



**Dienst Regulerings van het Spoorwegvervoer en
van de Exploitatie van de Luchthaven Brussel-Nationaal**

**Advies nr. A-2014-05-C van 27 oktober 2014 houdende het model van
kaderovereenkomst van de spoorweginfrastructuurcapaciteit**

Dit is een niet bindende vertaling van het officiële advies verleend in het Frans.

Inhoudsopgave

1. Voorwerp van het advies en beginselen	3
2. Feiten en retroacta	4
3. Analyse	5
4. Advies	10

1. Voorwerp van het advies en beginselen

1. Conform artikel 24§1 van de wet van 30 augustus 2013 houdende de Spoorcodex, hierna de "Spoorcodex" genoemd, kunnen de spoorweginfrastructuurbeheerder en een kandidaat een kaderovereenkomst sluiten die hun rechten en verplichtingen vaststelt met betrekking tot de toe te wijzen infrastructuurcapaciteit en de tarifiering, voor een periode die langer is dan de geldigheidsduur van één dienstregeling.
2. De kaderovereenkomst bepaalt de kenmerken van de spoorweginfrastructuurcapaciteiten die de kandidaat vraagt, maar mag in geen geval het treinpad op gedetailleerde wijze bepalen. De overeenkomst wordt opgesteld om tegemoet te komen aan de gewettigde commerciële behoeften van een kandidaat.
3. De kaderovereenkomst mag geen belemmering vormen voor het gebruik van de infrastructuur door andere kandidaten.
4. De kaderovereenkomst kan worden gewijzigd om een beter gebruik van de spoorweginfrastructuur mogelijk te maken.
5. De kaderovereenkomst kan maatregelen bevatten die gedragingen sanctioneren die tot gevolg hebben dat de overeenkomst wordt gewijzigd of beëindigd.
6. Mits eerbiediging van de vertrouwelijkheid worden de algemene bepalingen van de kaderovereenkomst openbaar gemaakt aan alle partijen die in aanmerking komen voor het gebruiken van dezelfde capaciteiten.
7. Kaderovereenkomsten hebben in beginsel een looptijd van vijf jaar, en kunnen worden verlengd met periodes die gelijk zijn aan hun oorspronkelijke looptijd. In specifieke gevallen is ook een langere of kortere duur mogelijk. Een looptijd van meer dan vijf jaar wordt gerechtvaardigd door het bestaan van commerciële overeenkomsten, specifieke investeringen of risico's.
8. De partijen kunnen het toezichthoudende orgaan om advies vragen over de verenigbaarheid met de wet van 30 augustus 2013 houdende de Spoorcodex en haar uitvoeringsbesluiten.
9. De spoorweginfrastructuurbeheerder werkt het model van de kaderovereenkomst uit dat deel uitmaakt van de netverklaring.
10. Artikel 28 van de Spoorcodex voert voor de spoorweginfrastructuurbeheerder de verplichting in om de beschikbare capaciteiten op een werkzame en optimale manier toe te wijzen, zowel voor de nationale als voor de internationale spoorwegdiensten, op een billijke en niet-discriminerende basis;

11. Dit advies heeft betrekking op de eenvormigheid van het ontwerp van kaderovereenkomst, gecommuniceerd op 27 augustus 2014, met de Spoorcodex en haar uitvoeringsbesluiten. De opmerkingen van de dienst Regulering sluiten eveneens aan op de zoektocht naar een goede werking van de spoordiensten.

2. Feiten en retroacta

12. Op datum van 22 januari 2013 vraagt de nv van publiek recht Infrabel per brief aan de Dienst Regulering een advies in uitvoering van artikel 24 van de wet van 30 augustus 2013 betreffende de Spoorcodex.

13. Op 5 maart 2013 richt de Dienst Regulering van het Spoorwegvervoer en van de exploitatie van de Luchthaven Brussel-Nationaal, hierna “Dienst Regulering” genoemd, een vraag om aanvullende informatie tot de infrastructuurbeheerder Infrabel:

14. Op 20 juni 2013 vindt er een informatievergadering plaats in aanwezigheid van de vertegenwoordigers van Infrabel en de leden van de Dienst Regulering.

15. Op 4 september 2013 brengt de Dienst Regulering zijn advies nr. A/2013/02/C uit houdende een eerste ontwerp van kaderovereenkomst aangaande spoorweginfrastructuurcapaciteiten.

16. Op 3 april 2014 neemt de Dienst Regulering akte van de opmerkingen van Infrabel betreffende het advies nr. A/2013/02/C.

17. Op 5 mei 2014 vindt er een informatievergadering plaats in aanwezigheid van de vertegenwoordigers van Infrabel en leden van de Dienst Regulering.

18. Op 11 juli 2014 bezorgt Infrabel aan de Dienst Regulering een nieuwe versie van het model van kaderovereenkomst.

19. Op 25 augustus 2014 maakt de Dienst Regulering een opmerking over de nieuwe versie.

20. Op 27 augustus 2014 legt Infrabel aan de Dienst Regulering een aangepaste versie van het ontwerp van kaderovereenkomst voor.

3. Analyse

3.1. Structuur van de kaderovereenkomst

21. Een gedetailleerd formulier voor de bijzondere voorwaarden werd opgenomen in het model van kaderovereenkomst. Evenals voor de algemene voorwaarden, constateert de Dienst Regulering dat dit formulier deel zal uitmaken van de netverklaring en bijgevolg het voorwerp zal vormen van de raadpleging en van de controleopdracht van de Dienst Regulering, zoals de artikelen 20 en 62§3 van de Spoorcodex het bepalen.

3.2. Medecontractanten

22. Het ontwerp van kaderovereenkomst bevestigt als enige sluitende partijen van de overeenkomst de infrastructuurbeheerder en een spoorwegonderneming.

23. De Dienst Regulering merkt op dat artikel 24 van de Spoorcodex voor het afsluiten van een kaderovereenkomst een ruimer toepassingsgebied *ratione personae* bepaalt dan wat het ontwerp voorziet, door ook aan elke kandidaat de mogelijkheid te geven een kaderovereenkomst af te sluiten. Conform artikel 3 van de Spoorcodex, is kandidaat: *"elke spoorwegonderneming of andere natuurlijke of rechtspersonen of entiteiten, zoals de bevoegde overheidsinstanties in de zin van de Verordening (EG) nr. 1370/2007 en verladers, expediteurs en operatoren van gecombineerd vervoer, die om redenen van openbare dienst of om commerciële redenen belang hebben bij de verwerving van infrastructuurcapaciteit."*

24. De Dienst Regulering ziet geen reden om het toepassingsgebied van het model van kaderovereenkomst dat in de netverklaring moet staan, *ratione personae* te verkleinen. Het is dus gepast om in het ontwerp van kaderovereenkomst de uitdrukking "spoorwegondernemingen" te vervangen door "kandidaten, zoals bedoeld in artikel 3, 11° van de Spoorcodex".

3.3. Aard van de wederkerige verplichtingen

25. Rekening houdend met de doelstellingen toegewezen aan de economische regulering door de wet van 30 augustus 2013 houdende de Spoorcodex, vindt de Dienst Regulering dat dit ontwerp van kaderovereenkomst in lijn moet liggen van een goede werking van de spoorwegmarkten, wat onder andere betekent dat een evenwicht tussen de wederkerige verplichtingen wordt verwezenlijkt. Dit is des te belangrijker omdat de kaderovereenkomst verwant is aan een standaardovereenkomst die vrijwel geen enkele onderhandelingsruimte laat voor de spoorwegondernemingen. Dit evenwicht impliceert dus in eerste instantie de bepaling van de perimeter van de verplichtingen van de infrastructuurbeheerder enerzijds en deze van de spoorwegondernemingen anderzijds.

De analyse van het evenwicht tussen de wederkerige prestaties zal op deze basis worden gemaakt.

26. De voornaamste verplichting van de infrastructuurbeheerder is de treinpaden te leveren die overeenstemmen met de in de kaderovereenkomst toegekende capaciteiten¹. Overeenkomstig artikel 3.1., §5 van de overeenkomst, is deze verplichting een inspanningsverbintenis, wat betekent dat Infrabel verplicht is alle inspanningen te leveren om de treinpaden te leveren, maar dat tegelijkertijd het niet leveren van de treinpaden niet volstaat om de verantwoordelijkheid van de infrastructuurbeheerder in te roepen. In deze veronderstelling moet de spoorwegonderneming die mee de overeenkomst sloot, aantonen dat deze laatste niet voldoende doortastend was in de uitvoering van zijn verplichting. Bijkomend moet de infrastructuurbeheerder ook de spoorwegonderneming informeren over de verschillende werken gelinkt aan de infrastructuur².
27. Voor de spoorwegondernemingen bestaat de voornaamste verplichting uit het bestellen van de treinpaden overeenkomstig de gereserveerde capaciteiten, wat overeenstemt met een resultaatsverbintenis.
28. De vraag rijst dus of het legitiem is om de spoorwegondernemingen een resultaatsverplichting op te leggen terwijl het voor de infrastructuurbeheerder gaat om een inspanningsverbintenis die bepaalde voordelen biedt, met name op het gebied van de bewijslast in geval van het niet uitvoeren van de verplichting.
29. In dit opzicht ziet de Dienst Regulering geen ernstige redenen die dit verschil ongerechtvaardigd zouden maken. Het Belgische spoorwegsysteem is vandaag zo dat tussen ieders opdracht en rol wettelijk een onderscheid wordt gemaakt. Daaraan moet worden toegevoegd dat men de onzekerheden niet mag ontkennen die vandaag wegen op de financiering van de spoorweginfrastructuren op korte en middellange termijn, wat het behoud en de ontwikkeling van capaciteiten van het spoorwegnet ook onzeker maakt.
30. Bijgevolg acht de Dienst Regulering het legitiem dat de beheerder op het gebied van capaciteitstoekenning onderworpen is aan een inspanningsverplichting.
31. Dit verschil in de aard van de verplichtingen tussen de contractanten is des te aanvaardbaarder voor de spoorwegondernemingen omdat deze zich kunnen beroepen op de toepassing van artikel 28 van het koninklijk besluit van 9 december 2004³ dat onder bepaalde voorwaarden toelaat de gereserveerde treinpaden niet te betalen.

¹ Art. 3.1. van het ontwerp van de kaderovereenkomst.

² Art. 3.5. van het ontwerp van de kaderovereenkomst

³ Koninklijk besluit van 9 december 2004 betreffende de verdeling van de spoorweginfrastructuurcapaciteiten en de retributie voor het gebruik van de spoorweginfrastructuur.

3.4. Schadeloosstellingen

3.4.1. Verzaking aan de treinpaden en niet-betaling van de vergoedingen

32. Artikel 4.10 van het ontwerp van kaderovereenkomst bepaalt dat de artikelen 4.2.3.5. en 6.6.2 van de netverklaring (NV) niet van toepassing zijn wanneer een operator kiest om infrastructuurcapaciteiten door middel van een kaderovereenkomst te reserveren. Deze twee artikelen stellen binnen de NV⁴ een systeem in dat de spoorwegonderneming toestaat om afstand te doen van de gereserveerde treinpaden zonder te betalen of door slechts een gedeelte ervan te betalen⁵. De Dienst Regulering stelt vast dat dit systeem volledig het in artikel 28 van het koninklijk besluit van 9 december 2004 bepaalde systeem overneemt. Hij stelt echter vast dat het afwijkende systeem bepaald in de kaderovereenkomst, geen belemmering vormt voor de toepassing van voornoemd artikel 28. Dit heeft als gevolg dat de spoorwegondernemingen die zich zouden bevinden onder de toepassingsvoorwaarden van artikel 28, aanspraak zouden kunnen maken op een niet-betaling van de bijdragen voor de bestelde treinpaden in uitvoering van een kaderovereenkomst, zoals dat is toegestaan wanneer de treinpaden buiten kaderovereenkomst worden besteld.

33. De Dienst Regulering stelt zich bijgevolg vragen over de noodzaak om een vrijstellingssysteem te bepalen dat geen nuttige uitwerking heeft en juridische onzekerheid kan creëren. De Dienst Regulering suggereert dan ook om de laatste paragraaf van artikel 4.1. te schrappen.

34. Er dient ook te worden opgemerkt dat de mogelijkheid om af te zien van het recht om de bijdragen niet te betalen, enkel kan worden overwogen onder de volgende voorwaarden:

- artikel 28 van het koninklijk besluit van 9 december 2004 zou moeten beschouwd worden als een bepaling van aanvullend recht. Welnu, er kan niet worden afgeleid van de bepaling, noch van de hierop voorbereidende teksten, dat dit de wil was van de wetgever.
- de contractanten van de overeenkomst hebben er uitdrukkelijk afstand van gedaan, wat hier niet het geval is.

3.4.2. Schadevergoedingssysteem

35. Het ontwerp van kaderovereenkomst bepaalt in artikel 5 een schadevergoedingssysteem van de medecontractanten, in twee veronderstellingen:

- ten voordele van de infrastructuurbeheerder, wanneer de onderneming zijn verplichting om de bestelling te plaatsen van treinpaden die overeenstemmen met de toegekende capaciteiten, niet uitvoert;

⁴ NV 2015 en ontwerp van NV 2016

⁵ tussen 60 dagen en 24 uur voor de daadwerkelijke uitgave

- ten voordele van de spoorwegonderneming, wanneer men haar de toewijzing heeft geweigerd van het treinpad dat overeenstemt met de toegekende capaciteiten.

36. In principe vindt de Dienst Regulering dat een schadevergoedingssysteem dat de contracterende partijen verbindt, van die aard is dat het evenwicht van de prestaties verbetert en de contractanten een verantwoordelijkheidsgevoel geeft. De schadevergoeding biedt ook het voordeel eventuele over-reservaties te ontmoedigen, door het optimale beheer van de infrastructuurcapaciteiten conform de beoogde doelstelling in artikel 28 van de Spoorcodex aan te moedigen.

37. De Dienst Regulering stelt echter vast dat in het voorgestelde systeem, waarbij de spoorwegonderneming de mogelijkheid heeft om de heffing niet te betalen zoals bepaald in artikel 28 van het koninklijk besluit van 9 december 2004, moeilijk verenigbaar is met het schadevergoedingssysteem van het ontwerp van kaderovereenkomst, voor zover dat zou kunnen leiden tot een situatie waarin de spoorwegonderneming de treinpaden zou moeten betalen in overeenstemming met de gereserveerde capaciteiten in de kaderovereenkomst terwijl ze tegelijkertijd aanspraak maken op gratis afzegging zoals bepaald in artikel 28.

38. De Dienst Regulering stelt ook vast dat de schadevergoeding bij contractbreuk bepaald in artikel 5.1. verschuldigd door een spoorwegonderneming, een aanzienlijke financiële last kan betekenen, in het bijzonder wanneer de contractbreuk in het begin van de uitvoering van de kaderovereenkomst optreedt. De Dienst Regulering vindt dan ook dat een bedrag in overeenstemming met de in de netverklaring bepaalde administratieve kosten⁶ voor een volledige dienstregeling een toereikende schadevergoeding vormt. Deze situatie sluit aan op artikel 24 van het koninklijk besluit van 9 december 2004.

39. De Dienst Regulering vindt dat deze situatie niet voldoende rechtszekerheid biedt aan de spoorwegoperatoren. Hij betreurt dat het verzakingsstelsel niet van die aard is om de spoorwegondernemingen ertoe aan te zetten zo vroeg mogelijk af te zien van de gereserveerde treinpaden.

3.4.3. Uitzondering op de schadevergoeding

40. Artikel 5.2. van de kaderovereenkomst bepaalt dat de infrastructuurbeheerder niet moet schadeloosstellen in geval van nood, absolute noodzaak, verstoringen, overmacht of fout van een derde.

41. De Dienst Regulering vindt dat de transparantie in de procedure van verdeling van de infrastructuurcapaciteiten evenals het goede contractuele evenwicht vereisen dat de infrastructuurbeheerder zijn weigering van toewijzing van een treinpad in

⁶ Punt 6.1.2.5. van de NV

overeenstemming met de capaciteiten in de bijzondere voorwaarden van de kaderovereenkomst, motiveert.

42. Deze motivering sluit aan op de doelstelling beoogd in artikel 28 van de Spoorcodex die de regel van de billijke en niet-discriminerende toekenning van de infrastructuurcapaciteiten bevestigt.

3.5. Beperking van het aanbod van de capaciteiten van alle kaderovereenkomsten

43. Artikel 3.3. van het ontwerp bepaalt dat het totaal van de aan de kaderovereenkomsten toegewezen capaciteiten, de drempel van 60% van de beschikbare elementaire treinpaden niet mag overschrijden. De elementaire treinpaden duiden de theoretische capaciteit aan van een lijn of van een lijngedeelte. Uit de beschikbare gegevens blijkt dat deze theoretische capaciteit geen rekening houdt met de mogelijke verstoringen of vertragingen.

44. De Dienst Regulering oordeelt echter dat het verstandiger en voorzichtiger zou zijn om deze drempel te berekenen op basis van het werkelijke verkeer dat een gemiddelde aan vertragingen en andere verstoringen integreert. De theoretische drempel van 60% zou dus moeten worden vervangen door een "commerciële" drempel die nauwer aansluit bij de realiteit.

45. Uit de uitwisselingen met Infrabel blijkt dat deze drempel van 60% het gebruik van de infrastructuur door andere kandidaten en diensten niet schaadt, in overeenstemming met de in artikel 24 van de Spoorcodex nagestreefde doelstelling. In dat opzicht wenst de Dienst Regulering de aandacht van de infrastructuurbeheerder te vestigen op de noodzaak om voldoende capaciteiten buiten de perimeter van de kaderovereenkomsten te houden voor de aanvragen die zouden gaan over een capaciteit in overeenstemming met een gedeelte van het netwerk waarvoor het risico op verzadiging belangrijk is, zoals de Noord-Zuid verbinding.

3.6. Wijzigingen van de treinpaden

46. Artikel 3.1 van het ontwerp van kaderovereenkomst bepaalt dat Infrabel "*zich het recht voorbehoudt om soeverein de aan de spoorwegonderneming toebedeelde treinpaden te bepalen en af te schaffen, te wijzigen of op te schorten...*"

47. In het kader van de in artikel 28 van de Spoorcodex beoogde doelstelling die bepaalt dat "*De spoorweginfrastructuurbeheerder wijst de beschikbare capaciteiten op een werkzame en optimale manier toe, zowel voor de nationale als voor de internationale spoorwegdiensten, op een billijke en niet-discriminerende basis.*", is de Dienst Regulering van mening dat het opportuun zou zijn dat elke wijziging of afschaffing van een

treinpad, indien mogelijk op voorhand, door de infrastructuurbeheerder gemotiveerd wordt.

4. Advies

Gelet op de wet van 30 augustus 2013 houdende de Spoorcodex:

De dienst Regulering van het Spoorwegvervoer en van de Exploitatie van de Luchthaven Brussel-Nationaal brengt het volgende advies uit:

In het kader van zijn in artikel 24 van de Spoorcodex bepaalde bevoegdheden, brengt de Dienst Regulering een gunstig advies uit betreffende het ontwerp van kaderovereenkomst van 27 augustus 2014, onder voorbehoud van aangebrachte wijzigingen in verband met de opmerkingen in de punten 3.2., 3.4.1., 3.4.2., 3.4.3., 3.5., en 3.6. van dit advies.

De Dienst Regulering wenst de aandacht van de toekomstige contracterende partijen te vestigen op het feit dat het sluiten van een kaderovereenkomst, in niets vooruitloopt op de latere toewijzing van een treinpad in overeenstemming met de in de bijzondere voorwaarden bepaalde infrastructuurcapaciteiten, en dit conform artikel 24 van de Spoorcodex. In die zin zullen de aan de kaderovereenkomsten toegewezen infrastructuurcapaciteiten de beschikbaarheid van de treinpaden voor andere kandidaten of diensten, niet kunnen schaden.

Dit advies wordt gegeven behoudens:

- de rechterlijke toetsing bepaald in artikel 11.2. van de kaderovereenkomst;
- de Europese uitvoeringsverordeningen en de interpretatienota's.

Brussel, 27 oktober 2014,

**Voor de Dienst Regulering van het Spoorwegvervoer en van de Exploitatie van
de Luchthaven Brussel-Nationaal,**

Serge DRUGMAND

Directeur