

Besluit Openbare versie

Ons kenmerk: ACM/DTVP/2015/206806

Zaaknummer: 15.0909.39

Datum: 16 november 2015

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) op grond van artikel 71 van de Spoorwegwet (hierna: Sw) over de gebruiksvergoeding spoor in 2015 en 2016 naar aanleiding van de aanvraag ingediend door de Federatie Mobiliteitsbedrijven Nederland (hierna: FMN).

1 Inleiding

1. Het voorliggende besluit is een oordeel van ACM, op grond van artikel 71, eerste en tweede lid, Sw. Aanleiding voor dit besluit is een verzoek van vier regionale spoorwegondernemingen:
 - Arriva Personenvervoer BV;
 - Connexxion Openbaar Vervoer NV;
 - Syntus Openbaar vervoer BV, en;
 - Veolia Transport Nederland BV,verenigd in de vereniging met rechtspersoonlijkheid, FMN.
2. FMN verzocht ACM op 18 december 2014 om een oordeel over diverse aspecten van de vergoeding voor het gebruik van de hoofdspoorweginfrastructuur, bedoeld in artikel 62 Sw (hierna: de gebruiksvergoeding), voor de dienstregelingjaren 2015 en 2016. Op 2 juli 2015 nam ACM een besluit¹ naar aanleiding van die aanvraag (hierna: *Besluit gebruiksvergoeding spoor 2015 en 2016*). 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. In het voorliggende besluit toetst ACM alsnog die twee onderdelen van de aanvraag van FMN.
3. Zoals uiteengezet in het *Besluit gebruiksvergoeding spoor 2015 en 2016*, toetst ACM of de verhoging van de gebruiksvergoeding die ProRail aankondigde in de Netverklaringen voor de dienstregelingjaren 2015 en 2016, voldoet aan de eisen die daaraan krachtens de Sw zijn gesteld. Meer specifiek beoordeelt ACM in het voorliggende besluit de wijze waarop ProRail bepaalt:

¹ Besluit van ACM van 2 juli 2015, kenmerk ACM/DTVP/2015/203733, zaaknummer 14.1382.39.

Besluit Openbare versie

- welk deel van de kosten van het onderhoud van spoor en wissels toerekenbaar is aan de gebruiksvergoeding;
 - welk deel van de kosten van vervangingsinvesteringen toerekenbaar is aan de gebruiksvergoeding.
4. Voor beide zaken geldt, volgens artikel 62, zevende lid, Sw jo. artikel 7, derde lid, van Richtlijn 2001/14/EG, dat enkel het deel van de kosten dat 'rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst voortvloeit' mag worden toegerekend aan de gebruiksvergoeding voor diensten uit het minimumtoegangspakket.²

2 Verloop van de procedure

5. Voor het verloop van de behandeling van de aanvraag van FMN tot en met 2 juli 2015, zij hier verwezen naar het *Besluit gebruiksvergoeding spoor 2015 en 2016*. Na de genoemde datum heeft de procedure het volgende verloop gekend, tot aan het moment waarop ACM het voorliggende besluit heeft genomen.
6. Op 30 september 2015 heeft ProRail haar motivering van de variabiliteit van de onderhoudskosten van spoor en wissels en de variabiliteit van de vervangingsinvesteringen (hierna: *Motivering variabiliteit*) aan ACM voorgelegd.
7. Op 9 oktober 2015 heeft ACM een aantal vragen gesteld aan ProRail over de *Motivering variabiliteit*. ProRail heeft deze vragen op 20 oktober 2015 beantwoord.
8. Op 4 november 2015 heeft FMN per brief haar zienswijze op de motivering van de variabiliteiten gegeven.
9. Op 9 november 2015 heeft ProRail per e-mail geantwoord op enkele mondelinge vragen van ACM over het zogenoemde 'normurenboek bruggenonderhoud'.

² Voor zover geen toepassing is gegeven aan artikel 62, tweede lid, Sw. Thans is dit enkel het geval ten aanzien van het hogesnelheidsnet: Besluit van 3 maart 2015, houdende aanwijzing hogesnelheidsnet en vaststelling van regels voor HSL-heffing 2015, *Stb.* 2015, 104.

3 Juridisch kader

3.1 Wettelijke bepalingen

10. Aan de gebruiksvergoeding voor het minimumtoegangspakket voor gebruik van de hoofdspoorweginfrastructuur zijn, bij of krachtens de Spoorwegwet, de volgende eisen gesteld:

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 6 van Richtlijn 2001/14/EG

[...]

5. Er wordt een methode voor de toerekening van de kosten opgesteld. De lidstaten kunnen verlangen dat deze methode vooraf wordt goedgekeurd. De methode moet op gezette tijden worden aangepast aan de beste internationale praktijk.

Artikel 7 van Richtlijn 2001/14/EG

[...]

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.

[...]

3.2 Jurisprudentie

11. De navolgende jurisprudentie ten aanzien van artikel 7, derde lid, van Richtlijn 2001/14/EG, is van belang:

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.

Besluit

Openbare versie

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.

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.³

12. Voorts merkt ACM op dat ook 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 eerst 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.
13. Het is vervolgens aan ACM om te beoordelen, in het kader van ambtshalve onderzoek op grond van artikel 70 Sw of een geschil 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 om (kosten-)gegevens die alleen bij ProRail bekend zijn.

4 Beoordeling ACM

4.1 De variabiliteit van onderhoudskosten van spoor en wissels

14. Met de term ‘variabiliteit’ doelt ProRail op het percentage van de integrale (totale) beheerkosten van ProRail dat varieert, naarmate het aantal treindiensten (treinritten)

³ 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

varieert. Andersom gesteld zijn variabele kosten volledige kostenposten of onderdelen van kostenposten die rechtstreeks uit de exploitatie van de treindienst voortvloeien; ofwel de kosten die gebruiksgelateerd zijn.⁴ De variabiliteit van een specifieke kostenpost is het percentage van de totale begrote kosten (zowel vaste als variabele kosten) in één jaar dat ProRail toerekent aan de tarieven voor een dienstregelingjaar.

15. De variabiliteit van de onderhoudskosten voor spoor en wissels wordt door ProRail genoemd in het document *Tariefberekening gebruiksvergoeding voor 2015* en *Tariefberekening gebruiksvergoeding voor 2016*,⁵ respectievelijk in tabel 9 en tabel 10.⁶
16. De variabiliteit voor onderhoudskosten van spoor en wissels wordt toegepast op de totale begrote kosten, gemoeid met het onderhoud van 16 verschillende spoorweginfrastructuursystemen (hierna: de systemen) die ProRail in beheer heeft en die (mede) benodigd zijn voor het aanbieden van de diensten uit het minimumtoegangspakket.
17. De genoemde systemen zijn benoemd in tabel 2 van de *Motivering variabiliteit*. Het hoofdspoor en de wissels in het hoofdspoor zijn, qua omvang van hun onderhoudskosten, de twee voornaamste van die 16 systemen. Andere systemen die deel uitmaken van de infrastructuur zijn bijvoorbeeld zijsporen, de wissels daarin, de energievoorziening en systemen voor spoorbeveiliging en telecommunicatie. Tabel 1 vermeldt de systemen, de door ProRail bepaalde variabiliteit van onderhoudskosten per systeem en de bron op basis waarvan die variabiliteit is bepaald.

⁴ De termen "variabel," "direct uit de exploitatie van de treindienst voortvloeiend" en "gebruiksgelateerd" worden hier verder als synoniemen gebruikt. Zie ook randnummer 32 van het *Besluit gebruiksvergoeding spoor 2015 en 2016*.

⁵ ProRail, respectievelijk 26 maart 2014 en 15 oktober 2014.

⁶ De waarde van die variabiliteiten bedraagt in 2015 en 2016 respectievelijk 35,7% en 36,1%.

Besluit Openbare versie

6/21

Nummer	Systeemnaam	variabiliteit	bron
1	baan	3%	schatting
2	hoofdspoor	51%	UIC-fiche ⁷
3	zijspoor	5%	schatting
4	wissels in hoofdspoor	51%	UIC-fiche
5	wissels in zijspoor	5%	schatting
6	heuvelsystemen	0%	schatting
7	overweg bevoering	20%	gegevens SNCF ⁸
8	overweg beveiliging	20%	gegevens SNCF
9	kunswerken	10%	normurenboek bruggenonderhoud oud-NS
10	energievoorziening, tractie	20%	gegevens SNCB ⁹ , SNCF en NS Railinfra-beheer
11	energievoorziening, diesel	0%	schatting
12	beveiliging	20%	gegevens SNCB
13	telecom, stations	0%	schatting
14	telecom, railinfra	2%	schatting
15	treinbeheersing	2%	schatting
16	railgebonden gebouwen	0%	schatting

Tabel 1. De verschillende systemen en de variabiliteit voor onderhoudskosten per systeem.

4.1.1 Maatstaf voor het gebruik van infrastructuur: fictief dagtonnage

18. De hier relevante kosten worden gebruiksgelateerd doordat er sprake is van slijtage als gevolg van treingebruik. Slijtage aan de systemen is afhankelijk van verschillende factoren. Als maat voor het gebruik van het spoor – en dus maat voor de factoren die slijtage veroorzaken – gebruikt ProRail het zogenaamde fictief dagtonnage. ProRail beschrijft de berekening van het fictief dagtonnage in bijlage 3 van het document *Motivering variabiliteit*.

⁷ Zie randnummer 24 voor uitleg van het begrip UIC fiche.

⁸ Franse spoorwegen.

⁹ Belgische spoorwegen.

Besluit

Openbare versie

19. Uit dat document blijkt dat het fictief dagtonnage als volgt wordt vastgesteld. Eerst wordt het statische dagtonnage¹⁰ vermenigvuldigd met de zogenaamde 'stootfactor'. De stootfactor omvat, buiten het gewicht van een trein, ook andere factoren die de mate van slijtage van de infrastructuur beïnvloeden, zoals de snelheid van treinen en of het om personen- of goederentreinen gaat. De berekening van de stootfactor die ProRail hanteert, is gebaseerd op enerzijds een document van de 'Union internationale des chemins de fer' (hierna: UIC), UIC-fiche 714, en anderzijds meetdata van ProRail zelf. In de meetdata van ProRail wordt de werkelijke belasting van het spoor door stilstaande treinen van een bepaald gewicht vergeleken met de werkelijke belasting door rijdende treinen van datzelfde gewicht.
20. ACM is van oordeel dat het fictief dagtonnage en de wijze waarop ProRail dat bepaalt, een goede manier is om de verschillende factoren die de mate van slijtage beïnvloeden, in één eenheid vast te leggen. Deze eenheid omvat immers een aantal factoren die, in meer of mindere mate, slijtage aan de infrastructuur veroorzaken en daarmee kosten genereren die voortvloeien uit de exploitatie van de treindienst.

Conclusie ACM

21. Door het hanteren van voornoemde toerekeningswijze voldoet ProRail aan de wettelijke eisen die aan de gebruiksvergoeding zijn gesteld. De gebruiksvergoeding voor de dienstregelingjaren 2015 en 2016 is daarom op dit aspect niet onredelijk of benadelend in de zin van artikel 71 Sw.

4.1.2 Bepalen van de totale kosten als functie van het fictief dagtonnage

22. ProRail bepaalt in eerste instantie per systeem de curve die de totale onderhoudskosten als functie van het fictief dagtonnage weergeeft (hierna: de relatiecurve). De gebruikte methode om de relatiecurve te bepalen verschilt per systeem. Deze methoden worden hierna beschreven en beoordeeld.
23. Uiteindelijk worden de verschillende relatiecurves samengevoegd tot een totale relatiecurve voor het onderhoud van alle 16 systemen als functie van het fictief dagtonnage (zie randnummers 56 en 57).

¹⁰ Het werkelijke gewicht van alle treinen die per dag over een stuk spoor rijden.

Besluit

Openbare versie

4.1.3 De variabiliteit van de kosten van hoofdspoor en wissels in hoofdspoor

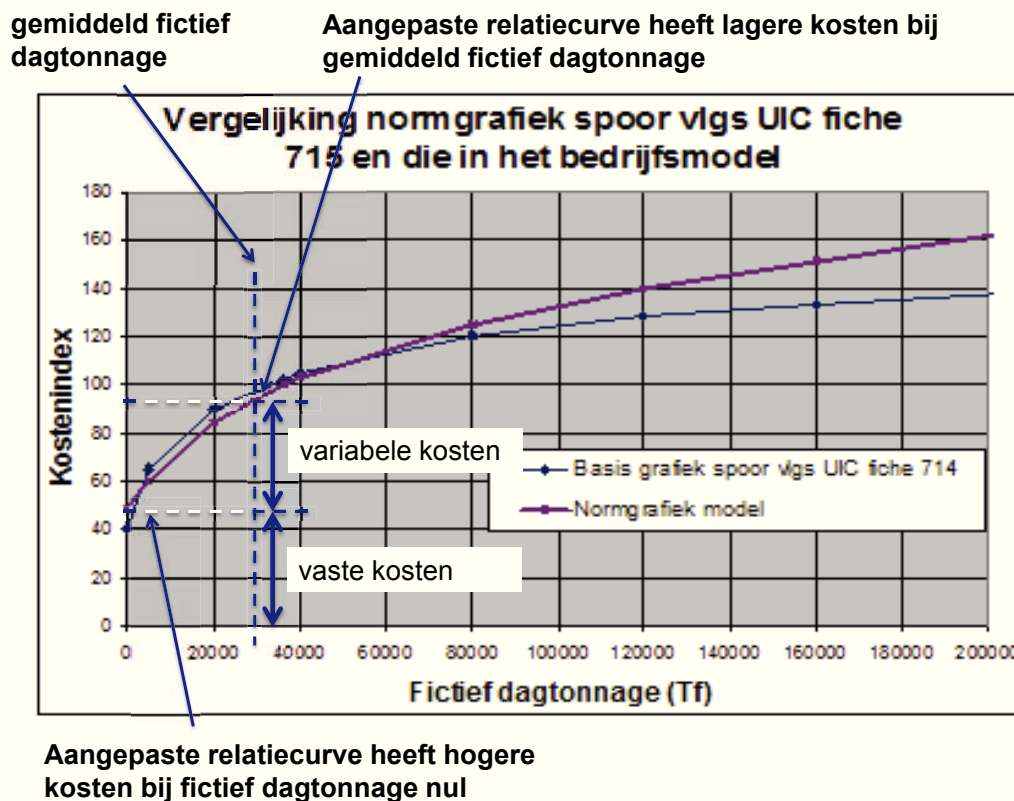
24. Voor het bepalen van de variabiliteit van alleen hoofdspoor en wissels in hoofdspoor (2 van de 16 systemen) neemt ProRail UIC-fiche 715 als basis voor het bepalen van de relatiecurve die de totale onderhoudskosten als functie van het fictief dagtonnage weergeeft. Deze relatiecurve van het UIC wordt door ProRail – in beperkte mate – aangepast aan de Nederlandse situatie op basis van ervaringscijfers uit de tijd dat onderhoud nog door de spoorbeheerder (destijds: NS Railinfrabeheer de organisatie die tot 2005 belast was met het beheer van de Nederlandse hoofdspoorweginfrastructuur) werd uitgevoerd (thans wordt dit door externe aannemers uitgevoerd).¹¹ Uit die ervaringscijfers blijkt dat de onderhoudskosten voor de delen van het spoor die het zwaarst en het lichtst belast worden voor de Nederlandse situatie hoger zijn dan de relatiecurve van de UIC aangeeft.
25. ACM constateert dat de aanpassing resulteert in een lagere variabiliteit. Immers, uit figuur 2 van de *Motivering variabiliteit* blijkt dat de aangepaste relatiecurve (aldaar in rood aangeduid) iets hogere totale kosten heeft bij een fictief dagtonnage van nul (dit zijn geheel vaste kosten) en iets lagere totale kosten bij het gemiddelde fictief dagtonnage. Dit resulteert in iets lagere variabele kosten en, samen met de hogere vaste kosten, in een lagere variabiliteit van de onderhoudskosten van hoofdspoor en wissels in hoofdspoor (zie Figuur 1). FMN lijkt er in haar zienswijze van 4 november 2015 van uit te gaan dat de aanpassing resulteert in een hogere variabiliteit.¹² De variabiliteit wordt door de aanpassing echter lager en de gebruiksvergoeding daardoor ook.

¹¹ ProRail, *Motivering variabiliteit*, blz. 7.

¹² FMN, brief van 4 november 2015, blz 2: "Dit duurder onderhoud correspondeert echter niet met de relatiegrafiek".

Besluit
Openbare versie

9/21



Figuur 1. UIC-curve en de aanpassing die ProRail daarop maakt voor het schatten van de variabiliteit van hoofdspoor en wissels in hoofdspoor.

26. FMN merkt op dat ProRail “oude ervaringscijfers” gebruikt bij het bepalen van de variabiliteit.¹³ ACM acht het echter niet onredelijk dat bij het bepalen van de variabiliteit gebruik wordt gemaakt van ervaringscijfers van enige jaren terug. Immers, het is niet aannemelijk dat de variabiliteit snel wijzigt. FMN stelt dat aannemers al jaren lagere prijzen hanteren en dat er op een andere manier wordt gecontracteerd. ACM merkt op dat die zaken mogelijk bijdragen aan lagere totale kosten (hier: vaste plus variabele), maar dat daarmee niet op voorhand aannemelijk is dat dit resulteert in een andere variabiliteit c.q. een ander percentage variabele kosten. FMN maakt in ieder geval niet aannemelijk dat het percentage variabele kosten recent lager zou zijn geworden door de factoren waar zij op wijst.

¹³ FMN, brief van 4 november 2015, blz. 2, 3, 4 en 6.

Besluit

Openbare versie

27. ACM acht het baseren van de variabiliteit van het onderhoud van hoofdspoor en wissels in het hoofdspoor op de relatiecurve aan de hand van UIC-fiche 715, een goede methode om de gebruiksgelateerde kosten daarvan te bepalen. ACM acht het ook redelijk dat ProRail de curve uit het UIC-fiche heeft aangepast op basis van ervaringscijfers. Daarmee wordt de relatiecurve van de UIC immers representatiever gemaakt voor de Nederlandse situatie.

Conclusie ACM

28. Deze wijze van bepaling van de variabiliteit van onderhoudskosten van hoofdspoor en wissels in het hoofdspoor, voldoet aan de wettelijke eisen die aan de gebruiksvergoeding zijn gesteld. De methode geeft in voldoende mate de relatie tussen treingebruik en de kosten die daardoor worden veroorzaakt weer.
29. De geschetste wijze van bepaling van de variabiliteit van kosten van hoofdspoor en wissels in het hoofdspoor maakt de gebruiksvergoeding voor de dienstregelingjaren 2015 en 2016 daarom niet onredelijk of benadelend in de zin van artikel 71 Sw.

4.1.4 De variabiliteit van de kosten van energievoorziening voor tractie

30. ProRail baseert de variabiliteit van het systeem energievoorziening voor tractie (het rijden met elektrische treinen) op gegevens van de Belgische en Franse spoorbeheerders en het voormalige NS Railinfrabeheer.¹⁴ Op basis van deze gegevens schat ProRail een relatiecurve, die resulteert in een variabiliteit van 20%.¹⁵
31. ACM is van oordeel dat de gebruikte methode en de uitvoering daarvan een redelijke manier is om de variabiliteit van de kosten van het systeem energievoorziening voor tractie te benaderen. De door ProRail geschatte relatiecurve komt goed overeen met de kostenrealisatie van NS Railinfrabeheer en de gegevens van de Belgische en Franse spoorbeheerders ondersteunen dit nog eens extra.

¹⁴ ProRail, *Motivering variabiliteit*, blz. 19-21.

¹⁵ ProRail, *Motivering variabiliteit*, zie figuur 17 en tabel 2 en beantwoording van vragen variabiliteit van 20 oktober 2015, antwoord op vraag 5.

Besluit

Openbare versie

Conclusie ACM

32. Deze wijze van bepaling van de variabiliteit van de onderhoudskosten van de energievoorziening voor tractie voldoet aan de wettelijke eisen die aan de gebruiksvergoeding zijn gesteld. De methode geeft in voldoende mate de relatie tussen treingebruik en de kosten die daardoor worden veroorzaakt weer.
33. De geschetste wijze van bepaling van de variabiliteit van de onderhoudskosten van de energievoorziening voor tractie maakt de gebruiksvergoeding voor de dienstregelingjaren 2015 en 2016 daarom niet onredelijk of benadelend in de zin van artikel 71 Sw.

4.1.5 De variabiliteit van de kosten van andere infrastructuursystemen

34. ProRail geeft aan dat voor de schatting van de variabiliteit van de overige systemen geen nadere onderbouwing van de relatiecurves beschikbaar is.¹⁶ Het betreft hier niet nader gedocumenteerde schattingen van experts. Hierna beschrijft en beoordeelt ACM deze schattingen.
35. Voor de systemen heuvelsysteem, energievoorziening voor dieseltreinen, telecommunicatie op stations (bijvoorbeeld omroep) en railgebonden gebouwen is de schatting dat er geen sprake is van gebruiksgelateerde kosten.
36. ACM is van oordeel dat deze schatting van ProRail redelijk is. Het is immers aannemelijk dat de kosten van de genoemde systemen niet variëren met (de intensiteit van) het gebruik daarvan.
37. Voor de systemen baan, zijspoor, wissels in zijspoor, kunstwerken, telecom railinfra en treinbeheersing maakt ProRail schattingen van de variabiliteit die varieert van 2% tot 10%.
38. ACM is van oordeel dat deze variabiliteiten, waarvoor de motivering alleen uit niet nader gedocumenteerde schattingen van experts bestaat, niet voldoende gemotiveerd zijn om te kunnen beoordelen of ProRail voldoet aan de wettelijke eis dat alleen de 'direct uit de exploitatie voortvloeiende kosten' dienen te worden toegerekend. De in bijlage 8 van de *Motivering variabiliteit* door ProRail genoemde toets doet daar niet aan af. ACM licht dit toe in de randnummers 40 en 41.

¹⁶ ProRail, *Motivering variabiliteit*, blz. 8.

Besluit

Openbare versie

39. ACM is van oordeel dat schattingen van experts eenduidig en gedocumenteerd dienen te zijn. Zo moet de herkomst en de frequentie van de schattingen duidelijk zijn. Waar mogelijk dienen deze schattingen extern getoetst te worden. Als onderdeel van die documentatie dient ProRail in ieder geval aan te geven waaruit de (gebruiksgerelateerde) slijtage van het betreffende systeem bestaat en dient ProRail een kwalitatieve toelichting te geven op de grootte van de slijtage c.q. variabiliteit. Voor de schattingen van de variabiliteiten die ProRail hier doet is dit alles niet het geval.
40. In bijlage 8 van de *Motivering variabiliteit* is aangegeven dat in opdracht van ProRail door een extern bedrijf (**[vertrouwelijk: XX]**) is getoetst in hoeverre het bedrijfsmodel de gerealiseerde kosten voldoende goed schat. Het bedrijfsmodel bestaat uit de relatiecurves voor alle 16 systemen en dus ook de variabiliteiten van al die systemen. ProRail kent van 99 trajecten (lijnen) de gerealiseerde onderhoudskosten, het gebruik (fictief dagtonnage) en de samenstelling van de trajecten. Door de onderhoudskosten die op basis van het bedrijfsmodel voorspeld zijn, te vergelijken met de gerealiseerde onderhoudskosten, kan volgens ProRail op totaalniveau voor alle systemen samen worden getoetst of de in het model opgenomen variabiliteiten van de systemen de gerealiseerde onderhoudskosten voldoende beschrijven. ProRail geeft aan dat uit die toets is gebleken dat het bedrijfsmodel (en dus de variabiliteiten) de gerealiseerde onderhoudskosten voldoende beschrijft.
41. ACM is van oordeel dat deze toets niet het geconstateerde gebrek in de motivering van de variabiliteit opheft. Het is niet duidelijk welke conclusies over de nauwkeurigheid van variabiliteiten uit die toets kunnen worden getrokken. Onduidelijk is bijvoorbeeld hoe die toets zou uitvallen indien de waarden van de variabiliteiten anders waren geschat. De vraag of er in dat geval een betere of minder goede overeenkomst tussen model en realisatie mogelijk was geweest, is immers niet beantwoord. Naar het oordeel van ACM kan door deze onduidelijkheid deze toets niet zorgen voor de noodzakelijke controle op de schatting. Indien de toets die ProRail uitvoert een voldoende controle zou geven op de nauwkeurigheid van de schatting van de variabiliteiten, zou het ook mogelijk moeten zijn om op basis van diezelfde data met een regressieanalyse de variabiliteiten direct te schatten. Dat is, zoals ProRail zelf aangeeft, niet het geval.¹⁷
42. Voor de systemen overweg bevoering, overweg beveiliging en beveiliging (in het algemeen) is in tabel 2 van het document *Motivering variabiliteit* aangegeven dat de

¹⁷ ProRail, *Motivering variabiliteit*, blz. 3.

Besluit

Openbare versie

variabiliteit van deze systemen is gebaseerd op gegevens van Belgische en Franse spoorwegondernemingen.

43. ACM stelt vast dat de documenten of gegevens van die spoorwegondernemingen ontbreken, waardoor sprake is van een schatting die verder niet gedocumenteerd is. ACM is van oordeel dat hiervoor hetzelfde geldt als voor de in randnummer 37 genoemde systemen en het gestelde in randnummer 38 tot en met 41.
44. ProRail baseert de variabiliteit van het systeem kunstwerken (bruggen, betonnen kunstwerken, duikers en tunnels) op haar normurenboek bruggenonderhoud.¹⁸
45. ACM stelt vast dat het normurenboek bruggenonderhoud ontbreekt en niet meer te achterhalen is¹⁹ waardoor sprake is van een verder niet gedocumenteerde schatting. ACM is van oordeel dat hiervoor hetzelfde geldt als voor de in randnummer 37 genoemde systemen en het gestelde in randnummer 38 tot en met 41.
46. FMN stelt vragen bij de toerekening van variabele kosten van alle systemen behalve de systemen hoofdspoor en wissels in het hoofdspoor. FMN merkt op dat het UIC-fiche alleen voor spoor en wissels de relatie tussen onderhoudskosten en gebruik uitwerkt. Die vragen worden volgens FMN versterkt door het feit dat er voor de overige 14 systemen geen relatie is tussen gebruik en vervangingsinvesteringen (zie hiervoor onderdeel 4.2). FMN vraagt zich verder af hoe deze variabiliteiten worden bepaald.²⁰
47. ACM is van oordeel dat de variabiliteit van de onderhoudskosten van een deel van deze 14 systemen voldoende door ProRail is aangetoond. Zoals in randnummer 51 is aangegeven, dient die motivering van de variabiliteiten van een aantal systemen te worden verbeterd. Uit het feit dat het UIC-fiche alleen voor spoor en wissels de relatie tussen onderhoudskosten en gebruik uitwerkt en de vervangingsinvesteringen voor de overige 14 systemen niet afhankelijk zijn van gebruik, kan echter naar het oordeel van ACM niet worden afgeleid dat de onderhoudskosten van deze 14 systemen geheel niet gebruikafhankelijk zijn. FMN maakt ook verder niet aannemelijk waarom de (onderhouds-) kosten van de systemen met variabiliteit groter dan 0%, geheel niet gebruiksgelateerd zouden zijn.

¹⁸ ProRail, *Motivering variabiliteit*, blz. 8.

¹⁹ ProRail, e-mail, 9 november 2015.

²⁰ FMN, brief 4 november 2015, blz. 4 en 5.

Besluit

Openbare versie

Conclusie ACM

48. Deze wijze van bepaling van de variabiliteiten van de onderhoudskosten van de systemen baan, zijspoor, wissels in zijspoor, overweg bevoering, overweg beveiliging, kunstwerken, beveiliging, telecom railinfra en treinbeheersing voldoet niet aan de wettelijke eisen die aan de gebruiksvergoeding zijn gesteld. De methode geeft in onvoldoende mate zekerheid over de relatie tussen treingebruik en de kosten die daardoor worden veroorzaakt weer.
49. Daarbij overweegt ACM dat de toegangsovereenkomsten voor het dienstregelingjaar 2016 binnen afzienbare tijd moeten worden afgesloten tussen ProRail en de in Nederland opererende spoorwegondernemingen, waaronder de leden van FMN. Door onvoldoende motivering van de variabiliteiten – ook na hernieuwde onderbouwing door ProRail - is er blijvende onzekerheid over de rechtmatigheid van de tarieven voor 2015 en 2016. Daarmee benadeelt ProRail de spoorwegondernemingen die een toegangsovereenkomst willen afsluiten door hen in onzekerheid te houden over controleerbare rechtmatigheid van de tarieven.
50. De geschetste wijze waarop ProRail de variabiliteit van kosten van spoor en wissels heeft bepaald, maakt de gebruiksvergoeding voor de dienstregelingjaren 2015 en 2016 om de bovenstaande redenen niet redelijk; de vertraging in de hernieuwde onderbouwing ervan werkt benadelend, met name in het proces van de totstandkoming van de toegangsovereenkomsten voor 2016. Daarom voldoet ProRail niet aan artikel 71, eerste lid, Sw.

Gevolgen van de conclusie

51. Gelet op het voorgaande is ACM van oordeel dat ProRail binnen een redelijke termijn een goede motivering ter beoordeling aan ACM dient voor te leggen voor de variabiliteiten van de onderhoudskosten van de systemen baan, zijspoor, wissels in zijspoor, overweg bevoering, overweg beveiliging, kunstwerken, beveiliging, telecom railinfra en treinbeheersing. ACM ziet zich daardoor gesteld voor drie vragen. Ten eerste de vraag welke tarieven dienen te gelden tot het moment van een nieuw oordeel over de variabiliteiten. Ten tweede de vraag of tarieven eventueel met terugwerkende kracht dienen te worden bijgesteld indien blijkt dat een goed gemotiveerde variabiliteit tot een andere waarde van die variabiliteit leidt. Ten derde de vraag binnen welke termijn ProRail haar motivering redelijkerwijs kan verbeteren.

Besluit

Openbare versie

52. Wat betreft de eerste vraag, acht ACM het relevant dat zij geen indicatie heeft dat de door ProRail geschatte percentages evident te laag zijn of evident te hoog zijn; de juistheid ervan is echter niet voldoende controleerbaar. Vooralsnog acht ACM het daarom redelijk dat de (voorlopige) tarieven op de huidige waarden van de variabiliteiten van deze systemen gebaseerd blijven.
53. Wat betreft de tweede vraag of tarieven eventueel met terugwerkende kracht dienen te worden bijgesteld, oordeelt ACM als volgt. Indien eventueel gewijzigde variabiliteiten na een nieuw oordeel zouden resulteren in lagere variabiliteiten, die per saldo leiden tot een lagere totale gebruiksvergoeding, dient ProRail de gebruiksvergoeding 2015 en 2016 dienovereenkomstig aan te passen met terugwerkende kracht. ACM acht het niet redelijk dat spoorwegondernemingen door in dit geval vastgesteld gebrek in de motivering van ProRail, een hogere gebruiksvergoeding betalen dan in de toegangsovereenkomst voor 2015 en 2016 is overeengekomen. In dat laatste geval wijst ACM op de toegangsovereenkomsten tussen FMN en ProRail voor het dienstregelingjaar 2015,²¹ waarin is bepaald dat enkel de door de leden van FMN eventueel teveel betaalde gebruiksvergoeding dient te worden terugbetaald.
54. Indien een nieuw oordeel zou resulteren in hogere variabiliteiten die per saldo leiden tot een hogere totale gebruiksvergoeding, acht ACM het niet passend dat een dergelijke verhoging voor 2015 en 2016 met terugwerkende kracht in rekening wordt gebracht. ACM acht het niet redelijk dat spoorwegondernemingen op die manier nadeel zouden ondervinden van een eerder gebrek in de motivering van ProRail.
55. De derde vraag is binnen welke termijn ProRail haar motivering redelijkerwijs kan verbeteren. ACM heeft in randnummer 39 aangegeven waar schattingen van experts aan dienen te voldoen. ACM is van oordeel dat dergelijke verbeterde schattingen van experts binnen zes maanden door ProRail kunnen worden opgeleverd. Een dergelijke termijn maakt het naar het oordeel van ACM ook mogelijk om de schattingen van experts van ProRail extern te laten toetsen.

²¹ Toegangsovereenkomsten tussen de leden van FMN en ProRail van 12 december 2014, blz. 5.

Besluit

Openbare versie

4.1.6 De relatiecurve voor onderhoudskosten van spoor en wissels op totaalniveau

56. ProRail construeert op basis van relatiecurves van alle individuele systemen een totale relatiecurve voor alle systemen samen.²² De totale relatiecurve is de gewogen optelling van de curves van de 16 individuele systemen. De totale curve is weergegeven in figuur 5 van het document *Motivering variabiliteit*. Op basis hiervan berekent ProRail een totale variabiliteit voor alle 16 systemen van 35,7%.

Conclusie ACM

57. ACM is van oordeel dat deze berekening juist is uitgevoerd. De geschetste wijze van bepaling van de variabiliteit van alle 16 systemen maakt de gebruiksvergoeding voor de dienstregelingjaren 2015 en 2016 daarom niet onredelijk of benadelend in de zin van artikel 71 Sw.

4.2 De variabiliteit van vervangingsinvesteringen

58. In dit onderdeel beoordeelt ACM de variabiliteit van vervangingsinvesteringen. Evenals het geval was bij de variabiliteit van de onderhoudskosten, gaat het ook hier om het verschil in kosten die worden gemaakt bij de gerealiseerde verkeersomvang op het spoor en een situatie zonder spoorverkeer.

59. ProRail geeft aan dat alleen de kosten van vervangingen van hoofdspoor en wissels in hoofdspoor (deels) gebruiksgelateerd zijn. De kosten van de andere 14 systemen worden dus geheel als vast verondersteld,²³ dat wil zeggen, de vervangingskosten van die 14 systemen worden niet hoger of lager naar mate het spoor meer of minder wordt gebruikt.

60. Basis voor de berekening van deze variabiliteit van hoofdspoor en wissels in hoofdspoor vormt de levensduurmatrix (zie bijlage 6 van de *Motivering variabiliteit*). Die matrix geeft voor verschillende typen (hoofd)spoor en wissels (in hoofdspoor) aan wat bij verschillende

²² Er wordt een totale relatiecurve gemaakt omdat de begrote onderhoudskosten van alle 16 systemen, waarmee de variabiliteit wordt vermenigvuldigd om de gebruiksgelateerde kosten te krijgen, alleen op totaal niveau (voor alle systemen samen) beschikbaar zijn. Op detailniveau van de systemen zijn wel op voorcalculatorische basis kostenschattingen beschikbaar (zie brief ProRail van 20 oktober 2015, antwoord op vraag 7). Deze kosten per systeem worden gebruikt om tot een gewogen optelling van de variabiliteiten te komen.

²³ ProRail, *Motivering variabiliteit*, blz. 4 en tabel 3.

Besluit

Openbare versie

gebruiksintensiteit de gemiddelde levensduur is. De levensduurmatrix komt tot stand door uit de administratie van ProRail de gegevens te halen van de feitelijke levensduren van verschillende objecten en de mate van belasting gedurende die levensduur. Bij nog niet vervangen typen spoor en wissels baseert ProRail de levensduur op indicaties van leveranciers.

61. Met de levensduurmatrix en de gemiddelde levensduur en afschrijvingskosten, die worden bijgehouden in administratie van materiële en vaste activa van ProRail, kunnen de totale kosten van verschillende typen spoor worden berekend als functie van de gebruiksintensiteit. Deze relatiecurves voor verschillende typen spoor en wissels worden – gewogen voor de relatieve omvang van vervangingsinvesteringen voor elk van die typen spoor en wissels – gecombineerd tot een geaggregeerde relatiecurve voor hoofdspoor en wissels in hoofdspoor (figuur 10 *Motivering variabiliteit*). Deze twee relatiecurves worden samen met de geheel vaste kosten van zijspoor en wissels in zijspoor geaggregeerd (gewogen opgeteld) tot een relatiecurve voor hoofdspoor, wissels in hoofdspoor, zijspoor en wissels in zijspoor. De variabiliteit van hoofdspoor, wissels in hoofdspoor, zijspoor en wissels in zijspoor samen wordt op basis van die geaggregeerde relatiecurve bepaald en is 20,1%.

Conclusie ACM

62. ACM is van oordeel dat de gebruikte methode en uitvoering daarvan een redelijke manier is om de variabiliteit van vervangingsinvesteringen te schatten. Deze wijze van bepaling van de variabiliteit van vervangingsinvesteringen, voldoet aan de wettelijke eisen die aan de gebruiksvergoeding zijn gesteld. De methode geeft in voldoende mate de relatie tussen treingebruik en de vervangingsinvesteringen, die daardoor worden veroorzaakt, weer.
63. De geschetste wijze van bepaling van de variabiliteit van vervangingsinvesteringen maakt de gebruiksvergoeding voor de dienstregelingjaren 2015 en 2016 daarom niet onredelijk of benadelend in de zin van artikel 71 Sw.

Besluit
Openbare versie

5 Bindende aanwijzing

64. Gezien het feit dat niet wordt voldaan aan artikel 71, eerste lid, van de Spoorwegwet (zie randnummer 50) legt de Autoriteit Consument en Markt op grond van artikel 71, derde lid, van de Spoorwegwet, jo. artikel 12j van de Instellingswet de Autoriteit Consument en Markt de volgende bindende aanwijzingen op aan ProRail.

65. ProRail dient:

- I. 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;
- II. 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 dienstregelingjaren 2015 en 2016, aan ACM ter beoordeling voor te leggen;
- III. 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;
- IV. indien eventueel gewijzigde variabiliteiten na een nieuw oordeel zouden resulteren in lagere variabiliteiten die per saldo leiden tot een lagere totale gebruiksvergoeding over de dienstregelingjaren 2015 en 2016, de betreffende tarieven van de gebruiksvergoeding voor de dienstregelingjaren 2015 en 2016 evenredig aan te passen met terugwerkende kracht;
- V. in de toegangsovereenkomsten met – ten minste – de leden van FMN, voor het dienstregelingjaar 2016 een clause op te nemen dat mogelijk teveel in rekening gebrachte gebruiksvergoeding over het dienstregelingjaar 2016, zal worden gerestitueerd.

Besluit
Openbare versie

6 Dictum

66. De Autoriteit Consument en Markt oordeelt op grond van artikel 71, derde lid, van de Spoorwegwet dat:

- I. de variabiliteit die ProRail hanteert voor het bepalen (van het toerekenbare deel) van de vervangingsinvesteringen voldoet aan de wettelijke eisen;
- II. de variabiliteiten die ProRail hanteert voor het bepalen (van het toerekenbare deel) van de onderhoudskosten voor de systemen hoofdspoor, wissels in hoofdspoor, heuvelsystemen, energievoorziening tractie, energievoorziening diesel, telecomstations en railgebonden gebouwen voldoen aan de wettelijke eisen;
- III. ProRail, door het hanteren van de voornoemde variabiliteiten jegens FMN niet in strijd heeft gehandeld met artikel 71, eerste lid, Sw;
- IV. de variabiliteiten die ProRail hanteert voor het bepalen (van het toerekenbare deel) van de onderhoudskosten van de systemen baan, zijspoor, wissels in zijspoor, overweg bevoering, overweg beveiliging, kunstwerken, beveiliging, telecom railinfra en treinbeheersing onvoldoende zijn gemotiveerd, waardoor onvoldoende controleerbaar is of de gebruiksvergoeding voor de dienstregelingjaren 2015 en 2016 voldoet aan de wettelijke eisen;
- V. door het hanteren van de voornoemde variabiliteiten voor het bepalen (van het toerekenbare deel van de) de onderhoudskosten van de systemen baan, zijspoor, wissels in zijspoor, overweg bevoering, overweg beveiliging, kunstwerken, beveiliging, telecom railinfra en treinbeheersing, niet wordt voldaan aan artikel 71, eerste lid, Sw.

Besluit Openbare versie

67. Gezien het feit dat niet wordt voldaan aan artikel 71, eerste lid, van de Spoorwegwet legt de Autoriteit Consument en Markt op grond van artikel 71, derde lid, van de Spoorwegwet, jo. artikel 12j van de Instellingswet de Autoriteit Consument en Markt de volgende bindende aanwijzingen op aan ProRail.
68. 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 dienstregelingjaren 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 dienstregelingjaren 2015 en 2016, de betreffende tarieven van de gebruiksvergoeding voor de dienstregelingjaren 2015 en 2016 evenredig aan te passen met terugwerkende kracht;

Besluit Openbare versie

- X. in de toegangsovereenkomsten met – ten minste – de leden van FMN, voor het dienstregelingjaar 2016 een clause op te nemen dat mogelijk teveel in rekening gebrachte gebruiksvergoeding over het dienstregelingjaar 2016, zal worden gerestitueerd.

Autoriteit Consument en Markt
namens deze,

w.g.

drs. M.A. te Velthuis
Teammanager Telecom, Vervoer en Post

Beroepsmogelijkheid

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.