

Besluit Openbare versie

Ons kenmerk: ACM/DTVP/2016/207693

Zaaknummer: 16.0538.39

Datum: 19 december 2016

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt, op aanvraag van de Federatie Mobiliteitsbedrijven Nederland op grond van artikel 71, eerste en tweede lid, van de Spoorwegwet, om onderzoek te doen naar de totstandbrenging van de gebruiksvergoeding voor het minimumtoegangspakket door ProRail B.V., met betrekking tot de dienstregelingsjaren 2015 en 2016.

1 Inleiding; procedure

1.1 Partijen bij de aanvraag

1. Het voorliggende besluit is een oordeel van ACM, op grond van artikel 71, eerste en tweede lid, van de Spoorwegwet (hierna: Sw). Aanleiding voor dit besluit is een aanvraag van vier spoorwegondernemingen:

- Arriva Personenvervoer BV;
- Connexion Openbaar Vervoer NV;
- Syntus Openbaar vervoer BV, en;
- Veolia Transport Nederland BV,

verenigd in de vereniging met rechtspersoonlijkheid, de Federatie Mobiliteitsbedrijven Nederland (hierna:FMN).

2. Die aanvraag was gericht tegen ProRail B.V. (hierna: ProRail), de houder van de concessie voor beheer en aanleg van de Nederlandse hoofdspoorweginfrastructuur, zoals bedoeld in de artikelen 16 en 17 Sw.

1.2 Eerdere besluiten van ACM naar aanleiding van de aanvraag van FMN

Eerste besluit naar aanleiding van de aanvraag van FMN: *FMN-I*

3. FMN verzocht ACM op 18 december 2014 om een oordeel over diverse aspecten van de vergoeding voor het gebruik van de hoofdspoorweginfrastructuur in verband met het gebruik van diensten uit het minimumtoegangspakket,¹ bedoeld in artikel 62 Sw (hierna: de gebruiksvergoeding), voor wat betreft de dienstregelingsjaren 2015 en 2016. Op 2 juli 2015 nam ACM een eerste besluit naar aanleiding van die aanvraag (hierna: *FMN-I*).²

¹ Minimumtoegangspakket, zoals bedoeld in Richtlijn 2001/14/EG, Bijlage 2, onder 1. en 2. (aanhef).

² Besluit van ACM van 2 juli 2015, kenmerk ACM/DTVP/2015/203733, zaaknummer 14.1382.39.

Besluit Openbare versie

2/36

4. In het besluit *FMN-I* oordeelde ACM, kort gezegd, dat de aanvraag van FMN, ongegrond was voor zover die zag op de gebruiksvergoeding voor dienstregelingsjaar 2015 en de totstandkoming daarvan.³ Op enkele onderdelen verklaarde ACM de aanvraag gegrond. Op deze onderdelen diende ProRail de berekening van de tarieven bij te stellen en, als gevolg daarvan, de tarieven voor dienstregelingsjaar 2016 aan te passen. Die aanpassing leidde tot een verfijning in de staffels voor de dienstcategorie ‘treinpad’. Aldus leidde het besluit tot de introductie van een extra gewichtsklasse voor lichter treinmaterieel. Voor de leden van FMN, die vooral van lichter treinmaterieel gebruik maken, betrof het dus een gunstige bijstelling. Tegelijkertijd werden de tarieven voor relatief zwaar treinmaterieel verhoogd. Korthedshalve wordt hier verder verwezen naar hoofdstuk 7 van dat besluit.
5. Op twee onderdelen beschikte ACM op dat moment over onvoldoende informatie van ProRail om een definitief oordeel – in de zin van artikel 71, derde lid, Sw – te kunnen geven over de aanvraag van FMN. Om die reden gaf ProRail twee opdrachten, die beide strekten tot het aanleveren van een nadere onderbouwing van de gebruiksvergoeding voor de dienstregelingsjaren 2015 en 2016 en van de wijze van totstandkoming daarvan.⁴

Tweede besluit naar aanleiding van de aanvraag van FMN: *FMN-II*

6. Bij besluit van 16 november 2015⁵ (hierna: *FMN-II*) gaf ACM haar oordeel met betrekking tot de twee onderdelen van de aanvraag van FMN, ten aanzien waarvan het initieel aan voldoende informatie ontbrak, om daarover een voldoende gemotiveerd oordeel te geven in haar besluit *FMN-I*.
7. In het besluit *FMN-II* oordeelde ACM, samengevat, dat de motivering van ProRail welk deel van bepaalde kostenposten toerekenbaar was van aan de gebruiksvergoeding (c.a. ‘variabel’ was) en waarom, op de meeste onderdelen voldoende was. Korthedshalve wordt hier verder verwezen naar dat besluit.
8. Bij de behandeling van het dossier dat aanleiding gaf tot het besluit in *FMN-II*, schortte het volgens ACM echter opnieuw, op een aantal deelonderwerpen, aan voldoende informatie om een finaal oordeel te kunnen geven over de legitimiteit van de gebruiksvergoeding en de totstandkoming ervan. Het ging daarbij om hoe ProRail de mate bepaalt waarin bepaalde (onderhouds-)kosten van specifieke onderdelen van de spoorinfrastructuur variëren met de gebruiksintensiteit (het aantal treinbewegingen). Dit leidt tot “variabiliteiten” die bepalend zijn

³ Zie met name de randnummers 107 tot en met 113 van het besluit *FMN-I*.

⁴ Zie het dictum van het besluit *FMN-I*, hoofdstuk 7, met name randnummers 148 en 149.

⁵ Besluit van ACM van 16 november 2015, kenmerk ACM/DTVP/2015/206806, zaaknummer 15.0909.39.

Besluit Openbare versie

voor de wijze waarop die kosten vervolgens aan de gebruiksvergoeding worden toegerekend. Specifiek ontbrak het aan informatie over de onderbouwing van variabiliteitspercentages voor systemen, die samen een klein deel (ongeveer € 20 miljoen per jaar) aan gebruiksvergoeding voor hun rekening nemen. Ter vergelijking zij opgemerkt dat ProRail in totaal ongeveer € 330 miljoen per jaar in rekening zou brengen bij spoorvervoerders door middel van de gebruiksvergoeding.⁶

9. Om deze reden legde ACM in haar besluit in *FMN-II* aan ProRail de volgende bindende aanwijzing op:⁷

ProRail dient:

VI. uiterlijk op 1 juni 2016, met betrekking tot de systemen baan, zijspoor, wissels in zijspoor, overweg bevoering, overweg beveiliging, kunstwerken, beveiliging, telecom railinfra en treinbeheersing, ieder afzonderlijk, een voldoende duidelijke en deugdelijke motivering van de variabiliteit van de kosten van systemen vast te stellen, die voldoet aan de wettelijke eisen, waarbij ProRail dient te voldoen aan de voorwaarden die in randnummer 38 van het voorliggende besluit zijn beschreven;

VII. de aldus opnieuw vastgestelde variabiliteiten, de onderbouwing daarvan en een voorbeeldberekening van de tarieven die op basis van die variabiliteiten tot stand komen voor de dienstregelingsjaren 2015 en 2016, aan ACM ter beoordeling voor te leggen;

VIII. tot een nieuw oordeel van ACM de (voorlopige) tarieven op de huidige waarden van de variabiliteiten voor de onderhoudskosten van de systemen baan, zijspoor, wissels in zijspoor, overweg bevoering, overweg beveiliging, kunstwerken, beveiliging, telecom railinfra en treinbeheersing te baseren;

IX. indien eventueel gewijzigde variabiliteiten na een nieuw oordeel zouden resulteren in lagere variabiliteiten die per saldo leiden tot een lagere totale gebruiksvergoeding over de dienstregelingsjaren 2015 en 2016, de betreffende tarieven van de gebruiksvergoeding voor de dienstregelingsjaren 2015 en 2016 evenredig aan te passen met terugwerkende kracht;

X. in de toegangsovereenkomsten met – ten minste – de leden van FMN, voor het dienstregelingsjaar 2016 een clause op te nemen dat mogelijk teveel in rekening

⁶ Destijds waren daaronder de Betuweroute en de Hogesnelheidslijn niet begrepen.

⁷ Zie met name de randnummer 66 tot en met 68 van het besluit *FMN-II*.

Besluit Openbare versie

gebrachte gebruiksvergoeding over het dienstregelingsjaar 2016, zal worden gerestitueerd.

1.3 Verloop van de procedure

10. Voor het verloop van de behandeling van de aanvraag van FMN tot en met het besluit van ACM van 16 november 2015, wordt hier verwezen naar de besluiten *FMN-I* en *FMN-II*, in het bijzonder de hoofdstukken 2 van die beide besluiten. Na de genoemde datum heeft de procedure het volgende verloop gekend, tot aan het moment waarop ACM het voorliggende besluit heeft genomen.
11. Op 30 mei 2016 leverde ProRail schriftelijk enkele documenten aan bij ACM, in de vorm van een brief met vier bijlagen.⁸ Die brief was getiteld “*aanbieding motivering variabiliteit deelsystemen*”. In de brief gaf ProRail aan, dat zij met de toegezonden stukken beoogde om te voldoen aan de bindende aanwijzing, die ACM had opgelegd bij haar besluit van 16 november 2015 (*FMN-II*).
12. Per e-mailbericht van 7 juni 2016, stuurde ACM de brief en bijlagen van ProRail van 30 mei 2016 door aan de (gemachtigde van) FMN en stelde FMN daarbij in gelegenheid om op de toegezonden stukken te reageren.⁹ Per e-mailbericht van 8 juni 2016 stuurde ACM dezelfde stukken tevens aan (gemachtigde van) de Vereniging Koninklijk Nederlands Vervoer, afdeling Spoorgoederenvervoer (hierna: KNV) en stelde deze daarbij ook in de gelegenheid om te reageren.¹⁰ KNV heeft van die gelegenheid geen gebruik gemaakt.
13. Op 6 juli 2016 vond een bespreking plaats tussen ProRail en ACM, ten kantore van ACM. Naar aanleiding van die bespreking stuurde ACM op 20 juli 2016 een brief aan ProRail, met een aantal vragen die waren gerezen naar aanleiding van de bespreking op 6 juli 2016.¹¹
14. Op 16 augustus 2016 beantwoordde ProRail de vragen van ACM schriftelijk;¹² naar aanleiding van die beantwoording stelde ACM opnieuw schriftelijk vragen aan ProRail, per brief van 8 september 2016.¹³

4/36

⁸ Dossiernummer 2016101233.

⁹ Dossiernummer 2016403463.

¹⁰ Dossiernummer 2016403484.

¹¹ Dossiernummer 2016204163.

¹² Dossiernummer 2016101965.

¹³ Dossiernummer 2016205257.

Besluit Openbare versie

15. Op 13 september 2016 stuurde ACM de reactie van FMN op de initiële stukken van ProRail (d.d. 30 mei 2016) door aan ProRail en stelde ProRail daarbij in gelegenheid om op de stukken van FMN te reageren.¹⁴
16. De nadere vragen die ACM in haar brief van 8 september 2016 stelde, werden door ProRail beantwoord bij brief van 22 september 2016.¹⁵
17. Op 27 september 2016 reageerde ProRail schriftelijk op de reactie van FMN.¹⁶ Vervolgens is FMN per e-mail van 28 september 2016 door ACM in de gelegenheid gesteld om hierop in dupliek te reageren.¹⁷ FMN heeft hierop gereageerd met een rapportage van EconoVision als bijlage.¹⁸
18. Op 6 oktober vond opnieuw een bespreking plaats tussen ProRail en ACM, ten kantore van ACM. Een verslag van die bespreking werd aan ProRail verzonden op 17 oktober 2016.¹⁹ Op 20 oktober 2016 had een derde bespreking plaats tussen ACM en ProRail, waarvan op 25 oktober 2016 een verslag aan ProRail werd verstuurd.²⁰
19. Op 10 november verstuurdde ACM een brief aan ProRail, waarin zij ProRail wees op de voorlopige conclusie van ACM, dat het niet juist is dat zij de factor 'complexiteit' gebruikt voor de toerekening van kosten aan de gebruiksvergoeding. Naar aanleiding hiervan verzocht ACM aan ProRail, om de variabiliteit van de kosten van een aantal systemen van de spoorinfrastructuur opnieuw te schatten en de tarieven van de gebruiksvergoeding voor de dienstregelingsjaren 2015 en 2016 te (her-)berekenen.²¹
20. Op 16 november 2016 heeft ProRail deze brief schriftelijk beantwoord.²² Naar aanleiding van dat antwoord brief heeft ACM, op 22 november 2016, per e-mailbericht aan ProRail verzocht, om de herberekeningen van de gebruiksvergoeding nader toe te lichten.²³ ProRail heeft deze toelichting aan ACM gezonden op 25 november 2016.²⁴

5/36

¹⁴ Dossiernummer 2016309685.

¹⁵ Dossiernummer 2016102284.

¹⁶ Dossiernummer 2016102317.

¹⁷ Dossiernummer 2016406552.

¹⁸ Dossiernummer 2016309688.

¹⁹ Dossiernummer 2016407003.

²⁰ Dossiernummer 2016309005.

²¹ Dossiernummer 2016206714.

²² Dossiernummer 2016102818.

²³ Dossiernummer 2016407899.

²⁴ Dossiernummer 2016310000.

2 Juridisch kader

2.1 Spoorwegwet en Instellingswet Autoriteit Consument en Markt

21. Aan de gebruiksvergoeding voor het minimumpakket voor toegang tot de spoorwegen waren, ten tijde van de indiening van de aanvraag van FMN,²⁵ de volgende eisen gesteld bij of krachtens de Spoorwegwet:

Artikel 58 Spoorwegwet

- 1. De beheerder stelt jaarlijks, na overleg met betrokken gerechtigden, een netverklaring op.*
- 2. De netverklaring bevat de gegevens, bedoeld in artikel 3 en bijlage I van richtlijn 2001/14/EG en voorts ten minste [...]*

Artikel 62 Spoorwegwet

- 1. Behoudens het tweede, derde en vijfde lid bedragen de begrote opbrengsten van de gebruiksvergoeding niet meer dan de begrote kosten ter zake van de desbetreffende hoofdspoorweginfrastructuur in dat jaar voor de beheerder.
[...]*
- 7. De overeengekomen gebruiksvergoeding voldoet aan de artikelen 4, vierde en vijfde lid, 7 tot en met 12 en 26, derde lid, van richtlijn 2001/14/EG.*

Artikel 63 Spoorwegwet

- 1. Onderhandelingen tussen een gerechtigde en de beheerder betreffende de hoogte van de gebruiksvergoeding zijn niet toegestaan dan na een melding aan en onder toezicht van de Autoriteit Consument en Markt.*
- 2. De Autoriteit Consument en Markt legt, indien de onderhandelingen naar haar oordeel in strijd zijn met richtlijn 2001/14/EG, aan de overtreder zo nodig een last onder dwangsom op.*

²⁵ De Spoorwegwet werd – waar het de gebruiksvergoeding betreft: ingrijpend – gewijzigd op 15 december 2015. De Netverklaring voor dienstregelingsjaar 2016 werd – ten laatste – definitief op 13 december 2015, toen het dienstregelingsjaar 2016 aanving.

Artikel 71, leden 1 tot en met 4, van de Spoorwegwet

1. Een gerechtigde als bedoeld in artikel 57 of een andere belanghebbende kan de Autoriteit Consument en Markt schriftelijk verzoeken om te onderzoeken of de beheerder, een spoorwegonderneming of een rechthebbende als bedoeld in artikel 67 of 95 de verzoeker oneerlijk heeft behandeld, heeft gediscrimineerd of anderszins heeft benadeeld als bedoeld in artikel 10, zevende lid, van richtlijn 91/440/EEG of artikel 30, tweede lid, van richtlijn 2001/14/EG.²⁶

2. Een partij bij een toegangsovereenkomst of een kaderovereenkomst als bedoeld in hoofdstuk 4 kan de Autoriteit Consument en Markt schriftelijk verzoeken om een oordeel over het gedrag van de wederpartij.

3. De Autoriteit Consument en Markt geeft haar oordeel over de klacht uiterlijk twee maanden na ontvangst van de gegevens en bescheiden die voor haar oordeel nodig zijn.

4. Indien de Autoriteit Consument en Markt van oordeel is dat de klacht gegrond is, legt zij zo nodig een last onder dwangsom op.

[...]

22. Tot slot bepaalde artikel 12j van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt, ten tijde van de aanvraag van FMN, het volgende:

Artikel 12j

De Autoriteit Consument en Markt kan in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift met het toezicht op de naleving waarvan zij is belast, aan de overtreder een bindende aanwijzing opleggen.

2.2 Richtlijn 2001/14/EG

23. Verder bepaalde Richtlijn 2001/14/EG, ten tijde van de aanvraag van FMN,²⁷ met betrekking van de gebruiksvergoeding voor het minimumtoegangspakket en voor zover hier relevant:

²⁶ NB: sinds 15 december 2015 heeft het equivalent van lid 1 (oud) zijn beslag gekregen in artikel 71, eerste lid, sub a., van de Spoorwegwet.

²⁷ Voor zover aan de bepalingen van Richtlijn 2012/34/EU, in het kader het voorliggende besluit bindende werking toekwam, wordt, waar in verwezen wordt naar de bepalingen van Richtlijn 2001/14/EG in dit

Artikel 3

Netverklaring

- 1. De infrastructuurbeheerder stelt na overleg met de belanghebbenden een netverklaring op en maakt deze verklaring bekend, te verkrijgen tegen betaling van een vergoeding die de kosten van publicatie ervan niet mag overschrijden.*
- 2. De netverklaring beschrijft de aard van de voor spoorwegondernemingen beschikbare infrastructuur. Zij bevat ook informatie over de voorwaarden voor toegang tot de spoorweginfrastructuur. De inhoud van de netverklaring wordt gestipuleerd in bijlage I.*
- 3. De netverklaring wordt bijgewerkt en zo nodig gewijzigd.*
- 4. De netverklaring wordt ten minste vier maanden vóór het verstrijken van de termijn voor de indiening van aanvragen voor infrastructuurcapaciteit bekendgemaakt.*

Artikel 4

[...]

- 4. De infrastructuurbeheerders zorgen ervoor dat de gebruikte tarifieringsregeling voor hun gehele net op dezelfde beginselen berust, tenzij op grond van artikel 8, lid 2, specifieke regelingen zijn getroffen.*
- 5. De infrastructuurbeheerders vergewissen zich ervan dat de toepassing van de tarifieringsregeling resulteert in gelijkwaardige en niet-discriminerende gebruiksrechten wanneer verschillende spoorwegondernemingen in soortgelijke delen van de markt diensten van vergelijkbare aard verrichten, en dat de daadwerkelijk geheven rechten aan de voorschriften van de netverklaring voldoen.*

Artikel 7

[...]

- 3. Onverminderd de leden 4 en 5 en artikel 8 wordt voor het minimumtoegangspakket en de toegang via het spoor tot voorzieningen een heffing vastgesteld die gelijk is aan de kosten die rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst voortvloeien.*

[...]

- 6. De gebruiksrechten als bedoeld in de leden 3, 4 en 5, mogen worden uitgedrukt als gemiddelde, berekend over een voldoende aantal treindiensten en tijden, teneinde ongewenste onevenredige schommelingen te vermijden. Toch dient de relatieve*

Besluit
Openbare versie

omvang van de infrastructuurrechten te worden gerelateerd aan de kosten die aan de diensten moeten worden toegeschreven.

[...]

24. De volgende onderdelen van Bijlagen I en II bij Richtlijn 2001/14/EG zijn voorts relevant:

BIJLAGE I

Inhoud van de netverklaring

De in artikel 3 bedoelde netverklaring bevat de volgende informatie:

- 1. een gedeelte waarin de aard van de voor spoorwegondernemingen beschikbare infrastructuur en de voor toegang tot de spoorweginfrastructuur geldende voorwaarden worden beschreven;*
- 2. een gedeelte waarin de heffingsbeginselen en de tarieven opgenomen zijn. Dit zal de nodige details over het heffingsstelsel bevatten, alsmede voldoende gegevens over gebruiksrechten in verband met de in bijlage II genoemde diensten die door één leverancier worden verschaft. De voor de toepassing van artikel 7, leden 4 en 5, en de artikelen 8 en 9 gebruikte methode, voorschriften en, indien van toepassing, schalen worden nader omschreven. Voorts bevat dit gedeelte informatie over de reeds vastgestelde of verwachte wijzigingen van de gebruiksrechten;*

[...]

BIJLAGE II

Aan de spoorwegondernemingen te verlenen diensten

- 1. Het minimumtoegangspakket omvat:*
 - a. behandeling van aanvragen voor infrastructuurcapaciteit;*
 - b. het recht gebruik te maken van toegewezen capaciteit;*
 - c. gebruik van aansluitingen en wissels op het net;*
 - d. treinbeheer met inbegrip van seinen, regeling, treindienstleiding en de overdracht en levering van gegevens over treinbewegingen;*
 - e. alle overige gegevens die nodig zijn om de dienst waarvoor capaciteit aangevraagd is, tot stand te brengen of te exploiteren.*
- 2. De toegang via het spoor tot voorzieningen en de verlening van diensten omvatten:*
 - a. in voorkomend geval gebruik van elektrische voedingsinstallaties ten behoeve van de tractie;*

[...]

2.3 Jurisprudentie inzake de gebruiksvergoeding voor het minimumtoegangspakket

25. De navolgende uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie met betrekking tot van artikel 7, derde lid, van Richtlijn 2001/14/EG, is voorts van belang:

1 73 Ingevolge artikel 7, lid 3, van richtlijn 2001/14 dient, onverminderd de leden 4 en 5 van dit artikel 7 en artikel 8 van deze richtlijn, voor het minimumtoegangspakket en de toegang via het spoor tot voorzieningen een heffing te worden vastgesteld die gelijk is aan de kosten die rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst voortvloeien.

2 74 Dienaangaande moet worden vastgesteld dat richtlijn 2001/14 geen omschrijving geeft van het begrip „kosten die rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst voortvloeien” en dat geen bepaling van het recht van de Unie de kosten die onder dat begrip vallen of de kosten die er niet onder vallen vermeldt.

3 75 Aangezien het bovendien een begrip uit de economische wetenschap betreft waarvan de toepassing, zoals de advocaat-generaal in punt 93 van zijn conclusie opmerkt, aanzienlijke praktische problemen opwerpt, moet worden geconstateerd dat de lidstaten bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht beschikken over een zekere beoordelingsmarge bij de uitvoering en de toepassing van dat begrip in nationaal recht.²⁸

26. Hierbij merkt ACM op, dat de Nederlandse wetgever geen verdere uitleg heeft gegeven aan de term “kosten die rechtstreeks voortvloeien uit de exploitatie van de treindienst”. Bij gebrek daaraan, gaat ACM er van uit dat het allereerst aan ProRail is om aannemelijk te maken dat zowel de tarieven die zij overeenkomt met spoorwegondernemingen als de tarieven die zij opneemt in de netverklaring, voldoen aan het vereiste dat deze niet meer omvatten dan de kosten die rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst voortvloeien. Daartoe dient ProRail de methode op te stellen en te hanteren, die bedoeld is in artikel 6, vijfde lid, van Richtlijn 2001/14/EG.

27. Het is vervolgens aan ACM om te beoordelen, in het kader van ambtshalve onderzoek op grond van artikel 70 Sw of, zoals een voorliggend geval, op grond van een aanvraag zoals bedoeld in artikel 71, eerste en tweede lid, Sw, of de methode die ProRail hanteert aannemelijk maakt dat de tarieven voldoen aan (onder meer) artikel 7, derde lid, van Richtlijn 2001/14/EG. Van spoorwegondernemingen noch van ACM kan immers worden verlangd dat zij daarvoor de bewijslast dragen. Het gaat immers om (kosten-)gegevens die alleen bij ProRail bekend zijn.

²⁸ HvJ EU, 30 mei 2013, zaak C-512/10, *Commissie t. Polen*, n.n.g., ECLI:EU:C:2013:338. In dezelfde zin: HvJ EU 11 juli 2013, zaak C-545/10, *Commissie t. Tsjechië*, n.n.g., r.o. 64-66, ECLI:EU:C:2013:509; HvJ EU 13 februari 2014, zaak C-152/12, *Commissie t. Bulgarije*, n.n.g., r.o. 62 e.v. ECLI:EU:C:2014:82.

Besluit Openbare versie

28. Inhoudelijk gezien bestaat er in zoverre duidelijkheid over de invulling van de term “kosten die rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst voortvloeien,” dat het enkel kosten betreft die de beheerder maakt als direct gevolg van *benutting* van spoorweginfrastructuur door treinmaterieel. Kosten die de beheerder hoe dan ook maakt, in geval er geen treinbewegingen zijn, mogen niet worden toegerekend aan de gebruiksvergoeding. De kosten van bijvoorbeeld financiering van nieuwe infrastructuur (initiële investeringen), vallen in ieder geval niet onder kosten die toerekenbaar zijn aan de gebruiksvergoeding voor diensten uit het minimumtoegangspakket.²⁹

2.4 Overige relevante voorschriften

Bindende aanwijzing van ACM aan ProRail, bij besluit van 16 november 2015

29. Verder wordt hier gewezen op enkele eisen aan de wijze van bepaling van de gebruiksvergoeding voor het minimumtoegangspakket, die ACM verwoordde in haar besluit van 16 november 2015 (*FMN-II*). In de bindende aanwijzing die ACM daarin oplegde, gelastte ACM aan ProRail, kort gezegd, om een *voldoende duidelijke en deugdelijke motivering van de variabiliteit* van de kosten van enkele deelsystemen van de spoorinfrastructuur vast te stellen.

30. In randnummer 39 van dat besluit, gaf ACM aan wat zij verstaat onder ‘voldoende duidelijk en deugdelijk’. Met name relevant is hier dat, in geval ProRail schattingen van experts gebruikt voor het bepalen van het deel van de kosten(-posten) dat zij toerekent aan de gebruiksvergoeding voor het minimumtoegangspakket, die schattingen eenduidig en gedocumenteerd dienen te zijn.

31. Zo moet de herkomst en de frequentie van de schattingen duidelijk zijn en dienen zij, waar mogelijk, extern getoetst te worden. Als onderdeel van die documentatie, dient ProRail in ieder geval aan te geven waaruit de (gebruiksgerelateerde) kosten, zoals kosten van slijtage, van het betreffende systeem bestaan en dient ProRail een kwalitatieve toelichting te geven op de grootte van de slijtage (of anderzijds gebruiksgelateerde kosten), c.q. op de omvang van de variabiliteit.

Eisen aan de Netverklaring

32. Hiernaast roept ACM het besluit van één van haar rechtsvoorgangers, genomen op 26 juni 2008³⁰ in herinnering, waarin zij de wettelijke eisen die worden gesteld aan de Netverklaring van ProRail nader concretiseerde:

²⁹ Zaak C-512/10, *Commissie t. Polen*, n.n.g., ECLI:EU:C:2013:338, r.o. 80 e.v.

³⁰ Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 26 juni 2008, dossiernummer 200063/70, randnummers 38 en 39 (oorspronkelijke voetnoten hier niet weergegeven).

Besluit Openbare versie

12/36

De netverklaring maakt het [...] spoorwegondernemingen en andere gerechtigden mogelijk om rationele keuzes te maken ten aanzien van hun bedrijfsvoering en dient daarvoor voldoende informatie te bevatten. Van de netverklaring moet derhalve worden geëist dat deze uitputtend de informatie bevat die door artikel 58 Sw, tweede lid, wordt geëist. Dit brengt voorts met zich dat deze informatie adequaat, transparant en niet voor meerdere uitleg vatbaar moet zijn.

Steun voor deze opvatting bieden de inleidende overwegingen van Richtlijn 2001/14/EG waarin is vermeld: 'Teneinde transparantie en niet-discriminerende toegang tot spoorweginfrastructuur voor alle spoorwegondernemingen te waarborgen, wordt alle informatie die nodig is om van het recht op toegang gebruik te kunnen maken in een netverklaring openbaar gemaakt.'

33. In datzelfde besluit werd tevens gewezen op het feit dat de Netverklaring van ProRail ook geen informatie mag bevatten die innerlijk (onderling) tegenstrijdig is.³¹
34. Daarnaast geldt ook dat, volgens artikel 62, zevende lid, Sw, de *overeengekomen* gebruiksvergoeding dient te voldoen aan de bepalingen uit Richtlijn 2001/14/EG, die zijn genoemd in artikel 62, zevende lid. ACM interpreteert deze bepaling zo, dat niet alleen de overeengekomen gebruiksvergoeding daaraan moet voldoen, maar ook de gebruiksvergoeding die ProRail opneemt in een Netverklaring of een concept daarvan.
35. Immers, wanneer gerechtigden onverkort, bijvoorbeeld zonder voorafgaande onderhandelingen, een tarief uit de Netverklaring overeen zouden komen met ProRail, dat niet aan de vereisten uit de Richtlijn voldoet, zouden alle partijen automatisch die eisen overtreden. Dat gevolg kan niet beoogd zijn met het stellen van die wettelijke eisen aan de gebruiksvergoeding. Ook kan van gerechtigden niet worden verwacht dat zij, tijdens of voorafgaand aan onderhandelingen, kunnen controleren of de gebruiksvergoeding voldoet aan wettelijke eisen. Daarvoor is bedrijfsinformatie van ProRail nodig, waarover zij niet zonder meer kunnen beschikken.
36. Met betrekking tot artikel 62, zevende lid, Sw merkt ACM, tot slot, ook op, dat de tarieven in de Netverklaring dienen te voldoen aan de systematiek die ProRail daaraan ten grondslag legt; dat schrijft artikel 4, vijfde lid van Richtlijn 2001/14/EG voor.³²

³¹ *Ibid.*, randnummers 121 en 126.

³² Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 3 juni 2008, zaak 200095/59.BT603, randnummers 124 tot en met 127

3 Beoordeling door ACM

3.1 Inleiding

Beoordelingskader

37. Voordat hierna wordt overgegaan tot de inhoudelijke beoordeling van de informatie, die door ProRail aan ACM is aangeleverd sinds 30 mei 2016,³³ wordt het volgende opgemerkt ten aanzien van het beoordelingskader waar ACM aan toetst.
38. Allereerst roept ACM hier randnummer 30 van haar besluit *FMN-I* in herinnering. Daarin stelde ACM, dat zij de aanvraag van FMN zó opvat, dat FMN aan ACM verzoekt of de verhoging van de gebruiksvergoeding, die in de dienstregelingsjaren 2015 en 2016 door ProRail is doorgevoerd, binnen de grenzen valt die de relevante wet- en regelgeving daaraan stelt. Ook in het voorliggende besluit hanteert ACM die werkwijze.
39. Ten tweede verwijst ACM hier naar datzelfde besluit, *FMN-I*, waarin zij de aanvraag van FMN deels ongegrond verklaarde,³⁴ voor zover die zag op de gebruiksvergoeding voor het minimumtoegangspakket voor het dienstregelingsjaar 2015. Reden daarvoor was, kort gezegd, dat enkele argumenten die FMN daarin opwierp tegen de gebruiksvergoeding voor dat jaar, eerder aan de orde hadden moeten worden gesteld bij ProRail. De onderhandelingen over de gebruiksvergoeding voor dienstregelingsjaar 2015, die plaatsvonden in het najaar van 2014, waren daarvoor het gepaste moment geweest.
40. Bij de beoordeling van de feiten en informatie in het kader van het voorliggende besluit, speelt dit punt echter niet. De bindende aanwijzing die ACM oplegde aan ProRail in *FMN-II*, gelastte ProRail tot aanlevering van informatie, aan de hand waarvan ACM kan beoordelen of de gebruiksvergoeding (voor 2015 en 2016) op onderdelen voldoet aan de relevante wet- en regelgeving. Daarbij speelt niet de vraag of die vergoedingen, in het kader van onderhandelingen daarover, beter recht zouden hebben kunnen doen aan de belangen van één of meer spoorwegondernemingen of andere gerechtigden, zoals (deels) het geval was in *FMN-I*.
41. Tot slot beoordeelt ACM, in paragraaf 3.3 van het voorliggende besluit, ook of ProRail voldaan heeft aan de termen van de bindende aanwijzing die zij oplegde aan ProRail in haar besluit *FMN-II*.

³³ De correspondentie en mondelinge informatie, zoals samengevat weergegeven in paragraaf 1.3 van dit besluit.

³⁴ Zie randnummers 104 tot en met 113 van het besluit *FMN-I*.

Feiten en achtergronden

De wijze waarop ProRail kosten toerekent aan de gebruiksvergoeding

42. Onder de huidige wet- en regelgeving – zo ook ten tijde van de aanvraag van FMN – was het ProRail enkel toegestaan om een deel van de kosten die zijn gemoeid met het aanbieden van diensten uit het minimumpakket voor toegang tot de Nederlandse hoofdspoorweginfrastructuur in rekening te brengen bij gerechtigden – gebruikers van het spoor. Artikel 62, zevende lid, van de Spoorwegwet, bepaalt immers dat de (met gerechtigden) overeengekomen gebruiksvergoeding dient te voldoen aan (onder meer) artikel 7, derde lid, van Richtlijn 2001/14/EG. Die bepaling stelt dat de gebruiksvergoeding niet meer mag omvatten dan ‘*de kosten die rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst voortvloeien.*’
43. Het laatstgenoemde deel van de kosten wordt door ProRail gedefinieerd als de kosten die direct veroorzaakt worden door het rijden van treinen; zij worden door ProRail ook gebruiksgelateerde kosten genoemd. Daaronder verstaat ProRail het volgende. “De kosten die gemaakt worden om de ‘huidige’ spoorinfrastructuur gereed te hebben, worden beschouwd als niet gerelateerd aan het gebruik, en worden niet toegerekend aan de gebruiksvergoeding.”³⁵ Dit is in overeenstemming met de relevante (Europese) wet- en regelgeving, zoals hiervóór beschreven, in hoofdstuk 2, paragrafen b en c.
44. Voor het bepalen van het deel van de kosten die wel aan de gebruiksvergoeding worden toegerekend, stelt ProRail zogenoemde ‘variabiliteiten’ vast; dit zijn percentages waarmee bepaalde kosten(-posten) variëren met de intensiteit van het treinverkeer. Achter iedere variabiliteit schuilt een redenering: welke factor waarmee het aantal treinbewegingen varieert, leidt tot een toe- of afname van kosten? Alleen de kostenposten die op deze wijze – aannemelijk – variëren met het aantal treinbewegingen, worden toegerekend aan de gebruiksvergoeding voor diensten uit het minimumtoegangspakket.
45. De kosten van onderhoud en beheer van de hoofdspoorweginfrastructuur variëren volgens opgave van ProRail deels met de gebruiksintensiteit. Ongeveer 36% van de kosten daarvan worden door ProRail toegerekend aan de gebruiksvergoeding. De tarieven die in het kader van het voorliggende besluit relevant zijn, zijn de gebruiksvergoeding voor de

³⁵ Bron: “Gebruiksvergoeding op het spoor”, ProRail, 29 juni 2012, beschikbaar op https://www.prorail.nl/sites/default/files/3879648_kostentoerekeningstelsel_2016_dd_08mrt2016.pdf. Overigens bevat dat document een aanvulling, gedateerd 8 maart 2016, waaruit blijkt dat de gebruiksvergoeding voor dienstregelingjaren 2015 en 2016 op basis van deze methode tot stand zijn gekomen.

Besluit Openbare versie

dienstcategorieën “treinpad” en “gebruik bovenleiding”, die door ProRail werden vastgesteld in de Netverklaringen voor dienstregelingsjaren 2015 en 2016 en die zij overeenkwam met spoorwegondernemingen en andere gerechtigden, waaronder de leden van FMN.

Het ‘bedrijfsmodel’ van ProRail; bepaling van de variabeliteiten

46. Voor de bepaling van het gebruiksgelateerde deel van de kosten (zoals toegelicht in randnummer 43) maakt ProRail, voor zover hier relevant, gebruik van een toerekeningsmethodiek, die is vervat in een document van ProRail en de titel “Gebruiksvergoeding op het spoor” draagt en dateert van 29 juni 2012.
47. In dat document is onder meer de wijze beschreven, waarop ProRail het gebruiksgelateerde deel van de kosten bepaalt van een aantal deelsystemen die nodig zijn voor het aanbieden diensten in de categorieën “treinpad” en “gebruik bovenleiding”. Voor de bepaling van de relatie tussen kosten en de intensiteit van gebruik, maakt ProRail gebruik van zogenoemde relatiegrafieken. In deze grafieken wordt het verband uitgedrukt in ‘fictieve’³⁶ tonkilometers van het treinmaterieel dat gebruik maakt van het spoor in relatie tot de onderhoudskosten van die systemen per jaar. De stijging van de diverse curves in de grafieken bepalen de mate van gebruiksgelateerdheid: de variabiliteit van kosten, uitgedrukt in een percentage.

15/36

³⁶ ‘Fictieve’ tonkilometers zijn tonkilometers die gecorrigeerd worden naar de hoeveelheid slijtage die zij veroorzaken. Bijvoorbeeld: een hogere rijsnelheid veroorzaakt meer slijtage dan een lagere rijsnelheid.

Besluit Openbare versie

Bindende aanwijzing aan ProRail

48. Zoals in randnummers 8 en 9 hiervóór is aangegeven, diende ProRail, ter uitvoering van de bindende aanwijzing die ACM haar oplegde in het besluit *FMN-II*, de wijze waarop zij het variabele deel van de kosten van negen (van in totaal zestien) deelsystemen bepaalde, nader te onderbouwen. Het betreft de volgende deelsystemen en de bijbehorende variabiliteitspercentages, volgens de brief van ProRail aan ACM van 30 mei 2016.³⁷

#	Naam van het deelsysteem	Variabiliteit (percentage)	Herkomst van de variabiliteit	Beoordeling in paragraaf
1	Baan	3%	Schatting expert ProRail	3.2
2	Overwegbeveiliging	20%	Indicatie SNCF	3.2, 3.3
3	Beveiliging	20%	Indicatie SNCF/NMBS	3.2, 3.3
4	Telecom Railinfra	2%	Schatting ProRail	3.2
5	Treinbeheersing	2%	Schatting expert ProRail	3.2
6	Zijspoor	5%	Schatting expert ProRail	3.3
7	Wissels in zijspoor	5%	Schatting expert ProRail	3.3
8	Overwegbevloering	20%	Indicatie SNCF	3.3
9	Kunstwerken	10%	Schatting expert ProRail	3.3

49. De variabiliteitspercentages van deze negen systemen zijn door ProRail nader gemotiveerd in bijlage 1 bij haar brief aan ACM van 30 mei 2016.³⁸ De onderbouwing van ProRail is, in opdracht van ProRail, ook extern getoetst door onderzoeksbureau Civity. De opdracht en de toetsing waren opgenomen als bijlage 3 en 4 bij die brief.
50. Uit de beoordeling door ACM van de negen variabiliteiten bleek het volgende. Ten aanzien van de eerste vijf systemen uit het schema hierboven, bleek de mate van stijging of daling van de kosten ervan, geheel of deels gebaseerd te zijn op de mate van toe- of afname van de 'complexiteit' van die deelsystemen, in relatie tot de mate van gebruik ervan. De beoordeling van de variabiliteit van de kosten van de eerste vijf deelsystemen uit het schema hierboven, is opgenomen in paragraaf 3.2, hierna. De beoordeling van de

³⁷ Dossiernummer 2016101233.

³⁸ Dossiernummer 2016101233.

Besluit Openbare versie

variabiliteitspercentages van de overige vier deelsystemen, is opgenomen in paragraaf 3.3, hierna. In die paragraaf wordt ook de variabiliteit van de deelsystemen 'Overwegbeveiliging' en 'Beveiliging' nogmaals beoordeeld. ProRail heeft die, op verzoek van ACM, opnieuw vastgesteld naar aanleiding van bevindingen in de voorliggende zaak.³⁹

3.2 Beoordeling van de variabiliteit van de deelsystemen 1 tot en met 5

'Complexiteit' als factor voor toerekening van kosten aan de gebruiksvergoeding

51. De door ProRail gemaakte expertschattingen van het percentage variabele kosten, houden bij vijf systemen rekening met het feit dat deze systemen bij meer of minder treinverkeer complexer (respectievelijk minder complex) zouden moeten worden uitgerust.⁴⁰ Het gaat om de eerste vijf deelsystemen in het schema de tabel onder randnummer 48, hiervóór: de deelsystemen 'Baan', 'Overwegbeveiliging', 'Beveiliging', 'Telecom railinfra' en 'Treinbeheersing'.
52. Met de 'factor complexiteit' doelt ProRail er bijvoorbeeld op, dat de beveiliging van een overweg op een traject met meer treinverkeer, over het algemeen groter is of uit meer componenten bestaat, bijvoorbeeld meer 'stellers' (slagbomen) en knipperlichten.⁴¹ Een ander voorbeeld is telecominfrastructuur, die op trajecten met meer treinverkeer zou moeten bestaan uit meer apparatuur en kabels.⁴²
53. Bij de expertschatting van het percentage variabele kosten, wordt, wat deze vijf systemen betreft, niet alleen rekening gehouden met het feit dat intensiever gebruik van *bestaande* elementen van de infrastructuur zou kunnen leiden tot meer slijtage ervan, of, dat bij intensiever gebruik bijvoorbeeld meer personeel van ProRail moet worden ingezet, maar dat intensiever gebruik aanleiding geeft om een *andere* infrastructuur aan te leggen. De extra kosten van die complexere infrastructuur, worden door ProRail als variabele kosten beschouwd.
54. De mate van toename van de complexiteit, uitgedrukt in een percentage, wordt vervolgens benut voor de bepaling van de variabiliteit van de kosten van die elementen van de infrastructuur, die deel uitmaken van de betreffende deelsystemen. Anders gezegd: de kosten van de deelsystemen worden, geheel of gedeeltelijk, toegerekend aan de gebruiksvergoeding, naar rato van het percentage dat zij complexer moeten worden uitgerust, als gevolg van meer (of minder) treinbewegingen.

³⁹ Dossiernummer 2016102818.

⁴⁰ Dossiernummer 2016101233, bijlage 1, p. 4, 6, 9, 10; dossiernummer 2016205257, bijlage 1, p. 2, 3, 5.

⁴¹ Dossiernummer 2016101233, bijlage 1, p. 6; dossiernummer 2016205257, bijlage 1, p. 5.

⁴² Dossiernummer 2016205257, bijlage 1, p. 5.

Besluit Openbare versie

Beoordeling ACM

55. Naar het oordeel van ACM voldoet deze wijze van bepaling van het variabele (toerekenbare) deel van de kosten op deze manier, ten eerste, niet aan ProRails eigen beschrijving van de systematiek die zij hanteert. In onderdeel 4.1 van die systematiek, beschreven in het document “Gebruiksvergoeding op het spoor,” geeft ProRail aan:

“Als uitgangspunt voor de methodiek van de gebruiksvergoeding geldt vanzelfsprekend hetgeen daarover in de EU-richtlijn 2001/14/EG is bepaald. Daar staat (artikel 7 lid 3, zie Bijlage 2) dat als uitgangspunt voor de in rekening te brengen kosten voor de gebruiksvergoeding voor het minimumtoegangspakket en de toegang via het spoor tot voorzieningen gelden “de kosten die rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst voortvloeien”. ProRail hanteert hiervoor het begrip gebruiksgelateerdheid. Voor de manier van berekenen van de gebruiksgelateerdheid is het uitgangspunt dat kosten die samenhangen met het veilig berijdbaar en beschikbaar hebben van de infra beschouwd worden als niet gebruiksgelateerd. Oftewel, door ProRail is dit begrip als volgt uitgewerkt: de kosten die gemaakt worden om de huidige infrastructuur gereed te hebben om treinen over te laten rijden worden beschouwd als niet rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst voortvloeiend, ook wel “niet-gebruiksgelateerd” genoemd. Alle kosten die vervolgens direct veroorzaakt worden door het rijden van treinen en die die samenhangen met het beschikbaar houden van de infra en waarbij er een relatie is met de productieomvang worden beschouwd als kosten die via de gebruiksvergoeding moeten worden doorberekend.”⁴³

56. Door complexiteit op als kostenveroorzaker te gebruiken, zoals beschreven in randnummers 51 tot en met 53 hiervóór, worden echter niet langer “de kosten die gemaakt worden om de huidige infrastructuur gereed te hebben om treinen over te laten rijden” als vaste (niet variabele) kosten beschouwd, maar wordt voor het schatten van de variabele kosten uitgegaan van een andere infrastructuur, een minder (of meer) complexe. Dat voldoet niet aan de beschrijving van de systematiek; daarbij voldoet dit naar het oordeel van ACM ook niet aan de wettelijke eisen.
57. Immers, de systematiek maakt onderdeel uit van de Netverklaring⁴⁴ en is daarom bindend voor ProRail om te hanteren ten behoeve van de berekening van de gebruiksvergoeding.

⁴³ Onderstrepingen ACM.

⁴⁴ Zie op dit punt:

- de Netverklaring 2015, Gemengde Net, versie 1.4, 12 mei 2015, blad 86, en;
- de Netverklaring 2016, Gemengde Net, initiële versie, 12 december 2014, blad 86:

“Ten behoeve van deze Netverklaring is gebruik gemaakt van het kostensplitsingsmodel volgens het document ‘Gebruiksvergoeding op het spoor’ d.d. 29 juni 2012.”

Besluit Openbare versie

Zo geeft ProRail in ieder geval zelf in de Netverklaringen 2015 en 2016 aan.⁴⁵ Die strekking heeft ook (artikel 62, zevende lid, Sw, jo) artikel 4, vijfde lid, van Richtlijn 2001/14/EG, dat voorschrijft dat “[...] de daadwerkelijk geheven rechten aan de voorschriften van de netverklaring [dienen te] voldoen.”

58. Ten tweede worden, door de variatie in complexiteit (geheel of deels) te gebruiken als maatstaf voor het toerekenen van kosten aan de gebruiksvergoeding, niet de kosten bepaald ‘die rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst voortvloeien.’ Daarmee is deze handelwijze ook strijdig met artikel 62, zevende lid, Sw, jo. artikel 7, derde lid, van Richtlijn 2001/14/EG.
59. Immers, door:
- het verschil tussen de huidige infrastructuur, of deelsystemen daarvan, en een minder (of meer) complexe infrastructuur, of deelsystemen daarvan, te hanteren;
 - als maatstaf voor de mate waarin kosten fluctueren met de gebruiksintensiteit van de spoorinfrastructuur;
 - en de kosten van die infrastructuur, of deelsystemen daarvan, geheel of deels aan de hand van die maatstaf toe te rekenen aan de gebruiksvergoeding, met name de vergoeding voor diensten uit de dienstcategorieën ‘treinpad’ en ‘gebruik bovenleiding’; rekent ProRail kosten aan de gebruiksvergoeding toe, die niet *rechtstreeks* worden veroorzaakt door de intensiteit van het treingebruik, maar *onrechtstreeks*.
60. De kosten van een meer of minder complexe infrastructuur, die nodig zou zijn bij meer (resp. minder) treinbewegingen, vloeien niet direct voort uit meer of minder treinbewegingen, maar via een tussenstap: een desinvestering (resp. investering) die ProRail zou moeten of kunnen doen om een minder (resp. meer) complexe infrastructuur aan te leggen. Anders gezegd, is een daling of stijging van kosten, bepaald aan de hand van de factor ‘complexiteit’, niet het directe gevolg van een beslissing van gebruikers van het spoor om meer of minder treinen te laten rijden. Dat is het onrechtstreekse gevolg, van een daar op volgende beslissing van ProRail, om infrastructuur te verwijderen of toe te voegen.

⁴⁵ *Ibid.* Zie met name Aanvulling 7 op de Netverklaring 2016, d.d. 26 mei 2016 (op www.prorail.nl/vervoerders/netverklaring - 17 november 2016), eerste punt:

“In de laatste alinea op bladzijde 85 [sic] wordt de zin “ProRail stelt informatie over de methode van kostentoe rekening desgevraagd beschikbaar aan spoorwegondernemingen” vervangen door: Voor de toerekening van de kosten voor de verschillende categorieën van aan spoorwegondernemingen aangeboden diensten hanteert ProRail de methode die is omschreven in de nota “Gebruiksvergoeding op het spoor” d.d. 29 juni 2012. Deze nota is, met inleiding en aanvullingen, als onderdeel van de Netverklaring beschikbaar via de website van ProRail.”

Besluit Openbare versie

61. Illustratief is het voorbeeld dat ProRail geeft, met betrekking tot het deelsysteem ‘Telecom, railinfra’: “De onderhoudskosten voor telecomkabels zijn evenredig met het aantal kabels en het aantal kabels is weer evenredig met de intensiteit van de lijnen.” [sic].⁴⁶ De redenering daarbij is kennelijk, dat bij een bepaald aantal meer treinbewegingen, meer kabels nodig zijn voor het afwickelen van communicatie met die extra treinen.
62. Ten eerste zou een dergelijke extra kabel als zodanig een extra vaste kostenpost opleveren en geen variabele. Ten tweede laat deze wijze van toerekening de vraag onbeantwoord of, en, zo ja, hoeveel extra kosten die extra treinbewegingen veroorzaken aan de kabels, die al aanwezig waren vóórdat de extra kabel werd aangelegd. De vraag blijft dus, wat nu de extra kosten zijn aan de bestaande kabels (in de bewoordingen van ProRail: de “huidige infrastructuur”⁴⁷), die het rechtstreekse gevolg zijn van meer treinbewegingen. De kosten die ProRail bepaalt aan de hand van de variatie in ‘complexiteit,’ is dus geen maatstaf voor variabele kosten van de ‘huidige’ infrastructuur, maar een maatstaf voor variatie in vaste kosten. Dat is strijdig met artikel 62, zevende lid, Sw jo. artikel 7, derde lid, van Richtlijn 2001/14/EG.

Zienswijze ProRail

63. In antwoord op vragen van ACM heeft ProRail aangegeven⁴⁸ dat zij het kostenmodel ook gebruikt voor andere doeleinden dan het toerekenen van kosten aan de gebruiksvergoeding voor diensten uit het minimumtoegangspakket. Zo gebruikt ProRail het kostenmodel bijvoorbeeld ook voor het schatten van de toekomstige totale kosten per spoorlijn (traject). Die schatting vindt plaats per spoorlijn, op basis van hoe die lijn is samengesteld (de configuratie) en de gebruiksintensiteit van die lijn, uitgedrukt in ‘fictief dagtonnage’. Het ontwikkelde kostenmodel sluit aan op deze behoefte en kan dus ook daar voor worden gebruikt.
64. ACM heeft geen bezwaar dat ProRail op deze wijze haar model inricht en gebruikt. ProRail is vrij om, voor interne doeleinden, bijvoorbeeld voor het schatten van de totale kosten per lijn, een variabiliteit te gebruiken die rekening houdt met de factor complexiteit. De gebruikte kostenvoorspeller is in dat geval dus gebruiksintensiteit en niet de configuratie van de infrastructuur.
65. Dit is echter geen rechtvaardiging om bij de expertschatting van de variabiliteit in het kader van de toerekening van kosten aan de gebruiksvergoeding (die uit dient te gaan van de huidige infrastructuur), ook rekening te houden met toe- of afnemende complexiteit.

⁴⁶ Dossiernummer 2016205257, bijlage 1, p. 5.

⁴⁷ Zie het citaat onder randnummer 55, hiervóór.

⁴⁸ Dossiernummer 2016102284.

Besluit Openbare versie

Immers, voor het schatten van de variabiliteit in het kader van toerekening van kosten aan de gebruiksvergoeding, is het schatten van de totale kosten per lijn geen noodzakelijk onderdeel. Met andere woorden: naar het oordeel van ACM kan ProRail niet vanuit een intern doel, dat niet noodzakelijk verband houdt met het bepalen van de gebruiksvergoeding, aanvoeren dat het noodzakelijk is om complexiteit als kostenveroorzaker te laten meewegen bij het schatten van de variabiliteit.

66. De gegevens (parameters) die ProRail gebruikt om te bepalen hoe een spoorlijn is samengesteld, die dus de configuratie van die lijn beschrijven, zijn bijvoorbeeld het aantal kilometers spoor, het aantal en type van de wissels en het aantal spoorwegovergangen. Echter, de configuratie van spoorlijnen wordt niet in alle details in het model meegenomen. De complexiteit van spoorwegovergangen, bijvoorbeeld het aantal stellers en het aantal knipperlichten, is bijvoorbeeld geen parameter in het model. ProRail geeft op dit punt aan, dat het modelleren van de volledige werkelijkheid – het meenemen van alle details – onuitvoerbaar zou zijn of, op zijn minst, disproportionele administratieve lasten met zich zou brengen.
67. Door niet alle details van de configuratie mee te nemen in het kostenmodel, zullen volgens de geschatte kosten voor spoorlijnen met hogere gebruiksintensiteit te laag uitvallen. Spoorlijnen met een hogere gebruiksintensiteit hebben immers over het algemeen complexere systemen, maar die complexiteit is geen parameter van de spoorconfiguratie die door ProRail bij het schatten van de totale kosten wordt meegenomen (dat zou teveel administratieve lasten veroorzaken). Dat betekent dat voor een lijn met een hoger dan gemiddelde gebruiksintensiteit, met bijvoorbeeld vijf overwegen, voor de kosten van de overwegbeveiliging, bij de schatting van de totale kosten van die lijn wordt uitgegaan van vijfmaal de gemiddelde kosten voor overwegbeveiliging.
68. Echter, doordat op een lijn met hogere gebruiksintensiteit de complexiteit van die overwegbeveiliging hoger is dan gemiddeld, zijn de werkelijke kosten van overwegbeveiliging op die lijn hoger. Hierdoor vallen de geschatte kosten lager uit dan de werkelijke kosten. ProRail corrigeert daarvoor, door de complexiteit mee te nemen bij het schatten van de variabiliteit. Op die manier worden de hogere kosten van complexiteit dus niet meer toegeschreven aan de configuratie van de infrastructuur, maar aan de gebruiksintensiteit ervan.

Besluit Openbare versie

69. ProRail geeft aan dat ze in haar model *de facto* uitgaat huidige infrastructuur zoals bedoeld in de kostentoerekeningssystematiek, dan wel een die huidige infrastructuur zo dicht mogelijk benadert.⁴⁹
70. ACM deelt die mening niet, voor zover het gaat om het schatten van de variabiliteit die wordt gebruikt bij het bepalen van de gebruiksvergoeding. ProRail kan immers bij de expertschatting van die variabiliteit zeer wel de factor 'complexiteit' buiten beschouwing laten en op die manier volledig uitgaan van de kosten van de 'huidige' infrastructuur.

Conclusie over de factor complexiteit

71. Gelet op het voorgaande, is ACM van oordeel dat ProRail, in het kader van het berekenen van de gebruiksvergoeding voor de dienstregelingsjaren 2015 en 2016, de factor complexiteit niet als kostenveroorzaker mag gebruiken, bij het schatten van dat deel van de kosten dat rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst voortvloeit.
72. Dat is, op de eerste plaats, strijdig met artikel 62, zevende lid, Sw, jo, artikel 4, vijfde lid, van Richtlijn 2001/14/EG. Dit voor zover ProRail in strijd handelt met het heffingsschema, met name met het document "Gebruiksvergoeding op het spoor", van 29 juni 2012, dat onderdeel was van de Netverklaringen 2015 en 2016, althans, waarnaar die Netverklaringen verwijzen. ProRail is, bij het vaststellen van de tarieven voor die dienstregelingsjaren, ten onrechte niet uitgegaan van de (omvang en kosten van de) 'huidige' infrastructuur, althans, de infrastructuur zoals die was vormgegeven op het moment van bepaling:
- van de gebruiksvergoeding voor de dienstcategorieën 'treinpad' en 'gebruik bovenleiding', ten behoeve van de definitieve Netverklaringen voor de dienstregelingsjaren 2015 en 2016, en;
 - van gebruiksvergoeding voor de dienstcategorieën 'treinpad' en 'gebruik bovenleiding', die zij overeenkwam voor die periode met spoorwegondernemingen en andere gerechtigten, waaronder de leden van FMN.
73. Op de tweede plaats handelde ProRail in strijd met artikel 62, zevende lid, Sw, jo, artikel 7, derde lid van Richtlijn 2001/14/EU, door kosten toe te rekenen aan de gebruiksvergoeding die niet rechtstreeks voortvloeien uit de exploitatie van de treindienst. Het gebruik van de factor 'complexiteit' voor het bepalen van de tarieven voor de dienstcategorieën 'treinpad' en 'gebruik bovenleiding', voor de dienstregelingsjaren 2015 en 2016 leidde daartoe, zoals uiteengezet in randnummers 55 tot en met 60, hiervóór.

⁴⁹ Dossiernummer 2016102284, p. 2.

Besluit Openbare versie

23/36

74. Op de derde plaats handelde ProRail in strijd met artikel 71, eerste lid, Sw. Door voor de dienstregelingsjaren 2015 en 2016 kosten toe te rekenen aan de gebruiksvergoeding voor de dienstcategorieën 'treinpad' en 'gebruik bovenleiding,' die niet rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst voortvloeien, heeft zij spoorwegondernemingen, waaronder de leden van FMN, en andere gerechtigden benadeeld. De betreffende tarieven zijn daardoor immers te hoog vastgesteld.

Vervolg: verzoek van ACM aan ProRail tot herberekening variabiliteiten en tarieven

75. ACM heeft ProRail daarom gevraagd⁵⁰ de tarieven van de gebruiksvergoeding 2015 en 2016 opnieuw te berekenen, waarbij de factor complexiteit is verwijderd uit de schattingen van het variabiliteitspercentage van de vijf systemen, waarbij complexiteit als kostenveroorzaker werd gebruikt. ProRail heeft per brief van 16 november 2016⁵¹ antwoord gegeven op deze vraag. De herberekening van de variabiliteiten en de betreffende tarieven is opgenomen in bijlage A bij dit besluit.

76. Voor de deelsystemen 'Baan', 'Telecom railinfra' en 'Treinbeheersing' bleek dat 'complexiteit' de enige factor die resulteerde in de toerekening van kosten aan de gebruiksvergoeding. Voor deze systemen wordt door het verwijderen van de factor complexiteit de variabiliteit dus nul procent. Met andere woorden: de kosten van deze systemen worden in het geheel niet meer toegerekend aan de gebruiksvergoeding voor het minimumtoegangspakket.

77. Voor wat betreft de deelsystemen 'Overwegbeveiliging' en 'Beveiliging' waren er, naast 'complexiteit', ook nog andere factoren, die volgens de oorspronkelijke systematiek van ProRail resulteerden in toerekenbare kosten. Voor deze systemen heeft ProRail de variabiliteit op verzoek van ACM opnieuw geschat en gemotiveerd, waarbij de factor 'complexiteit' als kostenveroorzaker is verwijderd. De nieuwe schattingen en de motivering daarvan worden beoordeeld in paragraaf 3.3, hierna. In diezelfde paragraaf zal ACM ook de nadere onderbouwing beoordelen van de overige vier deelsystemen: 'zijspoor,' 'wissels in zijspoor,' 'overwegbevloering' en 'kunstwerken'. Ook zal ACM daarin concluderen of ProRail heeft voldaan aan de bindende aanwijzing, die ACM haar oplegde in haar besluit *FMN-II*.

3.3 Beoordeling van de herberekende variabiliteiten en tarieven; overige variabiliteiten

78. In de vorige paragraaf is vastgesteld dat voor de systemen 'Baan', 'Telecom, railinfra' en 'Treinbeheersing' de variabiliteit op nihil dient te worden vastgesteld. Van de overige systemen wordt wel een deel van de kosten aan de gebruiksvergoeding toegerekend. Hieronder worden de variabiliteiten van de deelsystemen 'Overwegbeveiliging' en

⁵⁰ Dossiernummer 2016206714.

⁵¹ Dossiernummer 2016102818.

Besluit Openbare versie

'Beveiliging' beoordeeld, zoals bijgesteld door ProRail in haar brief aan brief aan ACM van 16 november 2016.⁵² De overige variabiliteiten zijn afkomstig uit de brief van ProRail en ACM van 30 mei 2016.⁵³ Een en ander volgens het volgende schema:

Naam deelsysteem	Bron	Percentage toerekenbare kosten (oorspronkelijk)	Percentage toerekenbare kosten (na bijstelling)
A. Overwegbeveiliging	brief 16 november 2016	20%	2%
B. Beveiliging	brief 16 november 2016	20%	19%
C. Zijspoor	brief van 30 mei 2016	5%	<i>niet bijgesteld</i>
D. Wissels in zijspoor	brief van 30 mei 2016	5%	<i>niet bijgesteld</i>
E. Overwegbeveiliging	brief van 30 mei 2016	20%	<i>niet bijgesteld</i>
F. Kunstwerken	brief van 30 mei 2016	10%	<i>niet bijgesteld</i>

Algemene beoordeling

79. ACM is van oordeel dat de schattingen van de variabiliteit van deze systemen eenduidig en voldoende gedocumenteerd zijn in het document 'Onderbouwing variabiliteit resterende systemen'. Zo is duidelijk welke expert de schattingen heeft gemaakt en wat zijn expertise en ervaring is. De schattingen zijn daarnaast ook extern getoetst door adviesbureau Civity, in opdracht van ProRail.

80. Dit adviesbureau concludeert, kort gezegd, dat:

(a) de gebruiksvergoeding van ProRail relatief bescheiden is, vooral gezien het zeer hoge netgebruik in Nederland;

(b) over het geheel genomen, de elementen van de variabele onderhoudskosten die door ProRail worden gebruikt realistisch, betrouwbaar en in overeenstemming met internationale ervaring zijn;

(c) een eigen analyse op basis van Europese gegevens en internationale ervaring in iets hogere variabele kosten zou resulteren dan is vastgesteld door ProRail.

Beoordeling per deelsysteem

81. Hieronder volgt de beschrijving van de wijze waarop ProRail de gebruiksgelateerdheid van de kosten van de overige deelsystemen nader heeft onderbouwd. Het gaat om de

⁵² Dossiernummer 2016102818.

⁵³ Dossiernummer 2016101233.

Besluit Openbare versie

deelsystemen waarbij de variatie in complexiteit geen rol (meer) speelt bij de bepaling van het gebruiksgelateerde deel daarvan.

82. De onderbouwing van de variabiliteit van de kosten van deze deelsystemen is door ProRail weergegeven in de bijlagen bij haar brief aan ACM van 30 mei 2016. De door ProRail opnieuw vastgestelde variabiliteitspercentages voor de deelsystemen Overwegbeveiliging en Beveiliging werden tevens nader onderbouwd in haar brief aan ACM van 16 november 2016. Deze onderbouwingen worden hierna samengevat weergegeven.

A. Systeem 'overwegbeveiliging'

83. Onder de noemer 'overwegbeveiliging' vallen systemen ter beveiliging van overwegen, waaronder knipperlichten, slagbomen en treinsignaleringsystemen. Verreweg het grootste deel van de overwegen is beveiligd. De hellingshoek van de curve is door ProRail, na het verzoek van ACM tot herstel, teruggebracht van 20% naar 2%.
84. Er is daarmee nog steeds een relatie tussen de mate van gebruik en onderhoudskosten. De stellers bewegen immers meer naar mate er meer treinen passeren en geven daarmee de relatie van kosten met treingebruik weer. Het effect van de is echter gering, waardoor de variabiliteit hernieuwd is geschat op 2%.
85. ACM is van oordeel dat deze wijze van bepaling van de variabiliteitspercentage van het deelsysteem 'Overwegbeveiliging' in voldoende mate de kosten reflecteert die rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst voortvloeien.

B. Systeem 'beveiliging'

86. Het gaat om de kosten van de diverse systemen voor treinbeveiliging en – detectie (ATB, ATB-vv, ERTMS), die zijn ingebouwd in het spoor en de bijbehorende randapparatuur. Daarnaast bestaan de kosten ook uit de signaleringsapparatuur voor de verkeersleiding en energiekosten.
87. Het model dat ProRail gebruikt voor bepaling van de variabiliteit maakt geen onderscheid naar de verschillende systemen, maar is gebaseerd op een regressieanalyse van de totale kosten die afkomstig is van de NMBS (België) en op informatie van SNCF (Frankrijk).
88. Er zijn twee belangrijke variabelen die de variabiliteit bepalen: enerzijds de kosten voor wisselstellers en wisselcontrole en anderzijds de geïsoleerde lussen. De kosten zijn afhankelijk van het aantal treinpassages. Deze twee variabelen bepalen nagenoeg de gehele variabiliteit van het systeem beveiliging.

Besluit

Openbare versie

89. De onderbouwing van de variabiliteit is voor een klein deel gebaseerd op het element complexiteit. Dit betreft de complexiteit van beveiligingsinstallaties die op intensief gebruikte lijnen groter is. De invloed hiervan is zeer beperkt.
90. Het percentage variabiliteit is door ProRail, na het verzoek van ACM tot herstel, teruggebracht van 20% naar 19%.
91. ACM is van oordeel dat deze wijze van bepaling van de variabiliteitspercentage van het deelsysteem 'beveiliging' in voldoende mate de kosten reflecteert die rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst voortvloeien.

C. Systeem 'zijspoor'

92. Zijspoor betreft al het spoor dat in de regel niet gebruikt wordt voor doorgaande treinritten. Daaronder vallen bijvoorbeeld opstelsporen waar het materieel 's nachts wordt gereinigd en overblijft voor de volgende dienst. Door het beperkt aantal treinbewegingen en de lage snelheid die is toegestaan op die sporen, is de slijtage daarvan als gevolg van treingebruik nagenoeg nihil. Het zijn vooral de weersinvloeden die leiden tot degeneratie. Er zijn echter ook sporen die naar die opstelsporen toe leiden. Die worden uiteraard intensiever gebruikt, slijten daardoor sneller, vereisen daardoor meer onderhoud en kennen aldus iets hogere kosten.
93. Daarom is de relatiegrafiek die ProRail hanteert om de gebruiksgelateerdheid van de kosten van het systeem 'zijspoor' te bepalen niet helemaal vlak, maar loopt iets op (5%). Het aandeel van de variabele kosten van 'zijspoor' in de totale instandhoudingskosten is overigens uiterst gering (0,1%).
94. ACM is van oordeel dat deze wijze van bepaling van de variabiliteit van het deelsysteem 'Zijspoor' in voldoende mate de kosten reflecteert die rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst voortvloeien.

D. Systeem 'wissels in zijspoor'

95. De onderbouwing van het systeem 'wissels in zijspoor' is grotendeels gelijk aan die van het systeem 'zijspoor' zelf: de toegestane snelheid is laag en het gebruik ervan niet intensief is.
96. De relatiegrafiek is op dit onderdeel dus ook niet helemaal vlak, maar loopt in dezelfde mate op als de curve van het systeem 'zijspoor' (5%). Ook het aandeel van de variabele kosten van het systeem wissels in zijspoor in de totale instandhoudingskosten is uiterst gering (0,1%).

Besluit

Openbare versie

97. ACM is van oordeel dat deze wijze van bepaling van de variabiliteit van het deelsysteem 'Wissels in zijspoor' in voldoende mate de kosten reflecteert die rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst voortvloeien.

E. Systeem 'overwegbevoering'

98. Hieronder valt de bevoering van overwegen: meestal betonnen platen of asfaltering die op overwegen is aangebracht om wegverkeer over het spoor mogelijk te maken. Daarvoor dienen dwarsliggers en spoorstaven te worden vereffend met het aansluitende wegdek. Op basis van het bedrijfsmodel van ProRail, is de hellingshoek van de grafiek die de variabiliteit van het systeem 'overwegbevoering' bepaalt, bepaald op 20%. Dit is relatief hoog; de hoogte wordt veroorzaakt doordat overwegbevoeringen het spoor star maken; het spoor 'geeft niet mee' als er een trein over passeert. Passage van treinen heeft daardoor een relatief grote impact op de bevoering – zowel horizontaal als verticaal – en veroorzaakt daarmee relatief veel slijtage aan de bevoering.

99. De relatie van de kosten van overwegbevoering met de gebruiksintensiteit luidt eenvoudigweg: hoe meer treinen een overweg passeren, hoe sneller de degeneratie is van de overgang tussen de baan (het spoor) en de overweg (het weggedeelte). Het aandeel variabele kosten van de overwegbevoering in de totale instandhoudingskosten is zeer gering (0,5%).

100. ACM is van oordeel dat deze wijze van bepaling van de variabiliteit van het deelsysteem 'overwegbevoering' in voldoende mate de kosten reflecteert die rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst voortvloeien.

F. Systeem 'kunstwerken'

101. Hieronder vallen stalen en betonnen bruggen, zowel beweegbare als niet-beweegbare, en tunnels. ProRail geeft aan dat verreweg het grootste deel van de jaarlijkse onderhoudskosten aan kunstwerken niet wordt beïnvloed door het gebruik ervan, maar dat er wel specifieke gebruiksfhankelijke onderhoudskosten mee gemoeid zijn.

102. ProRail schat dat die kosten beperkt zijn en schat de variabiliteit van de kosten van kunstwerken relatief laag in op 10%. Daarbij is te wijzen op specifieke onderhoudskosten zoals die van brugovergangen, een afwijkende wijze van bevestiging van spoorstaven aan dwarsliggers en de trillingsgevoelige mechanische controle-inrichting van beweegbare bruggen. Intensiever gebruik van deze onderdelen leidt tot meer slijtage, dus meer onderhoud en dus (iets) hogere onderhoudskosten dan bij een reguliere spoorbaan.

Besluit Openbare versie

28/36

103. ACM is van oordeel dat deze wijze van bepaling van de variabiliteit van het deelsysteem 'kunstwerken' in voldoende mate de kosten reflecteert die rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst voortvloeien.

Beoordeling van de tarieven na herberekening door ProRail

104. Voor wat betreft de variabiliteiten en de bepaling en onderbouwing daarvan, van de deelsystemen 'baan', 'telecom railinfra' en 'treinbeheersing' wordt de variabiliteit, mits ProRail handelt conform bijlage A bij dit besluit, verlaagd naar 0%, zodat de kosten van deze deelsystemen (alsdan) niet meer worden toegerekend aan de gebruiksvergoeding. Voor wat betreft de variabiliteiten van de deelsystemen 'overwegbeveiliging' en 'beveiliging', wordt verwezen naar de randnummers 83 en 90.
105. Met het aanpassen van de variabiliteiten van deze deelsystemen zouden volgens ACM de kosten van deze deelsystemen, voor wat betreft de dienstregelingsjaren 2015 en 2016, in voldoende mate dat deel van de kosten daarvan weerspiegelen, dat rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst voortvloeit.
106. Het gevolg hiervan is dat de tarieven voor de dienstcategorie 'treinpad' voor 2015 worden verlaagd met 2,04% en voor 2016 met 1,76%. Het tarief van de dienstcategorie 'gebruik bovenleiding' wordt, voor de dienstregelingsjaren 2015 en 2016, ook verlaagd.
107. Mits die tarieven worden bijgesteld conform bijlage A bij het voorliggende besluit, heeft ProRail daarmee voldaan aan de wettelijke eisen ten aanzien van de gebruiksvergoeding en, met name, aan onderdeel IX van de bindende aanwijzing, die ACM aan ProRail oplegde bij besluit van 16 november 2015 (*FMN-II*).

Zienswijze van FMN

108. Zoals in paragraaf 1.3 hiervóór is toegelicht, is FMN in gelegenheid gesteld om op de op de ingediende onderbouwing van ProRail te reageren. Na een reactie van ProRail op de zienswijze van FMN, is FMN nogmaals in de gelegenheid gesteld om daar (in 'dupliek') op te reageren.
109. In opdracht van FMN heeft het adviesbureau EconoVision een contra-expertise uitgevoerd op de motivering van ProRail en het rapport van Civity. EconoVision vindt de motivering van ProRail en Civity inadequaat en concludeert – samengevat – dat het rapport niet voldoende objectief is en een niet voldoende duidelijke en deugdelijke motivering biedt. Op deze contra-expertise is gereageerd door ProRail.
110. ProRail merkt op dat het rapport van EconoVision geen enkele alternatieve benaderingswijze omvat hoe de variabiliteit van de verschillende systemen kan worden

Besluit Openbare versie

bepaald. ProRail merkt ook op dat EconoVision in haar rapport bevindingen van generieke aard opneemt die zienswijze bevatten over de nadere motivering van ProRail van 30 mei 2016, maar meer een globaal oordeel over de door ProRail gehanteerde systematiek. ProRail gaat verder in meer detail in op de conclusies van EconoVision.

111. ACM acht het belangrijk vast te stellen dat EconoVision niet met een alternatieve benadering komt, noch wijst op – bijvoorbeeld – internationale gegevens die er op duiden dat de variabiliteitspercentages door ProRail te hoog of verkeerd worden geschat. ACM is daarbij van oordeel dat EconoVision een bewijslast veronderstelt, die hoger is dan van ProRail mag worden geëist op basis van wettelijke verplichtingen.
112. Zoals ACM reeds eerder opmerkte, in het document *“Toetsingskader systematiek gebruiksvergoeding hoofdspoorweginfrastructuur 2013-2014”*,⁵⁴ vindt de mate van precisie waarmee het variabele deel van de kosten wordt bepaald, zijn grens in het vereiste van proportionaliteit. Dat houdt onder meer in dat, afhankelijk van de omvang van een kostenpost, niet van ProRail mag worden verwacht dat zij steeds met de hoogst mogelijke precisie de omvang en variabiliteit daarvan bepaalt. Dit kan immers administratieve lasten en wellicht ook extra kosten met zich brengen, die niet altijd in verhouding zullen staan tot de omvang van de toe te rekenen kosten(-posten).
113. De opmerkingen die EconoVision op meer detailniveau maakt, worden door ProRail naar het oordeel van ACM afdoende weerlegd in ProRails reactie daarop, die ACM hier onderschrijft.⁵⁵ ACM is daarom van oordeel, dat uit het rapport van EconoVision in ieder geval niet kan worden geconcludeerd dat ProRail niet voldoet aan de eisen die daaraan zijn gesteld in de toepasselijke wet- en regelgeving.

29/36

⁵⁴ ACM (NMa): *“Toetsingskader systematiek gebruiksvergoeding hoofdspoorweginfrastructuur 2013-2014,”* definitief concept, 30 augustus 2011, kenmerk 103806/25.M1463, op www.rijksoverheid.nl, p. 15:

“Het proportionaliteitsbeginsel is een beperking ten aanzien van de nauwkeurigheid waarmee verdeelsleutels de mate van medeveroorzaking van kosten door de exploitatie van de treindienst en door andere ‘cost drivers’ dienen weer te geven. Zo kunnen bijvoorbeeld overheadkosten zoals de kosten van de bedrijfsleiding zeer precies worden toegerekend door de bedrijfsleiding per minuut te laten administreren hoeveel tijd wordt besteed aan verschillende producten. Een dergelijke verdeelsleutel ‘tijdsbesteding per minuut’ is echter zodanig belastend voor een onderneming dat ook een minder ingrijpende verdeelsleutel kan worden gehanteerd, zoals de toerekening van overheadkosten op basis van de omzet van verschillende producten in verhouding tot de totale omzet. Enerzijds moet dus zo nauwkeurig mogelijk causaal worden toegerekend, anderzijds niet zodanig dat dit op zich hoge kosten of onaanvaardbare administratieve lasten met zich brengt.”

⁵⁵ Met uitzondering van de rol van toe- of afname van complexiteit van (deel-)systemen bij het vaststellen van de variabiliteit, zoals toegelicht in paragraaf 3.2, hiervóór.

Besluit Openbare versie

3.4 Conclusie beoordeling door ACM

114. Gezien het bovenstaande, oordeelt ACM dat:

- de variabiliteiten van de deelsystemen 'Overwegbeveiliging' en 'Beveiliging', mits hersteld conform bijlage A bij het voorliggende besluit en toegepast bij de berekening van de gebruiksvergoeding voor diensten uit het minimumtoegangspakket, en;
 - de variabiliteiten van de deelsystemen 'Zijspoor,' 'Wissels in zijspoor,' 'Overwegbeveiliging' en 'Kunstwerken';
en de (nadere) onderbouwing daarvan,
- a) voldoen aan de eisen gesteld in artikel 62, zevende lid , Sw jo. artikel 4, vijfde lid, en artikel 7, derde lid, van Richtlijn 2001/14/EG, en;
 - b) voldoen aan de eisen gesteld in artikel 62, zevende lid , Sw jo artikel 7, derde lid, van Richtlijn 2001/14/EG, en;
 - c) voldoen aan de termen van de bindende aanwijzing, die ACM oplegde aan ProRail bij besluit van 16 november 2015 (*FMN-II*), en;
 - d) niet discriminerend of benadelend zijn of oneerlijke behandeling van spoorwegondernemingen of andere gerechtigden, waaronder de leden van FMN, met zich brengen, in de zin van artikel 71, eerste lid, Sw.

30/36

4 Besluit; bindende aanwijzing

4.1 Dictum

115. Gezien de beoordeling en de conclusie, in paragraaf 3.2 hiervóór, is ACM is van oordeel dat ProRail, door:

- het verschil tussen de huidige infrastructuur (of deelsystemen daarvan) en een minder complexe infrastructuur (of deelsystemen daarvan) te hanteren als maatstaf voor de mate waarin kosten fluctueren met de gebruiksintensiteit van de spoorinfrastructuur;
 - de kosten van die infrastructuur, of deelsystemen daarvan, geheel of deels aan de hand van die maatstaf toe te rekenen aan de gebruiksvergoeding, met name de vergoeding voor diensten uit de dienstcategorieën 'treinpad' en 'gebruik bovenleiding', voor de dienstregelingsjaren 2015 en 2016;
- a) in strijd heeft gehandeld met artikel 62, zevende lid, Sw, jo, artikel 4, vijfde lid, van Richtlijn 2001/14/EG, en;
 - b) in strijd heeft gehandeld met artikel 62, zevende lid, Sw, jo, artikel 7, derde lid, van Richtlijn 2001/14/EG, en;

Besluit Openbare versie

31/36

- c) spoorwegondernemingen en ander gerechtigden, waaronder de leden van FMN, heeft benadeeld, in de zin van artikel 71, eerste lid, Sw, in zoverre als ProRail daardoor, in de dienstregelingsjaren 2015 en 2016 een te hoge gebruiksvergoeding voor diensten uit de dienstcategorieën 'treinpad' en 'gebruik bovenleiding' heeft gebracht bij spoorwegondernemingen en andere gerechtigden, waaronder de leden FMN.
116. Gezien de beoordeling en de conclusies, in paragraaf 3.3 hiervóór, is ACM is van oordeel dat:
- de variabiliteiten van de deelsystemen 'Overwegbeveiliging' en 'Beveiliging', mits hersteld conform bijlage A bij het voorliggende besluit en toegepast bij de berekening van de gebruiksvergoeding voor diensten uit het minimumtoegangspakket, en;
 - de variabiliteiten van de deelsystemen 'Zijspoor,' 'Wissels in zijspoor,' 'Overwegbeveiliging' en 'Kunstwerken';
- en de (nadere) onderbouwing daarvan;
- a) voldoen aan de eisen gesteld in artikel 62, zevende lid , Sw jo. artikel 4, vijfde lid, en artikel 7, derde lid, van Richtlijn 2001/14/EG, en;
 - b) voldoen aan de eisen gesteld in artikel 62, zevende lid , Sw jo artikel 7, derde lid, van Richtlijn 2001/14/EG, en;
 - c) voldoen aan de termen van de bindende aanwijzing, die ACM oplegde aan ProRail bij besluit van 16 november 2015 (*FMN-II*), en;
 - d) niet discriminerend of benadelend zijn of oneerlijke behandeling van spoorwegondernemingen en andere gerechtigden, waaronder de leden van FMN, met zich brengen, in de zin van artikel 71, eerste lid, Sw.
117. Verder is ACM, ook hier gezien de beoordeling en de conclusies, in de paragrafen 3.3 en 3.4 hiervóór, van oordeel dat de gebruiksvergoeding(-en) voor de dienstregelingsjaren 2015 en 2016, voor diensten uit de dienstcategorieën 'treinpad' en 'gebruik bovenleiding,' mits hersteld conform bijlage A bij het voorliggende besluit:
- a) voldoen aan de eisen gesteld in artikel 62, zevende lid , Sw jo. artikel 4, vijfde lid, en artikel 7, derde lid, van Richtlijn 2001/14/EG, en;
 - b) voldoen aan de eisen gesteld in artikel 62, zevende lid , Sw jo artikel 7, derde lid, van Richtlijn 2001/14/EG, en;
 - c) voldoen aan de termen van de bindende aanwijzing, die ACM oplegde aan ProRail bij besluit van 16 november 2015 (*FMN-II*), en;

Besluit Openbare versie

- d) niet discriminerend of benadelend zijn of oneerlijke behandeling met zich brengen van spoorwegondernemingen en andere gerechtigden, waaronder de leden van FMN, in de zin van artikel 71, eerste lid, Sw.

4.2 Bindende aanwijzing

- 118. Gezien het bovenstaande, legt de Autoriteit Consument en Markt, op grond van artikel 71, vierde lid, van de Spoorwegwet, jo. artikel 12j van de *Instellingswet Autoriteit Consument en Markt*, de volgende bindende aanwijzingen op aan ProRail.
- 119. ProRail dient, voor wat betreft de dienstregelingsjaren 2015 en 2016:
 - I. de variabiliteiten, zoals weergegeven in Tabellen 1, 2, 3 en 4 van Bijlage A bij dit besluit, te hanteren. Deze dienen voor de toerekening van kosten van de daarin weergegeven deelsystemen aan de (tarieven van de) gebruiksvergoeding voor de dienstcategorieën 'treinpad' en 'gebruik bovenleiding';
 - II. de gebruiksvergoeding (tarieven) voor de diensten uit de dienstcategorieën 'treinpad' en 'gebruik bovenleiding' te hanteren (volgens Tabellen 5, 6 en 7 van Bijlage A bij dit besluit).
- 120. Verder dient ProRail, voor wat betreft de dienstregelingsjaren 2015 en 2016:
 - III. de variabiliteiten en de (tarieven van de) gebruiksvergoeding voor de dienstcategorie 'treinpad', herberekend conform aanwijzingen I en II hiervóór, bekend te maken aan spoorwegondernemingen en andere gerechtigden, in ieder geval aan de leden van FMN,

Besluit Openbare versie

- IV. juridisch bindende regelingen te treffen met spoorwegondernemingen en andere gerechtigden, waaronder in ieder geval de leden van FMN, strekkend tot terugbetaling, verrekening, creditering of anderszins, van het verschil tussen:
- enerzijds, de (tarieven van de) gebruiksvergoeding voor de dienstcategorieën ‘treinpad’ en ‘gebruik bovenleiding’, zoals vastgesteld conform aanwijzingen I en II, hiervóór;
 - anderzijds,
 - de tarieven die ProRail is overeengekomen met, dan wel;
 - in rekening heeft gebracht bij,spoorwegondernemingen en andere gerechtigden voor het gebruik van diensten uit de dienstcategorieën ‘treinpad’ en ‘gebruik bovenleiding’, met betrekking tot de dienstregelingsjaren 2015 en 2016.

Autoriteit Consument en Markt
namens deze,

(w.g.)

mw. A.M. Schilperoort
Teammanager Telecom, Vervoer en Post

Beroep

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven te Den Haag. Het postadres is: College van Beroep voor het bedrijfsleven, Postbus 20021, 2500 EA 's-Gravenhage.

Het beroepschrift moet zijn ondertekend en moet ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het beroep is gericht bevatten. Voorts moet het beroepschrift de gronden van het beroep bevatten en dient een afschrift van het bestreden besluit te worden meegezonden. Voor het instellen van beroep is griffierecht verschuldigd. Informatie hierover kan worden ingewonnen bij de griffie van het College, telefonisch bereikbaar op (070) 381 39 10 of (070) 381 39 30.

33/36

Bijlage A bij het besluit van ACM met kenmerk ACM/DTVP/2016/207693

i. **Tabellen 1 tot en met 4: herberekende variabiliteitspercentages 2015 en 2016**

Tabel 1: totale variabiliteitspercentages kosten onderhoud en beheer
(2015, herberekend)

Variabiliteit kosten beheer en onderhoud (totaal, 2015, herberekend)			
	was	wordt	Verlaging tarief
Variabiliteit	35,7%	34,8%	-2,52%

Tabel 2: variabiliteitspercentages individuele kostenposten onderhoud en beheer
(2015, herberekend)

Variabiliteit kosten beheer en onderhoud (per kostenpost, 2015, herberekend)	Bedragen in miljoen €			
	totaal	was	wordt	verschil
Beheer, KO en GO	€ 479,1	€ 171,0	€ 166,7	-2,52%
CV met variabiliteit Beheer, KO en GO	€ 1,5	€ 0,5	€ 0,5	-2,52%
CV en VL overig		€ 46,8	€ 46,8	0,00%
Bovenbouwvernieuwing		€ 34,2	€ 34,2	0,00%
subtotaal		€ 252,6	€ 248,3	-1,71%
Bovenleiding en opstellen (deels var. onderhoud)		€ -53,1	€ -52,8	-0,49%
Treinpad		€ 199,5	€ 195,4	-2,04%
Inclusief indexatie naar prijspeil 2015		€ 210,2	€ 205,9	-2,04%

Tabel 3: totale variabiliteitspercentages kosten onderhoud en beheer
(2016, herberekend)

Variabiliteit kosten beheer en onderhoud (totaal, 2016, herberekend)			
	was	wordt	verschil
Variabiliteit	36,1%	35,3%	-2,22%

Besluit
Openbare versie

Tabel 4: variabiliteitspercentages individuele kostenposten onderhoud en beheer (2016, herberekend)

Variabiliteit kosten beheer en onderhoud (per kostenpost, 2016, herberekend)	Bedragen in miljoen €			
	totaal	was	wordt	verschil
Beheer, KO en GO	€ 520,3	€ 187,8	€ 183,7	-2,22%
CV met variabiliteit Beheer, KO en GO	€ 1,2	€ 0,4	€ 0,4	-2,22%
CV en VL overig		€ 51,7	€ 51,7	0,00%
Bovenbouwvernieuwing		€ 35,5	€ 35,5	0,00%
subtotaal		€ 275,5	€ 271,3	-1,51%
Bovenleiding en opstellen (deels var. onderhoud)		€ -51,7	€ -51,5	-0,44%
Treinpad		€ 223,7	€ 219,8	-1,76%
Inclusief indexatie naar prijspeil 2016		€ 233,3	€ 229,2	-1,76%

35/36

ii. **Tabellen 5 tot en met 7: herberekende tarieven 2015 en 2016**

Tabel 5: herberekende tarieven gebruiksvergoeding 2015 en 2016 - treinpad
(dienstcategorie passagiersvervoer)

Gewichtsklassen	Tarieven 2015 (prijspeil 2015), in €	Tarieven 2016 (prijspeil 2016), in €
0 - 120 ton (vanaf jaar 2016)		0,8830
0 - 160 ton (jaar 2015)	0,9194	
121 - 160 ton (vanaf jaar 2016)		1,1049
161 – 320 ton	1,3076	1,3996
321 - 600 ton	1,8270	1,9556
601 - 1.600 ton	2,9258	3,1317
1.601 - 3.000 ton	3,5228	3,7707
>3.000 ton	3,8214	4,0903

Besluit
Openbare versie

Tabel 6: herberekende tarieven gebruiksvergoeding 2015 en 2016 - treinpad
(dienstcategorie goederenvervoer)

Gewichtsklasse	Tarieven 2015 (prijspeil 2015), in €	Tarieven 2016 (prijspeil 2016), in €
0 - 120 ton (vanaf jaar 2016)		2,3157
0 - 160 ton (jaar 2015)	1,9789	
121 - 160 ton (vanaf jaar 2016)		2,3157
161 – 320 ton	2,2532	2,6074
321 - 600 ton	2,3805	2,7417
601 - 1.600 ton	2,3805	2,7417
1.601 - 3.000 ton	2,3805	2,7417
>3.000 ton	3,2426	3,6548

Tabel 7: herberekende tarieven gebruiksvergoeding 2015 en 2016 - bovenleiding

	Tarief 2015 (prijspeil 2015), in €	Tarief 2016 (prijspeil 2016), in €
Gebruik bovenleiding	0,032189	0,035863