

Vergaderjaar 2001–2002

27 482

## Nieuwe algemene regels over de aanleg, het beheer, de toegankelijkheid en het gebruik van spoorwegen alsmede over het verkeer over spoorwegen (Spoorwegwet)

**B**

### ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 21 november 2001 en het nader rapport d.d. 17 december 2001 inzake de vierde nota van wijziging (nr. 13), aangeboden aan de Koningin door de minister van Verkeer en Waterstaat. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

*Bij Kabinetsmissive van 18 september 2001, no. 01.004465, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Verkeer en Waterstaat, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt de vierde nota van wijziging op het voorstel van wet houdende nieuwe algemene regels over de aanleg, het beheer, de toegankelijkheid en het gebruik van spoorwegen alsmede over het verkeer over spoorwegen (Spoorwegwet), met toelichting.*

*Het betreft de vierde nota van wijziging van het voorstel van wet voor een nieuwe Spoorwegwet, dat thans bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal aanhangig is. Daarbij wordt het particuliere beheer van de railinfrastructuur in het kader van een concessiestelsel ingevoerd. In verband daarmee wordt de aanvankelijk voorgestelde regeling van de capaciteitsverdeling gewijzigd; in plaats van een publiekrechtelijke regeling wordt nu een regeling door middel van overeenkomst in het kader van de verhouding tussen de beheerder en spoorwegonderneming voorgesteld. Daarmee wordt tevens de uitvoering van richtlijn nr. 2001/14/EG beoogd. In dat kader wordt de overdracht van de eigendom van de infrastructuur aan de staat geregeld, worden de (oorspronkelijk voorgestelde) drie taakorganisaties tot één infrabeheersorganisatie samengevoegd, wordt de verantwoordelijkheid van de overheid voor de zorg voor de veiligheid geregeld alsmede het onafhankelijk toezicht (door de Nederlandse mededingings autoriteit (NMa)) op de toewijzing van capaciteit. De Raad van State meent dat met de wijziging op basis van minder overtuigende praktische overwegingen gekozen wordt voor een fundamentele wijziging in de opzet van het spoorwegbestel waarvan de verstrekkende gevolgen niet zijn overzien. De Raad beveelt onder meer aan, de privaatrechtelijke vormgeving van beheer, capaciteitsverdeling en verkeersleiding te heroverwegen.*

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 18 september 2001, nr. 01.004465, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 21 november 2001, bied ik U hierbij aan.

Deze nota van wijziging leidt ertoe dat met het wetsvoorstel, onder meer qua rechtsvorm, dichter bij de bestaande structuur wordt gebleven. Met deze nota van wijziging wordt dus niet gekozen voor een fundamentele wijziging in de

opzet van het spoorbestel. Op belangrijke onderdelen wordt juist afgezien van de fundamentele wijziging van het spoorbestel die besloten lag in het oorspronkelijke wetsvoorstel. Dit leidt er in zijn uitwerking toe dat binnen een publiekrechtelijk kader een concessie verleend wordt aan de infrastructuurbeheerder, met behoud van diens privaatrechtelijke vorm. Onafhankelijk toezicht op de taakuitoefening van de infrastructuurbeheerder jegens de vervoerder wordt opgedragen aan de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). Een apart, gespecialiseerd onderdeel binnen de NMa, de Vervoerkamer, zal zorgdragen voor de uitvoering van deze taken. Deze opzet, waaronder het behoud van de privaatrechtelijke vorm van de infrastructuurbeheerder sluit beter aan bij de eerder dit jaar tot stand gekomen richtlijnen 2001/12/EG en 2001/14/EG. In de toelichtende nota wordt hier uitgebreid op ingegaan.

#### *De organisatie van het railinfrastructuurbeheer*

*1. Centraal element van de voorgestelde wijziging van het wetsvoorstel is de verandering van de plaats en organisatie van de verschillende uitvoerende taken met betrekking tot het beheer en het functioneren van de railinfrastructuur. De drie publiekrechtelijke organisaties die daar in het oorspronkelijke voorstel voor waren voorzien, worden daarbij tot één infrabeheerder samengevoegd. De samenvoeging sluit aan bij de opmerkingen die de Raad maakte in zijn advies met betrekking tot het oorspronkelijk wetsvoorstel. Nieuw is echter dat deze organisatie op privaatrechtelijke basis wordt georganiseerd en dat zij met de vervoerders overeenkomsten moet sluiten waarbij de toegang tot het net, de verdeling van de capaciteit en de verkeersleiding geregeld worden. Daarmee wordt wat in het wetsvoorstel als publieke functie werd geregeld, een kwestie van privaatrechtelijke overeenkomst. Ter toelichting<sup>1</sup> wordt verwezen naar ervaring die anticiperend op de aanvankelijk voorgestelde structuur is opgedaan. In het bijzonder de behoefte aan een zakelijke maar dagelijkse en intensieve relatie tussen vervoerders en de infrabeheerder zou de voorgestelde regeling vereisen. Publieke vormgeving van de uitvoering zou leiden tot een grote afstand en conflicten tussen infrabeheerder en vervoerders terwijl deze nu juist samen tot een «optimalisatie van de infrakwaliteit» moeten komen. Bovendien zou de relatie tussen vervoerders en infrabeheerder gedetailleerd in wet- en regelgeving moeten worden vastgelegd.*

*De ommekeer van uitgangspunt heeft in korte tijd plaatsgevonden. In het nader rapport van 1 november 2000<sup>2</sup> met betrekking tot het voorstel van wet voor een nieuwe Spoorwegwet (punt 3) worden bedoelde drie functies nog zonder meer als publiekrechtelijke functies gezien die als zodanig geregeld moeten worden. Zes maanden later wordt het omgekeerde even vanzelfsprekend geacht. Voor een dergelijke ommezwaai verwacht men bijzondere argumenten of nieuwe informatie. Dat dit inzicht in het praktisch functioneren pas in de afgelopen zes tot negen maanden is gerijpt, valt minder goed te begrijpen. De motieven die thans voor de ommekeer worden aangevoerd zijn bovendien louter van praktische aard, terwijl de publiekrechtelijke regeling van het infrabeheer eerder met principiële overwegingen werd gemotiveerd. Wat maakt dat fundamentele overwegingen met betrekking tot de uitgangspunten van het bestel thans voor pragmatische worden ingeruild?*

*Die vraag klemt temeer nu de genoemde praktische behoeften geenszins tot regeling op privaatrechtelijke basis nopen, terwijl de overwegingen die voor publiekrechtelijke regeling pleiten nog onverkort gelden. De kwaliteit van een verhouding en de wederzijdse betrokkenheid worden primair bepaald door belangen, onderscheiden functies en gemeenschappelijke verantwoordelijkheid en minder door het juridisch karakter van de onderlinge relatie. Bepalend voor de verhouding tussen de railinfrabeheerder en de vervoerders zal vooral zijn dat beheer en exploitatie van de railinfrastructuur niet op een commerciële basis zullen kunnen worden gevoerd en naar verwachting ook niet winstgevend zal kunnen zijn. Een groot deel van de lasten zal voor rekening van de overheid komen en de verhouding zal daarom steeds in sterke mate op basis van publiekrechtelijke regels worden bepaald, ongeacht de vorm waarin de betrekking gegoten wordt. Waar er sprake is van verschillende vervoerders, zal de infrabeheerder, als beheerder van een schaars goed, bij de vervulling van zijn ordenende functies onvermijdelijk tussen partijen komen te staan, of hij nu op basis van privaat contract of van publieke bevoegdheid*

<sup>1</sup> Toelichtende nota; algemeen deel, paragraaf 1.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2000/01, 27 482, A.

*functioneert. Bovendien zal bij meer dan één vervoerder de beoogde «innige» relatie tussen een vervoerder en de beheerder vermoedelijk snel tot klachten leiden bij andere vervoerders of tot de verdenking dat er sprake is van onderling afgestemd gedrag ter beperking van mededinging. Meer in het algemeen kunnen vraagtekens geplaatst worden bij de relevantie van ervaring die is opgedaan in een situatie waarin er slechts één vervoerder is, voor een wettelijk bestel dat, mede ter implementatie van EG-richtlijnen, wordt ingericht voor een situatie met meer dan één aanbieder. Het is zelfs niet uitgesloten dat een privaatrechtelijke organisatie die het verkeer tussen verschillende vervoerders regelt, meer afstand moet bewaren om haar onpartijdigheid zichtbaar te maken, dan een publiekrechtelijke instantie waarvan de onpartijdigheid verondersteld is.*

*Het al dan niet publiekrechtelijk karakter van de betrekking tussen beheerder en vervoerder is voorts niet doorslaggevend voor de mate waarin wettelijke regels nodig zijn. De behoefte aan regeling wordt vóór alles bepaald door de mate waarin het wenselijk is om de wijze waarop de infrabeheerder zijn taak uitoefent aan regels te binden, in het belang van de sturing daarvan of de bescherming van de belangen van derden of van de overheid. Een publiekrechtelijke organisatie laat zich daarbij vaak met minder wettelijke regels sturen dan een privaatrechtelijke vanwege de in het publiekrechtelijk stelsel reeds ingebouwde mogelijkheden van controle. Zo de wetgever het daarbij wenselijk vindt dat de infrabeheerder een brede discretionaire ruimte heeft en dat de bescherming van de betrokken algemene en particuliere belangen beperkt dient te blijven, dan is ook daarvoor een privaatrechtelijke vormgeving niet nodig. De vele punten en aspecten die ingevolge de voorgestelde bepalingen nadere regeling bij of krachtens algemene maatregel van bestuur of de concessie vergen (artikelen 16 en 16a), relativeren het argument dan ook enigszins dat bij een privaatrechtelijke vormgeving van beheer en uitvoering minder wetgeving nodig is.*

*De motieven die worden aangevoerd voor een privaatrechtelijke vormgeving wijzen niet zonder meer in die richting, terwijl er goede gronden zijn voor publiekrechtelijke regeling. De spoorwegen die bestemd zijn voor openbaar vervoer zijn in een aantal opzichten onderdeel van het publiek domein, hoe de eigendom van de rails verder ook geregeld is. Het publiek belang is gemoeid bij de toegang tot deze wegen, bij de verdeling van het gebruik daarvan en de ordening van het verkeer daarover. Dat brengt met zich dat de wetgever hoe dan ook de regels daarvoor zal moeten stellen. De overheid zal er bijvoorbeeld niet in kunnen berusten indien als gevolg van belangen van de onderscheiden partijen de beschikbare capaciteit niet wordt toegewezen omdat er geen overeenkomst totstandkomt en die goede voortgang van het spoorverkeer wordt belemmerd. Een publiekrechtelijke regeling is daarvoor beter geschikt. Dat geldt ook voor het aspect van de rechtsbescherming.*

*De pragmatische motivering van de ommekeer doet ook geen recht aan het gegeven dat een andere grondslag doorwerkt in tal van afgeleide rechten en verplichtingen. Zo is bijvoorbeeld niet uitgesloten dat de keuze voor een privaatrechtelijke vormgeving van de verschillende beheerstaken impliceert dat deze laatste onder de regels van het vrije dienstenverkeer vallen en dat het beheer van de infrastructuur zal moeten worden aanbesteed overeenkomstig de terzake geldende EG-regels.*

*De voorgestelde nota van wijziging houdt een ingrijpende wijziging in van de ordening van het verkeer over de spoorwegen, die naar de mening van de Raad niet gedragen wordt door de motieven die daarvoor worden aangevoerd. Ook de implementatie van EG-richtlijnen noopt daar niet toe. Het college beveelt aan de keuze te heroverwegen in het licht van de aangedragen overwegingen.*

1. De Raad signaleert terecht een ommekeer van uitgangspunt ten opzichte van het oorspronkelijke wetsvoorstel. Deze nota van wijziging leidt ertoe dat met het wetsvoorstel dichter bij de bestaande situatie wordt gebleven. De verhouding tussen infrastructuurbeheerder en vervoerders is – anders dan in het oorspronkelijke wetsvoorstel – niet vormgegeven als een publieke gezagsrelatie. Met deze nota van wijziging wordt deze centrale relatie ook

juridisch meer vormgegeven als een relatie van wederzijdse afhankelijkheid en gezamenlijke optimalisatie. Deze relatie wordt dan ook beheerst door (privaatrechtelijke) toegangsovereenkomsten. Daarbij blijft onveranderd het doel om een volwaardige publiekrechtelijke regeling te creëren, waarin de overheidsverantwoordelijkheid en het publiek belang worden geborgd.

Terugkijkend kan thans gezegd worden, dat in het aanvankelijke wetsvoorstel te zeer de nadruk lag op de introductie van een als publieke functie vormgegeven spoorwegbeheersorganisatie, ter vervanging van de drie bestaande taakorganisaties Railinfrabeheer, Railned en Railverkeersleiding. De oorzaak daarvan is deels, dat de nadruk te zeer lag op het uitgangspunt dat de uitvoerende taken voor de infrastructuur zonder meer een publieke functie zouden zijn. En in contrast daarmee dan het vervoer volledig zou plaatsvinden in concurrentie door marktpartijen. Wezenlijk punt daarbij is dat -anders dan de Raad van State lijkt te suggereren - het bestel niet wordt ingericht voor concurrentie op het spoor in het reizigersvervoer. In het beleidsvoornemen «De Derde Eeuw Spoor» is ervoor gekozen om exclusieve rechten toe te kennen aan één vervoerder voor qua infrastructuur gegeven delen van het netwerk. Ook als dit recht wordt aanbesteed, blijft de situatie bestaan dat voor het reizigersvervoer op het spoor geen sprake zal zijn van mededinging. Daarom is de regering van mening dat de ervaring die is opgedaan met een situatie waarin er slechts één vervoerder is wel degelijk relevant is voor de inrichting van het wettelijk bestel.

De overheid is dan ook meer in het algemeen verantwoordelijk voor een veilig en doelmatig spoorverkeer, waartoe de voorgestelde wetgeving een evenwichtig kader moet bieden.

Belangrijke overwegingen om thans minder te wijzigen dan met het oorspronkelijke wetsvoorstel werd beoogd, liggen verder onder meer in de omstandigheid dat in het licht van de in 2001 opgetreden problemen op het spoor des te meer rekening moet worden gehouden met de omstandigheid dat reorganisatie en herstructurering overgangsfuncties te weeg brengen. In omliggende landen als Duitsland en Engeland is recentelijk tot vrij ingrijpende veranderingen van de ordening van de spoorsector besloten. Op Europees niveau zijn alweer nieuwe richtlijnen in de maak. Duidelijk is dus geworden, dat het ideale model nog niet is uitgekristalliseerd. Gezien het feit dat er nog lange tijd veel in beweging blijft, verdient het de voorkeur om voorlopig geen onomkeerbare stappen te zetten. In de gewijzigde toelichting wordt aan dit alles uitgebreid aandacht besteed.

De motivering voor de gemaakte keuze is niet dat praktische behoeften een privaatrechtelijke vormgeving van de beheerder nodig maken, maar dat de regering tot de conclusie is gekomen dat de overwegingen die voor een omvorming naar een publiek orgaan pleiten, bij nader inzien niet overtuigen. Dit te meer, nu het hier een wijziging van de bestaande vormgeving zou betreffen, die niet aansluit bij de ontwikkelingen in Europa.

Het is juist, dat de kwaliteit van een verhouding en de wederzijdse betrokkenheid primair bepaald worden door belangen, onderscheiden functies en gemeenschappelijke verantwoordelijkheid, en minder door het juridische karakter van de onderlinge relatie. Dit ondersteunt naar de mening van de regering echter juist de keuze om niet méér te wijzigen dan nodig is.

Het is op zichzelf juist dat de beheerder als beheerder van een schaars goed met conflicterende wensen van partijen kan worden geconfronteerd. Het aantal partijen op het spoor is echter zeer beperkt. Voor het reizigersvervoer is een principiële keuze gemaakt om dit telkens door één vervoerder te laten geschieden. De eerstkomende 15 jaar zal NS Reizigers deze vervoerder zijn. Deze vervoerder gebruikt bijna 90% van de totale capaciteit van het hoofd-railnet. De resterende ruim 10% van de capaciteit wordt gebruikt door (nu drie) goederenvervoerders en voor internationaal vervoer. Zonder de kwalificatie «innig» te willen gebruiken, maakt dit de relatie van de beheerder met NS Reizigers noodzakelijkerwijs een andere dan met de goederenvervoerders. Juist met het oog op de onpartijdigheid en om te waarborgen dat zorgvuldig wordt omgegaan met de belangen van de goederenvervoerders zal het toezicht op de taakuitoefening van de beheerder jegens de vervoerders

worden uitgevoerd door een gespecialiseerd onderdeel binnen de NMa, te weten de Vervoerkamer.

Uitgaande van de bestaande situatie in Nederland worden de EG-richtlijnen in de nieuwe Spoorwegwet zó geïmplementeerd, dat toekomstige Europese ontwikkelingen met meerdere goederenvervoerders op het gehele spoor daarin ingepast kunnen worden, zonder op dit moment anderszins onomkeerbare stappen te zetten in het systeem van ons spoorwegbestel.

De keuze voor handhaving van de privaatrechtelijke vormgeving van de beheerder is niet ingegeven door het argument dat dit leidt tot minder wetgeving. Voorzover de toelichting die suggestie wekte is deze aangepast.

Het publiek belang bij het spoorverkeer rechtvaardigt overheidsbemoediging. Dit komt tot uitdrukking in dit wetsvoorstel. Dit wil echter niet zeggen dat de overheid haar verantwoordelijkheid slechts kan waarmaken door alles wat op en rond het spoor gebeurt, onderwerp van publiekrechtelijke regels te laten zijn. Het betekent dat de overheid over een geschikt instrumentarium moet kunnen beschikken om een veilig en doelmatig spoorverkeer te bewerkstelligen. De voorgestelde Spoorwegwet geeft daarvoor een publiekrechtelijk kader. De wet bevat onder andere regels waaraan de infrastructuur en het materieel moeten voldoen, regels waaraan spoorwegondernemingen moeten voldoen, regels voor het verkeer, regels voor capaciteitsverdeling en regels over toezicht op de naleving. Binnen dit kader wordt het beheer van de infrastructuur door middel van concessieverlening neergelegd bij de infrastructuurbeheerder. De infrastructuurbeheerder staat voor zijn dagelijkse bedrijfsvoering op afstand van de overheid en wordt richting gegeven door de vervoerders als gebruikers. De beheerder is bij de uitoefening van zijn taak enerzijds gebonden aan de concessievoorschriften en onderworpen aan het toezicht van de minister en anderzijds onderworpen aan het toezicht door de Vervoerkamer van de NMa. Dit laatste houdt in, dat ook de door de beheerder met de vervoerders te sluiten toegangsovereenkomsten onderwerp zijn van toezicht door de Vervoerkamer van de NMa. Indien beschikbare capaciteit niet verdeeld zou worden omdat één der partijen zich onredelijk opstelt, waardoor partijen er onderling niet uitkomen, kan de toezichthouder door het opleggen van een last onder dwangsom afdwingen dat een overeenkomst met een bepaalde inhoud tot stand komt. Het oorspronkelijke wetsvoorstel kende een dergelijke voorziening overigens niet. Dit ingrijpen van de toezichthouder zal overigens in de praktijk niet of zelden voorkomen, gezien de belangen van partijen dat het treinverkeer doorgaat, verplichtingen van partijen bij of krachtens deze wet en de – door de concessieverlener af te dwingen – verplichtingen van partijen op grond van hun concessies.

Bij de keuze voor een privaatrechtelijke vormgeving van de beheerstaken is onder ogen gezien, dat een andere grondslag doorwerkt in afgeleide rechten en verplichtingen. Hier wordt in de toelichtende nota op ingegaan. Van het door de Raad gesignaleerde risico van een verplichte aanbesteding van het beheer is echter geen sprake: de beheerder is een vennootschap waarvan de aandelen in handen van de overheid zijn, en die in belangrijke mate door de overheid wordt bekostigd. Daarmee wordt de beheerder niet zo zeer onderwerp van aanbesteding als wel aanbestedingsplichtig. Daarnaast komt door de concessieverlening het exploitatierisico bij de beheerder te liggen, zodat het beheer niet op grond van de Europese aanbestedingsregels behoeft te worden aanbesteed.

Deze nota van wijziging houdt geen ingrijpende wijziging in van de bestaande ordening van het spoorverkeer, zij komt juist op onderdelen terug op een met het oorspronkelijke wetsvoorstel beoogde ingrijpende wijziging. De implementatie van EG-richtlijnen noopt daar inderdaad niet toe. De constructie van een privaatrechtelijk vormgegeven beheerder, in samenhang met het onafhankelijk toezicht door de Vervoerkamer van de NMa, sluit echter wel beter aan bij het systeem van de EG-richtlijnen.

*2. Het beheer van de infrastructuur ziet op het verrichten van activiteiten die in het openbaar belang nodig worden geacht; ze moeten worden verricht. Intrekking van de concessie is daarom minder geschikt als instrument om de*

*naleving door de concessiehouder van gedragsvoorschriften te verzekeren. Het is een uiterste oplossing die slechts bruikbaar is wanneer de voortgang van het spoorverkeer verzekerd is, dat wil zeggen als er een alternatieve concessiehouder in de coulissen aanwezig is. Bij strijd met concessievoorwaarden is intrekking van de concessie dus geen reële sanctie. Er zijn dan ook andere instrumenten nodig om de naleving te verzekeren van voorschriften en regels die de concessiehouder in acht moet nemen. In het geval van particuliere personen biedt het strafrecht daar doorgaans adequate middelen voor. Maar in het onderhavige geval zullen geldboetes minder zin hebben. Deze zullen bij gebrek aan winstgevende activiteiten naar verwachting onverkort aan de belastingbetaler, de vervoerder of de reiziger worden doorberekend. Sancties in de vorm van disciplinaire maatregelen in het kader van de arbeidsverhouding van de direct betrokkenen zijn daarentegen niet mogelijk gegeven de keuze voor een privaatrechtelijke vorm. Adequate bescherming van de betrokken publieke belangen vergt dan ook een vorm van vergunning met de mogelijkheid van bestuursdwang teneinde naleving van de voorschriften daarvan te verzekeren. Maar daarmee haalt de wetgever de procedures die met de privaatrechtelijke vormgeving vermeden moesten worden via de achterdeur weer binnen.*

*De beperkte mogelijkheden om door middel van de concessie de naleving te verzekeren van de voorschriften die aan de uitoefening daarvan gesteld moeten worden, is naar de mening van de Raad een ander argument om de voorgestelde vormgeving te heroverwegen. In ieder geval zullen praktisch bruikbare mogelijkheden voorzien moeten worden om naleving van de op grond van de artikelen 16 en 16a te stellen regels en voorschriften te verzekeren.*

2. De Raad signaleert terecht dat intrekking van de concessie een uiterste oplossing is, die slechts bruikbaar is als er een alternatieve concessiehouder beschikbaar is. Dit hoeft niet te betekenen dat de sanctie daarmee irreëel zou zijn. Met name gedeeltelijke intrekking is praktisch realistisch en kan betekenen dat de concessie functioneel en/of regionaal wordt gesplitst. De Raad stelt meer in het algemeen dat er slechts beperkte mogelijkheden zijn om door middel van de concessie naleving te verzekeren. De regering deelt deze mening niet, ook niet in vergelijking met een positionering als zelfstandig bestuursorgaan. Onder meer biedt de figuur van de concessie de minister inderdaad de mogelijkheid om tot bestuursdwang over te gaan. Daarnaast is een belangrijke rol weggelegd voor het onafhankelijk toezicht, uitgevoerd door de Vervoerkamer, als onderdeel van de NMa. De toezichthouder kan, binnen het kader van de aan hem toebedeelde taken en bevoegdheden, een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom opleggen.

Complementair is sturing aan de orde via het financiële regime. Aangezien, ten slotte, de aandelen van de huidige beheerder binnenkort eigendom van de Staat zullen zijn, kan op basis van het aandeelhouderschap in het uiterste geval in de personele sfeer worden ingegrepen. In de toelichting wordt hier nader op ingegaan.

#### *Toegangsovereenkomst*

3. *Met het voorstel wordt de toegangsovereenkomst (artikel 57) het instrument tot regeling van de toegang tot het spoornet, de verdeling van de beschikbare capaciteit en van de verkeersleiding. De toegangsovereenkomst komt in de plaats van de eerder voorgestelde instrumenten in de vorm van eenzijdige, publiekrechtelijke rechtshandelingen van de publiekrechtelijke Spoorwegbeheersorganisaties. Het publiekrechtelijk karakter daarvan bracht met zich dat die besluiten voor bezwaar en beroep vatbaar zouden zijn. Dat wordt nu vervangen door de bepaling dat partijen over het gebruik van capaciteit toegangsovereenkomsten sluiten. De behoefte aan rechtsbescherming verandert echter niet per definitie door de verandering van het rechtskarakter van de betrekking. Tegelijk scheidt deze wijze van regeling andere problemen. De Raad heeft de volgende kanttekeningen bij de voorgestelde regeling.*

a. *Contractvrijheid kan een adequaat alternatief bieden als rechtsbescherming. Dat is niet het gevolg van de juridische vorm of de contractsvrijheid als*

*zodanig, maar van een reële keuzevrijheid die gelegen is in het bestaan van andere aanbieders van dezelfde goederen of diensten. Is er in een situatie van schaarste slechts één aanbieder en verschillende kopers, dan is keuzevrijheid voor deze laatsten een illusie en biedt vrijheid van overeenkomst net zo weinig (of minder) bescherming als er zou bestaan in het geval van een eenzijdige beslissing. De monopolist dicteert de voorwaarden en de vermeende vrijwilligheid waarmee het contract wordt aangegaan, verhult dit slechts. In die situatie biedt het publiekrechtelijk karakter van de verdeling meer waarborgen aan de betrokken belangen, zelfs indien de wetgever overigens geen mogelijkheid voor rechtsbescherming zou bieden. Zou misbruik van machtspositie het enige aspect zijn dat in het geding is, dan kan het toezicht op de mededingingsverhoudingen door de NMa als bescherming soelaas bieden. Waar het optreden van de infrabeheerder bij de toegang, verdeling en verkeersleiding echter aan een groot aantal regels gebonden zal zijn die bedoeld zijn om de vervoerders en het publiek in het algemeen te beschermen, biedt toezicht door de NMa geen adequaat alternatief voor de bescherming van de rechten en belangen van anderen die in het geding zijn.*

*b. Indien toegang, verdeling en verkeersleiding worden overgelaten aan de totstandkoming van overeenkomsten tussen de infrabeheerder en vervoerders bergt dat de mogelijkheid in zich dat geen overeenkomst totstandkomt omdat men het niet eens wordt over de voorwaarden, met als gevolg dat er in het geheel geen treinverkeer meer plaatsvindt. Een dergelijk conflict zal in de regel vrijwel niet oplosbaar zijn, omdat geen van beide partijen bij het conflict een praktisch alternatief beschikbaar heeft. In dergelijke situaties zal een eventueel compromis in de regel ten laste komen van de publieke middelen of van de kwaliteit van het reizigersvervoer. Indien die «uitwegen» niet aanvaardbaar zijn, betekent dit dat, ondanks de privaatrechtelijke vormgeving, de overheid in de persoon van de Minister van Verkeer en Waterstaat steeds nauw betrokken zal zijn bij de uitkomsten van het overleg. Praktisch blijft dan dezelfde situatie bestaan als die welke besloten lag in het oorspronkelijk voorstel, maar juridisch valt niemand meer op het resultaat aan te spreken.*

*c. Ingevolge artikel 59, eerste lid, zullen regels gesteld moeten worden met betrekking tot de verdeling. Indien die regels zo gedetailleerd zijn dat zij voor iedere denkbare situatie een antwoord bieden, dan heeft de contractvrijheid geen inhoud en is er feitelijk sprake van een gebonden rechtsbetrekking. Laten de regels de infrabeheerder daarentegen wel ruimte voor keuzen, dan dreigt versnippering van de dienstregeling wanneer diverse vervoerders tegelijk om dezelfde capaciteit vragen. Niet-discriminerende toewijzing vergt immers dat iedere aanvrager zo goed mogelijk geaccommodeerd wordt. Publieke verdeling van beschikbare capaciteit maakt het daarentegen mogelijk om de eenheid en samenhang van het gehele vervoersaanbod in het belang van de reiziger als algemeen belang mee te laten wegen. Een private onderneming zal in die situatie oplopen tegen de beperkingen van het mededingingsregime.*

*Naar de mening van de Raad vormen deze aspecten evenzovele argumenten om de voorgestelde vormgeving te heroverwegen.*

3. a. Het is waar, dat de beheerder een monopolist is, er is slechts één aanbieder van spoorweginfrastructuurcapaciteit. Iedere potentiële vervoerder zal een overeenkomst moeten sluiten met deze ene beheerder. De macht van de beheerder wordt echter op verschillende wijzen ingeperkt: hij is gebonden aan de concessie en de daaraan verbonden voorschriften, aan de bij algemene maatregel van bestuur gestelde regels voor de verdeling van de capaciteit en aan de procedureregels van richtlijn 2001/14/EG. Het aan de NMa opgedragen, door de Vervoerkamer uit te voeren toezicht is erop gericht om misbruik van machtspositie te voorkomen door de beheerder in zijn relatie tot vervoerders (en tot andere «gerechtigden» als bedoeld in het voorgestelde artikel 55). De toezichthouder treedt ook op als de in artikel 30 van richtlijn 2001/14/EG bedoelde «beroepsinstantie» (klachtbehandeling). Indien de beheerder in de uitoefening van zijn functie rechten en belangen van het publiek in het algemeen zou schenden, heeft de NMa inderdaad geen taak. In dat geval kan hetzij de minister optreden op basis van de concessie, hetzij de Inspectie Verkeer en Waterstaat als toezichthouder op de naleving van de wettelijke veiligheidsvoorschriften in algemene zin. In het algemeen is er

(vervolgens) toegang tot de bestuursrechter betreffende het optreden van deze publieke instanties.

b. De mogelijkheid dat geen toegangsovereenkomsten gesloten worden en er daardoor in het geheel geen treinverkeer meer plaatsvindt, lijkt weinig realistisch. In het algemeen hebben partijen er wederzijds groot belang bij dat er vervoer plaatsvindt. Overigens is het systeem hier met name gericht op toegang voor het goederenvervoer. De door de beheerder met de vervoerders te sluiten toegangsovereenkomsten zijn onderwerp van toezicht door de Vervoerkamer van de NMa. Indien beschikbare capaciteit niet verdeeld zou worden omdat één der partijen zich onredelijk opstelt, waardoor partijen er onderling niet uitkomen, kan de toezichthouder door het opleggen van een last onder dwangsom afdwingen dat een overeenkomst met een bepaalde inhoud tot stand komt. Ook moet bedacht worden dat NS Reizigers op grond van haar vervoersconcessie gehouden is tot het verrichten van vervoer van reizigers, waardoor ook aan die zijde geen sprake is van vrijblijvendheid. In deze zin bevat het wetsvoorstel door deze nota van wijziging meer waarborgen dan het oorspronkelijke wetsvoorstel. De politieke realiteit is verder inderdaad dat bij grote problemen bij het reizigersvervoer de minister altijd aangesproken zal worden, ongeacht de vormgeving van de uitvoering van de beheerder.

c. De regels over capaciteitsverdeling betreffen primair de beleidsmatig te bepalen verdeling tussen nationaal reizigersvervoer, internationaal reizigersvervoer en goederenvervoer en niet het detailniveau van de dienstregeling. Voor het personenvervoer geldt, dat NS Reizigers binnen deze regels jaarlijks (in ieder geval voor het hoofdrailnet) een dienstregeling kan uitwerken die in overeenstemming is met de verplichtingen van NS Reizigers op basis van thans nog het «Overgangscontract II». Binnen het goederenvervoer is geen sprake van een dienstregeling, maar van zogenoemde goederenpaden, waaruit de goederenvervoerders kunnen kiezen. Bij concurrerende aanvragen van goederenvervoerders zorgt de beheerder voor coordinatie, met het oog op een zo goed mogelijke accommodatie. Hier geldt weer, dat de Vervoerkamer van de NMa zal toezien op de taakuitoefening door de beheerder. De toegangs-overeenkomst behelst overigens meer dan de verdeling van de capaciteit, deze kan gedetailleerde afspraken bevatten over allerlei zaken die met het gebruik van de infrastructuur te maken hebben, bijvoorbeeld over de snelheid waarmee met bepaald materieel op bepaalde baanvakken gereden mag worden. De eenheid en samenhang van het gehele vervoersaanbod in het belang van de reiziger als algemeen belang, wordt enerzijds juist gewaarborgd door de zichtbaar in bovengenoemde algemene maatregel van bestuur neergelegde prioriteiten en anderzijds in de aan NS Reizigers verleende vervoersconcessie. Gezien de principiële keuze om in Nederland geen concurrentie op het spoor in te voeren voor het reizigersvervoer, ligt de door de Raad gesignaleerde zorg voor de eenheid en samenhang van het vervoersaanbod voor de reiziger niet primair bij de beheerder, ook niet indien deze volledig publiekrechtelijk vormgegeven zou zijn.

*4. In artikel 57, tweede lid, wordt bepaald dat de toegangsovereenkomst en de totstandkoming ervan dienen te voldoen aan hoofdstuk III van richtlijn nr. 2001/14/EG. Onduidelijk is tot wie deze bepaling zich richt: de infrabeheerder of de vervoerder. Evenmin is duidelijk wat de gevolgen zijn als partijen overeenkomen af te wijken van bepalingen van de richtlijn. Hoofdstuk III van de richtlijn bevat voorts bepalingen die zich expliciet richten tot de lidstaten en die eisen stellen aan het wettelijk kader op basis waarvan de toegangs-overeenkomst totstandkomt. Het hoofdstuk bevat tevens bepalingen die in het algemeen het handelen van de infrabeheerder betreffen, waarbij onduidelijk is in hoeverre overtreding daarvan implicaties heeft voor de overeenkomsten die gesloten worden. Een verwijzing zoals die wordt voorgesteld in artikel 57, tweede lid, houdt bovendien in dat de overeenkomsten rechtstreeks getoetst moeten worden aan de bepalingen van de richtlijn, waarbij voor vragen van uitleg van die bepalingen steevast de weg van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie gevolgd zal moeten worden.*

*Naar de mening van de Raad schept de voorgestelde verwijzing naar hoofdstuk III van richtlijn, nr. 2001/14/EG, rechtsonzekerheid en onduidelijkheid. De verplichtingen van de richtlijn dienen naar de mening van de Raad*



*door middel van nadere regels (op basis van artikel 59 of andere artikelen) in het nationale recht omgezet te worden. Enkele verwijzing is daartoe onvoldoende, terwijl de vraag of Nederland als lidstaat voldoet aan zijn verplichtingen uit hoofde van het gemeenschapsrecht op deze wijze afhankelijk wordt gemaakt van het gedrag van particulieren. Om die reden adviseert de Raad om de verwijzing te schrappen en nauwkeurig aan te geven wie waartoe verplicht is.*

4. Overeenkomstig het advies van de Raad is de verwijzing in artikel 57, tweede lid, geschrapt. Het merendeel van de bepalingen van de richtlijn wordt bij algemene maatregel van bestuur uitgewerkt, een enkele bepaling is toegevoegd aan het wetsvoorstel zelf.

#### *5. Delegatie*

*In zijn advies met betrekking tot het oorspronkelijke wetsvoorstel wees de Raad op de noodzaak om de bepalende elementen en oriëntaties van het toekomstig spoorwegbestel bij wet vast te leggen. Dit geldt a fortiori wanneer het beheer van de infrastructuur en de ordening van spoorwegverkeer in het kader van een concessie op «afstand» worden gezet. In de voorgestelde artikelen 16a, vierde lid, en 57, derde lid, wordt evenwel in het algemeen de bevoegdheid verleend om bij algemene maatregel van bestuur onderscheidenlijk nader aan de concessie te verbinden voorschriften, regels te stellen over het verlenen van een concessie en de aan een concessie te verbinden voorschriften, het wijzigen van een concessie en over de toegangs-overeenkomst. Het betreft hier essentiële onderdelen van het toekomstig wettelijk bestel, die in hoofdzaak regeling behoeven op het niveau van de wet. Hetzelfde geldt voor artikel 59, op grond waarvan bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels gesteld worden over de verdeling van de capaciteit c.a. Het argument dat het niet nodig is om het verlenen of wijzigen van een concessie uitvoerig in de wet te regelen nu er slechts één of enkele concessies voor het beheer zullen worden verleend, miskent dat de ordening van het spoorwegverkeer geen onderlinge kwestie tussen minister en infrabeheerder is.*

*De Raad meent dat met betrekking tot de genoemde onderdelen de wet oriëntatie moet bieden, de lijnen van ontwikkeling moet aangeven en de fundamentele normen moet bevatten. Onverminderd het advies om tot heroverweging van de voorgestelde vormgeving te komen, adviseert het college de nota van wijziging in die zin aan te vullen.*

5. De essentiële onderdelen van het toekomstig wettelijk bestel zijn voldoende in het wetsvoorstel verankerd. De basis voor de relatie tussen de minister en de beheerder wordt gevormd door de concessie. De belangrijkste voorschriften die aan de concessie verbonden moeten worden, zijn opgenomen in artikel 16, eerste en tweede lid. Omdat op dit moment nog niet met zekerheid vast te stellen is dat deze opsomming uitputtend is, is in artikel 16a, vierde lid, de mogelijkheid opengehouden om zo nodig bij algemene maatregel van bestuur aanvullende voorschriften te geven. Artikel 16a, vierde lid, maakt het mogelijk om eveneens nadere regels te stellen over het verlenen en het wijzigen van de concessie, indien dat nodig zal zijn. Hetzelfde geldt voor de artikelen 57, derde lid, en 58, vierde lid, in dat geval echter in de vorm van door de beheerder verplicht te hanteren algemene voorwaarden. Op dit moment is nog niet te voorzien of nadere regels over de toegangen kaderovereenkomst nodig zullen zijn.

Dit geldt mutatis mutandis voor de regels over de verdeling van de capaciteit van de infrastructuur: het regelen van de hoeveelheid capaciteit die beschikbaar gehouden moet worden voor onderhoud, behoeft bijvoorbeeld niet op het niveau van de formele wet te geschieden.

De ordening van het spoorverkeer is inderdaad geen onderlinge kwestie tussen minister en infrabeheerder: als dat zo zou zijn, was een wettelijke regeling als de nieuwe Spoorwegwet geheel overbodig. Dit neemt niet weg dat de concessie het middel bij uitstek is om, binnen het wettelijk kader, de onderlinge relatie tussen minister en infrabeheerder vast te leggen.

6. *Op grond van het voorgestelde artikel 57, eerste lid, onderdeel b, bevat de tussen de beheerder en een vervoerder gesloten overeenkomst over het gebruik van capaciteit, een beding over de gebruiksvergoeding. Niet is duidelijk waarom een soortgelijke verplichting niet geldt voor een reserveringsvergoeding als bedoeld in artikel 62.*

*De Raad adviseert dit verschil toe te lichten dan wel artikel 57 aan te vullen.*

6. De reserveringsvergoeding komt niet meer als zodanig in het wetsvoorstel voor, maar is onderdeel geworden van de gebruiksvergoeding (artikel 66, zesde lid). Het advies van de Raad behoeft op dit onderdeel derhalve geen bespreking meer.

7. *Blijkens het algemene deel van de toelichting (bladzijde 15, laatste alinea) is het mogelijk dat de concessiehouder sommige taken uitbesteed aan vervoerders. Het onafhankelijk toezicht door de NMa zou maken dat daartegen geen bezwaar bestaat. Niet wordt duidelijk gemaakt om welke taken het gaat. Het zou dus denkbaar zijn dat een ander dan de concessiehouder de verschillende taken en functies vervult. Hoe in dat geval de naleving van de verschillende regels en voorschriften verzekerd moet worden is onduidelijk. Onduidelijk is ook hoe de mogelijkheid van doorcontractering zich verhoudt tot het bepaalde in artikel 16, vierde lid, en tot het uitgangspunt van scheiding van de infrastructuur en het vervoer.*

*De Raad adviseert, indien het daadwerkelijk de bedoeling is dat de taken en functies van de beheerder door deze aan derden kunnen worden uitbesteed en het derhalve mogelijk is dat de verschillende functies bij spoorwegondernemingen kunnen worden gelegd, om dit nauwkeurig in de wet te regelen en uitgebreid toe te lichten. Veel van wat eerder in de toelichting wordt gesteld, komt daardoor immers op losse schroeven te staan. Voor de toelichting kan daarom niet worden volstaan met twee zinnen aan het eind van het algemeen deel. Zouden bedoelde zinnen daarentegen tot de minder doordachte onderdelen van de toelichting behoren, dan ware zij te schrappen.*

7. Het is in zijn algemeenheid niet beoogd dat taken en functies van de beheerder door spoorwegondernemingen worden uitgeoefend. In de wettekst is naar aanleiding van het advies van de Raad van State nauwer aangesloten bij de Europese richtlijnen; dit betreft met name artikel 16, vierde lid. Aangaande de door de Raad aan de orde gestelde uitbesteding van taken door de infrastructuurbeheerder aan vervoerders, geldt dat parallel aan de totstandkoming van deze wetgeving een geïntegreerd bedrijf wordt opgesplitst. In de praktijk moet rekening worden gehouden met moeilijk te splitsen verwevenheden in de bedrijfsvoering en bedrijfsmiddelen. Het is goed voorstelbaar dat het gedurende langere tijd praktisch wenselijk is om geen te rigide scheiding tussen infrastructuurbeheerder en de vervoerder aan te brengen, vanwege het belang van de reiziger, de verlader en van procesvereenvoudiging. Welke taken dit precies betreft is niet op voorhand volledig te definiëren, juist omdat bij de voortschrijdende splitsing praktische verwevenheden naar voren kunnen komen. Het is – anders dan in het oorspronkelijke voorstel – echter wel mogelijk dat de beheerder bepaalde werkzaamheden door derden laat verrichten, onder verantwoordelijkheid van de beheerder. Het toezicht door de Vervoerkamer van de NMa is hierop, waar relevant, onverkort van toepassing. In de toelichting is deze passage verduidelijkt.

8. Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om de nota van wijziging aan te vullen met een aantal kleine verbeteringen van het wetsvoorstel.

*De Raad van State geeft in overweging de nota van wijziging niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.*

*De Vice-President van de Raad van State,  
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge u verzoeken in te stemmen met toezending van de gewijzigde nota van wijziging en de gewijzigde toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

De Minister van Verkeer en Waterstaat,  
T. Netelenbos