Autoriteit
Consument & Markt

Muzenstraat 41
2511 WB Den Haag
070 722 20 00
www.acm.nl

Openbaar

DB Cargo Nederland N.V.
De heer [vertrouwelijk]
Postbus 2060
3500 GB Utrecht

Den Haag, 9 mei 2023

Aantal bijlagen : --
Uw kenmerk :
Ons kenmerk : ACM/UIT/595987
Contactpersoon : [vertrouwelijk]
Onderwerp : ACM/21/053381 Aanvulling van informele zienswijze over opduwdienst Kijfhoek

Geachte heer [vertrouwelijk],

Op 9 december 2022 heeft de ACM haar informele zienswijze over de opduwdienst Kijfhoek aan u kenbaar gemaakt. De ACM heeft reacties op haar informele zienswijze ontvangen van Lineas N.V. (hierna: Lineas) en ProRail B.V. (hierna: ProRail). Beide reacties vragen om een aanvulling van de zienswijze van de ACM. De ACM geeft die aanvulling in deze brief. De ACM zal deze brief ook op haar website publiceren.

**Leverplicht voor categorie 3 en 4 diensten bij één exploitant**
Lineas merkt op dat de ACM onterecht stelt dat categorie 3 en 4 diensten alleen dan moeten worden aangeboden, indien de diensten slechts door één exploitant van een dienstvoorziening worden verricht. De ACM onderschrijft dit. De beperking tot de situatie met slechts één exploitant geldt alleen voor de tariefverplichting en niet voor de leverplicht. Juist is: voor categorie 3 en 4 diensten geldt dat de diensten alleen dan moeten worden aangeboden *tegen niet meer dan de kosten die nodig zijn om een dienst te verrichten, vermeerderd met een redelijke winst*, indien de diensten slechts door één exploitant van een dienstvoorziening worden verricht.[1] In de informele zienswijze van 8 december 2022 is dit onjuist weergeven. Met deze aanvulling van de informele zienswijze is dat hersteld.

**Leverplicht voor categorie 4 diensten bij één exploitant**
Lineas acht het onjuist dat een categorie 4 dienst slechts op verzoek hoeft te worden geleverd als die al aan een andere spoorwegonderneming wordt geleverd.[2] Volgens Lineas geldt de leverplicht ook voor ondernemingen die deze diensten aan zichzelf leveren. De ACM acht deze interpretatie niet voor de hand liggend. De beperking van de leverplicht voor categorie 4 diensten tot de situatie waarin die diensten “aan een of meer spoorwegondernemingen worden aangeboden”, lijkt weinig betekenis te hebben indien ook interne leveringen hieronder zouden vallen. De ACM onderschrijft de visie van Lineas daarom niet.

[1] Artikel 19 van het Implementatiebesluit.

[2] Artikel 17, derde lid, van het Implementatiebesluit: “Wanneer de exploitant van een dienstvoorziening een of meer ondersteunende diensten als bedoeld in het eerste lid aan een of meer spoorwegondernemingen aanbiedt, biedt hij deze op verzoek en op niet-discriminerende wijze aan alle spoorwegondernemingen aan.”

**Transparantie van de tarieven van DB Cargo voor de opduwdienst**
Lineas merkt op dat DB Cargo niet transparant heeft gemaakt dat haar tarieven niet hoger zijn dan de kosten vermeerderd met een redelijke winst. Lineas vraagt de ACM in de informele zienswijze op te nemen dat DB Cargo haar kostenstructuur transparant maakt voor de ACM, zodat de ACM kan beoordelen of DB Cargo voldoet aan de tariefverplichting.

Het gaat hier om een categorie 2 dienst waar geen verplichting is voor een ex ante-beoordeling van de tarieven. In dat licht acht ACM het transparant maken (de onderbouwing) van DB Cargo van haar kosten en redelijke winst pas aan de orde indien er een klacht is over deze tarieven of indien de ACM ambtshalve besluit onderzoek te doen en DB Cargo om een onderbouwing vraagt.

**Kwalificatie aankomst- en vertrekcontrole als technische keuring van rollend materieel**
De ACM heeft in haar informele zienswijze aangegeven:

> *De ACM is van oordeel dat de aankomstcontrole en het vertrek gereedmaken van de trein zijn aan te merken als categorie 4 diensten, omdat de "technische keuring van het rollend materieel" in bijlage II van de richtlijn is aangemerkt als categorie 4 dienst. Weliswaar worden beide activiteiten verricht op een rangeerstation, wat ze zou kunnen kwalificeren als een dienst verricht in een rangeerstation en daarmee als categorie 2 dienst. Echter, het feit dat de "technische keuring van het rollend materieel" expliciet is benoemd als categorie 4 dienst, betekent naar het oordeel van de ACM dat beide diensten categorie 4 diensten zijn.*

Lineas onderschrijft dit niet en geeft aan dat de diensten onder categorie 4 (technische keuring van het rollend materieel) eerder diensten zijn die in een onderhoudsatelier worden uitgevoerd. De aankomstcontrole en wagentechnische controle van een trein behoren onlosmakelijk aan het rijden van een trein en zijn niet optioneel. Lineas meent dat de wagentechnische controle van de trein noodzakelijk is na het vormen van een wagenladingstrein en daardoor kwalificeert als een categorie 2 dienst.

De ACM neemt kennis van deze zienswijze. Vooralsnog acht de ACM de interpretatie dat het bij de aankomst- en vertrekcontrole gaat om de technische keuring van rollend materieel en daarmee een categorie 4 dienst, meer voor de hand liggen.

**Eisen 'non-discriminatoir toegangsaanbod' en 'geen onoverkomelijke drempel'**
Voor ProRail is het onduidelijk in hoeverre de eis 'geen onoverkomelijke drempel' nog relevant is in de beoordeling, indien er geen non-discriminatoire dienst wordt aangeboden. Op grond van de uitwerking van het vereiste om op non-discriminatoire wijze toegang te verlenen tot de dienst (onderdeel 6, eerste criterium non-discriminatoire toegang) concludeert ProRail dat, nu DB Cargo bij de voorgenomen scope van de dienst niet aan derden levert wat zij aan zichzelf levert, de voorgenomen dienstverlening op Kijfhoek niet non-discriminatoir is en daarmee dus niet voldoet aan het juridisch kader voor de (categorie 2) dienstverlening op Kijfhoek. ProRail verneemt graag van de ACM of deze interpretatie juist is.

De ACM merkt op dat het indien het juist is dat – zoals ProRail stelt – "DB Cargo bij de voorgenomen scope van de dienst niet aan derden levert wat zij aan zichzelf levert", de voorgenomen dienstverlening op Kijfhoek discriminatoir is en daarmee niet voldoet aan het juridisch kader. In dat geval is de (aanvullende) eis dat geen sprake mag zijn van een onoverkomelijke drempel, niet relevant: DB Cargo moet op grond van de non-discriminatie-eis aan derden leveren wat zij aan zichzelf levert.

***Geen onoverkomelijke drempel***
Bij de uitwerking van de vraag of de voorgenomen beperkte dienstverlening op Kijfhoek leidt tot een onoverkomelijke drempel voor (potentiële) afnemers (onderdeel 6 van de informele zienswijze van 9 december 2022, tweede criterium geen onoverkomelijke drempel), onderscheidt de ACM twee aspecten: Er is sprake van een onoverkomelijke drempel als de dienst in de voorgenomen vorm (a) aantoonbaar onveilig is of (b) op een andere wijze een onoverkomelijke drempel opwerpt voor het afnemen van de dienst.

ProRail stelt dat de ACM er vanuit lijkt te gaan dat op deze aspecten nog geen conclusie mogelijk is c.q. dat nader onderzoek nodig zou zijn. ProRail gaat ervan uit dat de ACM dit onderzoek verricht indien voldaan wordt aan eerste criterium van non-discriminatoire toegang en derhalve DB Cargo als exploitant van de dienstverlening de dienst aan derden aanbiedt zoals zij dat ook aan haarzelf als gebruiker aanbiedt.

De ACM onderschrijft dit: het onderzoek naar de onoverkomelijke drempels wordt pas relevant indien aan de eis van non-discriminatie is voldaan. De eis dat geen sprake is van een onoverkomelijke drempel, is aanvullend.

***Eis 'aantoonbaar onveilig'***
ProRail merkt op over de eis dat er geen sprake mag zijn van een dienst die 'aantoonbaar onveilig' is, dat conform wet- en regelgeving (zoals de Uitvoeringsverordening 2017-2177 artikel 3, lid 8, en de CSM-REA verordening) alleen een spoorgebondendienst toegestaan kan worden als zeker gesteld is dat de veiligheid van het proces op de dienstvoorziening Kijfhoek gewaarborgd is. Daarom moet de veiligheid van het proces dat ontstaat door het aanbieden en gebruiken van de dienst van DB Cargo expliciet aangetoond worden in een veiligheidsdossier. Ook is dit onderdeel van het veiligheidsmanagementsysteem van ProRail. Het gaat dan ook om het aantonen van de veiligheid en niet om het aantonen van onveiligheid.

De ACM stelt vast dat ProRail hier wijst op veiligheidswetgeving die eist dat een dienst aantoonbaar veilig is. De ACM is van oordeel dat hieruit niet noodzakelijkerwijs volgt dat DB Cargo als invulling van haar leverplicht voor categorie 2 diensten, ook een dienst aan derden moet aanbieden waarvoor zij zelf moet bewijzen dat die aantoonbaar veilig is. Dat laatste zou betekenen dat DB Cargo altijd een dienst moet aanbieden waar zij integraal verantwoordelijk is voor de veiligheid. Indien een separate bedrijfseenheid van DB Cargo de opduwdienst als hulppersoon levert aan andere bedrijfseenheden van DB Cargo, dan ligt die integrale verantwoordelijkheid bij de afnemer van de dienst. DB Cargo moet in dat geval wel met de afnemer van de dienst meewerken om de veiligheid van de dienstverlening aan te tonen.

***Eisen die ProRail stelt aan de veiligheid***
ProRail heeft – in lijn met artikel 3, lid 8, van de Uitvoeringsverordening 2017/2177 – in haar Netverklaring 2023 en 2024 in paragraaf 7.3.5.2.2 Rangeerheuvel Kijfhoek opgenomen dat spoorwegondernemingen/exploitanten die gereguleerde spoorgebonden diensten aanbieden op de rangeerheuvel Kijfhoek daarvoor vooraf schriftelijke toestemming nodig hebben van ProRail, die op haar beurt aan deze toestemming voorwaarden kan verbinden met het oog op de juridische, technische en veilige uitvoerbaarheid van deze spoorgebonden dienst. Alleen door ProRail goedgekeurde diensten mogen aangeboden worden op de door ProRail beheerde dienstvoorzieningen. Onderdeel van het goedkeuringsproces is, dat de aanbieder van de diensten moet aantonen dat gebruikers van deze diensten aan de door ProRail gestelde richtlijnen en voorwaarden voor gebruik van de dienstvoorziening kunnen voldoen.

ProRail merkt op dat DB Cargo nog geen goedkeuring heeft gevraagd voor het aanbieden van de door haar voorgenomen (beperkte) dienstverlening op Kijfhoek. Wellicht ten overvloede merkt ProRail op dat zij – op grond van de voorliggende status van de dienst – ook geen goedkeuring kan verlenen. Onderdeel van het goedkeuringsproces is immers, dat de aanbieder van de diensten moet aantonen dat gebruikers van deze diensten aan de door ProRail vastgestelde richtlijnen en voorwaarden voor gebruik van de dienstvoorziening kunnen voldoen, onder andere met een integraal veiligheidsdossier dat samen met de afnemer(s) van de dienst is opgesteld. Daarvan is op dit moment nog geen sprake.

De ACM stelt vast dat dit veiligheidswetgeving betreft waar de ACM niet op toeziet.

***Andere onoverkomelijke drempel***
ProRail merkt op dat een onoverkomelijke drempel niet enkel kan worden opgeworpen doordat DB Cargo de voorgenomen beperkte dienst aanbiedt als hulppersoon, maar dat ook andere aspecten een rol spelen

bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van een onoverkomelijke drempel. Een voorbeeld van een dergelijk aspect is de kennislacune voor de afnemer van de dienst met betrekking tot informatie en kennis over processen, procedures en opleidingen en lokale bijzonderheden, die momenteel specifiek binnen de verantwoordelijkheid van DB Cargo liggen.

De ACM onderschrijft dit, maar kan zonder nader onderzoek niet vaststellen of daar nu sprake van is.

**Verantwoordelijkheid voor het integrale veiligheidsdossier**
Lineas vindt het onduidelijk wie verantwoordelijk is voor het maken van het integrale veiligheidsdossier: de aanbieder van de opduwdienst (DB Cargo) of de klant.

De ACM merkt op dat die verantwoordelijkheid in eerste instantie wordt bepaald door de eis van non-discriminatie. Indien DB Cargo de opduwdienst aan zichzelf levert met integrale veiligheidsverantwoordelijkheid, dan moet DB Cargo deze dienst ook zo aan derden leveren en is DB Cargo verantwoordelijk voor het maken van het integrale veiligheidsdossier. Alleen indien een separate bedrijfseenheid van DB Cargo de opduwdienst als hulppersoon levert aan een andere bedrijfseenheid van DB Cargo, dan ligt de integrale verantwoordelijkheid bij de afnemer van de dienst. In dat geval is de bedrijfseenheid van DB Cargo die de vervoersdiensten levert verantwoordelijk voor het maken van dit dossier en ook externe afnemers, zoals mogelijk Lineas. DB Cargo moet in dat geval wel met de afnemer van de dienst meewerken om de veiligheid van de dienstverlening aan te tonen.

Met vriendelijke groet,

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

Sonja Hibbert
Teammanager Directie Telecom, Vervoer en Post