

Van: V.J.A. Suto
Namens: Federatie van Mobiliteitsbedrijven in Nederland
Onderwerp: Internetconsultatie lagere regelgeving Omvorming ProRail tot zbo
Datum: 24 maart 2020
Ons kenmerk: 06FMN2001

I Inleiding

Eind 2018 heeft het Ministerie van Infrastructuur & Waterstaat (“**het Ministerie**”) het wetsvoorstel Publiekrechtelijke omvorming ProRail gepubliceerd (“**het Wetsvoorstel**”). Dit Wetsvoorstel wijzigt onder meer de Spoorwegwet en is op 10 juli 2019 aanhangig gemaakt.¹ Op 17 februari jl. is dit Wetsvoorstel ingediend bij de Tweede Kamer, na een inhoudelijk en principiële zeer kritisch advies van de Raad van State dat heroverweging van de voorgenomen structuurwijziging aanbeval.² De Minister heeft dit advies naast zich neergelegd. Thans legt het Ministerie de lagere regelgeving ter consultatie voor. Hierin is een drietal regelingen betrokken:

1. Het Besluit taken ProRail (ook wel: “**BtP**”),
2. Het Besluit tot wijziging van enkele algemene maatregelen van bestuur i.v.m. de Wet Publiekrechtelijke omvorming ProRail
3. De Regeling sturing & toezicht op ProRail (ook wel: “**RstP**”).

De aangekondigde *Regeling tot wijziging van enkele ministeriële regelingen i.v.m. de Wet Publiekrechtelijke omvorming ProRail* is (nog?) niet gepubliceerd.³ Die regeling is dus evenmin in deze reactie betrokken.

De spoorwegondernemingen Arriva Personenvervoer Nederland BV, Connexxion Openbaar Vervoer NV, Keolis Nederland BV en QBuzz BV, verenigd in de Federatie van Mobiliteitsbedrijven in Nederland (“**FMN**”) hebben LegalRail verzocht de lagere regelgeving op hoofdlijnen te analyseren. In deze analyse heeft LegalRail belangrijke Europese spoordoelstellingen betrokken en de vraag gesteld of deze omvormingsregelgeving bijdraagt aan onder meer het verbeteren van de kwaliteit door concurrentie te stimuleren, en aan het verbeteren van de voorwaarden voor investeringen in de sector.⁴ In het verlengde hiervan is onderzocht of de regelgeving voldoende zekerheid biedt met betrekking tot non-discriminatoire toegang tot het spoor en de kostenproblematiek. Daarbij is er bijzondere aandacht voor (1) de rol en taken van de Minister waarbij belangenverstrengeling voorkomen moet zijn, (2) de duidelijkheid van de taken van ProRail en (3) fiscale vraagstukken. De twee hierboven genoemde Besluiten alsmede de Regeling sturing & toezicht op ProRail zijn vanuit deze optiek geanalyseerd.

II.1 De invloedrijke rollen van de Minister

Een heldere rol en taakverdeling tussen het Ministerie van Infrastructuur & Waterstaat en ProRail is essentieel, niet alleen voor een goede uitvoering voor de taken op het spoor, maar ook om spoorwegondernemingen en andere partijen op een transparante manier zekerheden te bieden.

¹ Wijziging van de Spoorwegwet en enige andere wetten in verband met de omvorming van ProRail van een besloten vennootschap tot een publiekrechtelijk zelfstandig bestuursorgaan (Wet Publiekrechtelijke omvorming ProRail).

² *Kamerstukken II* 2019/20, 35396, nr. 4.

³ Zie aankondiging in: Regeling sturing van en toezicht op ProRail, Toelichting Algemeen Deel, p. 15.

⁴ De doelstellingen zijn onder meer verwoord in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/LSU/?uri=CELEX%3A32012L0034>.

Door de omvorming wordt een duidelijk omliggende rol- en taakverdeling binnen het Ministerie zelf belangrijker. Voor spoorwegondernemingen is het van groot belang dat het Ministerie de verschillende rollen die zij in de spoorbranche vervult, strikt weet te scheiden. Elke (schijn van) belangenverstremming moet vermeden worden. Het Ministerie vervult op dit moment, naast de rol van opsteller van onder meer de onderhavige spoorregelgeving, onder meer:

- (1) de rol van verlener van de grootste onderhandse vervoerconcessie op het spoor en
- (2) de rol van toezichthouder (via ILT).

(3) Nieuwe rol: goedkeuringsinstantie

De aansturingmogelijkheden van ProRail vanuit I&W worden door de beoogde omvorming aanzienlijk versterkt ten opzichte van de aansturing via de beheerconcessie. In aanvulling op de hierboven genoemde rollen, krijgt de Minister de rol van 'goedkeuringsinstantie'. De beheerder mag "*andere taken*" dan genoemd in artikel 8 van het Wetsvoorstel Wijziging Spw ("**WW Spw**") slechts uitvoeren *met instemming van de Minister* (artikel 10 WW Spw). Artikel 12 van de RstP benoemt enkele uitzonderingen die ProRail kan uitvoeren zónder dat Minister hiervoor voorafgaande instemming moet verlenen.⁵ Dit blijken voornamelijk activiteiten die niet worden uitgevoerd op hoofdspoorwegen (fietsenstallingen nabij stations, verhuur van werkplekken in gebouwen, activiteiten op andere spoorwegen dan hoofdspoorwegen en dergelijke). Op welke gronden de Minister instemming verleent of juist onthoudt, is een zwart gat. Hierover is in de regelgeving niets te vinden. ProRail zal voor allerhande niet nader geduide beheeractiviteiten voorafgaande instemming aan de Minister moeten vragen. Dit zal de slagvaardigheid noch voortvarendheid van de beheerder ten goede komen, terwijl juist op die punten al een verbeterslag gewenst werd.

→ FMN verzoekt de Minister om in de regelgeving een limitatieve opgave van concrete, heldere criteria op te nemen zodat op voorhand voor alle betrokken partijen duidelijk is wat onder deze instemmingsbevoegdheid valt en hoe deze zal worden uitgeoefend.

De ministeriële instemming voor bepaalde beheertaken is voorts moeizaam omdat beheersactiviteiten niet altijd strikt zijn af te bakenen, waardoor onzekerheid kan bestaan of een activiteit wel of geen instemming behoeft (artikel 10 WW Spw heeft het slechts over 'andere activiteiten' dan de taken in artikel 8 WW Spw...). Onnodige instemmingsverzoeken (en daardoor onnodige onthouding van instemming of slechts verlening daarvan op onredelijke voorwaarden) zijn niet uit te sluiten.

→ FMN stelt voor dat de Minister concretiseert welke "*andere taken*" zij voor ogen heeft.

Mede door het ontbreken van een toetsingskader voor de Minister is er een risico op het onevenredig meewegen van belangen vanuit de andere rollen. Belangenverstremming en / of onnodige instemmingsverzoeken (en onthouding daarvan) vormen een reëel gevaar.

→ FMN verzoekt de Minister in de regelgeving te expliciteren op welke wijze zij zal voorkomen dat deze nieuwe rol (goedkeuringsinstantie) intervenueert met haar rol als concessieverlener en / of toezichthouder.

⁵ Dit in aanvulling op de (essentiële) taken van ProRail die opgenomen zijn in artikel 8 WW Spw.

(4) Nog een invloedrijke rol: benoemen, schorsen, ontslaan én waarnemen

Het risico op belangenverstremming wordt versterkt doordat de Minister zal voorzien in de waarneming van een functie van een lid van de Raad van Bestuur dat geschorst is of anderszins absent is en zij bovendien de hele raad van toezicht benoemt, schorst én ontslaat (artikel 14 e.v. WW Spw juncto artikel 14 RstP). Hierdoor kan de Minister vergaande invloed op het dagelijks bestuur van ProRail uitoefenen én op de raad van toezicht. Voorkomen moet worden dat de bepaling dat deze leden "*hun functie uitoefenen zonder last*" slechts een papieren zoethouder is.

De vraag is gerechtvaardigd, of de onpartijdigheid van de bestuursleden en van de leden van de raad van toezicht niet te gemakkelijk door belangenconflicten uit balans kan worden gebracht. Hierbij speelt ook de vraag of deze bepalingen voldoende recht doen aan de onafhankelijkheidseisen van artikel 4 lid 2 en artikel 7 lid 1 van Richtlijn 2012/34.

De selectie van leden in de raad van toezicht door de Minister die óók de vervoerconcessie voor het meest rendabele deel van het net verstrekt en die toezichthouder is, is *sowieso* ongemakkelijk.

→ FMN vraagt de Minister om duidelijker in de regelgeving op te nemen dat de Minister ervoor zorgt dat de leden van de raad van toezicht en van de raad van bestuur van de infrastructuurbeheerder en de managers die rechtstreeks aan hen rapporteren, op een niet-discriminerende manier handelen en dat hun onpartijdigheid niet door belangenconflicten is aangetast.

→ FMN zou daarbij geregeld willen zien, dat de Minister dit regelmatig toetst.

→ FMN verzoekt de Minister daarnaast om in de RstP of elders (bijv. in de Regeling onverenigbare functies infrastructuurbeheerders of spoorwegondernemingen) op te nemen, dat de functie van lid van de raad van toezicht ProRail onverenigbaar is met werkzaamheden in dienst van of voor een spoorwegonderneming en met andere mogelijk conflicterende functies, rollen en belangen, alsmede met werkzaamheden verricht voor een spoorwegonderneming of andere mogelijk conflicterende functies, rollen en belangen in de vier jaar voorafgaand aan die toezichtsfunctie én in de vier jaar daarna.

Onduidelijkheid precieze taak Minister

Geschrappt is artikel 5 Spw, het wetsartikel waarin de primaire infra-taak voor de Minister was neergelegd:

"Onze Minister draagt zorg voor de aanleg en het beheer van hoofdspoorweginfrastructuur."

Voor dit kapstokartikel is ook in de lagere regelgeving niets in de plaats gekomen. Nergens is omschreven welke taak de Minister precies vervult na de omvorming van ProRail tot ZBO. Zelfs de nieuwe rol, de Minister als goedkeuringsinstantie, is slecht omschreven als verplichting van de beheerder (die moet de Minister om instemming vragen). De verantwoordelijkheden en zorgplichten van de Minister (en het toetsingskader daarvoor) zijn onbenoemd.

→ Nu er volgens de Minister sprake is van een "*publieke taak (...) waar publieke sturing en verantwoording bij hoort*"⁶ is het op zijn plaats dat de Minister ten aanzien van die eigen taak ook met de billen bloot gaat en duidelijk maakt hoe zij die taak wenst in te vullen.

⁶ Antwoord op vraag 3 van het Integraal afwegingskader voor beleid en regelgeving (IAK), te downloaden via https://www.internetconsultatie.nl/lagere_regelgeving_publicrechtelijke_omvorming_prorail.

Elk referentiepunt, elke norm voor wat de Minister al dan niet vermag, ontbreekt in de voorliggende set van conceptregelgeving.

Dit gebrek aan transparantie en duidelijkheid in de taakafbakening brengt het risico mee, dat de Minister zich indringend kan bemoeien met (de uitvoering van) taken van de beheerder die onafhankelijk en non-discriminatoire verricht zouden moeten kunnen worden, zonder dat inzake die bemoeienis in de WW Spw of in de voorliggende lagere regelgeving 'stops' zijn opgenomen.

→ FMN vraagt de Minister haar taken nader te omschrijven én af te bakenen: wat mag de Minister precies, waar stopt de mogelijke inmenging van de Minister en hoe borgt zij dat ook haar handelen voldoet aan de eisen van non-discriminatie en onafhankelijkheid ten opzichte van haar andere taken als toezichthouder en verlener van een belangrijke vervoerconcessie.

II.2 De lagere regelgeving nader beschouwd

II.2.a *Besluit taken ProRail: slechts verkeersleiding*

De zorgen die FMN heeft uitgesproken omtrent de rol en taakverdeling naar aanleiding van de internetconsultatie van het Wetsvoorstel, zijn niet weggenomen door de lagere regelgeving. Weliswaar zijn in het *Besluit taken ProRail* en in de *Regeling sturing en toezicht op ProRail* taken als 'prestatiegebieden' van de beheerder enigszins uitgewerkt, maar deze uitwerking geeft de spoorwegondernemingen weinig zekerheid en / of houvast – en naar het zich laat aanzien de Minister evenmin.

De primaire taakgebieden van ProRail: onderhoud en vernieuwing, exploitatie (inclusief verkeersleiding) ontwikkeling en verbetering⁷ zijn na de nogal diffuse uitwerking daarvan in de voorgenomen Wet Publiekrechtelijke omvorming ProRail en in de WW Spw, in de lagere regelgeving onnodig verder uit elkaar getrokken.⁸ De taken zijn niet in één regeling neergelegd, maar – zonder dat duidelijk is waarom – in verschillende lagere regelingen.

In het *Besluit taken ProRail*, waar een heldere en concrete uitwerking verwacht zou worden van al ProRails primaire taken, blijkt slechts aandacht voor de *verkeersleidende* taak. Niet de belangrijke reguliere verkeersleiding is daarbij leidend, maar incidenten en grensoverschrijdende verstoringen. In die acute situatie blijkt de eerste zorg van de wetgever te zijn dat ProRail andere, buitenlandse infra-beheerders informeert in plaats van de spoorwegondernemingen.

→ Dit vreemd gelegde accent blijkt exemplarisch: er is in de regelgeving onvoldoende rechtstreekse aandacht voor de relatie beheerder - spoorwegonderneming. Die relatie vormt een belangrijke spil van het spoorvervoer, ook ná de voorgenomen omvorming.⁹

⁷ Vlg. artikel 3 lid 2 van Richtlijn 2012/34 EU.

⁸ Artikel 16 Spw waarin deze drieslag nu helder is geformuleerd, vervalt. In de plaats daarvan zijn gekomen de artikelen 8 tot en met 13 WW Spw waarin gesproken wordt over een beheerder die belast is met de exploitatie, het onderhoud en de vernieuwing van infrastructuur, met het verlenen van het minimumtoegangspakket, het verlenen van toegang tot dienstvoorzieningen, het verlenen van ondersteuning bij het laten rijden van speciale treinen, het verlenen van ondersteunende diensten, het bevorderen van kennis en innovatie, het gevraagd en ongevraagd adviseren, het beheer van (nota bene!) bijzondere spoorwegen.

⁹ Een ander voorbeeld in alleen al dit weinig omvangrijke Besluit wordt gevormd door artikel 5 lid 2 BtP, waar beheerder en derden worden opgedragen samen te werken ten behoeve van een resultaat van prestatieverbetering voor reiziger en verlader. De spoorwegonderneming valt tussen beide groepen weg, ervan uitgaande dat deze niet ineens de partij is die hier met 'derden' wordt aangeduid. Mocht de wetgever met 'derden' wél de spoorwegonderneming bedoelen, dan is dit erg onduidelijk, omdat elders in artikel 4 van dit Besluit gewoon gesproken wordt over 'spoorwegonderneming'.

Eén van de vervelende neveneffecten van de voorgenomen omvorming is dat de tijd en aandacht van de beheerder noodgedwongen opschuiven in de richting van de relatie beheerder – overheid. FMN verzoekt u om waarborgen op te nemen (bijvoorbeeld in de vorm van voorgeschreven regelmatig open en reëel overleg, en / of overleg en informatie-uitwisseling op verzoek van een van de partijen) die de belangrijke as *beheerder 'nieuwe stijl' – spoorwegonderneming* ondersteunen.

Artikel 4 BtP is de letterlijke weergave van artikel 7 ter leden 2 en 3 van Richtlijn 2012/34/EU. Ten aanzien van voornoemde verstoringen zou het echter passend zijn, minstens te regelen dat spoorwegondernemingen *voortdurend* alle relevante informatie met betrekking tot de verkeersleiding krijgen, en niet alleen "*in geval van verstoringen*" (artikel 4 BtP). In die afwijkende situatie van incidenten en verstoringen is transparante, non-discriminatoire verkeersleiding en informatie hierover van groot belang.

→ In artikel 4 BtP zou daarom toegevoegd moeten worden dat de beheerder ervoor zorgdraagt dat spoorwegondernemingen niet alleen volledig en tijdig maar ook non-discriminatoire toegang krijgen tot voor hen relevante informatie. Dit wordt niet gedekt door de huidige formulering (ook niet door de tweede volzin van dit artikellid). Artikel 7 ter van RL 2012/34/EU staat hieraan niet in de weg. FMN verzoekt u dan ook te bewilligen in deze verheldering.

II.2.b Regeling sturing van en toezicht op ProRail: niet SMART¹⁰

Bovenstaande detail-notities over artikel 4 BtP kunnen de indruk wekken dat met enkele kleine aanpassingen de inhoud en structuur van het voorliggende wetsvoorstel *overall* werkbaar zijn voor de sector. Ten onrechte. De Regeling sturing van en toezicht op ProRail, waarin andere taken van ProRail belegd zijn, is bijvoorbeeld juist ten aanzien van die taken zorgelijk vaag.

Invulling geven aan 'prestatiegebieden'

De RstP opent niet met de kerntaken van ProRail maar met 'tijdelijke taken' en 'taken op andere spoorweginfrastructuur'. Ernstiger dan deze opmerkelijke opzet van de RstP, is dat de Regeling ten aanzien van de inhoudelijk normstelling door het ijs zakt. Een heldere taakverdeling én – toedeling ontbreekt. De in de regelgeving gekozen terminologie sluit niet aan bij de Europeesrechtelijke kaders en blinkt uit in onduidelijke beleidsteksten. De beheerder verzekert niet, zorgt niet voor, garandeert niets. De beheerder geeft slechts "*invulling aan*".

Waarom geeft de beheerder invulling? Aan "*prestatiegebieden*" zoals "het prestatiegebied capaciteit", "het prestatiegebied van de kwaliteit van de exploitatie van hoofdspoorweginfrastructuur", "het prestatiegebied van de kwaliteit van vervoer over de hoofdspoorweginfrastructuur", en zo meer.

→ FMN stelt voor dat de Minister de taakverdeling expliciteert, en deze aanvult met concrete opdrachten: de beheerder verzekert, draagt zorg voor en zo voorts. Bijvoorbeeld: de beheerder zorgt ervoor, dat de hoofdspoorweginfrastructuur betrouwbaar is (waarna een uitwerking in specifieke normen volgt).

Uitwerking hoofdtaken beheerder via 'onderwerpen'

Deze prestatiegebieden betreffen weliswaar de kerntaken van een spoorbeheerder, maar de uitwerking van deze prestatiegebieden in de RstP mist de noodzakelijke normen en criteria om efficiënt en effectief toezicht te houden op en sturing te geven aan de beheerder.

¹⁰ SMART: Specifiek, Meetbaar, Acceptabel, Realistisch en Tijdgebonden.

In de 'uitwerking' van de prestatiegebieden (artikelen 6 t/m 8 RstP) worden slechts belangrijke thema's benoemd, zoals de betrouwbaarheid en beschikbaarheid van de infrastructuur, de zorg voor de spoorwegveiligheid en duurzaamheid, maar steeds zonder enige concrete normstelling. De RstP meldt uitsluitend dat de "prestatiegebieden" "onderwerpen bevatten", dit, zoals gezegd, zónder criteria omtrent een minimale invulling of normstelling. Een voorbeeld.

"Het prestatiegebied goede deur-tot-deur reis (...) bevat in ieder geval de volgende onderwerpen:

a. verbeteren van de reis via het spoor,

*b. de efficiënte aansluiting op een fietsenstalling en het vervoer met andere modaliteiten."*¹¹

De 'invulling' van de prestatiegebieden wordt op deze manier volledig aan de beheerder gelaten en is zo vaag en zo open geformuleerd, dat vrijwel elke 'invulling' volstaat. De Minister en ook de spoorwegondernemingen hebben geen handvatten om te toetsen of de hierboven genoemde spoordoelstellingen door de beheerder geëffectueerd worden of hem aansporen om daadwerkelijk een verbetering te maken (vgl. de Europese spoordoelen). Het meerjarenplan, het bijstellingsdocument en / of het jaarverslag dat de beheerder moet opstellen, compenseren dit gebrek aan concreetheid niet (artikel 16, 17 en 21 RstP). Hierdoor is de taakinvulling door ProRail niet inhoudelijk zinvol te controleren door het parlement en / of door toezichthouders, niet zinvol te toetsen door rechters, niet zinvol te handhaven. De kern van de RstP is daarmee feitelijk betekenisloos.

→ "FMN verzoekt de Minister om deze belangrijke taken van ProRail (artikel 5 t/m 8 RstP) SMART, dus specifiek, meetbaar, acceptabel, realistisch en tijdgebonden te herformuleren zodat zinvolle handvatten in en voor de spoorpraktijk bestaan waaraan de Minister en ook andere partijen kunnen refereren in hun afspraken met en nakomingsverzoeken aan ProRail. Dit zou in lijn zijn met de vervoerconcessies, waarin vaak al prestatieafspraken zijn neergelegd met bijvoorbeeld minimumnormen voor kernprestaties voor openbaar vervoer zoals als haltering en punctualiteit.

Derdenwerken

In de conceptregelgeving is veel aandacht voor 'derdenwerken' (artikel 9 t/m 11 RstP). Een definitie van 'derden' lijkt te ontbreken terwijl aan 'derdenwerken' behoorlijke kosten en risico's worden opgehangen die voor deze derden zijn (en niet voor de beheerder). In privaatrechtelijke verhoudingen is de derde in principe een buitenstaander.¹² Hij heeft geen contractband, geen rechten en geen verplichtingen.¹³

De spoorwegonderneming die een toegangsovereenkomst met de beheerder heeft, is vanuit die optiek geen 'derde'. Dit betekent dat wanneer ProRail op verzoek van een van de spoorwegondernemingen verbeteringswerken laat verrichten aan spoorweginfrastructuur, de regeling 'werken voor derden' van paragraaf 4 RstP in beginsel niet zomaar geldt, in elk geval niet vanuit civielrechtelijke optiek. Ook vanuit de infra-verbeteringsgedachte is het wel verdedigbaar om spoorwegondernemingen niet als derden te beschouwen. De (toelichting op de) RstP wekt echter de indruk dat spoorwegondernemingen ook 'derden' zijn als bedoeld in deze Regeling.¹⁴

¹¹ Artikel 7 lid 1 sub a RstP.

¹² Deze 'derde' lijkt de wetgever ook op het oog te hebben in artikel 35 RstP, waarin bepaald is dat "onderzoek door derden" kan plaatsvinden. Deze bepaling staat los van paragraaf 4, waarin werken voor derden geregeld is.

¹³ Vgl. B.E. Reinhartz (red.), *Derden in het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2014.

¹⁴ Vgl. Concept Toelichting, Regeling sturing en toezicht op ProRail, p.26, op grond waarvan elke partij behalve de Minister en ProRail als 'derde' lijkt te worden aangemerkt.

→ Onduidelijk is wie de derden zijn in diverse bepalingen over o.a. 'derdenwerken'. Om discussies te voorkomen, is het wenselijk dat de RstP duidelijk maakt wie de wetgever op het oog heeft met 'derden'.¹⁵ FMN merkt daarbij op dat spoorwegondernemingen met betrekking tot derdenwerken niet zouden moeten worden aangemerkt als derden, gelet op hun contractband met ProRail.

II.2.c Besluit tot wijziging van enkele algemene maatregelen van bestuur i.v.m. de Wet publiekrechtelijke omvorming ProRail: btw-verlegging?

In de oplegbrief van de Staatssecretaris bij het Wetsvoorstel werd gemeld dat "de omvorming niet [zal] leiden tot hogere kosten voor derden."¹⁶ Op deze stelling volgde de toezegging dat in lagere regelgeving zou worden vastgelegd "dat ProRail niet aftrekbare btw niet in de gebruiksvergoeding mag doorberekenen." Dit is gebeurd in artikel IV sub A en sub D van het Besluit tot wijziging van enkele algemene maatregelen van bestuur in verband met de Wet publiekrechtelijke omvorming ProRail.

In de Kamerbrief die de Minister in februari jl. aan de Tweede Kamer zond, wordt herhaald dat de omvorming niet zal leiden tot hogere kosten voor 'derden'.¹⁷ Ondertussen wordt op diverse plaatsen toegegeven dat ProRail de door ProRail betaalde BTW niet meer in vooraftrek kan brengen bij de belastingdienst en dat dit leidt tot hogere kosten voor ProRail.¹⁸ De Minister schrijft wat dit betekent voor de gebruiksvergoeding:

"Zoals aangegeven zullen de kosten voor ProRail stijgen door het vervallen van de vooraftrek van BTW. Om te voorkomen dat dit leidt tot een hogere gebruiksvergoeding, heb ik afgesproken dat dit juridisch wordt verankerd in de lagere regelgeving door daarin op te nemen dat ProRail de aan aannemers betaalde btw niet zal doorberekenen in de gebruiksvergoeding. Ook in dat geval zal deze betaalde BTW door de overheid worden gecompenseerd.

Dit betekent dat de omvorming niets verandert aan de hoogte van de gebruiksvergoeding (en de in dat kader te betalen vergoedingen voor dienstenvoorzieningen en diensten) die aan vervoerders (...) in rekening wordt gebracht."¹⁹

In de toelichting op artikel IV onderdelen A en D, gaat de Minister verder in op de geconstrueerde systematiek. Zij merkt op:

"(...) Als gevolg hiervan kan de beheerder de betaalde btw niet meer aftrekken en komt de niet-aftrekbare btw, in de kostenbasis van de gebruiksvergoeding terecht. Dit zou, zonder ingrijpen, leiden tot een verhoging van de kosten voor de gerechtigden. (...)

¹⁵ Dergelijke discussies zijn en worden al gevoerd tussen ProRail en spoorwegondernemingen. Een voorbeeld vormt het aanbrengen van assentellers in de spoorweginfrastructuur om de detectie van bepaalde nieuwe spoorvoertuigen te faciliteren.

¹⁶ Brief van Ministerie van Infrastructuur & Waterstaat, de Staatssecretaris, aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, dd. 19 oktober 2018, met onderwerp Voortgang omvorming ProRail en kenmerk IENW/BSK-2018/214092, p. 2.

¹⁷ Minister Van Velthoven, brief aan de Tweede Kamer, met als onderwerp Kamerbrief Financiële effecten zbo-omvorming ProRail, d.d. 17 februari 2020; te downloaden via <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/brieven/2020/02/17/brief-raad-van-bestuur-prorail-bij-indiening-wetsvoorstel>, o.a. p. 1, 3^e alinea en 4^e alinea.

¹⁸ Minister Van Velthoven, brief aan de Tweede Kamer, met als onderwerp Kamerbrief Financiële effecten zbo-omvorming ProRail, d.d. 17 februari 2020; te downloaden via <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/brieven/2020/02/17/brief-raad-van-bestuur-prorail-bij-indiening-wetsvoorstel>, o.a. p. 2, onder 2 - 1^e alinea, p. 3 onder 3 en p. 4 onder 5.

¹⁹ Minister Van Velthoven, brief aan de Tweede Kamer, met als onderwerp Kamerbrief Financiële effecten zbo-omvorming ProRail, d.d. 17 februari 2020; te downloaden via <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/brieven/2020/02/17/brief-raad-van-bestuur-prorail-bij-indiening-wetsvoorstel>, o.a. p. 3 onder 3.

Om te voorkomen dat door wijziging van de btw-behandeling hogere kosten in de gebruiksvergoeding moeten worden doorberekend, is artikel 4 Besluit implementatie richtlijn 2012/34/EU (...) gewijzigd. Met die wijziging is zeker gesteld dat niet-aftrekbare btw die bij de beheerder in rekening wordt gebracht niet wordt doorberekend aan gerechtigden.”

Onzeker is of deze ingreep en toezegging in lijn zijn met artikel 31 lid 3 van Richtlijn 2012/34/EU:

“Onverminderd de leden 4 en 5 van dit artikel en artikel 32, wordt voor het minimumtoegangspakket en voor de toegang tot infrastructuur die dienstvoorzieningen verbindt, een heffing vastgesteld die gelijk is aan de kosten die rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst voortvloeien.”

De Minister erkent zelf dat door de omvorming, ProRail geen btw-ondernemer meer is die betaalde btw kan aftrekken en dat *daardoor* die niet-aftrekbare btw eigenlijk *in de kostenbasis* komt.²⁰ Het verdisconteren van die kostenbasis in de gebruiksvergoeding is een Europeesrechtelijke regel. In Nederland draait de Minister nu aan knoppen teneinde de kostenbasis willens en wetens te beïnvloeden en zij stelt vast, dat bepaalde kosten niet in die kostenbasis zullen vloeien (hoewel ze er misschien eigenlijk wel in thuishoren).²¹ Dit wringt ook met artikel 29 lid 1, 3^e alinea van Richtlijn 2012/34/EU, waarin is bepaald dat de *infrastructuurbeheerder* de rechten voor het gebruik van de infrastructuur vaststelt, en deze int, in overeenstemming met het ingestelde heffingskader en de vastgestelde heffingsvoorschriften. Daarnaast is onduidelijk of het niet doorberekenen van de btw niet zal worden aangemerkt als staatssteun.

Waar de Minister als principiële aanleiding voor de omvorming aanvoert, dat spoorbeheer een publieke taak is, doet het merkwaardig aan dat er – naar FMN begrijpt – allerlei constructies worden opgetuigd om de BTW-gevolgen van die publieke taak te compenseren. Dat vereist (1) bestuurlijke zorgvuldigheid dat die compensatie toegestaan is en (2) dat de uitvoeringslasten daarvan beperkt zijn. FMN vraagt zich af of aan deze eisen voldaan is. Uit de hierboven gemaakte kanttekening vanuit het Europese spoorwegrecht en het staatssteun-recht volgt al (ad 1) dat het volgens FMN onzeker is dat de gepresenteerde opzet juridisch toegestaan is. Bovendien lijkt (ad 2) de uitvoering nogal bewerkelijk te worden voor ProRail. Door de omvorming zullen ProRails activiteiten verder gesplitst moeten worden in publieke taken en marktactiviteiten. Dat betekent dat zij splitsingen moet aanbrengen in haar boekhouding en dat per activiteit bepaald moet worden welk deel daarvan toevalt aan de publieke taak en welk deel aan de marktactiviteit. Dat kan aanleiding geven tot allerlei gekunstelde situaties. Een voorbeeld om dit te verduidelijken. Er moet een onderdoorgang voor een gemeente aangelegd worden. Het maken van de betonnen constructie waar het spoor op rust, vormt wellicht een publieke taak (veiligheid), maar het leggen van comfortabel asfalt in de tunnel vormt eerder een marktactiviteit. FMN voorziet dat dit soort beheeractiviteiten een bron voor discussie, geschillen en onduidelijkheid zullen opleveren. Dit draagt niet bij aan de rust die nu juist in de komende jaren nodig is.

Bovendien kan het de investeringen in spoorinfrastructuur door derden (ondanks of wellicht juist door de regeling voor Derdenwerken in de RstP) ernstig belemmeren, bemoeilijken en vertragen.

²⁰ De kostenbasis bestaat uit de kosten die rechtstreeks voortvloeien uit de exploitatie van de treindienst, aldus artikel 3 Besluit implementatie richtlijn 2012/34/EU.

²¹ Nu hierdoor de kostenbasis wordt verlaagd, lijkt er weinig reden om tegen deze gang van zaken op te komen. De keerzijde is dat wanneer deze handelwijze als precedent is aanvaard, het tegendeel ook mogelijk geworden is: door sturing van de Minister wordt de kostenbasis *verhoogd* (en daarmee de gebruiksvergoeding). Europeesrechtelijk is de constructie m.i. dubieus.

→ Natuurlijk is het voor spoorwegondernemingen verheugend dat een oplossing gevonden lijkt te zijn voor een voor hen kostbaar aspect van de voorgenomen omvorming: de btw-kwestie. Voorkomen moet echter worden dat spoorwegondernemingen blij gemaakt worden met een dode mus. Vandaar de vraag of de geconstrueerde vrijstelling getoetst is bij de relevante instanties van de Europese Unie of dat anderszins de zekerheid bestaat dat dit ministerieel ingrijpen in de kostenbasis door het blokkeren van btw-doorberekening daarin, in overeenstemming is met de Europeesrechtelijke kaders. Indien de constructie al getoetst is bij de Europese Commissie, acht FMN het op zijn plaats dat het Ministerie het voorlopig oordeel c.q. de instemming van de Europese Commissie openbaar maakt. Mocht de btw-constructie nog niet getoetst zijn aan de spoorwegrechtelijke en staatssteun-rechtelijke regels, dan zou dat alsnog moeten gebeuren. FMN verneemt in dat geval graag, hoever de Minister is met dit toetsingstraject.

→ FMN pleit ervoor om de administratieve lasten van en de impact op de werkwijze van ProRail, alsmede de samenwerking tussen ProRail en andere *stakeholders* (waaronder spoorwegondernemingen en decentrale overheden) nauwgezet te toetsen voordat verdere stappen gezet worden.

III Slotopmerkingen

Het huidige wetsvoorstel biedt onvoldoende zekerheid dat ProRail na de omvorming op onafhankelijke wijze haar essentiële functies zal kunnen blijven vervullen. Om de juiste zekerheden te geven is het noodzakelijk dat in eenduidige bewoordingen wordt vastgelegd dat elke invloeditoefening door de Minister op de noodzakelijk onafhankelijke functie-uitoefening door ProRail voorkomen zal worden en dat personen belast met het nemen van beslissingen omtrent essentiële functies vrij zijn van elke mogelijke belangenverstrengeling.

- Hoewel de Minister ProRail meer naar zich toehaalt, ontbreekt in het huidige wetsvoorstel en de thans gepresenteerde lagere regelgeving een duidelijke taakomschrijving én taakafbakening van de Minister ten opzichte van het spoor(beheer). Hierdoor is de taak van de Minister in deze spoorcontext weinig transparant en is de Minister als actor moeilijker door de branche aan te spreken. Deze taak verdient aanscherping in de regelgeving.
- Bovengenoemd bezwaar wordt vergroot door het ontbreken van concrete normen en SMART-geformuleerde regels in de lagere regelgeving. De RstP lijkt een lichtelijk herschreven beheerconcessie te bevatten met daarin 'prestatiegebieden' die ProRail moet 'invullen' zodanig dat deze gebieden belangrijke benoemde "onderwerpen bevatten". Doordat de Regeling niet meer dan vage contouren biedt van ProRails taken, zijn doeltreffend toezicht, efficiënte handhaving en rechterlijke toetsing amper mogelijk. Dit is kwalijk omdat daardoor op dit moment nog steeds onduidelijk is of ProRail werkelijk voldoende onafhankelijk en onbevangen kan blijven opereren, een zorg die breed in de sector leeft. Herformulering van ProRails kerntaken volgens SMART-beginselen, zou deze taakomschrijving aanzienlijk aan waarde doen winnen.
- De Minister vervult een reeks aan invloedrijke rollen in de branche. De Minister stelt regels en kaders vast, zij kan nu én een vervoerconcessie (onderhands) aan NS verlenen, én de beheerder op allerlei niet geëxpliciteerde manieren aanspreken, instrueren en sturen, mede door de mogelijkheid leden van de raad van toezicht te benoemen, te schorsen én te ontslaan, plus te kunnen voorzien in waarneming als een lid van de raad van bestuur absent is.

Dit geheel kan gemakkelijk tot belangenverstremgeling leiden, al dan niet met bevoordeling of juist benadeling van bepaalde spoorpartijen tot gevolg. Een belangrijke Europese spoordoelstelling als kwaliteit-verbetering door concurrentie te stimuleren, komt hierdoor verder onder druk te staan. Ditzelfde geldt voor de (onafhankelijkheids)eisen die artikel 4 lid 2 en artikel 7 lid 1 RL 2012/34/EU stellen. De wijzigingsvoorstellen hebben hiervoor onvoldoende aandacht en zouden hierop moeten worden aangepast.

- De ingrijpende omvorming is erop gericht om meer grip op ProRail als beheerder te krijgen. Voor 'grip op', is 'begrip van' nodig, en diepgaande kennis en kunde. Het Ministerie moet *fit for purpose* zijn. Het ontbreekt in de voorliggende regelgeving aan maatregelen en investeringen die de tijdige aanwezigheid van die kennis en kunde verzekeren. FMN zou graag zien dat aan dit aspect nog aandacht wordt besteed.

Overall luidt de conclusie dat vele bepalingen uit de voorgelegde lagere regelgeving niet voldoen aan de eisen die aan kadervormende, richtinggevendende en te handhaven regelgeving gesteld worden. Herformulering in de RstP van onder meer de taken ('prestatiegebieden') van ProRail is noodzakelijk om de nieuwe relatie tussen zowel ProRail en de Minister als de relatie ProRail – spoorwegondernemingen soepel te kunnen voortzetten. Partijen moeten weten wat zij van ProRail in ZBO-vorm mogen verwachten en verlangen. Gedacht kan worden aan bijvoorbeeld minimumnormen en prestatie-indicatoren in plaats van 'prestatie-gebieden die onderwerpen bevatten'. In vervoerconcessies is dit soort concretisering allang *bon ton*, er is geen reden om in regelgeving voor de beheerder minder concreet te zijn. Daarnaast zouden er kenbare consequenties moeten zijn als prestaties van ProRail achterblijven. Een dergelijke, meer zakelijke uitwerking is noodzakelijk voor een succesvolle samenwerking in de nieuwe opzet. Meer aandacht voor de mogelijkheden tot en grenzen van de ministeriële inmenging is evenzeer noodzakelijk.

Tot slot herhaalt FMN dat de nu voorliggende set van regelgeving over de omvorming haar zorgen over een ten opzichte van spoorwegondernemingen op grotere afstand geplaatste spoorbeheerder niet wegneemt. De omvorming is ingezet om vanuit de overheid meer grip te krijgen. Te voorzien is echter dat de relatie tussen beheerder en spoorwegondernemingen in de praktijk, die nu in nauwe samenwerking en samenspraak tussen spoorbeheerder en spoorwegondernemingen vorm krijgt en waarbij grote afhankelijkheden over en weer bestaan, bemoeilijkt wordt als daar een ambtelijk element tussen geplaatst wordt, dat vooral gericht zal zijn op het bestuurlijk-politiek kunnen verantwoorden van de beheeractiviteiten en het eigen toezicht daarop. Dat door de omvormingsoperatie wordt bijgedragen aan belangrijke Europese doelstellingen zoals het verbeteren van de kwaliteit van het spoorvervoer, het ontwikkelen van een aantrekkelijker product voor reiziger en verlader en het verbeteren van de voorwaarden voor investeringen in de sector, valt niet in te zien.

Met vriendelijke groet,

Viola Suto 06FMN2001