



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De invloed van het Europese spoorrecht op de contractvrijheid tussen spoorgoederenvervoerders en de railinfrastructuurbeheerder
Süto, V.J.A.

Citation

Süto, V. J. A. (2005). De invloed van het Europese spoorrecht op de contractvrijheid tussen spoorgoederenvervoerders en de railinfrastructuurbeheerder. *Bw-Krant Jaarboek*, 21, 225-244. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36756>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36756>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

12 | De invloed van het Europese spoorrecht op de contractvrijheid tussen spoorgoederenvervoerders en de railinfrastructuurbeheerder

V.J.A. Sütő [■]

1 INLEIDING

Veel gehoord is de verzuchting dat ‘Europa’ zich overal mee bemoeit. Je kunt het inderdaad bijna niet bedenken, of er is over nagedacht, geregeld en gedaan: van bananen tot bijen, hommels en de door voertuigen veroorzaakte radio-storingen: er zijn communautaire regelingen¹ die het nationale recht, ook ons privaatrecht, in toenemende beïnvloeden. Heilige huisjes zijn er niet. De doorbreking van de normale regels van ons contractenrecht kan ver gaan. Ook het fundament (of: een van de fundamentele rechtsbeginselen²) van ons contractenrecht, contractvrijheid, blijft daarbij niet onaangetast.³

Zo heeft de Europese regelgeving in het kader van de liberalisering van het spoor geleid tot Nederlandse regelgeving waarin op diverse plaatsen contractvrijheid tussen partijen vergaand beperkt wordt of zelfs omslaat in contractdwang. Nu was contractdwang in spoorse zaken geen onbekende ten onzent, er bestond bijvoorbeeld al vrij lang een contracteerplicht tussen de

■ V.J.A. Sütő is advocaat te Den Haag en *visiting fellow* bij het E.M. Meijers Instituut van de Universiteit Leiden.

1 Verordening 1402/2005 van de Commissie tot vaststelling van de hoeveelheid bananen die in het vierde kwartaal van 2005 in het kader van de tariefcontingenten A/B en C voor invoer in de gemeenschap beschikbaar zijn, *PbEG* (2005) L 222, p. 3-4; Beschikking van de Commissie tot wijziging van beschikking 2003/881/EG betreffende de veterinairerechtelijke voorschriften en de certificeringvoorwaarden voor de invoer van bijen en hommels uit bepaalde derde landen, *PbEG* (2005) L 025, p. 64-68; Richtlijn 2005/49/EG van de Commissie van 25 juli 2005 tot wijziging van Richtlijn 72/245/EEG van de Raad betreffende door voertuigen veroorzaakte radiostoring (elektromagnetische compatibiliteit) en van Richtlijn 70/156/EEG inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten betreffende de goedkeuring van motorvoertuigen en aanhangwagens daarvan met het oog op hun aanpassing aan de technische vooruitgang, *PbEG* (2005) L 194.

2 Het fundamentele beginsel van de contractvrijheid heeft volgens Hondius een ‘zuster’ gekregen in het beginsel van de (bescherming van de) zwakke partij. Het is geworden: ‘niet tot een regel die de plaats van de contractvrijheid heeft ingenomen, maar tot een regel die naast de contractvrijheid recht heeft op hetzelfde aanzien.’ E.H. Hondius, ‘De zwakke partij in het contractenrecht; over de verandering van paradigma van het privaatrecht’, in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker, *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 387-394.

3 Zie bijv. P.J. Slot & M.H. Wissink, ‘Contractvrijheid en Europees recht’, in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker, *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 283-298.

personenvervoerder per spoor (vooral NS) en diens cliënten (de reizigers).⁴ De recente spoorwegwetgeving heeft daaraan andere rechtsverhoudingen toegevoegd waarin sprake is van – minst genomen – een vergaande inperking van de contractvrijheid. Deze lijkt zich voor te doen in de context van één van de opvallende nieuwigheden van de Spoorwegwet die in 2005 in werking trad.⁵ Ik doel op de keuze van de regering om de verhouding tussen enerzijds de beheerder van de hoofdspoorweginfrastructuur (ProRail) en anderzijds de spoorwegondernemingen⁶ (veelal spoorvervoerders) door het privaatrecht te doen beheersen.⁷ De onderhavige beschouwing richt zich op deze juridisch nieuw ingeklede verhouding tussen ProRail en spoorvervoerders, in het bijzonder spoorgoederenvervoerders. Om hun bedrijf te kunnen uitoefenen zijn de spoorgoederenvervoerders onder de nieuwe wetgeving afhankelijk van een privaatrechtelijke relatie (door middel van toegangs- en/of kaderovereenkomsten) met de infrastructuurbeheerder.

De centrale vraag die dit betoog probeert te beantwoorden is in hoeverre het Europese spoorrecht aanleiding geeft tot de in Nederland gekozen, indringende doorbreking van één van de vaste privaatrechtelijke uitgangspunten, contractvrijheid, door het verplicht stellen van toegangsovereenkomsten tussen vervoerders en infrastructuurbeheerder. Daarbij spelen verschillende (sub)vragen. Waren er ook andere mogelijkheden voor de nationale wetgever, die de eenheid van het contractenrecht minder verstoord zouden hebben? Hoe zit het met de motivering van de gekozen beperking van de contractvrijheid? Een inbreuk op een dergelijk principieel uitgangspunt van ons contractenrecht behoeft immers rechtvaardiging; verder gaande inbreuk dan strikt noodzakelijk is ongewenst. Is de civielrechtelijke verhouding die de Spoorwegwet tussen deze partijen geconstrueerd heeft, uitgewerkt op een manier die past bij het systeem van ons contractenrecht of bruuskeert dit systeem ook in zijn uitwerking de eenheid van ons contractenrecht? Aan de hand van een voor de spoorgoederenvervoerders uitermate belangrijk aspect van de toegangsovereenkomst, te weten de vergoeding die hij moet gaan betalen voor de toegang tot

4 Zie hierover het knappe proefschrift van I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden 2005), Deventer: Kluwer 2005, o.a. p. 69-70.

5 Wet van 23 april 2003, houdende nieuwe algemene regels over de aanleg, het beheer, de toegankelijkheid en het gebruik van spoorwegen alsmede over het verkeer over spoorwegen, *Stb.* 2003, 264; Met 'Spoorwegwet' wordt in dit opstel steeds de nieuwe, op 1 januari 2005 ingevoerde wet bedoeld. De 'oude' Spoorwegwet wordt aangeduid als de Spoorwegwet 1875.

6 'Spoorwegonderneming' is volgens artikel 1, sub f Spw: 'spoorwegonderneming als bedoeld in richtlijn 95/18/EG alsmede iedere andere onderneming die gebruik maakt of beoogt te maken van de spoorweg en daarvoor de beschikking heeft over tractie.' In de bedoelde richtlijn staat: 'Elke privaot- of publiekrechtelijke onderneming waarvan de voornaamste activiteit bestaat in het leveren van spoorwegvervoerdiensten voor goederen en/of reizigers, waarbij die onderneming voor de tractie moet zorgen; hiertoe behoren ook ondernemingen die uitsluitend tractie verzorgen.'

7 Ook over deze verhouding Houben 2005, p. 66-69.

het spoor (de 'gebruiksvergoeding'), wil ik tot beantwoording van deze vragen komen.

De opzet van dit opstel is als volgt: eerst wordt het beginsel van de contractvrijheid zoals ik dat voor dit opstel begrijp, kort aangeduid (paragraaf 2).

Om de vragen die dit opstel stelt te kunnen beantwoorden is het niet te vermijden de spoorrechtelijke context waarbinnen zij opkomen te schetsen. Daarom worden in paragraaf 3 de door de EG vastgestelde spoorse richtlijnen beknopt besproken; deze vormen (mede) de aanleiding om de spoorwegwetgeving aan te passen. Paragraaf 4 is ook 'spoor' ingevuld. De parlementaire geschiedenis van de Spoorwegwet die handelt over de rechtsverhouding tussen vervoerders en ProRail wordt weergegeven. Daarbij wordt speciale aandacht besteed aan de wijze waarop in de Spoorwegwet een cruciaal en betrekkelijk nieuw element, de voor de toegang tot het spoor te betalen vergoeding, is geregeld. Vervolgens zal in paragraaf 5 worden getoetst in hoeverre de in paragraaf 2 besproken elementen van contractvrijheid overeind gebleven zijn in de hier besproken verhouding vervoerder / infrastructuurbeheerder. In paragraaf 6 zullen de in deze Inleiding gestelde vragen beantwoord worden. Mogelijke alternatieven die de wetgever had kunnen aanwenden om de verhouding vervoerder / railinfrastructuurbeheerder vorm te geven worden daarbij aangedragen. Paragraaf 7 bevat de conclusies.

2 CONTRACTVRIJHEID

Contractvrijheid is een begrip dat gemakkelijk uitnodigt tot allerlei theoretische bespiegelingen die in dit betoog niet op zijn plaats zijn. Het is wel op zijn plaats de kenmerken van contractvrijheid aan te duiden, teneinde te kunnen toetsen of, en zo ja in hoeverre, de Spoorwegwet een inbreuk maakt op dit voor ons contractenrecht principiële beginsel waarop – zoals Rutten dat ooit formuleerde – 'ons hele privaatrecht is (...) gebaseerd.'⁸ Hoe zeer wordt de eenheid van ons contractenrecht doorkruist door verplichtingen en voorschriften in de Spoorwegwet?

Voor dit betoog ga ik ervan uit dat de vrijheid te contracteren impliceert dat:

- 1 het een partij vrij staat wel of geen overeenkomst met een ander aan te gaan;
- 2 het een partij, indien hij een overeenkomst wil, vrij staat te kiezen met wie hij die overeenkomst wil aangaan;
- 3 het hem vrij staat de wijze waarop de overeenkomst aangegaan wordt naar eigen inzicht te regelen, en

8 L.E.H. Rutten, *Mr C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Verbintenissenrecht. Deel II.1. De overeenkomst en de verbintenis uit de wet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1954, p. 28.

- 4 het hem vrij staat de inhoud, de werking en de voorwaarden van die overeenkomst vrij te bepalen.⁹

Op alle hierboven genoemde aspecten afzonderlijk kan inbreuk gemaakt worden, evenals op alle denkbare combinaties van deze vier aspecten. De meest vergaande inbreuk is vanzelfsprekend die, waarin door wet- en regelgeving allevier de factoren nader ingevuld worden. In het vervolg (met name in paragraaf 5) wordt ten aanzien van elk van deze punten nagegaan in hoeverre de Spoorwegwet terzake van de verhouding tussen de spoorgoederenvervoerders en de railinfrastructuurbeheerder de contractvrijheid al dan niet respecteert.

3 EUROPEES SPOORRECHT, ENKELE RICHTLIJNEN

Begin jaren negentig van de vorige eeuw is in Nederland het proces gestart om nieuwe verhoudingen in het spoorvervoer te creëren; daarmee wordt voornamelijk het introduceren van marktwerking op het spoor bedoeld.¹⁰ Dit proces is in gang gezet en verder gestimuleerd door de ontwikkelingen in het gemeenschappelijk vervoerbeleid van de Europese Unie. In de in dit verband uitgevaardigde richtlijnen zijn aanzienlijke groeidoelstellingen voor het spoorvervoer geformuleerd, onder andere om de toenemende transportcongestie en milieuproblematiek (zoals emissie van schadelijke stoffen en van geluid) het hoofd te bieden. Om de op punten verstrekkende herziening van het Nederlandse spoorrecht waarbinnen de in dit opstel gestelde vragen spelen te begrijpen, wordt in deze paragraaf de communautaire regelgeving die (mede) de aanstoot gaf voor de hercodificatie van het Nederlandse spoorrecht kort besproken.

De eerste stap in de ontwikkeling van een gemeenschappelijk spoorbeleid is richtlijn 91/440/EEG.¹¹ De richtlijn, die marktwerking als een leidinggevend principe benoemt, benadrukt dat de spoorwegen een essentieel bestanddeel vormen van de (goederen)vervoersector binnen de gemeenschap. Met het oog op integratie in een markt met vrije concurrentie tussen verschillende vervoermodaliteiten (bijvoorbeeld spoor, weg en binnenvaart) acht de richtlijn het van belang om de efficiëntie van het spoor te verbeteren. De lidstaten dienen

9 Vgl. A.Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2005, p. 34 en vijftig jaar eerder al in ongeveer diezelfde bewoordingen Asser-Rutten 1954, 3-II.1, p. 28. In beide werken is het door mij genoemde punt 3 minder expliciet als element van contractvrijheid opgenomen.

10 Zie voor de ontwikkelingen van toen en een historische 'spoorschets' F.C. Kuik, 'Overheden en spoorwegbedrijven: een relatie in beweging', *Openbare Uitgaven* 1992, p. 35-42.

11 Richtlijn 91/440/EEG van de Raad van Europa van 29 juli 1991 betreffende de ontwikkeling van spoorwegen in de gemeenschap, *PbEG* 237.

de spoorwegondernemingen het statuut te geven van een volgens commerciële beginselen functionerende onafhankelijke onderneming die zich richt naar de behoeften van de markt.

De richtlijn lanceert een aantal maatregelen om de efficiëntie en het concurrentievermogen van het spoorvervoer versterken. Eén daarvan is de (ten minste boekhoudkundige) scheiding tussen enerzijds het beheer van de spoorweginfrastructuur en anderzijds de exploitatie van vervoerdiensten.¹² In veel landen worden het beheer van de spoorweginfrastructuur en het spoorvervoer nog verzorgd vanuit één en dezelfde organisatie, in Nederland gebeurt dit in die dagen vanuit de NS Holding. Met de uitvaardiging van richtlijn 91/440/EEG nemen de lidstaten het op zich, om een scheiding tussen vervoer en beheer aan te brengen.¹³ Dit beheer betreft grosso modo de zorg voor de kwaliteit en de betrouwbaarheid van hoofdspoorweginfrastructuur,¹⁴ de verkeersleiding, en de beschikbaarheid en verdeling van de hoofdspoorweginfrastructuurcapaciteit. Dit laatste is van cruciaal belang voor de spoorvervoerders. Ten opzichte van het vervoer over de weg kent het vervoer per spoor namelijk een belangrijke beperking: vervoerders kunnen niet, zoals auto's, bussen en dergelijke dat wel kunnen, zomaar 'de weg' op. De spoorweginfrastructuur kan een beperkt aantal vervoerbewegingen aan, die vanwege de beperkte ruimte strak gecoördineerd dienen te worden. Ruim van te voren moeten vervoerders die gebruik willen maken van hoofdspoorweginfrastructuur capaciteit aanvragen. Dit wil zeggen dat zij om toegang te krijgen tot het spoor dienen aan te geven wanneer zij waar het spoor op willen. De capaciteitsaanvraag wordt ingediend bij de infrastructuurbeheerder, die vervolgens de capaciteit volgens bepaalde regels en criteria verdeelt.

In het verlengde van bedoelde splitsing langs de lijn beheer/vervoer vindt de introductie van een vergoeding voor het gebruik van spoorweginfrastructuur plaats, de zogenaamde gebruiksheffing, of – in de woorden van de Spoorwegwet – de gebruiksvergoeding. Deze zou concurrentiebevoorderend zijn en een betere prijs-kwaliteitverhouding bewerkstelligen. Een hard uitgangspunt van de richtlijn is daarbij dat de gebruiksvergoeding zodanig wordt berekend, dat iedere discriminatie tussen spoorwegondernemingen wordt vermeden (artikel 8 RL 91/440/EEG). Voor de goederenvervoerders zijn dit twee essentiële

12 Deze scheiding is in Nederland inmiddels doorgevoerd door het spoorvervoer en het beheer van de railinfrastructuur te splitsen. Het railinfrastructuurbeheer is ondergebracht bij ProRail B.V.

13 Zie over deze splitsing H. de Groot & P.H. de Haaij, 'Verzelfstandiging van nationale spoorwegen: ervaringen in Nederland en elders', *Openbare Uitgaven* 1998, p. 142-148.

14 'Hoofdspoorweginfrastructuur' is geen begrip uit de Europese regelgeving, maar een term uit de Spoorwegwet (vgl. artikelen 1 en 2). Bij Koninklijk Besluit zijn de hoofdspoorwegen aangewezen: Besluit van 20 december 2004, houdende aanwijzing van hoofdspoorwegen, alsmede houdende intrekking van enkele op grond van de Locaalspoor- en Tramwegwet genomen besluiten (Besluit aanwijzing hoofdspoorwegen), 20 december 2004.

aspecten van het spoorvervoer: de toegang tot het spoor en het prijskaartje dat aan die toegang wordt gehangen.

In 1995 wordt een spoorrichtlijn uitgevaardigd die meer in het bijzonder ingaat op de gebruiksvergoeding en de verdeling van spoorweginfrastructuurcapaciteit: richtlijn 95/19/EG.¹⁵ Deze richtlijn zet een raamwerk op, onder andere om een uniforme en niet-discriminerende toegang tot de spoorweginfrastructuur en toepassing van de gebruiksvergoeding daarvoor verder te stimuleren. De lidstaten wordt opgedragen om de procedures van toewijzing van infrastructuurcapaciteit vast te stellen (artikel 10 lid 1 RL 95/19/EG); de toewijzing van de infrastructuurcapaciteit geschiedt vervolgens door de 'toewijzende instantie' (dit is de infrastructuurbeheerder). Ook stellen de lidstaten na raadpleging van de infrastructuurbeheerder de nadere regels vast voor de bepaling van de gebruiksvergoeding (artikel 7 lid 1 RL). Afgezien van de consultatieverplichting ligt de regulering van de gebruiksvergoeding daarmee nog volledig in het publieke domein: de lidstaten dienen de regels te stellen.

De in richtlijn 91/440/EEG en 95/19/EG opgenomen voorschriften omtrent de gebruiksvergoeding zijn geïmplementeerd in de Spoorwegwet 1875;¹⁶ deze implementatie betreft voornamelijk vastlegging van de grondslagen voor de berekening van de gebruiksvergoeding zoals het aantal afgelegde treinkilometers. Bij ministeriële regeling zijn hieromtrent nadere regels gesteld.¹⁷

Het door de verschillende richtlijnen beoogde, revitaliserende effect op het spoor(goederen)vervoer blijft uit. In 2001 stellen de Raad en de Europese Commissie een viertal nieuwe spoorrichtlijnen vast om het voorgenoemde beleid meer kracht bij te zetten. Voor de gebruiksvergoeding en capaciteittoewijzing is richtlijn 2001/14/EG de belangrijkste.¹⁸

15 RL 95/19/EG van de Raad van 19 juni 1995 inzake de toewijzing van infrastructuurcapaciteit en de heffing van gebruiksrechten voor de spoorinfrastructuur, *PbEG* 1995, L 143. Deze wordt tegelijk met richtlijn 91/18/EG van de Raad van 19 juni 1995 betreffende de verlening van vergunningen aan spoorwegondernemingen, *PbEG* 1995, L 143 uitgevaardigd. Laatstgenoemde richtlijn mist voor dit betoog relevantie.

16 Wet van 13 november 1997, houdende aanpassing van de Spoorwegwet en de Wet Personenvervoer aan Richtlijn 91/440/EEG en Verordening (EEG) nr. 1893/91 (*Stb.* 578). Deze wet is op 3 december 1997 in werking getreden.

17 Besluit van 25 oktober 1999, houdende regels voor de vergoeding ter zake van het gebruik van spoorweginfrastructuur, *Stb.* 1999, 457.

18 RL 2001/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2001 inzake de toewijzing van spoorweginfrastructuurcapaciteit en de heffing van rechten voor het gebruik van spoorweginfrastructuurcapaciteit alsmede inzake veiligheidscertificering, *PbEG* 2001, L 75. Nog maar nauwelijks is deze richtlijn in de nationale wetgeving geïmplementeerd, of een nieuwe richtlijn, die 2001/14/EG wijzigt, is al weer uitgevaardigd. Het gaat om (Rectificatie van) richtlijn 2004/49/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 inzake de veiligheid op de communautaire spoorwegen en tot wijziging van Richtlijn 95/18/EG van de Raad betreffende de verlening van vergunningen aan spoorwegondernemingen, en van richtlijn 2001/14/EG van de Raad inzake de toewijzing van infrastructuurcapaciteit en de heffing van rechten voor het gebruik van spoorweginfrastructuur alsmede inzake veiligheidscertificering, *PbEG* 2004, L 220.

De 'bonte verscheidenheid' die volgens de Raad en de Commissie is ontstaan aangaande de structuur en de hoogte van de gebruiksvergoeding en de vorm en procedures voor de toegang tot het spoor wordt een onwenselijke ontwikkeling geacht, die deze richtlijn keren wil. Om dit doel te bereiken beschrijft de richtlijn, er daarbij van uitgaand dat de gebruiksvergoeding een stimulans voor marktwerking zal zijn, de beginselen en procedures die bij de vaststelling van die vergoeding dienen te worden toegepast. De richtlijn erkent dat de infrastructuurbeheerder een natuurlijk monopolist is, die gestimuleerd moet worden zijn kosten te reduceren en de infrastructuur efficiënt te beheren.¹⁹ Lidstaten worden verplicht een kaderregeling vast te stellen voor de gebruiksheffingen. Daarnaast dienen bovendien specifieke tarifieringsvoorschriften te worden vastgesteld, maar deze bevoegdheid mag gedelegeerd worden aan de infrastructuurbeheerder (mits deze onafhankelijk is van de spoorwegondernemingen). Anders dan de vorige richtlijn (95/19/EG) nog bepaalde, maakt de laatstgenoemde bepaling in richtlijn 2001/14/EG het mogelijk de regeling van de gebruiksvergoeding buiten het 'publiekrechtelijke' domein te brengen. De bevoegdheid om terzake van de gebruiksvergoeding nadere regels te stellen kan zoals gezegd neergelegd worden bij de – eventueel privaatrechtelijke – infrastructuurbeheerder.

De richtlijn zet ook de deur open voor het sluiten van een zogenaamde kaderovereenkomst tussen de infrastructuurbeheerder en spoorwegondernemingen. Dit is een

'publiek- dan wel privaatrechtelijk bindende algemene overeenkomst die de rechten en plichten vastlegt van een aanvrager en van de infrastructuurbeheerder (...) met betrekking tot de toe te wijzen infrastructuurcapaciteit en de te heffen rechten voor een periode die langer is dan de geldigheidsduur van één dienstregelingstijdvak.' (artikel 2 sub f, uitgewerkt in artikel 17 van RL 2001/14/EG).

Van toegangsovereenkomsten wordt in de richtlijn niet gesproken.

4 TOTSTANDKOMING VAN DE SPOORWEGWET EN PRIVAATRECHTELIJKE verhoudingen

De verschillende richtlijnen moeten in het nationale recht worden geïmplementeerd. Dit leidt tot een zeer moeizaam (her)codificatieproces van de Spoorwegwet. Het in februari 2000 bij de Raad van State aanhangig gemaakt ontwerp voor een nieuwe Spoorwegwet wordt door dit College weinig enthousiast ontvangen,²⁰ en ook de Tweede Kamer toont zich uiterst kritisch over de

¹⁹ Zie bijvoorbeeld RL 2001/14/EG, overwegingen 29 en 40.

²⁰ Advies van 16 juni 2000, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 482, A.

structuur en de inhoud van het ingediende wetsontwerp.²¹ Er zijn diverse nota's van verbetering, algemeen overleggen en nota's van wijziging nodig voordat de Tweede en de Eerste Kamer, zij het schoorvoetend, hun fiat geven aan het wetsvoorstel. Uiteindelijk is op 1 januari 2005 de Spoorwegwet (grotendeels) in werking getreden.²²

Ofschoon er nog een vijfde Nota van Wijziging komt,²³ vormt de Vierde Nota van Wijziging een inhoudelijk keerpunt in het hercodificatieproces.²⁴ De Nota bevat ten opzichte van de eerdere voorstellen ingrijpende veranderingen die ook de gebruiksvergoeding raken, en is in alle fasen van het wetgevingsproces zeer kritisch besproken. In de eerdere voorstellen zou de privaatrechtelijke status van de railinfrastructuurbeheerder worden omgevormd in een publiekrechtelijke: ProRail zou een publiekrechtelijk zelfstandig bestuursorgaan worden.²⁵ Dit voorstel trekt de regering ijlings terug; anders dan in de eerdere voorstellen, wordt de (bestaande) privaatrechtelijke positie van de infrastructuurbeheerder in het nieuwe voorstel juist gehandhaafd. De aanstuuringsrelatie vanuit de Staat met de infrastructuurbeheerder zal door middel van een concessie worden vormgegeven.²⁶ De Minister van Verkeer & Waterstaat zal binnen een publiekrechtelijk kader een concessie verlenen aan de infrastructuurbeheerder, met behoud van diens privaatrechtelijke vorm. Dit is de zogeheten beheerconcessie (artikel 16 Spw). Daarnaast wordt een concessieregime voor het binnenlandse reizigersvervoer geïntroduceerd.²⁷ Deze concessies verlenen exclusiviteit. Zowel de infrastructuurbeheerder als de reizigervervoerders hebben dus een publiekrechtelijk aangestuurde relatie met de overheid. Dit is zeker in de verhouding met de reizigervervoerders een niet onaanzienlijke wijziging ten opzichte van de toenmalige, door middel van privaatrechtelijke overeenkomsten vormgegeven relatie.

21 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 482, nrs. 1-2 (Voorstel van Wet) en *Kamerstukken II* 2000/01, 27 482, nr. 3 (Memorie van Toelichting).

22 Grotendeels. Zie Besluit van 20 december 2004, houdende vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van bepalingen van de Spoorwegwet en van daarmee samenhangende regelgeving, alsmede houdende intrekking van een aantal wettelijke voorschriften, *Stb.* 2004, 741. Hieruit blijkt dat voor bijzondere en lokale spoorwegen de Spoorwegwet 1875 nog in werking is.

23 *Kamerstukken II* 2001/02, 27 482, nr. 16.

24 *Kamerstukken II* 2001/02, 27 482, nr. 13.

25 Zie hierover C.W. Noorlander, 'De Spoorwegbeheersorganisatie als zbo', *Tijdschrift Privatisering* 2001, p. 21-26.

26 Over (de geschiktheid van) dit instrument is een interessante dissertatie geschreven door M.B. Nijhof, *De concessie in Europeesrechtelijk perspectief* (diss. Utrecht 2000), Deventer: Kluwer 2000; zie ook D.L.M.T. Dankers, *Op het spoor van de concessie. Een onderzoek naar het rechtskarakter van de concessie in Nederland en Frankrijk* (diss. UvA 2000), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000.

27 Dit is verder geregeld in de Wet Personenvervoer 2000 (Wet van 6 juli 2000, houdende nieuwe regels omtrent het openbaar vervoer, besloten busvervoer en taxivervoer) door middel van de Concessiewet Personenvervoer per trein, *Stb.* 2003, 265.

Voor de spoorgoederenvervoerders verandert er ook veel, en wel in omgekeerde richting. Van (al dan niet exclusieve) concessies is geen sprake. Zij hebben ingevolge dit wetsvoorstel in beginsel toegang in concurrentie op het spoor. De Nota van Wijziging:

‘De verhouding tussen infrastructuurbeheerder en vervoerders is – anders dan in het oorspronkelijke wetsvoorstel – niet meer vormgegeven als een publieke gezagsrelatie. Met deze Nota van Wijziging wordt voorgesteld deze centrale relatie meer vorm te geven als een relatie van gelijkwaardigheid, wederzijdse afhankelijkheid en gezamenlijke optimalisatie. Deze relatie wordt dan ook beheerst door (privaatrechtelijke) toegangsovereenkomsten.’²⁸

De gebruiksvergoeding, een van de onderwerpen waarover iets in deze overeenkomst geregeld moet worden, kan ook niet langer beschouwd worden als een publiekrechtelijke heffing. Het is een ‘wettelijk gereguleerde prijs die spoorwegondernemingen voor het gebruik van hoofdspoorwegen aan de (particuliere) beheerder verschuldigd zijn.’ De gebruiksvergoeding wordt nu als privaatrechtelijke vergoeding aangemerkt, en op grond daarvan is er, aldus de Nota van Wijziging, ‘bij nader inzien geen behoefte meer aan een gedetailleerde regeling van de maatstaven in de Spoorwegwet.’²⁹ Deze was eerder wel voorgenomen.

De in de Nota nog wel voorgestelde ‘wettelijke regulering’ bestaat erin (zoals richtlijn 2001/14/EG mogelijk maakt) dat in de Spoorwegwet enige hoofdlijnen omtrent de gebruiksvergoeding opgenomen zullen zijn. Een van die hoofdlijnen is de in artikel 61 lid 1 Spw neergelegde begrenzing, dat de door de beheerder begrote opbrengsten niet méér mogen bedragen dan de begrote kosten terzake van de betreffende hoofdspoorweginfrastructuur in dat jaar. De bedoeling is dat de beheerder door de gebruiksvergoeding ten minste de kosten verhaalt die rechtstreeks uit het gebruik van de door hem beheerde spoorweginfrastructuur voortvloeien.

De rest van artikel 61 Spw bevat vooral de (beleidsarme) implementatie van de in richtlijn 2001/14/EG opgenomen voorschriften over de gebruiksvergoeding, met de daarin genoemde mogelijkheden van kortingen, extra heffingen, bijtellingen enzovoorts.³⁰

De reacties op de vierde Nota van Wijziging zijn ronduit negatief. Zowel de Raad van State,³¹ als de vaste Commissie voor Verkeer & Waterstaat³²

28 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 482, nr. 13, p. 18.

29 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 482, nr. 13, p. 33.

30 Vgl. V.J.A. Sütő, ‘Het spoorgoederenvervoer, de gebruiksvergoeding en privaatrechtelijke verhoudingen’, in: mr. M.M. den Boer e.a. (red.), *De droomjurist, Liber amicorum ter gelegenheid van het afscheid van Karel Kraan van de Hoofddirectie Juridische Zaken van het Ministerie van Verkeer en Waterstaat*, Den Haag: HDJZ 2005.

31 *Kamerstukken II* 2001/02, 27 482, B.

32 Vgl. *Kamerstukken II* 2001/02, 27 482, nr. 15.

en de Tweede en de Eerste Kamer³³ dringen aan op een andere regeling, met name ook met betrekking tot de privaatrechtelijke basis waarop zulke cruciale verhoudingen als die tussen railinfrastructuurbeheerder en vervoerder in de spoorsector geregeld worden. In weerwil van alle herhaalde aansporingen om het anders te doen, houdt de regering op dit punt voet bij stuk en blijft de verhouding tussen de infrastructuurbeheerder en de goederenvervoerders een privaatrechtelijke inbedding houden. Ook een herhaald aandringen tot en met moties toe om toch vooral bij of krachtens AMVB regels te stellen over de maatstaven en hoogte van de gebruiksvergoeding leidt er niet toe, dat de regering die regeling alsnog voor haar rekening neemt.³⁴ De regering wijst erop, dat op grond van richtlijn 2001/14/EG delegatie van nadere regeling aan de infrastructuurbeheerder is toegestaan. Dit is een op zichzelf correct, doch tevens heel formeel en weinig inhoudelijk argument. Bovendien kunnen volgens de regering partijen zelf, nu de verhouding tussen goederenvervoerder en ProRail privaatrechtelijk wordt vormgegeven, met de toegangsovereenkomsten hun onderlinge verhouding op bepaalde punten nader vorm geven, eveneens wat betreft de hoogte van de gebruiksheffing. Het bij voorbaat overgaan tot het vanuit de Staat stellen van regels wordt prematuur geacht.³⁵

De regering heeft vanzelfsprekend wel geprobeerd *checks and balances* in te bouwen om de privaatrechtelijke vormgeving van de relatie vervoerders/ProRail met enige waarborgen te omkleden. Volgens de regering staat dan wel niet vast dat er behoefte is of ooit zal zijn aan nadere regeling van de gebruiksvergoeding bij of krachtens AMVB,³⁶ desniettemin is in de Spoorwegwet bepaald dat nadere regels omtrent de gebruiksvergoeding vastgesteld *kunnen* worden (artikel 62 lid 8 Spw). Mocht overheidssturing met betrekking tot de gebruiksvergoeding toch nodig blijken, dan is er dus een vangnet.

Daarnaast is in het voetspoor van richtlijn 2001/14/EG ten behoeve van (doelmatig beheer en) billijk en niet-discriminerend gebruik van spoorweginfrastructuur en de gebruiksvergoeding een onafhankelijk publiek toezicht ingevoerd op onder meer het functioneren van de beheerder en diens handelen jegens vervoerders.³⁷ Dit toezicht wordt voor onderhandelingen over de gebruiksvergoeding (dit zal veelal in het kader van de toegangsovereenkomst zijn) opgedragen aan de raad van bestuur van de NMa (artikel 69 e.v. Spw).

Daarenboven zijn er enige maatregelen in de wet opgenomen om de privaatrechtelijke verhouding tussen goederenvervoerders en infrastructuurbeheerder handen en voeten te geven. De belangrijkste wordt gevormd door de toegangsovereenkomst die de goederenvervoerders dienen af te sluiten

33 Vgl. *Kamerstukken II* 2003/04, 27 482, nr. 81, *Kamerstukken I* 2001/02, 27 216 en 27 482, nr. 321a.

34 Vgl. *Kamerstukken II* 2001/02, 27 482, nr. 46 en nr. 60.

35 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2001/02, 27 482, nr. 30, nr. 65 en *Kamerstukken II* 2003/04, nr. 82.

36 Vgl. *Kamerstukken II* 2001/02, 27 216 en 27 482, nr. 39, p. 5.

37 Zie daarin overweging 46 en artikel 30.

met de infrastructuurbeheerder (artikel 57 juncto 59 Spw). Het door middel van overeenkomsten vorm geven van de verhouding tussen de railgoederenvervoerder en de railinfrastructuurbeheerder is de consequentie van de door de regering gekozen optie, de desbetreffende verhouding te doen beheersen door het privaatrecht. De 'toegangsovereenkomst' waarover gesproken wordt is een tussen beheerder en (in de wet nader gespecificeerde) goederenvervoerder³⁸ gesloten overeenkomst over het gebruik van capaciteit. De Spoorwegwet schrijft voor, dat deze in elk geval bedingen bevat over de te bieden kwaliteit van de infrastructuur en de hoogte van de gebruiksvergoeding (artikel 59 lid 1 sub a en b). Hieruit is af te leiden, dat de hoogte van de gebruiksvergoeding onderhandelbaar is. Dit volgt verder nog uit artikel 62 Spw, waarin stelselmatig gesteld wordt dat een gebruiksvergoeding (of korting, aftrek enz. op de vergoeding) 'kan worden overeengekomen', en uit 63 Spw. In dit laatstgenoemde artikel is bepaald dat de onderhandelingen over de hoogte van de gebruiksvergoeding alleen zijn toegestaan na melding ervan aan en onder toezicht van de raad van bestuur van de NMa:³⁹

'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 raad van bestuur van de NMa.'

Ondanks hun kritiek gaat zowel de Tweede als de Eerste Kamer akkoord met het uiteindelijk in stemming gebrachte wetsvoorstel voor een nieuwe Spoorwegwet. Op 1 januari 2005 treedt de Spoorwegwet inclusief de door 'het privaatrecht' bepaalde verhouding tussen de infrastructuurbeheerder en de vervoerder in werking. Hoe werkt de geconstrueerde privaatrechtelijke verhouding en vooral de invulling daarvan door de Spoorwegwet (of eerder: het tegendeel daarvan) uit in de concrete verhoudingen tussen ProRail en de goederenvervoerders? Hierover handelt de volgende paragraaf.

38 De betrokken artikelen spreken niet over 'vervoerder' maar over 'gerechtigde'. Een gerechtigde tot het sluiten van een toegangsovereenkomst is volgens artikel 56 juncto 57 Spw onder meer een spoorwegonderneming in het bezit van een bedrijfsvergunning voorzover hij daarmee gerechtigd is van de hoofdspoorwegen gebruik te maken. Een spoorwegonderneming is ex artikel 1 sub f Spw: 'spoorwegonderneming als bedoeld in richtlijn 95/18/EG alsmede iedere andere onderneming die gebruik maakt of beoogt te maken van de spoorweg en daarvoor de beschikking heeft over tractie.' Het is een hele mond vol om vooral de spoorvervoerders aan te duiden; het kan evenwel ook gaan om bijvoorbeeld verladers.

39 De opmerking in de Brief van de Minister en de Staatssecretaris van Verkeer & Waterstaat d.d. 18 juni 2004, waarin wordt gemeld dat 'de hoogte van de gebruiksvergoeding vastgesteld [wordt] door de beheerder' moet dan ook in het licht van de artikelen 63 en 59 Spw worden gelezen: er is een onderhandelingsproces, en daarin (of daarna) stelt de infrastructuurbeheerder (desnoods) de gebruiksheffing vast. Deze opmerking kan niet zo worden begrepen, dat de onderhandelbaarheid van de hoogte van de gebruiksvergoeding niet aanwezig is. Indien dat zo zou zijn, zouden de artikelen 59 lid 1 sub a en 63 Spw reeds enkele maanden voor de inwerkingtreding van de vastgestelde wet dode letters zijn; *Kamerstukken II* 2003/04, 27 482 en 27 216, nr. 91, p. 4.

5 DE TOEGANGSOVEREENKOMST IN HET LICHT VAN CONTRACTVRIJHEID

De wetgever heeft ervoor gekozen de verhouding tussen de railinfrastructuurbeheerder en de (goederen)vervoerders in het gebied van het privaatrecht te trekken. De contractuele relatie tussen de railinfrastructuurbeheerder en de (goederen)vervoerders is vooral uitgewerkt in de artikelen 57 juncto 59 Spw (toegangsovereenkomst), 60 Spw (kaderovereenkomst), 62 Spw (gebruiksvergoeding en de in dat verband overeen te komen verhogingen, kortingen, bijtellingen, aftrekkingen enzovoorts) en 63 Spw (de onderhandelingen over de gebruiksvergoeding). Artikel 60 Spw volgt artikel 17 richtlijn 2001/14/EG, waarin de mogelijkheid kaderovereenkomsten tussen infrastructuurbeheerder en (in het algemeen) spoorvervoerders te sluiten is gecodificeerd. Dit zijn meerjarige publiek- dan wel privaatrechtelijke overeenkomsten, waar de spoorgoederensector in Nederland voorlopig nog niet aan toe is. De (privaatrechtelijke) toegangsovereenkomst is niet een rechtstreeks voortvloeisel uit de richtlijn. Nu de verhouding tussen de infrastructuurbeheerder en de spoorvervoerder door het privaatrecht wordt beheerst, is de overeenkomst het voor de hand liggend instrument om afspraken tussen infrastructuurbeheerder en spoorvervoerder vorm te geven.

Om de toetsen hoe de privaatrechtelijke verhoudingen uitpakken met behulp van het wettelijk kader dat de Spoorwegwet biedt, en hoezeer daarin nog van contractvrijheid sprake is, wordt uitgegaan van de volgende casus. De infrastructuurbeheerder stelt in de netverklaring⁴⁰ vast op grond van welke systematiek de gebruiksvergoeding bepaald gaat worden voor het komende jaar. De railinfrastructuurbeheerder stelt een nieuwe berekeningssystematiek voor de gebruiksvergoeding voor, die tot een substantieel hogere heffing leidt dan de spoorvervoerders vrezen aan te kunnen. Welke middelen biedt het in de Spoorwegwet aangereikte privaatrechtelijk instrumentarium de goederenvervoerders om invloed uit te oefenen op die gebruiksheffing? Hoe werkt in die omstandigheden de door de regering vooronderstelde situatie van 'gelijkwaardigheid, wederzijdse afhankelijkheid en gezamenlijke optimalisatie', die normale privaatrechtelijke verhoudingen kenmerkt, door?

De hoogte van de gebruiksvergoeding is volgens de Spoorwegwet onderhandelbaar. Dit volgt o.m. uit de artikelen 57 juncto 59, 63 en 63 Spw. De vervoerders kunnen onderhandelingen over de hoogte van de gebruiksvergoeding initiëren in het kader van de in artikel 59 Spw genoemde toegangsovereenkomst. Dit past in de bedoeling van de regering. Partijen maken 'in een

40 De netverklaring is kort gezegd het jaarlijks prospectus van de infrastructuurbeheerder waarin hij de functionele kenmerken omschrijft (snelheid, aslast, storingen, geluid en dergelijke), alsmede de beschikbaarheid van de infrastructuur (in relatie tot buitendienstelingen en storingen). Tevens wordt aangegeven onder welke voorwaarden (zoals heffings- en tariefbeginselen) de spoorwegondernemingen gebruik kunnen maken van de infrastructuur en van bijkomende voorzieningen. De netverklaring is te vinden via <www.prorail.nl/ProRail/Vervoerders/Netverklaring> (oktober 2005).

gelijkwaardige relatie afspraken in kaderovereenkomsten en toegangsovereenkomsten.⁴¹

Is er in de feitelijke situatie werkelijk sprake van 'wederzijdse afhankelijkheid' en 'gelijkwaardige' partijen of worden die begrippen meer als een bezweringsformule gebezigd en herhaald? De Raad van State ziet het zo:

'De kwaliteit van een verhouding en de wederzijdse betrokkenheid worden primair bepaald door belangen, onderscheiden functies en gemeenschappelijke verantwoordelijkheden en minder door het juridisch karakter van de onderlinge relatie.'⁴²

Daar lijkt mij weinig op af te dingen. Ik zou nog willen toevoegen, dat juridische karakterisering van onderlinge relaties in termen van 'privaatrechtelijk' niet voldoende is om een werkelijk privaatrechtelijke verhouding tot stand te brengen. Daarvoor is meer nodig, om te beginnen bijvoorbeeld contractvrijheid.

Hoe is het daarmee gesteld in de geprivatiseerde verhouding tussen de railgoederenvervoerders en ProRail? Als eerste kenmerk van contractvrijheid is in paragraaf 2 de vrijheid wel of geen contract aan te gaan genoemd. Dit eerste kenmerk is binnen de spoorse context nauw verweven met het tweede kenmerk: zijn partijen vrij een overeenkomst aan te gaan met wie zij willen?

Houben concludeert dat nu de Spoorwegwet de toegang tot het spoor (plus, voeg ik toe, het prijskaartje dat daaraan hangt) door middel van toegangsovereenkomsten heeft vormgegeven, en op grond van artikel 27 Spw de toegangsovereenkomst als voorwaarde voor verdeling van capaciteit is gesteld, van directe contractdwang gesproken kan worden.

'Er staat nergens de verplichting voor de beheerder van de infrastructuur om de toegangsovereenkomst te sluiten, maar uit artikel 27 blijkt wel dat de spoorwegonderneming recht heeft op toegang en daar is een toegangsovereenkomst voor vereist. De beheerder zal een goede reden moeten hebben om het sluiten van een toegangsovereenkomst te weigeren, omdat daarmee ook de toegang tot de infrastructuur is geblokkeerd.'⁴³

Dit lijkt mij een sluitende redenering. Hoe zit het met de contractdwang aan de kant van de wederpartij van ProRail, de goederenvervoerder? Artikel 27 Spw luidt (voorzover relevant) als volgt:

'1. Een spoorwegonderneming heeft op niet discriminerende grondslag recht op toegang tot de hoofdspoorwegen.

41 Zie bijv. *Kamerstukken I* nr. 22, 15 april 2003, 22 702.

42 *Kamerstukken II* 2001/02, 27 482, B, passim. Citaat idem p. 2.

43 Houben 2005, p. 67-68.

2. Geen toegang tot hoofdspoorwegen heeft een spoorwegonderneming (...) d. indien dit recht niet rechtstreeks voortvloeit uit een toegangsovereenkomst als bedoeld in artikel 59.'

Het in artikel 27 lid 1 Spw opgenomen beginsel dat spoorwegondernemingen op niet discriminerende grondslag recht op toegang tot de hoofdspoorwegen hebben, moet worden beschouwd als de implementatie van artikel 5 RL 2001/14/EG. Artikel 27 tweede lid is de Nederlandse vormgeving daarvan. Op grond van dit artikel 27 Spw is ten opzichte van de spoorvervoerder contractdwang formeel-juridisch minder aan de orde dan omgekeerd. Waar een vervoerder een ten opzichte van ProRail juridisch afdwingbaar recht lijkt te hebben tot het sluiten van een toegangsovereenkomst, geldt dat andersom in mindere mate. Het niet bestaan van juridische contractdwang impliceert evenwel niet dat de spoorgoederenvervoerder werkelijk vrij is om al dan niet een toegangsovereenkomst te sluiten. Vanuit bedrijfseconomische optiek is het immers onbestaanbaar dat een spoorvervoerder niet tot een toegangsovereenkomst komt, omdat zijn *core business* (althans in Nederland) zonder die overeenkomst domweg niet kan bestaan. Hoewel hij op de voet van artikel 27 lid 1 Spw een recht op non-discriminatoire toegang tot het spoor heeft, wordt dit recht in lid 2 sub d onlosmakelijk verbonden aan het bestaan van een toegangsovereenkomst. De spoorgoederenvervoerders mogen dan puur juridisch gezien de vrijheid hebben om af te zien van een toegangsovereenkomst, op grond van bedrijfseconomische redenen bestaat die vrijheid niet, omdat de overeenkomst voor hem het entreebiljet vormt voor het uitvoeren van zijn bedrijf. Dit betekent dat de spoorgoederenvervoerder (als hij tenminste wil voortbestaan) *de facto* niet de vrijheid heeft om af te zien van het sluiten van een toegangsovereenkomst met ProRail.

Daarmee zijn we vanzelf gegleden in het tweede kenmerk van de contractvrijheid: de vrijheid de overeenkomst aan te gaan met wie men wil. De vervoerders zijn hierin niet vrij: de partij met wie zij een toegangsovereenkomst kunnen sluiten is aan geen enkele keuze onderhevig. Dit is en kan alleen maar ProRail zijn omdat dat in Nederland de enige infrastructuurbeheerder is. Het monopolistische karakter van de infrastructuur beheerder is onbetwist. In 'normale' situaties van contractvrijheid is er een reële keuzevrijheid die gelegen is in het bestaan van andere aanbieders van dezelfde (of desnoods soortgelijke) goederen of diensten. Als er maar één aanbieder is van een product of dienst zonder welke de wederpartij niet kan bestaan, dan is keuzevrijheid een illusie.

Ook ten opzichte van het tweede kenmerk van contractvrijheid luidt de conclusie, dat deze er niet is.

Als derde kenmerkend element van contractvrijheid was genoemd de vrijheid van partijen om de wijze waarop de overeenkomst aangegaan wordt naar eigen inzicht te regelen. Ook ten opzichte van dit element kent de Spoorwegwet met betrekking tot de gebruiksvergoeding beperkingen. Onderhandelingen over (de hoogte van) de gebruiksvergoeding zijn alleen toegestaan na

melding daarvan aan de raad van bestuur van de NMa en onder het toezicht van de raad van bestuur NMa. De Spoorwegwet schrijft daarmee niet voor, hoe de overeenkomst moet worden vormgegeven, maar schrijft de condities waaronder deze tot stand komt wel dwingend voor. Ook deze bepaling beperkt de vrijheid van partijen om te contracteren op de wijze die zij willen.

Tot slot is er beperking denkbaar ten opzichte van de inhoud van de overeenkomst. De Spoorwegwet gaat niet ver in het dwingend dicteren van de inhoud van de toegangsovereenkomst, maar volledige vrijheid is evenmin aan de orde. Artikel 63 Spw schrijft voor dat de toegangsovereenkomst in elk geval bedingen bevat over de hoogte van de gebruiksvergoeding en de door de beheerder te bieden kwaliteit van de hoofdspoorweginfrastructuur. Verder is voorgeschreven dat in de overeenkomst moet worden uitgesloten dat overeengekomen capaciteit kan worden overgedragen aan of gebruikt worden door een ander dan de gerechtigde. Deze laatste bepaling vloeit voort uit artikel 13 lid 1, 3^e alinea van richtlijn 2001/14/EG.

Geconstateerd moet worden, dat in de verhouding tussen de infrastructuurbeheerder en de spoorgoederenvervoerders van contractvrijheid eigenlijk geen sprake is. Op allevier de kenmerken wordt in meer of mindere mate inbreuk gemaakt. Het document waarin afspraken tussen de infrastructuurbeheerder en de spoorgoederenvervoerder opgetekend worden, kan wel een overeenkomst genoemd worden, maar dit is er dan een, die zich weinig aantrekt van een basisbeginsel van ons contractenrecht, de contractvrijheid.

6 BEOORDELING VAN HET GEKOZEN PRIVAATRECHTELIJKE INSTRUMENTARIUM IN DE SPOORWEGWET

De Europese spoorrichtlijnen dwingen geen van alle tot het civielrechtelijk vormgeven van de relatie tussen de railinfrastructuurbeheerder en de rail(goederen)vervoerders. Zij laten de mogelijkheid wel open. In Nederland is gekozen voor een door het privaatrecht beheerste verhouding tussen de opgemelde partijen. De wijze waarop die 'privaatrechtelijke' verhouding in de Spoorwegwet is ingevuld doet de vraag opkomen, of daar eigenlijk werkelijk sprake van is. In elk geval wordt het systeem van ons contractenrecht, waarbij contractvrijheid een leidend principe is, door de dwangelementen die de Spoorwegwet heeft ingevoerd doorbroken.

Een reden voor het doorbreken van contractvrijheid kan gelegen zijn in bescherming van een zwakkere partij. In casu lijken mij dat de spoorgoederenvervoerders. Ik kan mij voorstellen dat zij ten opzichte van monopolist ProRail inderdaad enige bescherming behoeven. Worden zij daadwerkelijk beschermd door de gekozen privaatrechtelijke constructie?

Opvallend is, dat de regering de inbreuk op de contractvrijheid niet motiveert vanuit een beschermingsbeginsel. Zij beschouwt de spoorgoederenvervoerders in elk geval niet als zwakkere partij ten opzichte van de infrastruc-

tuurbeheerder. De regering suggereert zelfs, dat er tussen partijen ‘gelijkwaardigheid en wederzijdse afhankelijkheid’⁴⁴ bestaat, maar dat is niet helemaal met de benen op de grond. Ik zie de afhankelijkheid vooral aan één zijde van de privaatrechtelijke verhouding, en dat is de zijde van de goederenvervoerders. Zij zijn daadwerkelijk afhankelijk van de infrastructuurbeheerder, alleen al voor hun capaciteittoedeling. Geen of slechte capaciteittoedeling, al dan niet met een (te) hoge gebruiksvergoeding gepaard gaand, kan het verschil tussen een levensvatbare of ten dode opgeschreven vervoerder betekenen.

De gestelde afhankelijkheid van de infrastructuurbeheerder ten opzichte van de goederenvervoerders is minder duidelijk. Weliswaar zal de beheerder qua inkomsten door het instellen van een gebruiksvergoeding meer afhankelijk worden van de vervoerders, maar anders dan bij de vervoerders is het voortbestaan van de (monopolistische) infrastructuurbeheerder niet afhankelijk van zijn verhouding met (alle) goederenvervoerders. Vanwege het erkende subsidie-regime dat de verhouding infrastructuurbeheerder – overheid kenmerkt⁴⁵ is de dreiging in het voortbestaan, die (zekere bij kleine) goederenvervoerders altijd aanwezig is, bij de railinfrastructuurbeheerder amper existent. Het door de regering gebruikte begrip ‘gelijkwaardigheid’ van partijen mist onder zulke omstandigheden ook betekenis en kan als *wishful thinking* worden gekwalificeerd.

De ‘wederkerige afhankelijkheid’ en ‘gelijkwaardigheid’ tussen partijen zou door de wetgever met andere middelen dan alleen de toegangsovereenkomst vormgegeven kunnen worden. In welke middelen voorziet de Spoorwegwet voor de situatie dat een vervoerder wil onderhandelen over de hoogte van de gebruiksvergoeding met de infrastructuurbeheerder? Een vorm van bescherming kan gevonden worden in de verplichting, dat onderhandelingen over de gebruiksvergoeding gemeld dienen te worden bij en onder toezicht te staan van de raad van bestuur van de NMa.

Als de onderhandelingen niet slagen of niet goed lopen en dit naar het oordeel van de raad van bestuur van de NMa het gevolg is van strijd met richtlijn 2001/14/EG biedt artikel 63 lid 2 Spw enige bescherming. De raad van bestuur van de NMa kan, als hij althans van oordeel is dat de onderhandelingen in strijd met de richtlijn zijn, ‘zonodig’ een last onder dwangsom opleggen aan de overtreder, waaraan ook nog bepaalde voorschriften verbonden kunnen zijn.

Deze constructie, die ik ondanks de door de regering veronderstelde ‘gelijkwaardigheid’ van vervoerders en ProRail toch beschouw als bescherming van de spoorgoederenvervoerders tegen monopolistisch gedrag van ProRail, strekt niet erg ver (om niet te zeggen niet ver genoeg). Het niet goed lopen of het niet slagen van de onderhandelingen hoeft namelijk niet het gevolg te zijn van of te leiden tot de situatie die in artikel 63 lid 2 Spw is beschreven:

44 Vlg. bijv. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 482, nr. 13, p. 18.

45 Vlg. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 482, nr. 13, p. 19.

strijd met richtlijn 2001/14/EG. Alleen als dat de enige reden voor het mogelijk mislukken van onderhandelingen zou kunnen zijn, zou artikel 63 lid 2 Spw bij een adequaat functionerende raad van bestuur van de NMa een redelijke bescherming bieden.

Als succesvol onderhandelingsresultaat uitblijft *zonder* dat er sprake is van strijd met richtlijn 2001/14/EG kan de consequentie zijn dat een vervoerder geen voor hem aanvaardbare overeenkomst kan sluiten met de railinfrastructuurbeheerder. In het uiterste geval kan dit als gevolg hebben dat de betrokken vervoerder geen treinen kan laten rijden.

Bij het bovenstaande komt nog, dat de railinfrastructuurbeheerder bij het toewijzen van capaciteit aan een groot aantal regels gebonden is, die bedoeld zijn om de vervoerders en het publiek in het algemeen te beschermen. Met privaatrecht heeft dit allemaal niets te maken. Wat betreft de gebruiksvergoeding heeft ProRail de mogelijkheid de systematiek van de gebruiksheffing vergaand zelf vast te stellen in de eerder genoemde netverklaring, waarin hij jaarlijks aangeeft onder welke voorwaarden (zoals heffings- en tariefbeginselen) spoorwegondernemingen van de infrastructuur gebruik kunnen maken. Nu moet hij wel over deze systematiek overleg voeren met de vervoerders, maar na deze verplichte consultatieronde is de infrastructuurbeheerder degene die de systematiek vaststelt; opmerkingen die vanuit de markt gemaakt zijn, kunnen door de infrastructuurbeheerder ongemotiveerd terzijde worden gelaten. Voor een serieuze invulling van de civielrechtelijke verhouding met de spoorvervoerders zijn de vele aan ProRail toegekende bevoegdheden zeer beperkend.

Het is zelfs denkbaar dat ProRail de systematiek van de gebruiksheffing zo gedetailleerd bepaalt, dat daarmee feitelijk de hoogte van de gebruiksheffing niet meer kan variëren. Dit hoeft niet zonder meer strijd met richtlijn 2001/14/EG op te leveren (ook niet het tegendeel trouwens). Werkelijke onderhandelingsruimte over de hoogte van de gebruiksheffing (en de capaciteit) is er dan niet, zodat voor het verder privaatrechtelijk uitwerken van de gebruiksheffing in een overeenkomst eigenlijk geen reden meer bestaat.

Het toezicht door de NMa biedt geen afdoend alternatief voor de bescherming van de rechten van de vervoerder op dit punt. Conflicten over de hoogte van de gebruiksvergoeding zullen vaak niet oplosbaar zijn, omdat een praktisch alternatief voor de vervoerders simpelweg ontbreekt.⁴⁶

De regering lijkt een blinde vlek te hebben gehad terzake van de feitelijke verhouding tussen de vervoerders en de railinfrastructuurbeheerder. Zeker de (kleinere) goederenvervoerders zijn hier kwetsbaar. In de Memorie van Antwoord op de vraag of de wet voldoende *incentives* bevat om te waarborgen dat er een optimale samenwerking komt tussen de infrastructuurbeheerder en de vervoerder wordt opgemerkt:

46 Vgl. ook Raad van State, *Kamerstukken II* 2001/02, 27 482, B, p. 6-7.

‘Incentives voor vervoerder en infrastructuurbeheerder om optimaal samen te werken liggen op verschillende vlakken. Ten eerste zijn de infrabeheerder en de vervoerders van nature aan elkaar gebonden. Een vervoerder kan niet zonder infrastructuur, de infrastructuurbeheerder is er ten behoeve van de vervoerder.’⁴⁷

Deze passage legt ongewild exact de verhouding bloot: de ene partij (de vervoerder) is afhankelijk, want hij kan niet zonder medewerking van de ander (de railinfrastructuurbeheerder). De laatste partij is er, zoals in de Memorie staat, weliswaar *ten behoeve van* de vervoerder – maar hij is niet van alle vervoerders tezamen of afzonderlijk afhankelijk. Indien hij niet met *alle* goederenvervoerders tot overeenstemming zou komen, hoeft dat niet eens zonder meer nadelig voor hem te zijn. Het is voorstelbaar dat hij met de groep waarmee hij wel contracteert evenveel als, of zelfs meer gebruiksvergoeding kan binnen halen dan met een grotere groep vervoerders die allemaal hetzelfde willen.

De keuze om de relatie tussen de railinfrastructuurbeheerder en de railvervoerders aan privaatrechtelijke banden te leggen is op zichzelf en ook in het verlengde van richtlijn 2001/14/EG een verdedigbare keuze. De vraag is wel hoeveel echt privaatrechtelijke ruimte de uitwerking in de Spoorwegwet eigenlijk over laat.

Gezien het erkend monopolistisch karakter van de infrastructuurbeheerder had de Spoorwegwet naar mijn mening aan kracht gewonnen, als de wetgever de belangen van de meer kwetsbare groep van (kleine) spoor(goederen)vervoerders meer in het oog had gehouden, vooral ook omdat de communautaire regelgeving steeds opnieuw benadrukt het spoorgoederenvervoer te willen bevorderen.

De spoorse vervoermarkt moet zich nog gaan zetten naar de nieuwe regelgeving. Juist in de beginperiode van het nieuwe wettelijke regime, waar alle *stakeholders* hun positie nog aan het zoeken zijn, had de Staat de spelregels en het kader voor het vaststellen van de gebruiksvergoeding wellicht beter zelf kunnen invullen om de nieuwe situatie van richting te voorzien. Op grond van de richtlijnen zou dit perfect mogelijk zijn. Het door de regering wel gebezigde argument dat het stellen van nadere regels bij of krachtens AMvB altijd nog kan, zou ik willen omdraaien: regels bij of krachten AMvB kunnen altijd nog worden ingetrokken.

Apart is ook, dat het in de wet gekozen instrument van toegangsovereenkomsten waarbij de contractvrijheid als leidend privaatrechtelijk beginsel volstrekt wordt losgelaten, geen motivering vindt in de bescherming van de zwakkere partij. Aparter is naar mijn mening nog, dat de wijze waarop de Spoorwegwet ruimte laat voor onderhandelingen omtrent de gebruiksvergoeding eerder de monopolist dan de spoorgoederenvervoerders lijkt te beschermen. De eerste heeft namelijk vergaande mogelijkheden de onderhandelings-

47 Kamerstukken I 2002/03, 27 216 en 27 482, nr. 29, p 4.

ruimte ten aanzien van de gebruiksvergoeding te beperken zonder dat de wet daar een adequaat 'tegenregime' voor in het leven heeft geroepen.

Na een minutieuze publiekrechtelijke omlijning omtrent capaciteit en gebruiksvergoeding is er een minimaal stukje overgebleven dat ineens privaatrechtelijk vormgegeven is. Dit had anders gekund. Een alternatief voor het bij of krachtens AMVB stellen van regels over de maatstaven en de hoogte van de gebruiksvergoeding zou geweest kunnen zijn het werkelijk doorvoeren van de gekozen privaatrechtelijke verhoudingen. Zoals de Spoorwegwet de verschillende verhoudingen nu heeft vorm gegeven, wordt er op twee gedachten gehinkt. Enerzijds is er de sterk aan (publiekrechtelijke) banden gelegde railinfrastructuurbeheerder. Deze heeft allerlei betrekkelijk eenzijdige, door wet- en regelgeving voorgeschreven bevoegdheden die doorwerken in de privaatrechtelijke verhouding met de goederenvervoerders. Zo legt hij de nadere contouren van de gebruiksheffing in de door hem vastgestelde netverklaring neer, waar de Staat zich zijdelings via beheerconcessie en beheerplan ook nog mee bemoeit. Dit is niet een klimaat waarin het privaatrecht ruim toegepast kan worden.

Behalve het (nog) meer aan zich trekken van regulering van de toegang tot de infrastructuur door het zelf stellen van nadere regels inzake de gebruiksvergoeding, had de wetgever er ook nog voor kunnen kiezen om de gebruiksvergoeding meer *ten volle* onderdeel te doen zijn van het onderhandelingsproces tussen de railinfrastructuurbeheerder en de vervoerders. Als er dan toch onderhandeld moet worden, dan moet er ook iets te onderhandelen zijn. Om het door de richtlijnen vastgestelde beginsel van non-discriminatie recht te doen zou ik mij kunnen voorstellen dat de vervoerders zich in die onderhandelingen zouden kunnen laten vertegenwoordigen door een belangenvereniging, die toewerkt naar een soort collectieve toegangsovereenkomst inclusief hoogte van de gebruiksvergoeding. Iets als een CAO dus, maar dan op spoors gebied om de verhouding vervoerders/infrastructuurbeheerder evenwichtig te (doen) regeluren.

7 CONCLUSIE

In het privaatrecht is door de Spoorwegwet een koekoeksei gelegd. Er is voor gekozen de verhouding tussen spoorgoederenvervoerders en de railinfrastructuurbeheerder door het privaatrecht te laten beheersen. Hiervoor was niet alleen niet per se aanleiding (op grond van het communautaire recht had de verhouding evengoed door het publiekrecht bepaald kunnen blijven), de privaatrechtelijke mogelijkheden voor partijen zijn ook dermate aan banden gelegd door zowel Europese als nationale regelgeving, dat de bewegingsruimte die privaatrechtelijke verhoudingen gebruikelijk kenmerkt, bijvoorbeeld op grond van contractvrijheid, nauwelijks bestaat. Wat er aan essentiële privaatrechtelijke afspraken nog overeen te komen is, is verder zo minimaal, en wordt

bovendien zozeer met publiekrechtelijk instrumentarium omkleed en deels ingevuld, dat van werkelijke privaatrechtelijke verhoudingen geen sprake is. De wetgever heeft zich in zijn keus wellicht laten leiden door de gedachte dat het privaatrecht een wat flexibeler en dynamischer instrumentarium biedt dan het publiekrecht. Of de mogelijkheden die het privaatrecht kent in de verhouding vervoerder-infrabeheerder tot hun recht kunnen komen, zal de toekomst uitwijzen. Voorlopig houd ik het erop, dat de keuze voor het privaatrecht in de desbetreffende verhouding een te klein smaldeel van het geheel van capaciteittoedeling en gebruiksvergoeding betreft, om die verhouding werkelijk efficiënt in te vullen.