarin over te nemen, in elk geval zonder dat NS zich op die overeenkomst beroept. Kennelijk zijn de bedoelde afspraken ook niet in de Nv2008 opgenomen, nu NS zich daar evenmin op beroept. De Raad stelt vast dat de voormalige afspraken tussen NS en ProRail kennelijk niet zijn gecontinueerd of geconcretiseerd, en de Raad ziet in het enkele feit dat ProRail deze oude afspraken in de bedrijfseconomische afweging niet heeft toegepast geen aanknopingspunt om te concluderen dat ProRail NS heeft benadeeld.

Overige afspraken over de invulling van de bedrijfseconomische toets

152. Voor wat betreft de overige afspraken verwijst NS met name naar drie documenten. Het gaat om een brief van de Minister van Verkeer en Waterstaat aan de Tweede Kamer van 22 september 2005⁸⁶, het verslag van een vergadering die op 9 juni 2005 werd gehouden op het Ministerie van Verkeer en Waterstaat⁸⁷, en een verslag van een vergadering van de "Stuurgroep Dagplan" van 4 oktober 2001.⁸⁸ Volgens NS bevatten de eerste twee documenten afspraken rond het ontwikkelen en tijdig implementeren van innovatieve en aangepaste werkwijzen met betrekking tot het uitvoeren van onderhoudswerkzaamheden

⁸⁶ Dossiernummer 200094/5, bijlage 26.

⁸⁷ Dossiernummer 200094.5, bijlage 27.

⁸⁸ Dossiernummer 200094, bijlage 28.

door ProRail.⁸⁹ Het derde document bevat volgens NS operationele afspraken over het hanteren van zogenoemde "hindernormen".⁹⁰

153. De Raad stelt vast dat uit de overgelegde stukken niet met zoveel woorden blijkt dat deze de status van overeenkomst tussen ProRail en NS genieten waarop partijen over en weer een beroep kunnen doen, noch dat de stukken invulling beogen te geven aan de bedrijfseconomische toets van artikel 9, lid 2, sub ,b van het Besluit of de wijze waarop ProRail deze dient uit te voeren indien haar onderhoudsaanvraag conflicteert met de verkeeraanvraag van NS. Verder moet worden opgemerkt dat deze afspraken, voor zover daarin verplichtingen zijn opgenomen die als overeenkomst tussen partijen gelden, het dwingend voorgeschreven wettelijke proces van capaciteitsverdeling niet mogen doorkruisen. Op grond hiervan oordeelt de Raad dat NS niet benadeeld is.
154. Ten overvloede merkt de Raad op dat zowel de afspraken rond het ontwikkelen en tijdig implementeren van innovatieve en aangepaste werkwijzen met betrekking tot het uitvoeren van onderhoudswerkzaamheden, als de afspraken over de zogenoemde hindercategorieën en hindernormen beogen om oplossingen voor de capaciteitsverdeling te vinden en zich er hooguit voor lenen om in de programmatie- en coördinatiefase te worden toegepast. Genoemde afspraken zijn evenwel te weinig concreet althans te abstract om zonder meer te kunnen worden toegepast in geval van overbelastverklaring, bij de berekening van het bedrijfseconomisch effect als bedoeld in artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit. Voor zover treinhinder als zodanig bedrijfseconomisch nadeel oplevert voor NS dient ProRail dit als zelfstandige factor mee te wegen in haar beoordeling op grond van artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit.

6.4.3.2 Motivering van de afweging tussen bedrijfseconomische belangen

155. NS voert aan dat de motivering van de afweging, die ProRail in het kader van de toepassing van artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit heeft gemaakt, onvoldoende is. Hierdoor is volgens NS de wijze waarop de verdeling plaatsvond achteraf niet of onvoldoende toetsbaar. De Raad stelt vast dat ProRail op 28 september 2007 een verdeelbesluit heeft genomen met betrekking tot de capaciteitsverdeling voor de jaardienstregeling 2008. Als bijlage 5 bij dit verdeelbesluit bevond zich een overzicht van de componenten waaruit het bedrijfseconomische nadeel van NS zou bestaan. De onderliggende berekeningsmethode is in het overzicht echter niet zichtbaar. De Raad oordeelt als volgt.

⁸⁹ 2 Dossiënummer s00094/5, bijlagen 26 en 27.

⁹⁰ Dossiënummer 200094/5, bijlage 28.

156. Naar het oordeel van de Raad is dit niet in overeenstemming met de handelwijze waartoe ProRail zich zelf heeft verplicht. Immers, in paragraaf 1.1. van de Nv2008 geeft ProRail aan: *“Daar waar het handelen van ProRail niet voor alle gerechtigden dezelfde uitwerking heeft, hanteert ProRail steeds principes van non-discriminatie, transparantie en toetsbaarheid.”* Het belang dat ProRail zelf aan deze inzichtelijkheid hecht, wordt nogmaals aangegeven in paragraaf 4.1 van de Nv2008:

“In artikel 16 van de Spoorwegwet is beschreven dat ProRail, als beheerder van de hoofdspoorwegen, de taak heeft om de capaciteit van de infrastructuur op een eerlijke, niet-discriminerende manier te verdelen. ProRail richt daartoe het capaciteitsverdelings-proces zo in dat het voldoet aan de daarvoor geldende wettelijke voorschriften en dat het transparant, non-discriminatoir, controleerbaar en reproduceerbaar is.”

157. De Raad is van oordeel dat bij de bedrijfseconomische toets een tijdig inzicht in de overwegingen van de capaciteitsverdeler van groot belang voor is belanghebbenden om, bij een eventuele daaruit voortvloeiende geschillenprocedure die slechts een doorlooptijd kent van tien werkdagen⁹¹ in staat te zijn op de juiste gronden bezwaar aan te tekenen. De Raad is derhalve van oordeel dat ProRail verplicht is om inzichtelijk te maken op welke wijze de bedrijfseconomische toets van artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit door haar wordt toegepast. Indien deze berekeningsmethode voor de betrokken gerechtigde, NS in dit geval, niet voldoende inzichtelijk en navolgbaar is, zoals in het onderhavige geval, dan is die gerechtigde benadeeld.

6.4.3.3 De materiële toepassing van artikel 9 lid 2 sub b van het Besluit

De benodigdheid van de nachtgaten

158. NS is van oordeel dat ProRail heeft nagelaten de benodigdheid van de door haar aangevraagde capaciteit vast te stellen per geval waarin die capaciteit conflicteert met de door NS aangevraagde capaciteit. Naar het oordeel van de Raad brengt de specificatie in bepaling van artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit, dat de bedrijfseconomische gevolgen van *de betrokken* gerechtigde moeten worden beoordeeld, met zich mee dat in elk geval de benodigdheid van capaciteit per baanvak, waarop conflicten met NS werden geconstateerd, inzichtelijk wordt gemaakt. Een algemene onderbouwing van de algemene onderhoudsbehoefte op het gehele hoofdspoorwegnet, zoals de Business Case OHR, waar

⁹¹ Zie de Nv 2008, Bijlage 5, Titel II, artikel 3 lid 4 en artikel 6 lid 1.

onder meer in de ProRail presentatie "Cyclisch korte termijn onderhoud" van 5 juni 2007 naar wordt verwezen⁹², volstaat niet op het moment dat zich een concreet conflict voordoet.

⁹² Dossiernummer 200094/5, bijlage 23.

159. NS verzet zich in dit verband met name tegen het rigide karakter van de lengte van de nachtgaten; deze zou naar het oordeel van NS variabel moeten zijn. Kennelijk acht NS het onaannemelijk dat ProRail op het hele net onderhoudsperiodes met dezelfde lengte nodig heeft.
160. De Raad heeft kunnen vaststellen dat, naast de onderbouwing in de eerder genoemde Business Case OHR, die lengte van de periodes ook reeds gemeld is in bijlage 11 van de Netverklaring van 2006, 2007 en 2008. Uit de Business Case OHR blijkt naar het oordeel van de Raad voor wat betreft de lengte wel voldoende specifiek dat, gelet op technische randvoorwaarden, voor bepaalde werkzaamheden aaneengesloten onderhoudscapaciteit van 5,5 uur noodzakelijk is. De Raad acht het dan ook niet onredelijk dat ProRail voor het gehele net onderhoudsperiodes met een lengte van 5,5 uur heeft ingepland, gezien het feit dat de langsturende terugkerende werkzaamheid een dergelijk tijdsbeslag kent. Naar de mening van de Raad neemt dit echter niet weg dat in geval van een conflictsituatie de noodzaak van de lengte van de in te leggen nachtgaten voor die specifieke conflictsituatie nader onderbouwd dient te worden, met in achtneming van de werkelijk uit te voeren werkzaamheden en gerelateerd aan het betreffende baanvak. Niet is gebleken dat ProRail hier in alle conflictsituaties aan heeft voldaan.
161. Ook de frequentie waarmee de onderhoudsperiodes door ProRail zijn ingepland in de jaardienstregeling 2008 is door ProRail bij het vaststellen van de definitieve capaciteitsverdeling onvoldoende onderbouwd in de gevallen waarin de capaciteit uiteindelijk aan ProRail is toegekend op grond van de bedrijfseconomische afweging van artikel 9, lid 2, sub ,b van het Besluit. Omdat de benodigdheid van de door ProRail geclaimde frequentie van nachtgaten niet navolgbaar is, aangezien de onderbouwing daarvoor ontbreekt, is NS naar het oordeel van Raad en onder verwijzing naar randnummer 158 benadeeld.

De methode van afweging en eerder gemaakte afspraken

162. Voor zover NS betoogt dat ProRail heeft nagelaten om afspraken na te komen die NS met ProRail heeft gemaakt verwijst de Raad kortheidshalve naar hetgeen zij heeft geoordeeld in paragraaf 6.4.3.1 hierboven.

Het onderzoeken van alternatieve verdeelwijzen bij het toepassen van de bedrijfseconomische toets

163. NS heeft gesteld dat ProRail onvoldoende alternatieve oplossingen heeft onderzocht. Hierbij wijst NS op de mogelijkheid dat ProRail haar aanvraag voor onderhoud in lengte aanpast. De Raad overweegt dat de regelgeving heeft voorzien in een coördinatiefase, die toegespitst is op het vinden van oplossingen in geval van capaciteitsconflicten. Het toepassen van de bepaling van artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit vindt evenwel eerst plaats nadat de coördinatiefase niet tot oplossingen heeft geleid en de voorgestelde alternatieve verdeelwijzen dus niet acceptabel zijn voor beide partijen. Op dat moment wordt voor de definitieve verdeling van capaciteit in beginsel uitgegaan van de oorspronkelijke aanvragen. Naar het oordeel van de Raad is er dan ook geen aanknopingspunt in de regelgeving, waardoor de beheerder in het kader van het maken van een bedrijfseconomische afweging als bedoeld in artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit gehouden zou zijn tot het zoeken naar alternatieven. De bedrijfseconomische toets wordt immers gebruikt op het moment dat in de coördinatiefase geen overeenstemming kan worden bereikt over alternatieve verdeelwijzen. Bij het uitvoeren van die toets dient ProRail in beginsel uit te gaan van de oorspronkelijke aanvragen. De Raad ziet in de handelwijze van ProRail dienaangaande dan ook geen benadeling van NS.

Onjuiste standaardberekening en onjuist cijfermateriaal

164. NS is van mening dat ProRail bij de toepassing van artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit zowel een onjuiste berekeningsmethode als onjuist cijfermateriaal heeft gebruikt. Uit het dossier blijkt dat ProRail de cijfers die zij voor de bedrijfseconomische toets heeft gebruikt onder meer heeft gebaseerd op openbare bronnen, zoals het Jaarverslag van NS en CAO-afspraken.⁹³ NS heeft verklaard dat ProRail voor de bewuste toets NS niet om eigen cijfermateriaal heeft gevraagd, noch heeft NS dergelijke informatie aan ProRail verstrekt.⁹⁴
165. Ten aanzien van de gehanteerde berekeningsmethode verwijst de Raad ten eerste naar paragraaf 6.4.3.2 hierboven. Deze was op het moment waarop de definitieve capaciteitsverdeling plaatsvond, niet inzichtelijk voor NS. Door dit gebrek in inzichtelijkheid is NS naar het oordeel van Raad benadeeld omdat niet verifieerbaar is of de bedrijfseconomische toets op juiste wijze is toegepast.
166. Ten aanzien van het gebruikte cijfermateriaal oordeelt de Raad als volgt. Tijdens de hoorzitting is gebleken dat ProRail in de bedrijfseconomische afweging als bedoeld in artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit het daarbij gehanteerde cijfermateriaal naar eigen inzicht heeft verzameld. Zij heeft NS niet verzocht de betreffende gegevens te leveren en evenmin is

⁹³ Dossiënummer 200094/51, p.15.

⁹⁴ Dossiënummer 200094/36.

gebleken dat ProRail bij NS heeft geverifieerd of de gegevens die ProRail heeft toegepast correct waren. Daarmee staat voor de Raad niet vast dat de gehanteerde cijfers daadwerkelijk bij de bedrijfsvoering van NS passen, waarbij de Raad opmerkt dat de juistheid ervan bovendien door NS wordt betwist.

167. Nu artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit een afweging van de bedrijfseconomische gevolgen van de betrokken gerechtigde verlangt en de uiteindelijke toets is uitgevoerd op basis van cijfers waarvan niet vast is komen te staan dat deze daadwerkelijk passen bij de bedrijfsvoering van NS, concludeert de Raad dat NS oneerlijk is behandeld doordat ProRail van niet geverifieerde cijfers is uitgegaan bij het uitvoeren van de bedrijfseconomische toets. Of NS hierdoor ook is benadeeld, is niet vast te stellen omdat thans niet bekend is wat de uitkomst van de berekening zou zijn indien de cijfers geverifieerd waren bij NS.

6.4.4 Onvolledigheid van de lijst met overbelaste baanvakken

168. NS stelt zich op het standpunt dat de op 28 september 2007 overgelegde lijst met overbelast verklaarde baanvakken en emplacementen onvolledig was. ProRail heeft dit met zoveel woorden toegegeven bij de behandeling van het door NS bij ProRail aangebrachte geschil op 22 oktober 2007.⁹⁵ ProRail heeft in de beslissing op dat geschil aangegeven de baanvakken alsnog overbelast te zullen verklaren. De Raad oordeelt als volgt.
169. De Raad overweegt dat overbelastverklaring in de regel plaatsvindt nadat het coördinatieproces is afgesloten. Het einde van dat proces is het moment waarop definitief blijkt dat partijen geen overeenstemming kunnen bereiken over een oplossing ten aanzien van hun conflicterende aanvragen en de geschillenregeling uit Bijlage 5 van de Netverklaring op dat moment al is toegepast of dat deze op dat moment niet wordt ingeroepen.
170. De capaciteit op de betreffende baanvakken is op 28 september 2007 verdeeld. Uit de artikelen 9, lid 1, en 10 van het Besluit blijkt dat verdeling van capaciteit waarvoor conflicterende aanvragen zijn ingediend pas kan plaatsvinden wanneer een baanvak overbelast is verklaard als uitvloeisel van het gegeven dat partijen in de coördinatiefase geen overeenstemming hebben kunnen bereiken over een verdeelwijze. De capaciteit op de betreffende baanvakken en het emplacement is evenwel verdeeld voordat een overbelastverklaring is uitgesproken. Dit is in strijd met artikel 9, tweede lid, sub b, of artikel 10 van het Besluit.

⁹⁵ Dossiënummer 200094/ 5, bijlage 32, p. 6.

171. De Raad concludeert evenwel dat NS hierdoor niet zonder meer benadeeld is. De overbelastverklaring is immers niet meer dan een formeel sluitstuk van de coördinatiefase. Van benadeling zou eventueel sprake kunnen zijn indien de coördinatiefase ongerechtvaardigd is bekort, maar daarvan is in casu niet gebleken. Dat in die fase tussen partijen ten aanzien van de betreffende baanvakken en het emplacement geen overeenstemming is bereikt over de capaciteitsverdeling, was bekend bij beide partijen; een enkele overbelastverklaring voegt aan deze kennis niets toe.
172. De baanvakken en het emplacement zijn overigens alsnog overbelast verklaard door ProRail nadat NS haar gewezen had op de omissie bij de behandeling van het geschil dat NS had aangespannen bij de Directeur Capaciteitsmanagement van ProRail en dat werd behandeld op 22 oktober 2007. Hoewel deze overbelastverklaring te laat plaatsvond is NS ook hierdoor niet zonder meer benadeeld. Dit zou het geval kunnen zijn indien de capaciteitsanalyse, bedoeld in artikel 9, eerste lid, van het Besluit, later zou verschijnen dan zes maanden na het moment waarop de overbelastverklaring uitgesproken had behoren te zijn. Nu NS hierover niet heeft geklaagd, stelt de Raad vast dat NS niet zonder meer is benadeeld door het feit dat ProRail enkele overbelastverklaringen te laat heeft uitgesproken. Bovendien is de verplichting om een capaciteitsanalyse en –vergrotingsplan op te stellen geen garantie dat de capaciteit ook wordt verruimd.

6.4.5 Het verloop en de inhoud van de geschilbeslechtsprocedure

173. NS is van mening dat de door haar aangedragen alternatieve verdeelwijzen niet overtuigend gemotiveerd zijn weerlegd en dat de geschillenbeslechting niet heeft geleid tot een materiële heroverweging van de capaciteitsverdeling aan de zijde van ProRail. De Raad overweegt als volgt.
174. Het argument van NS houdt volgens de Raad geen stand. Uit het citaat in randnummer 31 blijkt dat ProRail de door NS aangedragen alternatieven wel degelijk in overweging heeft genomen en gemotiveerd heeft weerlegd. Uit de geciteerde passage blijkt immers dat ProRail geen ruimte had om de capaciteitsaanvraag van NS alsnog te honoreren op de door NS aangegeven punten. Dat onverkorte honorering van het verzoek van NS zou leiden tot een niet maakbaar onderhoudsrooster en dat dit derhalve niet acceptabel was voor ProRail, blijkt voldoende uit de geciteerde passage.
175. De argumenten die ProRail gebruikt voor de onderbouwing van haar uitspraak waren deels reeds verweven in de businesscase OHR van 12 februari 2007, waarin de randvoorwaarden voor een maakbaar onderhoudsrooster zijn bepaald. Bij capaciteitsverdeling op grond van

artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit wordt in beginsel uitgegaan van de oorspronkelijke aanvragen van beide partijen mits andere capaciteitsaanvragen hierdoor niet negatief worden beïnvloed. Op grond daarvan gaf ProRail ook de afweging weer die ten grondslag lag aan haar oorspronkelijke capaciteitsaanvraag. Argumenten die nadien zijn aangedragen om alternatieve verdeelwijzen te onderbouwen hadden op dat moment geen gelding meer.

176. Bovendien heeft NS tijdens de hoorzitting bij de NMa verklaard dat zij ook bekend was met de Business Case OHR. NS was dus bekend met de onderbouwing van de capaciteitsaanvraag van ProRail. Het enkele feit dat ProRail de alternatieven van NS niet heeft gehonoreerd, kan niet leiden tot de conclusie dat ProRail haar uitspraak onvoldoende heeft gemotiveerd. De Raad oordeelt dan ook dat NS op dit punt niet benadeeld is.

6.5 De klacht ten aanzien van de Netverklaring 2009

6.5.1 Het vervroegen van de datum waarop de definitieve capaciteitsverdeling voor de jaardienst 2009 plaatsvindt

177. Ten aanzien van de claim van NS dat ProRail de datum waarop de capaciteit ten behoeve de jaardienstregeling 2009 definitief wordt verdeeld, dient te vervroegen, merkt de Raad het volgende op.
178. Hoewel, zoals NS juist constateert, ProRail de datum waarop de aanvragen voor capaciteit moeten worden ingediend aanzienlijk heeft vervroegd ten opzichte van het vorige dienstregelingsjaar, brengt dit volgens de Raad niet met zich dat ProRail het moment van verdeling ook dient te vervroegen.
179. De Raad wijst er op dat ProRail zelfstandig gerechtigd is tot het bepalen van de indieningsdatum en het communiceren daarvan in de Netverklaring, mits deze binnen de bandbreedte blijft van de Spoorwegwet en de Richtlijn, met name Bijlage III. Van strijd met het schema uit Bijlage III van de Richtlijn is de Raad niet gebleken, nu de indieningstermijn binnen twaalf maanden vóór het inwerkingtreden van de dienstregeling ligt, en de termijn voor het opstellen van een ontwerpdienstregeling, vier maanden na de sluitingsdatum van het indienen van aanvragen ten behoeve van de jaardienst, kan worden gehaald. De klacht van NS is daarom op dit punt niet gegrond.

6.5.2 De vereenvoudiging van de geschilbeslechtsingsprocedure in de Netverklaring 2009

180. NS betoogt dat de Nv2009 een geschilprocedure kent die ten opzichte van de Nv2008 een verslechtering is, omdat de geschilprocedure niet meer kan worden doorlopen in geval het een geschil tussen beheer- en verkeeraanvragen betreft. De Raad oordeelt als volgt.
181. De Raad wijst er op dat artikel 28 van de Richtlijn bepaalt dat aanvragen voor infrastructuurcapaciteit met het oog op onderhoudswerkzaamheden tijdens de programmatieprocedure moeten worden ingediend. De Raad concludeert hieruit dat artikel 20 van de Richtlijn mede van toepassing is op capaciteitsaanvragen voor beheer. Voor zover in de programmatiefase aanvragen niet kunnen worden gehonoreerd, bepaalt artikel 21, eerste lid, van de Richtlijn dat zij in de coördinatieprocedure moeten worden behandeld. De Richtlijn zelf impliceert dus dat de stappen aanvraag, programmatie en coördinatie moeten worden doorlopen indien de beheerder een beheeraanvraag indient die conflicteert met een verkeeraanvraag. Aangezien de geschillenregeling deel uitmaakt van de coördinatiefase – deze is immers geregeld in artikel 21, lid 6, van de Richtlijn, de bepaling die blijkens haar titel op de coördinatiefase van toepassing is – moet het mogelijk zijn voor vervoerders om tijdens de coördinatiefase een beroep te doen op de geschillenregeling, zowel wanneer twee verkeeraanvragen conflicteren als wanneer een verkeeraanvraag conflicteert met een beheeraanvraag.
182. Verder heeft ook de Nederlandse wetgever ervoor gekozen om bij conflicten tussen capaciteitsaanvragen voor verkeer en beheer ook de coördinatieprocedure van artikel 21 van de Richtlijn van toepassing te verklaren. Dit blijkt uit de artikelen 4 en 9 van het Besluit. Artikel 4 bepaalt immers met zoveel woorden dat de beheerder de artikelen 19, 20 en 21 van de Richtlijn in acht moet nemen bij de capaciteitsverdelingsprocedure, zonder hierbij onderscheid te maken tussen aanvragen voor beheer en aanvragen voor verkeer. Bovendien bepaalt artikel 9 lid 1 van het Besluit, voor zover relevant, het volgende:
- “ Indien de benodigde capaciteit voor buiten dienst te stellen hoofdspoorwegen ten behoeve van werkzaamheden aan of nabij de hoofdspoorwegen of de benodigde capaciteit voor het door de beheerder op te stellen onderhoudsrooster concurreert met de capaciteitsaanvragen van één of meerdere gerechtigden en er tussen de beheerder en de betrokken gerechtigden **tijdens de coördinatie** geen overeenstemming kan worden bereikt, verklaart de beheerder de betrokken infrastructuur overbelast [..].”*
183. De coördinatiefase waaraan dit artikel refereert, is geregeld in artikel 21 van de Richtlijn. Dit artikel, en dus ook het zesde lid daarvan, waarin de verplichting tot het in het leven roepen van een geschillenregeling voor capaciteitsconflicten is opgenomen, is dus door de Nederlandse regelgever van overeenkomstige toepassing verklaard op conflicten tussen capaciteitsaanvragen voor enerzijds verkeer en anderzijds beheer. Volgens de Raad is het

derhalve zo dat aanvragen voor infrastructuurcapaciteit voor onderhoud niet alleen, zoals artikel 28 van de Richtlijn bepaalt, moeten worden ingediend tijdens de programmatiefase, maar ook dat ten aanzien van deze aanvragen de coördinatieprocedure moet worden gevolgd. De geschillenregeling van artikel 21, lid 6, van de Richtlijn is daar onderdeel van en dient zich derhalve tevens uit te strekken tot conflicten tussen beheer- en verkeeraanvragen.

184. Het ontbreken van een geschillenbeslechtsprocedure om conflicten tussen verkeer- en beheeraanvragen op te lossen ontnemt NS de mogelijkheid om een finale poging te doen alsnog een verkeeraanvraag gehonoreerd te krijgen. Het leidt naar het oordeel van de Raad tot een benadeling van NS indien de Nv2009 op dit punt niet wordt aangepast.

6.5.3 De wijze van afhandeling van beheeraanvragen in de ad hoc fase 2009

185. NS verzet zich tegen de wijze van capaciteitsverdeling ten behoeve van bepaalde onderhoudswerkzaamheden zoals die is uiteengezet in paragraaf 4.4.1.3.2 van de Nv2009, met name op pagina 43, onder a. De Raad merkt op dat de aldaar beschreven procedure nieuw is ten opzichte van de Nv2008 en dat ProRail dus op een andere manier capaciteit voor onderhoud wenst aan te vragen dan voorheen het geval was. Het gaat hierbij volgens de Nv2009 om capaciteit voor geplande werkzaamheden aan of nabij de spoorweginfrastructuur. Kennelijk verwijst ProRail met deze bewoordingen naar artikel 6 van het Besluit, waar met zoveel woorden is bepaald dat capaciteit voor dergelijke werkzaamheden in de jaardienstfase moet worden aangevraagd. De Raad oordeelt als volgt.
186. In de Nv2009 is de nieuwe werkwijze als volgt omschreven (p. 43):
- “ Voor geplande werkzaamheden aan of nabij het spoor die (een combinatie van) incidentele onttrekkingen vragen geldt daarnaast het volgende:*
- a) De benodigde capaciteit wordt in termen van volume, frequentie en locatie in het jaardienstproces verdeeld. Concretisering in termen van uitvoeringsvarianten en uitvoeringsdata alsmede de detaileffecten op de treindienst vindt in gestructureerd overleg met alle capaciteitsaanvragers plaats tot uiterlijk 26 weken voor uitvoering. Indien in dit overleg geen overeenstemming kan worden bereikt over de uitvoeringsvarianten stelt ProRail deze vast middels een bedrijfseconomische afweging tussen gerechtigden en beheerder.*
- Als geen overeenstemming kan worden bereikt over de uitvoeringsdatum dan stelt ProRail deze vast middels een bedrijfseconomische afweging van de gevolgen voor de verschillende gerechtigden. Randvoorwaarde is uitvoering in het dienstregelingjaar 2009.”*
187. De Raad leidt uit het voorgaande af dat de geciteerde passage betrekking heeft op een verdeelwijze voor gepland onderhoud. Gepland onderhoud is onderhoud waarvan ten tijde

van de sluitingsdatum voor de indiening van capaciteitsaanvragen voor de jaardienst redelijkerwijs voorzienbaar is dat dit moet worden uitgevoerd. Hoewel het kopje boven deze passage spreekt van gepland onderhoud, blijkt uit de passage dat dit onderhoud niet met die mate van precisie kan worden ingepland die het mogelijk maakt voor vervoerders om ten tijde van de definitieve capaciteitsverdeling voor de jaardienstregeling te kunnen vernemen wanneer dit gaat plaatsvinden en op welk moment het plegen van dit onderhoud hun treindienst gaat aantasten.

188. In geval van gepland onderhoud dienen de daarop betrekking hebbende procedures uit de Richtlijn, de Spoorwegwet en het Besluit te worden gevolgd. In dat geval dient ten tijde van de definitieve capaciteitsverdeling in de jaardienstregeling duidelijk te zijn welke treinen van betrokken vervoerders worden geraakt en dient de coördinatieprocedure te worden doorlopen in geval van conflicterende aanvragen. Deze procedure kan niet, zoals de geciteerde passage lijkt te suggereren, worden doorgeschoven naar de ad hoc fase van de jaardienstregeling.
189. De Raad is van oordeel dat NS wordt benadeeld door het enkele feit dat deze wijze van capaciteitsverdeling in de Nv2009 is opgenomen, maar wijst er op dat wel sprake kan zijn van benadeling indien in de praktijk uitvoering wordt gegeven aan deze wijze van capaciteitsverdeling. De Nv2009 dient derhalve op dit punt te worden gewijzigd.

7 Conclusie

190. Gezien het voorgaande concludeert de Raad als volgt.

1. Ten aanzien van de ontvankelijkheid concludeert de Raad:

- NSR is ontvankelijk op grond van artikel 71, eerste lid, Sw omdat NSR kan worden aangemerkt als gerechtigde in de zin van artikel 57 Sw.
- NSG is niet-ontvankelijk op grond van artikel 71, eerste lid, Sw omdat NSG niet kan worden aangemerkt als gerechtigde of andere belanghebbende in de zin van artikel 57 Sw.
- NSR is niet-ontvankelijk op grond van artikel 71, tweede lid, Sw omdat de toegangsovereenkomsten 2006 en 2007, waar NSR zich op beroept, geen rechtskracht meer hebben en een beroep op genoemd artikel ten aanzien van die overeenkomsten derhalve niet langer mogelijk is.

- NSG is niet-ontvankelijk op grond van artikel 71, tweede lid, Sw omdat zij niet kan worden aangemerkt als gerechtigde in de zin van artikel 57 Sw en om die reden geen partij kan zijn bij een toegangsovereenkomst of kaderovereenkomst.
- 2. Ten aanzien van de klacht van NSR dat zij benadeeld is doordat ProRail het verdeelbesluit BUP drie maanden te laat heeft genomen, concludeert de Raad als volgt. Nu NSR ProRail zelf heeft verzocht om de datum waarop de BUP-aanvraag moest worden ingediend te wijzigen, was zij er ook verantwoordelijk voor om een nieuwe datum met ProRail overeen te komen voor het vaststellen van het BUP. Dit laatste heeft NSR nagelaten. Voor zover NSR hierdoor is benadeeld, kan zij dit niet aan ProRail tegenwerpen.
- 3. Ten aanzien van de klacht van NSR dat zij benadeeld is doordat ProRail tijdens de programmatie- en coördinatiefase voor de jaardienstregeling 2008 ten onrechte geen conflictdossiers heeft bijgehouden concludeert de Raad als volgt.
Ten aanzien van de door NSR ingebrachte conflicten is niet komen vast te staan dat ProRail heeft nagelaten – daar waar nodig – conflictdossiers bij te houden. NSR is derhalve niet benadeeld.
- 4. Ten aanzien van de klacht van NSR dat zij benadeeld is doordat ProRail niet heeft voldaan aan de belangrijkste voorwaarde waaronder NSR kon instemmen met het verschuiven van de geschilbemiddeling van de BUP-fase naar de jaardienstfase, namelijk dat de geschilbehandeling zou plaatsvinden in een bijzonder overleg, concludeert de Raad als volgt. Partijen hebben nooit overeenstemming bereikt over het verplaatsen van het geschil naar de jaardienstfase. ProRail heeft ten onrechte nagelaten het geschil te behandelen conform de procedure uit de Nv2008. ProRail heeft NSR hierdoor een kans op geschilbemiddeling ontnomen hetgeen heeft geleid tot benadeling van NSR.
- 5. Ten aanzien van de klacht van NSR dat zij benadeeld is doordat ProRail de capaciteitsaanvraag voor het onderhoudsrooster voor de jaardienstregeling 2008 te laat heeft ingediend, concludeert de Raad als volgt. ProRail heeft de aanvraag voor het onderhoudsrooster te laat ingediend. NSR is hierdoor benadeeld omdat zij pas in een laat stadium vernam op welke wijze haar treindienst werd aangetast door de onderhoudsaanvraag van ProRail.
- 6. Ten aanzien van de klacht van NSR dat zij benadeeld is doordat ProRail de indieningstermijn voor het kaderbesluit beheer heeft overschreden concludeert de Raad als volgt. ProRail heeft de kaders voor het onderhoudsrooster te laat afgegeven. Dit heeft negatieve gevolgen voor de interne bedrijfsprocessen van NSR die zijn afgestemd op de planning zoals weergegeven in de Nv2008. NSR is hierdoor derhalve benadeeld.

7. Ten aanzien van de klacht van NSR dat zij benadeeld is doordat de capaciteitsaanvraag van ProRail ten behoeve van het onderhoudsrooster geen functionele onttrekkingstekeningen bevatte, concludeert de Raad als volgt. Conform de Nv2008 dient een aanvraag voor onderhoud tevens functionele onttrekkingstekeningen te bevatten. De aanvraag van ProRail is pas in een zeer laat stadium aangevuld met de vereiste onttrekkingstekeningen. Het planningsproces wordt bemoeilijkt indien vervoerders niet tijdig over deze onttrekkingstekeningen beschikken. NSR is hierdoor derhalve benadeeld.
8. Ten aanzien van de klacht van NSR dat zij benadeeld is doordat ProRail het besluit jaardienstverdeling te laat heeft genomen, oordeelt de Raad als volgt. ProRail heeft het besluit jaardienstverdeling niet genomen op de datum die in de Nv2008 stond vermeld. Er was dus sprake van een termijnoverschrijding. Aangezien NSR haar interne bedrijfsprocessen heeft afgestemd op de planning zoals weergegeven in de Nv2008, is zij door deze termijnoverschrijding benadeeld.
9. Ten aanzien van de klacht van NSR dat zij benadeeld is doordat ProRail op eenvormige wijze onderhoudscapaciteit heeft aangevraagd en geïntroduceerd in het capaciteitsverdeelproces in de vorm van een nachtelijke onderhoudsperiode van 5,5 uur concludeert de Raad als volgt. ProRail mag eenzijdig een capaciteitsaanvraag voor gepland onderhoud indienen die voldoet aan de capaciteitsbehoefte die ProRail voorziet voor een bepaald dienstregelingsjaar mits zij zich houdt aan de Spoorwegwet en aanverwante wet- en regelgeving alsmede de Netverklaring. Indien partijen ertoe besluiten hun capaciteitsaanvragen onderling af te stemmen voordat zij hun aanvraag indienen, geldt dat dit geheel voor hun eigen rekening en risico komt. Als de uitkomst van het verdeelproces anders uitpakt, kunnen partijen elkaar dit niet tegenwerpen. De klacht van NSR op dit punt is daarom ongegrond.
10. Ten aanzien van de klacht van NSR dat zij benadeeld is doordat ProRail artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit onjuist heeft toegepast concludeert de Raad als volgt.
 - a) De afspraken tussen NSR en ProRail, waar NSR zich op beroept, vormen geen invulling van de norm van artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit. NSR is derhalve niet benadeeld.
 - b) De motivering van de afweging tussen de bedrijfseconomische belangen is onvoldoende omdat ProRail de onderliggende berekeningsmethode van haar afweging op grond van artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit niet inzichtelijk heeft gemaakt. NSR is derhalve benadeeld.
 - c) De benodigdheid van de door ProRail geclaimde frequentie van nachtgaten is onvoldoende door ProRail onderbouwd. NSR is hierdoor benadeeld.

- d) Uit de regelgeving volgt niet dat ProRail gehouden is tot het zoeken naar alternatieven bij de toepassing van artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit. Voor zover ProRail dit heeft nagelaten is NSR derhalve niet benadeeld.
 - e) ProRail heeft de standaardberekening in het kader van artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit onvoldoende inzichtelijk gemaakt en bovendien nagelaten de door haar verzamelde parameters ten behoeve van voornoemde bedrijfseconomische afweging bij NSR te verifiëren. Hierdoor is NSR benadeeld.
11. Ten aanzien van de klacht van NSR dat zij is benadeeld doordat de op 28 september 2007 door ProRail overgelegde lijst met overbelast verklaarde baanvakken en emplacementen onvolledig was, concludeert de Raad als volgt. De capaciteit op de betreffende baanvakken en het emplacement is in strijd met artikel 9, lid 2, sub b, of artikel 10 van het Besluit verdeeld vóórdat een overbelastverklaring was uitgesproken. NSR is evenwel niet benadeeld omdat de betreffende baanvakken alsnog binnen afzienbare tijd overbelast zijn verklaard en de verplichting om een capaciteitsanalyse en – vergrotingsplan op te stellen geen garantie is dat de capaciteit ook wordt verruimd.
 12. Ten aanzien van de klacht van NSR dat zij is benadeeld doordat ProRail de door haar aangedragen alternatieve verdeelwijzen niet overtuigend gemotiveerd heeft weerlegd en doordat de geschillenbeslechting niet heeft geleid tot een materiële heroverweging van de capaciteitsverdeling aan de zijde van ProRail, concludeert de Raad als volgt. ProRail heeft de door NSR aangedragen alternatieven wel degelijk in overweging genomen en gemotiveerd weerlegd. Bovendien waren de argumenten die ProRail gebruikt voor de onderbouwing van haar uitspraak in de geschilbeslechtingsprocedure deels reeds verweven in de businesscase onderhoudsrooster. Omdat bij de capaciteitsverdeling op grond van artikel 9, lid 2, sub b, van het Besluit in beginsel uitgegaan wordt van de oorspronkelijke aanvragen van beide partijen, gaf ProRail terecht de afweging weer die ten grondslag lag aan haar oorspronkelijke capaciteitsaanvraag. NSR is derhalve niet benadeeld.
 13. Ten aanzien van de klacht van NSR dat zij is benadeeld doordat ProRail in de Nv2009 de indieningstermijn voor de capaciteitsaanvragen voor de jaardienstregeling 2009 heeft vervroegd, maar de datum waarop het verdeelbesluit dient te worden genomen in stand heeft gehouden, concludeert de Raad als volgt. ProRail is zelfstandig gerechtigd tot het bepalen van de indieningstermijn en het communiceren daarvan in de Netverklaring mits zij daarbij binnen de bandbreedte blijft van de Spoorwegwet. De klacht is op dit punt ongegrond.
 14. Ten aanzien van de klacht van NSR dat zij is benadeeld doordat de Nv2009 een geschilprocedure kent die een verslechtering is ten opzichte van de geschilprocedure op grond van de Nv2008 omdat in de Nv2009 een geschilprocedure voor het oplossen

van conflicten tussen verkeer- en beheeraanvragen ontbreekt, concludeert de Raad als volgt. Het ontbreken van een geschilprocedure om conflicten tussen verkeer- en beheeraanvragen op te lossen, ontnemt NSR de mogelijkheid om een finale poging te doen alsnog een verkeeraanvraag gehonoreerd te krijgen. Indien de Nv2009 op dit punt niet door ProRail wordt aangepast leidt dit tot een benadeling van NSR.

15. Ten aanzien van de klacht van NSR dat zij is benadeeld door de nieuwe wijze van capaciteitsverdeling zoals weergegeven in paragraaf 4.4.1.3.2. van de Nv2009, concludeert de Raad als volgt. De bedoelde procedure is in strijd met de capaciteitsverdelingsprocedure als beschreven in de Spoorwegwet. Indien de Nv2009 op dit punt niet door ProRail wordt aangepast leidt dit tot een benadeling van NS.

8 Besluit

191. De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit besluit dat:

- I. NSR ontvankelijk is op grond van artikel 71, eerste lid, Sw.
- II. NSG niet-ontvankelijk is op grond van artikel 71, eerste lid, Sw.
- III. NSR niet-ontvankelijk is op grond van artikel 71, tweede lid, Sw.
- IV. NSG niet-ontvankelijk is op grond van artikel 71, tweede lid, Sw.
- V. De klacht van NSR gegrond is ten aanzien van de in hoofdstuk 7 van dit besluit vermelde punten 4, 5, 6, 7, 8, 10b, 10c, 10e, 14 en 15.
- VI. De klacht van NSR ongegrond is ten aanzien van de in hoofdstuk 7 van dit besluit vermelde punten 2, 3, 9, 10a, 10d, 11, 12 en 13.

192. Nu NS aangegeven heeft met het indienen van de klacht niet een ander resultaat van het capaciteitsverdelingsproces te beogen en de Raad bovendien niet heeft verzocht over te gaan tot het opleggen van een last onder dwangsom in geval van (gedeeltelijke) gegrondverklaring van de klacht, besluit de Raad van de mogelijkheid een last onder dwangsom ten aanzien van het capaciteitsverdelingsproces op te leggen, af te zien.

193. Ten aanzien van de gewenste veranderingen in de Nv2009 concludeert de Raad af te zien van de mogelijkheid een last onder dwangsom op te leggen daar de verplichting voor ProRail om een geschilbeslechtsprocedure als bedoeld in artikel 21, lid 6, van de Richtlijn in te richten alsmede de vormgeving daarvan al onderwerp van geschil waren in de zaken Arriva vs ProRail en Veolia vs ProRail. In de besluiten terzake deze geschillen is reeds een last opgelegd.

Openbaar

Den Haag, 2 september 2008

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,

namens deze:

w.g.

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.