



DB Cargo Nederland N.V.
Juridische Zaken en Schadezaken
Moreelsepark 1
3511EP Utrecht
www.dbcargo.com

Aan:
de Staatssecretaris van Infrastructuur en
Waterstaat

Ons kenmerk: DvB/2018/2809

Utrecht, 29 november 2018

Consultatie Wet Publiekrechtelijke omvorming ProRail

Geachte mevrouw Van Veldhoven,

Op 19 oktober jl. heeft u via het voorstel voor de Wet Publiekrechtelijke omvorming ProRail via internet ter consultatie voorgelegd¹. U geeft aan dat op alle onderdelen van de ontwerpwet en de memorie van toelichting kan worden gereageerd. Indien het voorstel tot wet wordt verheven, heeft dat naar verwachting ingrijpende gevolgen voor de huidige ordening en werking van de spoorsector. DB Cargo Nederland N.V. (DB Cargo) geeft u daarom bij dezen haar reactie op het voorstel. DB Cargo gaat daarbij eerst in op de motivering van de wetgever om de huidige rechtsvorm van ProRail te wijzigen. Vervolgens reageert DB Cargo op de voorgenomen wijzigingen van de Spoorwegwet.

De conclusie is dat omwille van principiële keuzes en regelmatig terugkerende discussies in de Kamer een ingrijpend en kostbaar proces in gang wordt gezet, zonder dat daaraan in de dagelijkse exploitatie van de spoorwegondernemingen enige behoefte is, terwijl de uitkomsten daarvan voor de spoorwegondernemingen vooralsnog onzeker, maar naar verwachting wel vérstrekkend zijn. Daarbij stelt DB Cargo vast dat de voorgestelde wijziging van de Spoorwegwet complexe en specialistische materie is, waarvan de gevolgen voor het dagelijkse spoorwegbedrijf op dit moment niet goed zijn te overzien, maar naar verwachting niet persé positief zullen zijn.

De omvorming naar zbo

In paragraaf 2 van het algemeen deel van de memorie van toelichting wordt uiteengezet waarom de wetgever van mening is dat de huidige juridische vorm van ProRail, een besloten vennootschap waarover de zeggenschap voor 100% bij de Staat berust, gewijzigd moet worden

¹ https://www.internetconsultatie.nl/wet_publiekrechtelijke_omvorming_prorail.

in die van een zelfstandig bestuursorgaan (zbo). Het blijkt om een principiële keuze te gaan, die niet voortvloeit uit problemen met betrekking tot het functioneren van het huidige bestel.

In paragraaf 3 van het algemeen deel van de memorie van toelichting schrijft u dat deze principiële keuze tevens los staat van het huidige functioneren van ProRail. U schrijft dat de principiële keuze is ingegeven door voortdurende discussie in de (Tweede) Kamer over de rechtsvorm, positionering, aansturing en verantwoording van ProRail.

Uit de grondige evaluatie van de Spoorwegwet in 2008 kwam onder andere naar voren dat de bij de evaluatie betrokken partijen uit de spoorsector geen structuurwijziging van het wettelijk vastgelegde spoorbestel noodzakelijk of wenselijk achtten. Verbetering van het functioneren van dat bestel zagen zij het liefst binnen het wettelijk kader, zoals dat thans ook nog steeds toepasselijk is. Het kabinet meende eveneens dat omvorming van ProRail tot zbo of een agentschap noch wenselijk, noch noodzakelijk was. Daartoe overwoog het kabinet²:

1. De dagelijkse intensieve samenwerkingsrelatie tussen ProRail en de spoorwegondernemingen moet niet doorbroken worden door zo'n forse organisatorische maatregel.
2. De toenmalige positionering van ProRail biedt voldoende verbeterruimte om de aansturing, 'focus' en rol van ProRail aan te scherpen³.
3. De samenwerking tussen ProRail en de spoorwegondernemingen is zodanig op orde, dat niet alleen de kabinetsdoelstellingen zijn gerealiseerd, maar ook de prestaties van het spoorstelsel zijn verbeterd. De spoorsector heeft niet aangegeven dat de ordening een fundamentele herziening vereist.

Uit de nu ter consultatie voorliggende documenten blijkt niet dat zich binnen de spoorsector gewijzigde inzichten of ontwikkelingen hebben voorgedaan, waardoor deze overwegingen niet meer valide zouden zijn. DB Cargo vraagt zich af of uit een te houden grondige evaluatie van de Spoorwegwet thans een ander beeld zou komen dan in 2008. De wens om ProRail om te vormen tot een zbo is dan ook niet afkomstig uit de spoorsector, die juist gebaat is bij rust en stabiliteit.

De aansturing van ProRail is bovendien middels de Beheerconcessie 2015 - 2025 verder verbeterd, zoals in de voorgelegde memorie van toelichting ook is benoemd.

De resultaten van de 'mid-termreview' van de Beheerconcessie 2015 - 2025, welke in 2019 plaats moet vinden, maar die inmiddels al gestart is, en waarmee de aansturing van ProRail geëvalueerd wordt⁴, kunnen gezien de huidige procesgang geen rol meer spelen bij de motivering voor het wetsvoorstel. Dat is een gemiste kans, omdat de uitkomst van deze evaluatie, ook al is deze beperkter dan een evaluatie van de Spoorwegwet zélf, zeer relevant kan zijn voor de huidige inzichten ten aanzien van de positie van ProRail.

Artikel 30 lid 2 van richtlijn 2012/34/EU draagt lidstaten op er zorg voor te dragen dat in voorkomend geval, en onverminderd hun bevoegdheden inzake planning en financiering van spoorweginfrastructuur en het begrotingsbeginsel van jaarperiodiciteit, tussen de bevoegde autoriteit en de infrastructuurbeheerder een beheersovereenkomst wordt gesloten. Deze moet voldoen aan de in bijlage V van richtlijn 2012/34/EU genoemde beginselen en parameters,

² Tweede Kamer, vergaderjaar 2008-2009, 31 987, nr. 1, pagina 25.

³ De positionering van ProRail is sindsdien niet gewijzigd en overige omstandigheden ten aanzien van evenmin.

⁴ Artikel 26 lid 3 van de Beheerconcessie 2015 -2025.

waaronder bijvoorbeeld verslagleggingsverplichtingen van de beheerder en aansturing van de beheerder.

- Kan met het afsluiten van zo'n beheersovereenkomst tussen de minister en ProRail niet eenvoudiger hetzelfde worden bereikt als met de voorgenomen, ingrijpender wijziging van het spoorbestel?

Conclusie

De motivering om ProRail om te vormen naar zbo is in het licht van het voorgaande niet tot nauwelijks te begrijpen. DB Cargo vraagt zich af of een rigoureuze wijziging van de positie van ProRail daadwerkelijk een eind zal maken aan discussies daarover in de Kamer en of dat ook het doel van een wetswijziging zou moeten zijn voor een voor het overige naar behoren functionerend bestel. De juridische vormgeving van ProRail zou voor DB Cargo en andere spoorwegondernemingen wellicht geen punt van aandacht hoeven te zijn, maar nu het wetsvoorstel gevolgen heeft voor spoorwegondernemingen, is het wel degelijk van belang. Dat licht DB Cargo hierna toe.

Taken en overige activiteiten van de beheerder

In het wetsvoorstel worden de essentiële functies van het infrastructuurbeheer, zoals omschreven in artikel 3 lid 2 septies van richtlijn 2012/34/EU niet gedefinieerd. Omdat ten aanzien van de essentiële functies op grond van met name de artikelen 7 en 7 bis van richtlijn 2012/34/EU specifieke eisen met betrekking tot de onafhankelijkheid van het beheer worden gesteld, is definiëring van dit belangrijke begrip onontbeerlijk.

Op grond van artikel 13 lid 2 van richtlijn 2012/34/EU moeten exploitanten van dienstvoorzieningen op een niet-discriminerende wijze toegang, inclusief toegang via het spoor, tot de in bijlage II, punt 2, bedoelde dienstvoorzieningen en tot de in deze voorzieningen geleverde diensten. ProRail is exploitant van meerdere van zulke dienstvoorzieningen, zoals opstelreinen en rangeerstations. Voor het spoorgoederenvervoer zijn dergelijke dienstvoorzieningen essentieel en onmisbaar. In het wetsvoorstel ontbreekt de verplichting voor ProRail deze dienstvoorzieningen beschikbaar te stellen. DB Cargo verzoekt u deze omissie te herstellen. Indien ProRail deze voorzieningen niet aanbiedt, kan geen goederenvervoer per spoor meer plaats vinden in Nederland⁵.

Aan ProRail wordt niet de verbetering van de spoorweginfrastructuur, als bedoeld in artikel 3 lid 2 sexies van richtlijn 2012/34/EU en mede uitvloeisel van de verantwoordelijkheid voor de ontwikkeling van de spoorweginfrastructuur als bedoeld in artikel 2 bis van richtlijn 2012/34/EU, opgedragen. Er komt derhalve een nieuwe partij bij in de spoorsector, belast met de uitvoering van deze taken, maar daaromtrent wordt in het wetsvoorstel niks geregeld.

- Hoe en door wie zullen deze activiteiten uitgevoerd worden?
- Wat zijn de rechten van deze partij in het capaciteitsverdeelp proces?
- Welke positie hebben ProRail en de spoorwegondernemingen jegens deze partij, of partijen wellicht?

Het wetsvoorstel leidt in dit verband tot onduidelijkheid en een toename van complexiteit binnen de spoorsector. Dat draagt niet bij aan het realiseren van de wens om middels dit wetsvoorstel een eind te maken aan discussies in de Kamer omtrent positionering van ProRail en inrichting van het Nederlandse spoorwegbestel.

⁵ Dat geldt overigens ook voor het reizigersvervoer per spoor, waarvoor immers ook opstelreinen en dergelijke noodzakelijk zijn.

Onderdelen van de verantwoordelijkheid van de beheerder deel te nemen aan de ontwikkeling van spoorweginfrastructuur op grond van artikel 3 lid 2 en lid 2 bis van richtlijn 2012/34/EU, kunnen op grond van artikel 8 lid 4 aan een ander dan de beheerder worden opgedragen, één en ander onder nog bij algemene maatregel van bestuur te stellen voorwaarden. Een bevoegdheid voor lidstaten om een infrastructuurbeheerder deze verantwoordelijkheid te ontnemen ontbreekt in richtlijn 2012/34/EU. Integendeel, artikel 7 lid 1 van richtlijn 2012/34/EU schrijft voor dat dit een taak van de infrastructuurbeheerder is.

- Wat is de (juridische) positie van deze ‘ander’ in het licht van de Europese spoorse richtlijnen, nu zij geen beheerder is, maar wel een taak van de beheerder uit gaat voeren?
- Wat is haar positie ten opzichte van ProRail en de spoorwegondernemingen?

De infrastructuurcapaciteit is op aanzienlijke delen van de hoofdspoorweginfrastructuur schaars en de behoefte aan verbetering van de spoorweginfrastructuur navenant groot.

- Hoe worden de belangen van de spoorwegondernemingen in deze nieuwe, ingewikkelde constructie, behartigd?

Ook in dit verband rijst derhalve de vraag in hoeverre er voor de Kamer na inwerkingtreden van de wet geen noodzaak meer is om hierover discussie met de minister te hoeven voeren.

Het wetsvoorstel bevat allerhande taken van de beheerder die niet zijn te herleiden op de taken van de beheerder welke voortvloeien uit richtlijn 2012/34/EU, zoals het bevorderen van wetenschappelijk onderzoek, opleidingen en innovaties op het gebied van spoorweginfrastructuur en het gebruik daarvan, het adviseren van de minister, het verrichten van werkzaamheden voor derden en nog andere bij ministeriële regeling op te dragen taken, dan wel bij of krachtens andere wetten opgedragen taken en bevoegdheden.

Deze extra taken betreffen derhalve ‘nationale koppen’, in strijd met het kabinetsbeleid om de administratieve lasten te verlichten, bovenop het geharmoniseerde Europese spoorwegrecht, dat ziet op markttoegang, interoperabiliteit en veiligheid. De relatie met die uit dat Europees recht voortvloeiende beheertaken is niet duidelijk en op welke wijze zij bijdragen aan die taken evenmin. Artikel 8 lid 1 onder f maakt ongeclausuleerde uitbreiding van taken van ProRail mogelijk. Aan deze taken, inclusief de wél op de Europese richtlijn te herleiden beheerstaken uit artikel 8 lid 1, kunnen op grond van artikel 8 lid 5 nadere regels worden gesteld, waaraan kwalitatieve verplichtingen of doelen kunnen worden verbonden.

Verdere taakuitbreiding wordt geschapen in artikel 8 lid 3, waarmee bovendien de reikwijdte van de voorschriften ten aanzien van de hoofdspoorweginfrastructuur wordt uitgebreid naar andere infrastructuur. Het komt DB Cargo voor dat voor infrastructuur waarvan noch ProRail noch de Staat rechthebbend is en waarvan ProRail geen beheerder is, enkel een ministeriële regeling niet de juiste grondslag is voor ProRail om op die andere infrastructuur toch bevoegdheden uit te kunnen oefenen.

Het wetsvoorstel voorziet niet in een waarborg dat door een ongebreidelde taakuitbreiding van ProRail, die los staat van de uit het Europees recht voortvloeiende beheertaken van ProRail, de eigenlijke beheertaken en met name de essentiële functies van het beheer niet in het gedrang komen.

Naast de uitbreiding van de wettelijke taken van ProRail, worden op grond van artikel 8 lid 1 onder g ook reeds bij of krachtens andere wetten aan ProRail opgedragen taken en bevoegdheden tot wettelijke taak van de beheerder in de zin van de Spoorwegwet verheven. Ook deze wettelijke taak, of eerder: vele taken, vloeit (vloeien) niet voort uit de Europese

spoorwegrichtlijnen. In het wetsvoorstel zelf is niets geregeld ten aanzien van toezicht op de naleving van en handhaving van onder andere deze wettelijke taak. Dat wordt uitgewerkt in een ministeriële regeling op grond van artikel 15o.

- Wie gaat op deze taak/taken toezicht houden? Is dat het bevoegd gezag ten aanzien van die andere wetten, of is het de minister van infrastructuur en waterstaat, of zijn er meerdere organen bevoegd met het toezicht op en handhaving van naleving van eenzelfde materiele norm?
- Wat zijn hiervan de gevolgen voor spoorwegondernemingen?

Op grond van artikel 10 kan ProRail, na voorafgaande instemming van de minister, ook nog overige activiteiten verrichten. Dit zijn andere activiteiten dan de wettelijke taken van de beheerder. De omvang van het takenpakket van ProRail, en het toezicht op de uitoefening daarvan, is derhalve op dit moment nog onduidelijk. Is ProRail in staat om, zonder dat het beheer van de hoofdspoorweginfrastructuur daaronder lijdt, al die taken uit te voeren?

Conclusie

De omvang en aard van de door ProRail uit te voeren wettelijke taken is thans niet te overzien. Desondanks wordt in paragraaf 6.1 van de memorie van toelichting en in het antwoord op vraag 7 van het IAK geconstateerd dat er 'in beginsel' geen gevolgen zijn voor de omvang van de nalevingskosten en informatieverplichtingen voor ProRail. DB Cargo is daar niet van overtuigd, maar constateert vooral dat de nieuwe taakomschrijving van ProRail tot onduidelijkheid voor spoorwegondernemingen leidt. Het op een later tijdstip nader uitwerken van de uiteindelijke taakomvang in lagere regelgeving brengt met zich mee dat op dit moment de feitelijke onduidelijkheid en risico's nog niet volledig ingeschat kunnen worden. Hierover maakt DB Cargo zich grote zorgen, aangezien volstrekt onduidelijk is wat er op haar af komt en wat de gevolgen daarvan voor haar kunnen zijn.

Overigens rijst de vraag of de voorgenomen uitbreiding van taken en bevoegdheden bijdraagt aan de beoogde vermindering van politieke discussie omtrent de positionering (en/of het functioneren) van ProRail.

Werken voor derden

Op de beheerder rust op grond van artikel 9 lid 1 van het voorstel de verplichting om in opdracht van derden werkzaamheden aan of op de hoofdspoorweginfrastructuur uit te voeren. Bij ministeriële regeling, welke thans niet ter consultatie voorligt, worden nadere voorwaarden en beperkingen gesteld aan die verplichting en kunnen ten aanzien van kosten en risico's vanwege deze verplichting uitzonderingen worden gemaakt. De precieze betekenis van het voorschrift is derhalve nu nog niet te overzien.

- Wie is in het kader van dit voorschrift een 'derde'?

Van een overeenkomst (met derden die daaraan niet gebonden zijn) of een besluit (waar derden-belanghebbenden door kunnen worden geraakt) is immers in het wetsvoorstel geen sprake.

- Is de derde de 'ander' als bedoeld in artikel 8 lid 4?

Uit paragraaf 6.4.1 van de memorie van toelichting blijkt dat vervoerders die gebruiksvergoeding aan ProRail betalen als derden worden beschouwd. De voorschriften van artikel 9 zijn echter evident in strijd met het bepaalde in richtlijn 2012/34/EU omtrent de heffingen die spoorwegondernemingen aan de beheerder moeten betalen.

- Is een derde ook een spoorwegonderneming die een verzoek doet tot aanpassing van hoofdspoorweginfrastructuur? Of een spoorwegonderneming die een dienst als bedoeld onder punt 3 en 4 van bijlage II van richtlijn 2012/34/EU af wil nemen van ProRail?

De verlening van die diensten wordt immers niet als wettelijke taak van ProRail beschouwd in het wetsvoorstel, net zo min als de onder punt 2 van genoemde bijlage opgesomde diensten.

- Hoe verhoudt zich dit voorschrift in dat geval met de voorschriften ten aanzien van gescheiden financiering van beheerder en spoorwegondernemingen uit hoofde van richtlijn 2012/34/EU?
- Hoe verhoudt zich dit voorschrift met het bepaalde in hoofdstuk 4b van de Mededingingswet?
- Hoe worden de belangen van spoorwegondernemingen gewaarborgd wanneer ProRail door een derde opgedragen werkzaamheden aan de hoofdspoorweginfrastructuur uit moet voeren?⁶
- Neemt deze derde alsdan deel aan het capaciteitsverdeelproces en welke positie heeft deze partij daar?

Conclusie

De strekking en reikwijdte van dit voorschrift is niet goed te begrijpen, maar duidelijk is wel dat er voor spoorwegondernemingen aanzienlijke gevolgen zijn, die in strijd zijn met de Europese voorschriften inzake het beheer van hoofdspoorweginfrastructuur en de te heffen gebruiksvergoedingen voor het gebruik daarvan door spoorwegondernemingen.

Afwijking van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen

Op grond van artikel 11 lid 2 behoeft ondermeer de vaststelling van de extra heffing als bedoeld in artikel 62 lid 6 onder c van de Spoorwegwet geen goedkeuring van de minister. Echter, op grond van artikel 11^e van het Besluit implementatie richtlijn 2012/34/EU tot instelling van één Europese spoorwegruimte bepaalt de minister, na overleg met de beheerder, welk deel van de door de beheerder gemaakte kosten toegerekend mag worden aan de extra heffing die de beheerder moet heffen op grond van artikel 11d lid 1 van dat besluit. Aldus bepaalt de minister nog steeds de hoogte van de extra heffing.

DB Cargo meent dat de verplichte extra heffing voor het spoorgoederenvervoer, die bij andere vervoersmodaliteiten ontbreekt, de concurrentiepositie van het spoorgoederenvervoer nodeloos aantast en in ieder geval niet verplicht door ProRail vastgesteld zou moeten worden. Artikel 32 lid 1 van richtlijn 2012/34/EU voorziet slechts in de *mogelijkheid* voor het toepassen van zo'n heffing, niet in een verplichting. DB Cargo verzoekt u de verplichte extra heffing het liefst te schrappen, of althans tenminste facultatief te maken.

In artikel 11 lid 3 wordt bepaald dat de minister geen beleidsregels kan vaststellen over de taakuitoefening van de essentiële functies van de beheerder. In het vierde lid wordt bepaald dat besluiten inzake de uitoefening van de essentiële functies niet door de minister kunnen worden vernietigd. Om de reikwijdte en betekenis van deze voorschriften te kunnen bepalen, is definiëring van de essentiële functies, zoals bedoeld in artikel 2 septies van richtlijn 2012/34/EU, in de wet noodzakelijk. Deze definitie ontbreekt echter in het voorliggende voorstel.

⁶ Concreet kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de niet op een wettelijke bevoegdheid gebaseerde wens van de gemeente Zwijndrecht en de Omgevingsdienst Zuid Holland Zuid om door DB Cargo gebruikte sporen op rangeerterrein Kijfhoek te verwijderen en te vervangen door calamiteitenwegen.

Conclusie

DB Cargo maakt zich zorgen dat niet goed geregeld wordt wat de essentiële functies van het infrastructuurbeheer zijn, waaronder de onafhankelijke capaciteitsverdeling. Tevens leidt het wetsvoorstel tot onduidelijkheid ten aanzien van het bepalen van de hoogte van de verplicht op te leggen extra heffing, en wie dat mag bepalen, waardoor onzekerheid ontstaat over de hoogte van de gebruiksvergoeding.

Van civiel naar publiekrecht

In het vierde lid van artikel 11 is sprake van besluiten van ProRail inzake de uitoefening van de essentiële functies. DB Cargo begrijpt dat het toewijzen van treinpaden, de omschrijving en de beoordeling van de beschikbaarheid en toewijzing van individuele treinpaden, besluitvorming inzake infrastructuurheffing, met inbegrip van de vaststelling en inning van die heffingen⁷ niet langer beheerst zal worden door het civiele recht, maar door publiek recht.

Dat is een zeer ingrijpende wijziging ten opzichte van de huidige situatie, waarbij ProRail weliswaar het natuurlijk monopolie op het beheer van de hoofdspoorweginfrastructuur heeft, maar waar zij in juridische zin binnen die kaders wel gelijkwaardig is aan de spoorwegondernemingen. ProRail en spoorwegondernemingen handelen thans zoveel als mogelijk op basis van wilsovereenstemming en sluiten overeenkomsten met elkaar. De ruimte die het contractenrecht biedt, maakt dat ProRail en spoorwegondernemingen binnen de wettelijke kaders flexibel en naar behoefte afspraken met elkaar kunnen maken. De Autoriteit Consument & Markt (ACM) houdt toezicht op deze gereguleerde markt en de civiele rechter is bevoegd over geschillen tussen deze partijen te oordelen.

Binnen het publiek recht is dit allemaal niet mogelijk. Dat geldt niet alleen bij de verdeling van capaciteit en het juridisch vastleggen daarvan, maar ook in de dagelijkse exploitatie.

Spoorwegondernemingen maken dagelijks afspraken met ProRail. Met name in het goederenvervoer wordt bijvoorbeeld veelvuldig gebruik van ad-hoc infrastructuurcapaciteit gevraagd en overeengekomen, of wordt overeengekomen infrastructuurcapaciteit gewijzigd. In het laatste geval vereist dat soms afstemming door ProRail met andere spoorwegondernemingen. Daarnaast geven treindienstleiders aanwijzingen aan machinisten, bijvoorbeeld om hun snelheid aan te passen, die opgevolgd moeten worden. Ook wordt in geval van verstoringen of calamiteiten infrastructuurcapaciteit ingetrokken, en kan in zo'n geval materieel en/of personeel van spoorwegondernemingen door ProRail worden gevorderd.

Deze werkwijze van veelvuldige, kleinere of grotere wijzigingen van de afspraken past eenvoudig in het kader van het contractenrecht en de Toegangsovereenkomst. Echter, besluiten kunnen niet zomaar op vergelijkbare wijze gewijzigd worden en moeten voldoen aan de daaraan gestelde eisen uit hoofde van de Algemene wet bestuursrecht. Daarnaast is ProRail, indien zij een besluit neemt, niet langer afhankelijk van de wilsovereenstemming van een spoorwegonderneming. Wanneer het besluit deugdelijk is voorbereid, gemotiveerd, alle relevante feiten zijn onderzocht enzovoorts, dan moet het besluit nageleefd worden. Voor spoorwegondernemingen betekent dit een wezenlijke verslechtering van hun positie.

Andere bezwaren zijn dat op besluiten bezwaartermijnen van toepassing zijn, dat in beslissing op bezwaar een ander besluit dan gevraagd genomen kan worden, waartegen weer andere bezwaren mogelijk zijn en dat al met al van flexibele samenwerking geen sprake meer is.

Daarnaast rijst de vraag wat de rol is van ACM, als toezichthouder, ten aanzien van publiekrechtelijke handelingen van ProRail, met name voor wat betreft de capaciteitsverdeling.

⁷ DB Cargo gaat er van uit dat dit de essentiële functies zijn zoals omschreven in artikel 2 septies van richtlijn 2012/34/EU, maar het wetsvoorstel is daar zelf niet duidelijk over.



- Wat is de bevoegdheid van ACM inzake besluitvorming van het zbo ProRail en hoe verhoudt zich dat tot de (bestuurs)rechtelijke toetsing van die besluitvorming?
- Is de Mededingingswet toepasselijk op deze publieke taak van ProRail en hoe wordt de beschermende werking van het mededingingsrecht voor marktpartijen gewaarborgd?

Artikel 12 verplicht ProRail om samen te werken met partijen in de spoorsector, in het belang van een goede dienstverlening op het spoor. Zowel op zichzelf, als in het licht van het voorgaande, is dit voorschrift ambigue.

- Welke partijen betreft het hier? Wat is hun positie ten opzichte van ProRail en de spoorwegondernemingen? Hoe wordt het begrip 'spoorsector' gedefinieerd?
- In de memorie van toelichting is sprake van 'horizontale betrokkenheid' van stakeholders. Wat wordt daarmee bedoeld, juist ook in het licht van de nieuwe 'verticale', publiekrechtelijke verhouding tussen zbo ProRail en spoorwegondernemingen en/of stakeholders?
- Het voorschrift ziet op dienstverlening op het spoor. Welke dienstverlening betreft dit en aan wie? Welk spoor, behalve hoofdspoor, wordt bedoeld, of betreft het juist niet hoofdspoor? Indien de spoorwegondernemingen hier als partij bedoeld worden, hoe strekt de verplichte samenwerking zich dan ook tot hen uit en hoe verhoudt zich dat tot het bestuursrechtelijk kader waarin het zbo ProRail haar besluiten gaat nemen?

Wanneer ProRail een zbo is, is op haar ook de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) toepasselijk. Bij ProRail berusten veel gegevens van en over spoorwegondernemingen. Daaronder bevindt zich ook informatie waarvan ProRail en de spoorwegondernemingen in de Toegangsovereenkomst geheimhouding hebben afgesproken.

- Wat betekent de toepasselijkheid van de Wob op ProRail voor spoorwegondernemingen? Blijft het mogelijk afspraken te maken omtrent geheimhouding van op spoorwegonderneming betrekking hebbende gegevens? Nemen de administratieve lasten voor spoorwegondernemingen niet toe, wanneer ProRail Wob-verzoeken ook aan spoorwegondernemingen ter beoordeling voor moet leggen?

Conclusie

Voor DB Cargo wordt de juridische relatie met haar belangrijkste leverancier, die aan haar een onmisbare dienst verleent, totaal anders en bovendien uiterst onhandig vormgegeven. Het wetsvoorstel heeft derhalve wel degelijk nadelige en ongewenste gevolgen, met name ook voor de dagelijkse exploitatie. Onduidelijk is wat de verplichting voor ProRail om samen te werken met partijen in de spoorsector betekent en welke gevolgen dat voor spoorwegondernemingen heeft. Eveneens is onduidelijkheid welke gevolgen toepasselijkheid van de Wob op ProRail voor bij ProRail berustende informatie omtrent spoorwegondernemingen heeft.

Onafhankelijkheid van ProRail

Artikel 4 lid 2 van richtlijn 2012/34/EU schrijft de lidstaten voor dat de infrastructuurbeheerder verantwoordelijk moet zijn voor zijn eigen beheer, bestuur en interne controle. Wel moet de beheerder ten aanzien van het heffings- en toewijzingskader specifieke door lidstaten opgestelde regels in acht nemen.

De minister kan weliswaar geen beleidsregels vaststellen, maar in onder andere de artikelen 15d (financieel beheer van de beheerder), 15e (meerjarenplan), 15h (nadere regels begroting, jaarverslag, jaarrekening en accountantscontrole) en 15j (geen goedkeuring begroting) worden alsnog bevoegdheden voor de minister in het leven geroepen, waarmee invloed op de bedrijfsvoering van ProRail en dus het uitvoeren van het beheer in het leven worden geroepen.

Met diverse reglementen of beslissingen met de minister (voorafgaand) instemmen, of is diens goedkeuring vereist. Voor het meerjarenplan worden bij ministeriële regel nadere regels gesteld omtrent zowel proces als inhoud daarvan.

Op grond van artikel 14 lid 3 kan in geval van schorsing of ontstentenis van een lid van de raad van bestuur van ProRail de minister diens functie waarnemen. De taken van de raad van bestuur zijn in artikel 15 nauwelijks omschreven en beperken zich tot de dagelijkse leiding van de beheerder, het zorg dragen voor een goede uitvoering van de hem opgedragen taken en het vertegenwoordigen van ProRail in en buiten rechte. Onduidelijk is welke taken de raad van bestuur door wie opgedragen kan krijgen. Noch uit artikel 14, noch elders uit het voorstel, wordt duidelijk door wie de raad van bestuur benoemd wordt.

- Leidt deze positie van de minister niet tot strijdigheid met de door richtlijn 2012/34/EU voorgeschreven beheersmatige onafhankelijkheid van de beheerder?
- Is het niet beter om in geval van schorsing of ontstentenis van een lid van de raad van bestuur, waardoor waargenomen moet worden, een lid van de raad van toezicht tot waarnemend lid van de raad van bestuur te benoemen?

Op grond van artikel 15a staat de beheerder onder toezicht van een door de minister benoemde raad van toezicht. Op grond van artikel 15b lid 1 ziet de raad van toezicht toe op de werkzaamheden van de raad van bestuur en staat zij deze met raad terzijde. De raad van bestuur heeft blijkens artikel 15b leden 3 en 7 in ieder geval voorafgaande toestemming nodig van de raad van toezicht voor ondermeer beslissingen met betrekking tot de begroting, het meerjarenplan, de vaststelling van het bestuursreglement en reglement voor het voeren van een ordentelijk financieel beheer, het reglement van de raad van toezicht zelf en andere bij ministeriële regeling te bepalen beslissingen.

Uit het voorgaande volgt dat de taken van de organen van het zbo op grond van het wetsvoorstel enerzijds nog onduidelijk zijn, anderzijds blijkt dat ten aanzien van beslissingen, reglementen en het meerjarenplan de minister beslissende invloed heeft. Met name de positie van de raad van bestuur is diffuus voor wat betreft benoeming, schorsing en taken – terwijl de minister nota bene de bevoegdheid heeft diens functie waar te nemen.

De inhoud van het meerjarenplan is nog volstrekt onbekend en waar zo'n plan betrekking op kan hebben wordt evenmin geduid. De memorie van toelichting scheidt evenmin enige duidelijkheid, behalve dat het meerjarenplan gebruikt wordt voor sturing en verantwoording. Het lijkt dus een belangrijk instrument. In hoeverre sturing van ProRail gevolgen heeft voor spoorwegondernemingen is echter onduidelijk, maar gevolgen zijn zeker niet uitgesloten.

Op grond van artikel 15o worden regels gesteld bij ministeriële regeling over het toezicht op ProRail door de minister. Waar dat toezicht op ziet wordt niet bepaald. Indien de minister als waarnemend lid in de raad van bestuur zitting heeft, houdt hij tevens ook toezicht op zichzelf. Onverlet artikel 15o houden zowel ACM als de Inspectie Leefomgeving en Transport (ILT) eveneens toezicht op ProRail voor wat betreft uitvoering van het beheer.

- Welke rol dicht de minister zichzelf op grond van artikel 15o toe en hoe verhoudt deze zich met die van ACM en ILT?
- Hoe verhoudt zich deze bevoegdheid met die van de bevoegdheden van de minister met betrekking tot de organisatie van ProRail, zoals hiervoor reeds beschreven?
- Hoe wordt de onafhankelijkheid van ProRail met betrekking tot haar essentiële functies geborgd?



Al deze voorschriften en bevoegdheden van de minister raken aan de onafhankelijkheid van ProRail en de voorgeschreven eigen verantwoordelijkheid voor het beheer (dat niet is beperkt tot de essentiële taken), bestuur en interne controle. Uitwerking en uitbreiding van deze voorschriften en bevoegdheden is bovendien voorzien, maar nog thans nog niet te beoordelen.

Conclusie

DB Cargo maakt zich grote zorgen dat, in strijd met de Europese spoorse regelgeving, de voorgeschreven onafhankelijkheid van de infrastructuurbeheerder in het wetsvoorstel ingeperkt wordt en op grond daarvan zelfs nog verder beperkt kan worden. Die onafhankelijkheid is voor spoorwegondernemingen van groot belang, omdat de beheerder vanuit diens eigen verantwoordelijkheid en vanuit de behoeften van de spoorwegmarkt haar beheer en interne organisatie vorm dient te geven.

Financiële gevolgen: begroting, inkomsten en goedkeuring

In het voorstel zijn meerdere voorschriften opgenomen die zien op de begroting van ProRail. Artikel 15h bevat een grondslag om, onverminderd het reeds in de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen bepaalde, nadere regels te stellen over onder andere de begroting. Op grond van artikel 15i moeten bij ministeriële regeling nadere regels omtrent de egalisatiereserve als bedoeld in artikel 33 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen worden gesteld.

Dit zijn bevoegdheden die raken aan de beheersmatige onafhankelijkheid van de beheerder en diens eigen verantwoordelijkheid voor zijn financiën.

De egalisatiereserve wordt gevormd ten behoeve van het verschil tussen de gerealiseerde baten en de gerealiseerde lasten van het zbo. In artikel 15c worden de ontvangsten van de beheerder bepaald, waaronder de opbrengsten van vergoedingen en heffingen, bedoeld in artikel 62 en 68 van de Spoorwegwet. Dit betreft respectievelijk de vergoeding voor het minimumtoegangspakket (VMT) met de daarop toe te passen (extra) heffingen en de vergoedingen voor toegang tot en gebruik van dienstvoorzieningen. Aan ProRail wordt –ten onrechte– in het wetsvoorstel niet de taak opgedragen om haar dienstvoorzieningen te exploiteren, zodat het bevreemding wekt dat desondanks bepaald is dat ProRail opbrengsten uit deze exploitatie heeft.

Daarnaast blijkt uit het samenspel tussen de artikelen 15c aanhef en onder b en 15i, dat opbrengsten uit de VMT niet uitgezonderd zijn van de egalisatiereserve. DB Cargo vraagt zich daarom af hoe de te vormen egalisatiereserve en de daarvoor nog op te stellen nadere regels, die thans geheel onbekend zijn, zich verhouden met de VMT en de eisen die aan het bepalen daarvan in of krachtens richtlijn 2012/34/EU worden gesteld. Ook vraagt DB Cargo zich af hoe de goedkeuring, die de minister aan de begroting moet verlenen, zich verhoudt met de op basis van de wettelijk voorgeschreven methode van toerekening van kosten aan de VMT tot stand gekomen vergoeding voor het minimumtoegangspakket.

Op grond van artikel 15j beperkt de uitgaven die de raad van bestuur mag doen in het geval de begroting niet is goedgekeurd.

- Hoe wordt in dat geval de continuïteit van de (essentiële) beheertaken van ProRail gewaarborgd?
- Wat betekent deze situatie voor spoorwegondernemingen en hun capaciteitsrechten?

In de memorie van toelichting wordt hieromtrent weliswaar opgemerkt dat de dienstverlening van ProRail voorop staat voor de minister, maar, zeker in het geval de Staten-Generaal de begroting van de minister niet goedkeurt, het wetsvoorstel voorziet niet in enig voorschrift waaraan aan dat uitgangspunt enig juridisch bindend gevolg wordt gegeven.



Conclusie

DB Cargo maakt zich zorgen dat de begrotingsregels voor het zbo ProRail voor spoorwegondernemingen negatieve gevolgen hebben voor de VMT, en dat niet uitgesloten is dat de nog nader vorm te geven bevoegdheden van de minister de hoogte van de VMT, en/of de gebruiksvergoeding in haar geheel, in ongunstige zin direct of indirect kunnen beïnvloeden.

Financiële gevolgen: BTW

In de memorie van toelichting wordt in paragraaf 6.4.1 welhaast terloops opgemerkt dat de omvorming van ProRail tot zbo met zich meebrengt dat ProRail de omzetbelasting die haar door haar opdrachtnemers in rekening gebracht wordt, niet meer in aftrek kan brengen, maar in rekening moet brengen aan haar afnemers, waaronder nadrukkelijk “vervoerders die via de gebruiksvergoeding aan het zbo betalen, en als mogelijke afgeleide daarvan de klanten van de vervoerders (reizigers en verladers).”

Kort gezegd moet rekening gehouden worden met een prijsstijging van 21% van de door ProRail aan spoorwegondernemingen in rekening gebrachte gebruiksvergoeding, dat wil zeggen voor de VMT en de andere heffingen en vergoedingen.

Het spoorgoederenvervoer staat nu al onder grote druk, mede omdat zij vanwege een hoog kostenniveau moeilijk kan concurreren met andere vervoersmodaliteiten, die deels zelfs vrijwel geheel vrijgesteld zijn van gebruiksvergoedingen. U heeft dit zelf ook onderkend, en daartoe het Maatregelenpakket Spoorgoederenvervoer aan de voorzitter van de Tweede Kamer aangeboden. Onderdeel daarvan is nadrukkelijk kostenverlaging voor het spoorgoederenvervoer⁸.

DB Cargo begrijpt dan ook niet dat thans een wetsvoorstel ter consultatie voorligt waarmee een tariefstijging van ruim 20% in het leven wordt geroepen. Onder de huidige marktomstandigheden betekent een dergelijke tariefstijging de facto welhaast het beëindigen van het goederenvervoer per spoor. De suggestie in de memorie van toelichting dat een dergelijke tariefsverhoging doorberekend zou kunnen worden aan verladers is illusoir: wanneer een significant deel van de kostprijs van het spoorgoederenvervoer één vijfde duurder wordt en de vervoerprijs van andere modaliteiten ongewijzigd blijft, dan is zeer grote vraaguitval te voorzien.

Dat geldt dan ook voor het vervoer van gevaarlijke stoffen, welke in dat geval eveneens via weg of water vervoerd zullen moeten worden. Het effect dat de duurzame (én zeer veilige) vorm van het goederenvervoer per spoor sterk in omvang wordt gereduceerd, ten gunste van minder duurzame vervoersmodaliteiten is een effect dat ook vanuit de duurzaamheidsdoelstellingen van het kabinet ongewenst lijkt.

De enige tekst in de memorie van toelichting ten aanzien van dit buitengewoon grote gevolg voor spoorwegondernemingen luidt: “Om dit ongewenste effect te mitigeren worden oplossingsrichtingen in kaart gebracht.” In het wetsvoorstel zelf wordt omtrent deze kostenstijging niets bepaald.

DB Cargo begrijpt daaruit dat op dit moment er nog geen oplossing is voor de voorziene kostenstijging, die zeer bedreigend is voor de levensvatbaarheid van haar bedrijfsvoering. DB Cargo begrijpt ook dat nog niet zeker is óf dit probleem wel opgelost kán worden. Uw brief van 19 oktober 2018, omtrent de voortgang van de omvorming van ProRail, neemt deze zorgen niet

⁸ Brief van de staatssecretaris van infrastructuur en milieu van 19 juni 2018 aan de voorzitter van de Tweede Kamer, kenmerk IENW/BSK-2018/124486.



weg⁹. Sterker nog: het blijkt dat de belastinginspecteur zich nog uit moet laten omtrent een eveneens nog in te dienen businesscase en dat pas dán de financiële (fiscale) gevolgen inzichtelijk worden.

In uw brief van 19 oktober jl. schrijft u dat u ProRail wilt verplichten om niet-afrekbare BTW niet in de gebruiksvergoeding door te laten berekenen. U schrijft dat deze oplossing de komende periode gedetailleerd wordt uitgewerkt. Ook deze oplossing is derhalve nog geenszins zeker. Als **bijlage 1** heeft DB Cargo een schema van deze oplossing, dat door medewerkers van uw ministerie is opgesteld, opgenomen. In dit schema ontbreken de spoorwegondernemingen. Uit het schema volgt dat het budget van de minister ongewijzigd blijft en dat de betalingen aan opdrachtnemers van ProRail eveneens niet wijzigen. De nettokosten van ProRail stijgen evenwel met 21%.

- Wie betaalt deze kostenstijging van 21%? Hoe ziet de oplossing voor de door spoorwegondernemingen te betalen gebruiksvergoeding er uit?

DB Cargo tekent hierbij aan dat naar haar mening een oplossing wellicht niet alleen voorafgaand aan inwerkingtreding van de wet door de belastinginspecteur beoordeeld zou moeten worden, maar ook nadrukkelijk voorafgaand getoetst moet worden op de verenigbaarheid ervan met artikel 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Over een dergelijke toets, of de uitkomst daarvan, wordt in de voorgelegde stukken geen gewag gemaakt.

DB Cargo meent dat een eventuele conclusie van de Europese Commissie, na inwerkingtreding van de wet, dat een BTW-regeling *niet* past binnen de werkingssfeer van het VWEU een onacceptabel groot risico vormt voor de bedrijfsvoering van spoorwegondernemingen, of in ieder geval voor die van DB Cargo. DB Cargo meent tevens dat de wetgever marktpartijen niet op kan zadelen met dergelijke onzekerheden en risico's.

Conclusie

DB Cargo meent dat een wetsvoorstel, zeker indien dat louter door principiële overwegingen is ingegeven, maar dat zulke grote gevolgen of in ieder geval onzekerheden met zich meebrengt voor de continuïteit van de bedrijfsvoering, en die van vrijwel het gehele spoorgoederenvervoer, minst genomen een oplossing voor deze aanzienlijke financiële gevolgen voor spoorwegondernemingen zou moeten bevatten.

Zou het wetsvoorstel, zoals dat thans luidt, tot wet verheven worden, met de daaraan verbonden financiële consequenties, dan moet toch wel gevreesd worden voor de levensvatbaarheid van het spoorgoederenvervoer in Nederland, met alle negatieve gevolgen voor de door het kabinet nagestreefde doelstellingen inzake duurzaamheid en veiligheid van onder andere goederenvervoer, waar het spoorgoederenvervoer een belangrijke bijdrage aan levert.

Conclusie en verzoek

De omvorming van ProRail is niet ingegeven omdat de huidige ordening niet goed functioneert, maar omdat het kabinet een principekeuze wil maken en discussie in de Kamer wil voorkomen. Anders dan in de geconsulteerde wordt gesteld, heeft de omvorming van ProRail tot zbo wel degelijk gevolgen voor spoorwegondernemingen. In het kort zijn dat met name:

- ProRail krijgt vele taken toebedeeld die niet direct met het beheer van de hoofdspoorweginfrastructuur te maken hebben. Taken die de beheerder wél moet

⁹ Brief van de staatssecretaris van infrastructuur en milieu van 19 oktober 2018 aan de voorzitter van de Tweede Kamer, kenmerk IENW/BSK-2018/214092.



13/14

verrichten worden echter niet toebedeeld aan ProRail, waaronder de essentiële taken van het infrastructuurbeheer en het exploiteren van dienstvoorzieningen.

- De onafhankelijke positie van ProRail als infrastructuurbeheerder is onvoldoende verzekerd.
- De gewijzigde rechtsverhouding tussen ProRail en spoorwegondernemingen heeft grote gevolgen voor de samenwerking tussen ProRail en spoorwegondernemingen.
- Het wetsvoorstel heeft grote financiële gevolgen voor spoorwegondernemingen, waarvan nog niet zeker is of deze weggenomen kunnen worden.

DB Cargo maakt zich daarom zorgen dat invoering van het wetsvoorstel zowel operationeel als financieel nadelige gevolgen heeft voor haar bedrijfsvoering, en die van de positie van het spoorgoederenvervoer in Nederland in het algemeen. DB Cargo verzoekt u omvorming van ProRail als zbo bij voorkeur niet door te voeren, althans eerst dan te effectueren wanneer daadwerkelijk wettelijk gewaarborgd is dat daaraan voor het functioneren van het spoorwegbestel in Nederland en de concurrentiepositie van het spoorgoederenvervoer geen nadelige gevolgen zijn verbonden.

DB Cargo hoopt echter dat minder ingrijpende en voor de bedrijfsvoering minder risicovolle oplossingen mogelijk zijn voor de realisatie van uw voornemens.

Zoals DB Cargo hiervoor al heeft aangegeven, is hetgeen met de vergaande wijziging van het spoorbestel wordt beoogd, immers ook binnen de huidige vormgeving van ProRail te bewerkstelligen. Met die minder ingrijpende en voor de bedrijfsvoering van alle in de spoorsector opererende partijen minder risicovolle oplossingen zijn naar de stellige overtuiging van DB Cargo alle betrokkenen zeer gebaat.

Hoogachtend,

DB Cargo Nederland N.V.

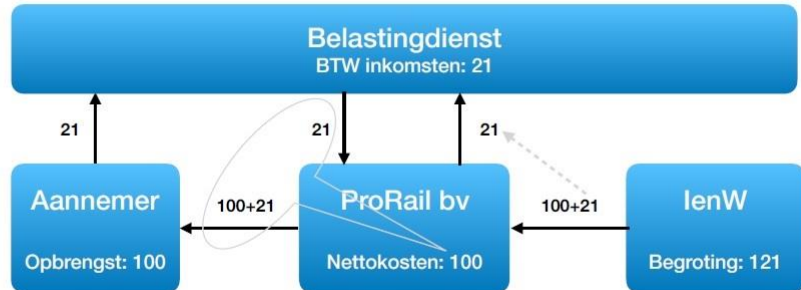
W. Visser
Algemeen directeur

Th.J.J. Kramer
Manager Juridische Zaken en
Schadezaken

BTW en gebruiksvergoeding voor en na omvorming ProRail: een voorbeeld

BTW was....

- ProRail betaalt 121 maar krijgt de betaalde BTW terug van de Belastingdienst. De nettokosten voor ProRail zijn 100.
- ProRail krijgt 100 van lenW voor de infra maar moet daarboven als BTW ondernemer aan lenW BTW in rekening brengen.
- ProRail draagt deze geïnde BTW af aan de Belastingdienst.
- Per saldo krijgt ProRail van lenW de nettokosten van 100 vergoed.



BTW wordt....

- ProRail is geen BTW-ondernemer meer en kan de betaalde BTW niet meer terugvorderen van de Belastingdienst. De nettokosten van ProRail stijgen tot 121.
- lenW betaalt geen BTW meer, maar betaalt nu 121 voor de nettokosten.
- ProRail hoeft geen BTW meer te betalen aan de Belastingdienst.
- Per saldo krijgt ProRail van lenW zo precies de - hogere - nettokosten vergoed.



- Volgens de Europese richtlijn is de **gebruiksvergoeding** voor vervoerders gebaseerd op de kosten van ProRail.
- Zonder nader beleid zou de gebruiksvergoeding omhoog gaan, omdat de nettokosten van ProRail stijgen (van 100 naar 121).
- lenW zal dit voorkomen door te regelen dat ProRail de betaalde BTW niet mag door berekenen in de gebruiksvergoeding.
- De Europese Commissie heeft aangegeven dat dit in lijn is met de EU-richtlijn.

Conclusie: de kosten voor vervoerders (en daarmee reizigers en verladers) blijven gelijk