



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

Advies nr. A-2021-02-S betreffende de “capaciteitsovereenkomst”.

1. Onderwerp

Op 28 mei 2018 nam de Dienst Regulering van het Spoorwegvervoer en van de Exploitatie van de Luchthaven Brussel-Nationaal (hierna: de Dienst Regulering) beslissing D-2018-10-C aangaande de controleopdracht “capaciteitsovereenkomst” (hierna: beslissing D-2018-10-C). Op basis van de genomen maatregelen voerde Infrabel aanpassingen aan de capaciteitsovereenkomst door.

Op 29 oktober 2020 verzocht Infrabel de Dienst Regulering om advies betreffende de capaciteitsovereenkomst, deze vraag handelde specifiek over de verplichting voor de kandidaat niet-spoorwegondernemingen (hierna: kandidaat niet-SO) om een verzekeringsovereenkomst te onderschrijven ter dekking van zijn aansprakelijkheid.

Rekening houdende dat het verzekeringsaspect niet losgekoppeld kan worden van de aansprakelijkheden die voortvloeien uit de rechten en plichten van de partijen, zal dit advies de volledige capaciteitsovereenkomst behandelen. Op die manier wordt de capaciteitsovereenkomst als één coherent geheel geanalyseerd. Indien de voorgestelde aanpassingen aan de gebruiksovereenkomst hierop een impact hebben zal hiernaar referentie gemaakt worden. Het is evenwel aangewezen dat de gebruiksovereenkomst in zijn geheel het voorwerp vormt van een eigen advies, dit omdat de clausules steeds in totaliteit van de overeenkomst dienen gezien te worden.

2. Wettelijk kader

Voorliggend advies wordt door de Dienst Regulering binnen het kader van zijn raadgevende opdracht verstrekt overeenkomstig: Artikel 62, §2 van de Wet van 30 augustus 2013 houdende de Spoorcodex (hierna: Spoorcodex), meer specifiek het onderdeel: 1° het geeft gemotiveerd advies en doet voorstellen.

3. Analyse

De Dienst Regulering zal in dit onderdeel de capaciteitsovereenkomst (versie xx/10/2020) artikelsgewijs overlopen en indien nodig specifieke aanbevelingen verstrekken.

3.1. Preambule

3.1.1. Preambule: alinea 1 tot 3

Tekst: *“Gelet op de Europese wetgeving die van toepassing is voor de toegang tot de spoorweginfrastructuur, en meer bepaald de Richtlijn van de Raad van 29 juli 1991 betreffende de ontwikkeling van de spoorwegen in de Gemeenschap en Richtlijn 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 spoorweginfrastructuur, herschikt door Richtlijn 2012/34/EU van het Parlement en de Raad van 21 november 2012 tot instelling van één Europese spoorwegruimte, en Verordening 913/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 22 september 2010 inzake het Europese spoorwegnet voor concurrerend goederenvervoer (de “De Verordening”); (alinea 1)

“Gelet op de Belgische wetgeving die van toepassing is voor de toegang tot de infrastructuur, en meer bepaald de wet van 30 augustus 2013 houdende de Spoorcodex (hierna genoemd “de Spoorcodex”); (alinea 2)

“Gelet op de Netverklaring (NV), die op de website van Infrabel www.infrabel.be is gepubliceerd en op de algemene voorwaarden van de Gebruiksovereenkomst voor spoorweginfrastructuur als bijlage bij de NV”; (alinea 3)

Analyse: Een preambule dient als inleidende tekst waarin het doel van de overeenkomst wordt geschetst en de onderliggende filosofie of de omstandigheden die hiertoe hebben geleid worden uitgelegd.

De verwijzingen in alinea 1, 2 en 3 zijn het louter opsommen van enkele Europese richtlijnen/verordeningen, de Spoorcodex en de netverklaring. Het zou nuttig zijn om deze te vervangen door een verwijzing naar de verordening 913/2010¹ en de richtlijn 2012/34² waarin het concept van kandidaat niet-SO wordt gecreëerd. In alinea twee zou vervolgens de omzetting hiervan in de Spoorcodex kunnen weergegeven worden en in alinea drie de vertaling hiervan in de netverklaring. Op die manier wordt het voorwerp van het contract toegelicht.

De verwijzing naar de algemene voorwaarden van de gebruiksovereenkomst is hier niet op zijn plaats, deze hebben geen betrekking op de voorliggende overeenkomst.

Aanbeveling: De Dienst Regulering adviseert Infrabel om de alinea's 1,2,3 aan te passen waarbij het ontstaan van het concept “kandidaat niet-SO” wordt toegelicht.

Tekstvoorstel: “Uitvoeringsverordening 913/2010 van het Europees parlement en de raad van 22 september 2010 inzake het Europese spoorwegnet voor concurrerend goederenvervoer legt in zijn artikel 15 het begrip gemachtigde aanvrager (lees: kandidaat) vast. Andere aanvragers dan spoorwegondernemingen, zoals bevrachters, expeditieus,... konden hierdoor infrastructuurcapaciteit op de goederencorridors aanvragen.

Via artikel 41 van de Herschikking³ werd het concept van de kandidaat niet-SO die infrastructuurcapaciteit kon aanvragen uitgebreid van de goederencorridors naar het volledige spoorwegnet en naar alle types van capaciteitsaanvragen (goederen en passagiers).

¹ VERORDENING (EU) Nr. 913/2010 VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD van 22 september 2010 inzake het Europese spoorwegnet voor concurrerend goederenvervoer

² Richtlijn 2012/34/EU van het Parlement en de Raad van 21 november 2012 tot instelling van één Europese spoorwegruimte (herschikking)

³ Richtlijn 2012/34/EU van het Parlement en de Raad van 21 november 2012 tot instelling van één Europese spoorwegruimte (herschikking)

De wet tot wijziging van de wet van 30 augustus 2013 houdende de Spoorcodex van 15 Juni 2015 zette dit concept van “kandidaat niet-SO” om in Belgisch recht: kandidaten hebben niet langer een spoorvergunning en veiligheidscertificaat nodig om infrastructuurcapaciteit aan te vragen.

In overeenstemming met de Spoorcodex voorziet de netverklaring in zijn hoofdstuk 4 dat de kandidaat niet-SO spoorweginfrastructuurcapaciteiten kan aanvragen.”

3.1.2. Preambule: alinea 4

Tekst: *“Aangezien elke spoorwegonderneming of andere natuurlijke of rechtspersonen of entiteiten, zoals de bevoegde overheidsinstanties in de zin van Verordening (EEG) nr. 1370/2007, en de verladers, expediteurs en exploitanten van gecombineerd vervoer, die om redenen van openbare dienst of om commerciële redenen belang hebben bij de verwerving van infrastructuurcapaciteit, kandidaat kunnen zijn voor de reservering van rijpaden krachtens de wet”*

Analyse: Deze beschrijving wijkt af van de definitie van kandidaat voorzien in artikel 3 11° van de Spoorcodex deze stelt: *“”Kandidaat” : elke spoorwegonderneming of een **internationaal samenwerkingsverband van spoorwegondernemingen** of andere natuurlijke of rechtspersonen of entiteiten, zoals de bevoegde overheidsinstanties in de zin van Verordening (EG) nr. 1370/2007 en verladers, expediteurs en exploitanten van gecombineerd vervoer, die om redenen van openbare dienst of om commerciële redenen belang hebben bij de verwerving van infrastructuurcapaciteit”*

In de beschrijving gebruikt in de capaciteitsovereenkomst ontbreekt de notie van “een internationaal samenwerkingsverband van spoorwegondernemingen”.

Aanbeveling: De Dienst regulering adviseert de formulering voorzien in artikel 3 punt 11° van de Spoorcodex over te nemen. Eventueel met verwijzing naar het betreffende artikel.

3.1.3. Preambule: alinea 5

Tekst: *“Aangezien INFRABEL, als Belgische spoorweginfrastructuurbeheerder, de capaciteiten toewijst aan de kandidaten die een belang aantonen”*

Analyse: Conform artikel 3 11° van de Spoorcodex bekommt een entiteit net de hoedanigheid van kandidaat omdat deze een belang kan aantonen. De bepaling op het einde van de paragraaf dient dus weggelaten te worden.

Aanbeveling: De Dienst Regulering adviseert de tekst als volgt aan te passen: *“Aangezien INFRABEL, als Belgische spoorweginfrastructuurbeheerder, de capaciteiten toewijst aan de kandidaten”*

3.1.4. Preambule: alinea 6

Tekst: *“Aangezien de kandidaat geen spoorwegonderneming is en de term “KANDIDAAT” hier betekent dat de aanvragende contracterende partij geen spoorwegonderneming is”*

Analyse: Deze bepaling is onjuist, omdat een kandidaat wel degelijk een spoorwegonderneming kan zijn. Dit maakt de formulering, waarbij een kandidaat niet-spoorwegonderneming bedoeld wordt, onduidelijk.

Om elke mogelijke verwarring te voorkomen rond het concept kandidaat is het aangewezen de term “kandidaat niet-SO” in de capaciteitsovereenkomst te gebruiken.

Aanbeveling: De Dienst Regulering adviseert de tekst als volgt aan te passen: **“Aangezien de voorliggende overeenkomst betrekking heeft op kandidaten die geen spoorwegonderneming zijn. (Hierna: kandidaat niet-SO genoemd.)”**

Om elke verwarring te vermijden wordt Infrabel aangeraden om de term “kandidaat niet-SO” in de overeenkomst te gebruiken.

3.1.5. Preambule: alinea 7

Tekst: *“Aangezien enkel de spoorwegondernemingen, die een vergunning en een veiligheidscertificaat hebben en met INFRABEL een gebruiksovereenkomst hebben gesloten, toegang hebben tot de spoorweginfrastructuur en de gereserveerde rijpaden kunnen gebruiken krachtens deze Overeenkomst”*

Analyse: Deze bepaling vermengt de toegangsvoorwaarden voorzien in artikel 8 van de Spoorcodex met de gebruiksvoorwaarden voorzien in artikel 23 ervan. De voorwaarden voor toegang omvatten: houder te zijn van een vergunning (1°) en veiligheidscertificaat (2°), beschikbare spoorinfrastructuurcapaciteit te bezitten (3°) en een dekking burgerlijke aansprakelijkheid (4°) te hebben. Daarnaast wordt elk gebruik van de spoorweginfrastructuur door een spoorwegonderneming voorafgegaan door het afsluiten van een overeenkomst tussen de spoorweginfrastructuurbeheerder en de spoorwegonderneming.

In de voorliggende tekst ontbreekt dus bij de toegangsvoorwaarden: het bezitten van beschikbare spoorinfrastructuurcapaciteit en de verplichting tot dekking van de burgerlijke aansprakelijkheid.

Daarnaast is de formulering in het laatste deel van de alinea incorrect: de spoorwegondernemingen verwerven geen recht om de gereserveerde rijpaden krachtens deze overeenkomst te gebruiken. Zij kunnen de “krachtens deze overeenkomst” gereserveerde rijpaden gebruiken.

Aanbeveling: De Dienst Regulering adviseert de verwijzing te maken naar de artikelen 8 en 23 van de Spoorcodex voor de toegangs- en gebruiksvoorwaarden voor spoorwegondernemingen. Tevens is het aangewezen de laatste alinea aan te passen naar **“krachtens deze overeenkomst gereserveerde rijpaden”**.

Tekstvoorstel: **“Aangezien enkel de spoorwegondernemingen die voldoen aan de toegangsvoorwaarden voorzien in artikel 8 van de Spoorcodex en die een gebruiksovereenkomst**

conform artikel 23 van de Spoorcodex afgesloten hebben, toegang hebben tot de spoorweginfrastructuur en de krachtens voorliggende overeenkomst gereserveerde rijpaden kunnen gebruiken.”

3.1.6. Preambule: alinea 8

Tekst: *“Gelet op de noodzaak voor INFRABEL om de spoorweginfrastructuur zo optimaal mogelijk te benutten en, bijgevolg, om de gereserveerde rijpaden doeltreffend te laten gebruiken door een spoorwegonderneming”*

Analyse: Het is niet duidelijk wat de grond is van deze bepaling noch wat deze toevoegt aan de overeenkomst. Mogelijks wordt naar de opdracht van Infrabel, zoals beschreven in artikel 28, van de Spoorcodex gerefereerd: *“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.”*

Aanbeveling: Omdat de huidige bepaling niets toevoegt raadt de Dienst Regulering aan deze te schrappen. Evenwel indien het de bedoeling is om te refereren naar de taak van Infrabel, zoals voorzien in artikel 28 van de Spoorcodex, is het aangewezen om het artikel integraal over te nemen.

3.1.7. Preambule artikel 9

Tekst: *“Aangezien, met betrekking tot het Belgische spoorwegnet van de goederencorridors in de zin van de Verordening, een Uniek Loket voor elke Corridor (de zogenaamde Corridor One-Stop Shop) over de aanvragen beslist voor vooraf vastgelegde rijpaden en over de capaciteitsreserve in naam van de betrokken infrastructuurbeheerders, en die laatsten daarvan op de hoogte brengt, op grond van de toepasselijke regels, zoals bepaald in Boek 4 van het Corridor Information Document van elke goederencorridor”*

Analyse: Het is noch duidelijk wat het doel is, noch wat de meerwaarde is van deze informatie in de voorliggende overeenkomst. Deze bepaling staat los van het voorwerp van de overeenkomst.

Aanbeveling: De Dienst Regulering adviseert deze bepaling weg te laten.

3.2. Artikel 1: voorwerp van de overeenkomst

Tekst: *“1.1. In het kader van de naleving van de voorwaarden van de Netverklaring (NV) (www.infrabel.be), bepaalt de Overeenkomst de algemene en bijzondere voorwaarden van administratieve, financiële en juridische aard die gelden voor de reservering door de KANDIDAAT van infrastructuurcapaciteit op het Belgische spoorwagetrack en de andere Diensten geleverd door Infrabel.”*

Analyse: Uitvoeringsverordening 2017/2177 van de commissie van 22 november 2017 betreffende de toegang tot dienstvoorzieningen en spoorgebonden diensten legt in artikel 1 de keuze bij de lidstaat om via zijn nationale wetgeving kandidaten niet-spoorwegonderneming toegang te geven tot de dienstvoorzieningen en de daarin geleverde diensten.

De toegang voor de spoorwegondernemingen tot de infrastructuur en de dienstvoorzieningen wordt expliciet vastgelegd in artikel 9 van de Spoorcodex. Meer specifiek voor de dienstvoorzieningen in de onderdelen:

- 9§2: *“Exploitanten van dienstvoorzieningen verlenen alle spoorwegondernemingen op een niet-discriminerende wijze toegang, inclusief toegang via het spoor, tot de in bijlage 1, punt 2, bedoelde dienstvoorzieningen en tot de in deze voorzieningen geleverde diensten.”*
- 9§7: *“Indien de exploitant van de dienstvoorzieningen voorziet in een van de in bijlage 1, punt 3, bedoelde, aanvullende diensten”, biedt hij deze op verzoek op niet-discriminerende wijze aan een spoorwegonderneming aan.”*
- 9§8: *“De spoorwegondernemingen mogen de infrastructuurbeheerder of andere exploitanten van de dienstvoorziening om een bijkomende reeks in bijlage 1, punt 4, bedoelde “ondersteunende diensten” verzoeken.”*

De mogelijkheid voor kandidaten niet-spoorwegonderneming om infrastructuurcapaciteit aan te vragen wordt expliciet vastgelegd in artikel 27/1 van de Spoorcodex: *“De aanvragen voor infrastructuurcapaciteit kunnen worden ingediend door kandidaten. Om deze infrastructuurcapaciteit te gebruiken, wijzen kandidaten, die geen spoorwegondernemingen zijn, een spoorwegonderneming aan die overeenkomstig artikel 23 een overeenkomst sluit met de infrastructuurbeheerder.”*

De nationale wetgeving voorziet evenwel niet in de mogelijkheid voor kandidaten om toegang te verkrijgen tot de dienstvoorzieningen en de daarin geleverde diensten noch in de mogelijkheid om capaciteit hiervoor aan te vragen.

In de voorliggende capaciteitsovereenkomst stelt Infrabel, in de hoedanigheid van exploitant van een dienstvoorziening, bepaalde diensten ter beschikking aan de kandidaat niet-spoorwegonderneming, namelijk tractiestroom en buitengewoon vervoer. Het is echter niet aan een exploitant van een dienstvoorziening maar aan de Belgisch Staat om te bepalen of diensten al dan niet opengesteld worden voor kandidaat niet-SO en welke diensten hiervoor in aanmerking komen. Om die reden dienen de bepalingen omtrent diensten uit de capaciteitsovereenkomst weggelaten te worden.

Aanbeveling: Conform de Spoorcodex kunnen enkel spoorwegondernemingen toegang tot de dienstvoorzieningen en de daarin geleverde diensten vragen. Infrabel wordt geadviseerd de capaciteitsovereenkomst in die zin aan te passen.

3.3. Artikel 3: Aanwijzing van de spoorwegonderneming(en)

Omdat artikel drie met verschillende onderwerpen raakpunten heeft, wordt dit artikel thematisch overlopen.

3.3.1. Artikel 3: Aanwijzingsovereenkomst

Tekst: *“3.1 Krachtens een "aanwijzingsovereenkomst", tussen de KANDIDAAT en elke spoorwegonderneming die de KANDIDAAT wenst aan te wijzen, welke tijdens de volledige duur van de Overeenkomst van kracht blijft, duidt de KANDIDAAT de spoorwegonderneming aan, die gebruik mag maken van de aan de KANDIDAAT toegekende capaciteiten alsook van de andere volgens de bepalingen van de Overeenkomst aan de KANDIDAAT geleverde Diensten.”*

“De KANDIDAAT heeft als enige de verantwoordelijkheid om de spoorwegonderneming(en) aan te wijzen. De KANDIDAAT verzekert aan INFRABEL het bestaan van de aanwijzingsovereenkomst(en). De KANDIDAAT bezorgt INFRABEL de aanwijzingsovereenkomst(en) op diens verzoek.”

Analyse: Conform artikel 7 van de Spoorcodex is houder te zijn van “beschikbare spoorwegcapaciteit” één van de vereisten voor een spoorwegonderneming om gebruik te kunnen maken van de spoorweginfrastructuur. De spoorwegonderneming dient bijgevolg aan te tonen dat de aan de kandidaat niet-SO toegewezen capaciteit te zijner beschikking wordt gesteld. Het aantonen van het bestaan van een aanwijzingsovereenkomst vormt dus een verplichting voor de spoorwegonderneming en niet voor de kandidaat niet-SO. Om die reden dient deze deel uit te maken van de gebruiksovereenkomst en niet van de capaciteitsovereenkomst.

De gebruiksovereenkomst voorziet in zijn artikel 4 in een(zelfde) clausule waarbij de spoorwegonderneming het bestaan van de aanwijzingsovereenkomst dient aan te tonen. Bijgevolg volstaat het om artikel 3.1. tweede alinea van de capaciteitsovereenkomst te schrappen.

Daarnaast voorziet Infrabel in de verplichting om de aanwijzingsovereenkomst gedurende de volledige looptijd van de overeenkomst te behouden. De Dienst Regulering kan geen basis noch reden vinden om deze beperkende verplichting op te leggen aan de kandidaat niet-SO of aan de spoorwegonderneming.

Aanbeveling: De Dienst Regulering adviseert Infrabel om de bepalingen en sancties betreffende het voorleggen van de aanwijzingsovereenkomst te schrappen uit de capaciteitsovereenkomst en enkel te behouden in de gebruiksovereenkomst. Daarnaast mogen geen beperkingen opgelegd worden aan de kandidaten en de spoorwegondernemingen om “aanwijzingscontracten” af te sluiten, te wijzigen of te ontbinden.

3.3.2. Artikel 3: Het begrip “rijpad”

Tekst: *“3.2 De KANDIDAAT deelt INFRABEL de naam van de Aangewezen Spoorwegonderneming(en) mee, binnen de volgende termijnen:*

- i. Ten laatste 7 kalenderdagen voor de eerste ritdag van het betrokken rijpad.*
- ii. Ten laatste op het moment van de aanvraag van de rijpaden wanneer de eerste rit minder dan 7 kalenderdagen na de aanvraag plaatsvindt;....”*

Analyse: De Dienst Regulering stelt vast dat er in dit onderdeel onduidelijkheid is over het begrip rijpad. Zo stelt de capaciteitsovereenkomst in onderdeel 3.2. “Ten laatste 7 kalenderdagen voor de eerste ritdag van het betrokken rijpad.” Deze formulering houdt in dat een rijpad uit meerdere ritdagen zou kunnen bestaan.

De definitie van rijpaden voorzien in artikel 3, 64° van de Spoorcodex stelt: *de spoorweginfrastructuurcapaciteit die nodig is om een trein in een bepaald tijdvak tussen twee plaatsen te laten rijden”.*

Indien deze definitie gevolgd wordt valt elke circulatie omschreven als “ritdag” onder de definitie van rijpad en bekomt deze bijgevolg ook die hoedanigheid. Het “rijpad” dat in onderdeel 3.2. beschreven wordt betreft feitelijk een “gedanceerd rijpad” of een “herhalend rijpad”, dat bestaat uit een bundeling van “(dag)rijpaden”⁴.

Tekst: Onderdeel 3.3. stelt het volgende: *“3.3. De KANDIDAAT mag meerdere spoorwegondernemingen aanwijzen voor het gebruik van zijn capaciteiten, alsook de andere bijhorende diensten, maar er mag slechts één spoorwegonderneming per rijpad worden aangewezen.”*

Analyse: Een gedanceerd rijpad bestaat zoals hierboven weergegeven uit verschillende (dag)rijpaden. Het is evenwel niet omdat een kandidaat niet-SO een gedanceerd rijpad aanvraagt dat al de individuele rijpaden hiervan als één geheel moeten beschouwd worden. De Spoorcodex voorziet met betrekking tot het rijpad niet in een beperking in de aanwijzingsmogelijkheden van de kandidaat niet-SO. Om die reden heeft de kandidaat niet-SO het recht om per individueel rijpad, in plaats van per gedanceerd rijpad, een spoorwegonderneming aan te wijzen.

Beslissing D-2018-10-C legt Infrabel op (randnummer 156 2.) dat een kandidaat niet-SO per besteld rijpad (lees: gedanceerd/gebundeld rijpad) meer dan één spoorwegonderneming moet kunnen aanwijzen. Artikel 3 moet bijgevolg aangepast worden zodat deze maatregel nageleefd wordt.

Aanbeveling: De Dienst Regulering adviseert Infrabel met aandrang om het begrip “ritdag” te vervangen door rijpad. Daarnaast moet de kandidaat niet-SO de mogelijkheid hebben om, conform Beslissing D-2018-10-C, per (dag)rijpad een spoorwegonderneming aan te wijzen. Dit laat de mogelijkheid voor de

⁴ Gelijkaardige definitie : Document de Référence du Réseau 2020 (SNCF Version du 5 juin 2020 p.11)

kandidaat niet-SO onverlet om voor een gecadanceerd/gebundeld rijpad één spoorwegonderneming aan te wijzen.

3.4. Artikel 3: Diensten

Tekst: “3.2 De KANDIDAAT deelt INFRABEL de naam van de Aangewezen Spoorwegonderneming(en) mee, binnen de volgende termijnen: ...

iii. Ten laatste op het moment van de aanvraag van de rijpaden, in het geval van buitengewoon vervoer waarvoor een voorafgaande studie nodig is voor de toelating ervan”

Analyse: Zie voorgaande onderdeel⁵ betreffende diensten van voorliggende advies.

Aanbeveling: De Dienst Regulering adviseert deze invoeging weg te laten.

3.5. Artikel 3: Corridors

Tekst: “3.2 De KANDIDAAT deelt INFRABEL de naam van de Aangewezen Spoorwegonderneming(en) mee, binnen de volgende termijnen: ...

iv Volgens de regels van het Framework for Capacity Allocation van de goederencorridors, met betrekking tot de van tevoren geregelde rijpaden en de reservecapaciteit.”

Analyse: In onderdeel 3.2. iv wordt gesteld dat de kandidaat niet-SO de naam van de Aangewezen Spoorwegonderneming dient mee te delen volgens de regels van het “Framework for Capacity Allocation” van de goederencorridors, met betrekking tot de van tevoren geregelde rijpaden en de reservecapaciteit.

Uitvoeringsverordening 913/2010 van 22 september 2010 inzake het Europese spoorwegnet voor concurrerend goederenvervoer stelt in artikel 13: “Het enig loket neemt een besluit betreffende de aanvragen voor van tevoren geregelde treinpaden als bedoeld in artikel 14, lid 3, en voor de reservecapaciteit als bedoeld in artikel 14, lid 5. Het wijst de capaciteit toe overeenkomstig de regels betreffende capaciteitstoewijzing als bedoeld in Richtlijn 2001/14/EG. Het stelt de bevoegde infrastructuurbeheerders onverwijld in kennis van deze aanvragen en het desbetreffende besluit.”

Het “enig loket” geldt als toewijzende instantie voor capaciteit op de goederencorridors. In casu vraagt de kandidaat niet-SO capaciteit bij deze aan en wijst, indien deze capaciteit aan haar toegewezen wordt, nadien een spoorwegonderneming aan om deze te benutten. De spoorwegonderneming dient vervolgens ten overstaan van Infrabel deze toewijzing te kunnen aantonen.

Doordat de kandidaat niet-SO deze capaciteit krijgt toegewezen door een andere aanwijzende instantie ziet de Dienst Regulering niet in waarom deze de capaciteitsovereenkomst zou moeten onderschrijven.

⁵ (Onderdeel 3.2. Artikel 1: voorwerp van de overeenkomst)

De rechten en plichten voor de kandidaat niet-SO vloeien voort uit de overeenkomst met de Corridor-One-Stop-Shop (C-OSS)

Aanbeveling: De Dienst Regulering adviseert om de bepalingen gelieerd aan de toewijzing van capaciteit op de goederencorridors uit de capaciteitsovereenkomst te laten. Eventueel dient Infrabel hierover in overleg te gaan met de C-OSS.

3.6. Artikel 4: Verbod om capaciteiten over te dragen

Tekst: *“De door de KANDIDAAT gereserveerde capaciteiten, kunnen, zodra ze hem zijn toegewezen, niet worden overgedragen naar een andere onderneming, noch voor een andere vervoerdienst, zo niet wordt hij geacht capaciteiten over te dragen, wat krachtens de wet verboden is.”*

“De capaciteiten mogen niet worden gebruikt door een andere spoorwegonderneming dan die welke de KANDIDAAT heeft aangewezen, zo niet wordt de KANDIDAAT geacht rijpaden over te dragen, wat krachtens de wet verboden is.”

Analyse: Artikel 29 van de Spoorcodex legt het verbod op overdracht van capaciteit vast: *“De beschikbare spoorweginfrastructuurcapaciteit die aan een kandidaat is toegewezen, mag niet aan een andere kandidaat of aan een andere dienst worden overgedragen.”*

De Dienst Regulering stelt vast dat Infrabel, naast de wettelijke voorziene regelgeving rond overdracht van capaciteit, een eigen contractuele interpretatie hieraan wenst te geven. Deze betreft onder meer:

- Scope: artikel 29 van de Spoorcodex stelt dat de capaciteit aan geen ander kandidaat mag overgedragen worden, terwijl artikel 4 van de capaciteitsovereenkomst aangeeft dat deze overdracht niet aan een andere onderneming mag gebeuren. Volgens de capaciteitsovereenkomst vallen bijgevolg overheidsinstanties en internationale samenwerkingsverbanden niet binnen de scope voor overdracht capaciteit.
- Kwalificatie: de capaciteitsovereenkomst voorziet in een eigen kwalificatie van overdracht van capaciteit. Zo wordt het geval in alinea twee van artikel 4 in de capaciteitsovereenkomst als overdracht capaciteit gekwalificeerd terwijl dit van rechtswege niet het geval is.
- Sanctie: de capaciteitsovereenkomst voorziet in een sanctie bij het niet respecteren van de bepalingen in artikel 4 van de capaciteitsovereenkomst (overdracht van capaciteit) namelijk de opzegging van de overeenkomst conform artikel 13.2..

De controle van capaciteitsoverdracht zoals bedoeld in artikel 29 van de Spoorcodex, in al zijn aspecten, is een bevoegdheid die exclusief toegewezen is aan de Dienst Regulering. De bepalingen hierover zijn van dwingend recht. Het is niet aan Infrabel om zich, via voorliggend contractueel kader, de bevoegdheid toe te kennen voor het vaststellen van inbreuken betreffende overdracht van capaciteit, noch om dergelijke inbreuken te kwalificeren en te sanctioneren. Om die reden dient artikel 4 van de capaciteitsovereenkomst in zijn totaliteit geschrapt te worden.

Aanbeveling: De Dienst Regulering adviseert Infrabel om voorliggend artikel 4 betreffende overdracht capaciteiten uit de capaciteitsovereenkomst weg te laten.

3.7. Artikel 5: wijziging, afstand, schorsing en intrekking capaciteiten.

Tekst: De capaciteitsovereenkomst stelt in onderdeel 5.1.: *“Tot het ingaan van de real time in de zin van de NV, kan de KANDIDAAT afstand doen van het gebruik van alle of een deel van de toegekende infrastructuurcapaciteiten conform de NV. Vanaf het ingaan van de real time zal dit recht enkel door de Aangewezen Spoorwegonderneming kunnen worden uitgeoefend.”*

Analyse: De houder van het rijpad is de kandidaat aan wie het rijpad is toegewezen en die hierover het beheer, zijnde de wijziging of annulatie, uitoefent. Het gebruik van het rijpad staat hiervan los, dit betreft de spoorwegonderneming die door de kandidaat aangewezen wordt om het rijpad te mogen gebruiken. De spoorwegonderneming oefent hierbij geen enkel beheer uit over het rijpad an sich, zij kan dit op eigen initiatief noch annuleren, noch wijzigen.

De bepaling betreffende realtime houdt in dat het “volledige beheer” van het rijpad vanaf real time is overgedragen aan de spoorwegonderneming. Deze wordt vanaf dat ogenblik de partij die ten overstaan van Infrabel beslist over het wijzigen of annuleren van de toegewezen capaciteit.

Deze overdracht is in strijd met artikel 29 van de Spoorcodex: *“De beschikbare spoorweginfrastructuurcapaciteit die aan een kandidaat is toegewezen, mag niet aan een andere kandidaat of aan een andere dienst worden overgedragen.”*

De nuance dat de spoorwegonderneming enkel instaat voor “gebruik” van het rijpad wordt duidelijk weergegeven in het tweede lid van artikel 29: *“Het gebruik van capaciteit door een spoorwegonderneming die de activiteiten uitoefent van een kandidaat die zelf geen spoorwegonderneming is, wordt niet als een overdracht beschouwd.”*

De spoorwegonderneming wordt door de kandidaat niet-SO aangewezen voor het gebruik van de aangevraagde capaciteit. Het beheer van de aangevraagde capaciteit dient steeds in handen van de kandidaat niet-SO te blijven, die deze rechten zelf ten overstaan van Infrabel kan uitoefenen tot op het ogenblik van effectief gebruik.

Aanbeveling: De Dienst Regulering adviseert de bepalingen in artikel 5.1. en 5.2. betreffende het beheer van capaciteit in realtime te schrappen.

3.8. Artikel 6: Communicatie en informatieplicht

Tekst: *“6.1 INFRABEL brengt de KANDIDAAT tijdig op de hoogte over:*

- *(i.)De belangrijke wijzigingen betreffende de kwaliteit of de capaciteit van de gebruikte infrastructuur;*

- (ii.)De schorsing of intrekking van capaciteiten zoals beschreven in dit artikel, volgens de voorwaarden bepaald in hoofdstuk 4 van de NV;
- (iii.)De wijziging van de capaciteiten volgens de voorwaarden van hoofdstuk 4 van de NV.”

“6.2Elke communicatie in real time in de zin van de NV betreffende de capaciteiten, het verkeer en de Diensten worden door INFRABEL uitsluitend gedaan aan de Aangewezen Spoorwegonderneming.”

“6.3 Onverminderd de paragrafen 1 en 2 hierboven, wordt elke communicatie in real time, van welke aard dan ook (informatie, beslissing enz.), die door INFRABEL aan de Aangewezen Spoorwegonderneming wordt overgemaakt, geacht gelijktijdig aan de KANDIDAAT te gebeuren, zonder dat die laatste zich kan beroepen op een gebrek aan kennis daarvan. De KANDIDAAT zorgt er zelf voor dat de Aangewezen Spoorwegonderneming hem tijdig op de hoogte brengt van elke communicatie van INFRABEL.

Elke communicatie, van welke aard dan ook (informatie, aanvraag, beslissing, met inbegrip van elke capaciteitswijziging, of afstand van capaciteit, ongeacht het feit dat ze een wijziging in de tarifiering teweegbrengt e.d.), gericht of gevraagd aan INFRABEL door de Aangewezen Spoorwegonderneming wordt geacht gelijktijdig aan of door de KANDIDAAT te gebeuren. De KANDIDAAT zorgt er zelf voor dat de Aangewezen Spoorwegonderneming hem tijdig op de hoogte brengt van elke communicatie van INFRABEL.”

Analyse: Voorliggend artikel 6 zorgt ervoor dat vanaf realtime Infrabel enkel nog communiceert met de spoorwegonderneming. Dit impliceert dat de kandidaat niet-SO hierdoor niet langer zijn rechten verbonden aan het beheer van het rijpad ten overstaan van Infrabel kan doen gelden. Het is concreet de aangewezen spoorwegonderneming die in realtime ten overstaan van Infrabel beslist over het wijzigingen, intrekkingen,... van de capaciteit van de kandidaat niet-SO. Zoals eerder in artikel 5 aangehaald is dit een overdracht van capaciteit van de kandidaat niet-SO naar de aangewezen spoorwegonderneming. De aangewezen spoorwegonderneming mag enkel instaan voor het gebruik van de beschikbare capaciteit, niet voor het beheer ervan.

Binnen dit kader dient Infrabel een onderscheid te maken tussen operationele informatie die geen impact heeft op de aangevraagde capaciteit en operationele informatie die dit wel heeft. Een element zoals “verkeer” vermeld in artikel 6.2., dient verder uitgewerkt te worden. Indien specifieke verkeersregels bedoeld worden zoals bijvoorbeeld het rijden op een enkel spoor, dan dient alle communicatie zelfs buiten realtime enkel met de aangewezen spoorwegonderneming te gebeuren. Deze informatie handelt immers louter over het gebruik van de capaciteit.

Indien het verkeersbeheer daarentegen een impact heeft op de capaciteit zelf, bijvoorbeeld bij annulatie van een deel van het traject, dient deze communicatie te gebeuren aan zowel de kandidaat niet-SO als beheerder van het rijpad als aan de spoorwegonderneming als gebruiker ervan.

Het is de taak van Infrabel om binnen dit kader de parallelle bilateraal informatiestromen in goede banen te leiden.

Aanbeveling: De communicatie die betrekking heeft op het beheer van het rijpad dient door Infrabel aan de kandidaat niet-SO zelf te gebeuren. Het is aan Infrabel om de informatiestromen als dusdanig te managen opdat:

- De kandidaat niet-SO de toegewezen capaciteit kan beheren en
- De spoorwegonderneming ter beschikking gestelde capaciteit kan gebruiken en Infrabel toelaat om de spoorwegcapaciteiten in zijn totaliteit optimaal te beheren en hierover tijdig in overleg te treden.

De Dienst Regulering adviseert Infrabel om deze communicatiestromen en de hieraan gekoppelde processen zo duidelijk mogelijk uit te werken.

3.9. Artikel 7: Tarifiering en facturering van de gebruiksheffing (7.3.3. Wanbetaling)

Tekst: Onderdeel 7.3.3. van voorliggende overeenkomst stelt: *“Boven op het bedrag van de intresten komt een vast bedrag van 100 euro zonder taksen voor de dossierkosten.”*

Analyse: Het bedrag van €100 valt onder het minimumpakket en dient bijgevolg te voldoen aan het regime “directe kosten” voorzien in artikel 51 van de Spoorcodex. Infrabel dient de hoogte van dit bedrag als dusdanig kunnen rechtvaardigen.

Aanbeveling: De Dienst Regulering adviseert dat Infrabel nagaat of dit bedrag voldoet aan het regime van directe kosten.

3.10. Artikel 8: Sancties

3.10.1. Artikel 8: Sanctie op gecadanceerd of gebundeld rijpadniveau

Tekst: Onderdeel 8.1. van de voorliggende overeenkomst stelt:

“Elke inbreuk op artikel 3 3.2 wordt beschouwd als een afstand door de KANDIDAAT van het betrokken rijpad in de zin van de NV. Het betrokken rijpad wordt bijgevolg geannuleerd.”

“De KANDIDAAT is onmiddellijk het bedrag van de heffing verschuldigd berekend volgens de NV voor elk respectief verkeer zonder afbreuk te doen aan het recht van INFRABEL om vergoeding te eisen voor de door die inbreuk geleden schade.”

Analyse: De door Infrabel voorziene sanctie heeft betrekking op de “gecadanceerde of gebundelde” rijpaden. Een dergelijk rijpad bevat meerdere circulaties binnen de dienstregeling. Indien voor de eerste circulatie van het “gecadanceerd of gebundeld” rijpad de spoorwegonderneming niet tijdig is doorgegeven, worden alle andere circulaties geannuleerd. Dit impliceert bijvoorbeeld dat een kandidaat niet-SO die een dagelijks gecadanceerd rijpad heeft verkregen voor de volledige dienstregeling, wegens

een te late aanwijzing van een spoorwegonderneming voor zijn eerste individueel rijpad, zijn resterende 364 rijpaden geannuleerd zal zien worden.

In onderdeel 3.2. heeft de Dienst Regulering reeds aangegeven dat een circulatie overeenkomt met een individueel rijpad. Het niet tijdig doorgeven van informatie over de spoorwegonderneming zou enkel mogen leiden tot het intrekken van dit individueel rijpad. De sanctie om het volledig gecadanceerde of gebundelde rijpad in te trekken is buiten proportie.

Bovenstaande analyse en conclusie zijn exact dezelfde als in beslissing D-2018-10-C van de Dienst Regulering, waarin Infrabel expliciet wordt opgelegd om de sanctie te proportioneren (randnummer 158 punt 5). Zoals uit voorliggende overeenkomst blijkt, heeft Infrabel geen uitvoering gegeven aan deze verplichting.

Aanbeveling: De Dienst Regulering adviseert Infrabel met aandrang om, in naleving van de beslissing D-2018-10-C, de capaciteitsovereenkomst te wijzigen zodat de sanctie tot annulatie van capaciteit op individueel in plaats van op gecadanceerd of gebundeld rijpadniveau plaatsvindt.

3.10.2. Artikel 8: gevraagde schadevergoeding

Tekst: Onderdeel 8.2. van voorliggende overeenkomst stelt: *“Bij inbreuk op artikel 3 kan INFRABEL het gebruik van capaciteiten, van rechtswege en zonder voorafgaande ingebrekestelling, weigeren, op elk moment van de lopende dienstregeling, zonder dat afbreuk wordt gedaan aan het recht van INFRABEL om vergoeding te eisen voor de door die inbreuk geleden schade.”*

Analyse: Infrabel haalt aan mogelijk schade te hebben ten gevolge van een inbreuk van een kandidaat niet-SO tegen de bepaling voorzien voor het aanwijzen van een spoorwegonderneming. Het is evenwel niet duidelijk welke schade Infrabel hier bedoelt noch op welke grond Infrabel denkt recht te hebben op een vergoeding.

Aanbeveling: Infrabel wordt verzocht om deze paragraaf verder toe te lichten aan de Dienst Regulering en duidelijk de gevallen te beschrijven waarin ze meent recht te hebben op een dergelijke vergoeding.

3.11. **Artikel 9: Naleven van de dienstregeling**

Tekst: De overeenkomst stelt: *“De Partijen kunnen, jegens elkaar, geen aanspraak maken op een vergoeding voor de opgelopen schade bij vertragingen in het treinverkeer, ongeacht de oorzaak (ongeval en/of incident en/of beschadiging aan derden, diefstal van materieel, stakingen en gerelateerde incidenten, omgevallen bomen, zelfmoorden e.d.). ...”*

Analyse: De Dienst Regulering stelt vast dat Infrabel zich, via de bepaling in artikel 9, volledig tracht te vrijwaren van de schadeloosstellingen voor vertragingen. Op zijn minst dienen elementen zoals

“kwaadwillig opzet”, “zware fout”, “herhaaldelijk gebrekkig onderhoud”, ... uitgesloten te worden van dergelijke vrijwaring.

Via bovenstaande bepaling creëert Infrabel, vanuit monopolistisch positie, een onevenwicht tussen de rechten van beide partijen. De kandidaten niet-SO kunnen dergelijke bedingen niet uit de overeenkomst laten schrappen daar het een toetredingscontract betreft.

De bepalingen betreffende “kwaadwillig opzet”, “zware fout”,... maken deel uit van het dwingend recht en van openbare orde, om die reden mogen deze geen voorwerp vormen voor contractuele uitsluiting.

Aanbeveling: De Dienst Regulering stelt dat de vrijwaring van schadeloosstelling voor vertragingen, die Infrabel met bovenstaande clause beoogt, niet absoluut mag zijn. In bepaalde gevallen zoals bijvoorbeeld kwaadwillig opzet kan Infrabel zijn aansprakelijkheid niet ontlopen. De Dienst Regulering adviseert Infrabel de nodige aanpassingen aan bovenstaande clause te maken.

Tekstvoorstel: “De Partijen kunnen, jegens elkaar, geen aanspraak maken op een vergoeding voor de opgelopen schade bij vertragingen in het treinverkeer, tenzij de oorzaak te wijten is aan “kwaadwillig opzet”, een “zware fout” of een “herhaald gebrekkig onderhoud”.”

3.12. Artikel 10: Aansprakelijkheden

3.12.1. Betaalmodaliteiten en verantwoordelijkheden

Tekst: “10.2.2 In geval van aansprakelijkheid zoals bepaald in dit artikel, wordt de schadevergoeding gestort overeenkomstig de bepalingen van artikel 5, punt 5.4 tot 5.10, van de algemene voorwaarden van de Gebruiksovereenkomst voor spoorweginfrastructuur, die als bijlage gaat bij de NV. “

Analyse: De gebruiksovereenkomst die gesloten wordt tussen de Infrabel en een spoorwegonderneming is voor het gebruik van de spoorweginfrastructuur. De kandidaat niet-SO is vreemd aan de gebruiksovereenkomst, deze bevat geen rechten of verplichtingen voor hem daar hij hierin noch partij noch betrokkene is. De capaciteitsovereenkomst heeft betrekking op de capaciteitsaanvraag van de kandidaat niet-SO. Indien er aansprakelijkheden zouden zijn van de kandidaat niet-SO ten overstaan van Infrabel (en vice-versa) dienen deze rechtstreeks deel uit te maken van deze overeenkomst.

Onder voorbehoud van de hierboven gemaakt analyse geeft onderdeel 10.2.2. aan te handelen over de betalingsmodaliteiten van de schadevergoeding. Evenwel hebben de onderdelen (5.4. tot 5.10.) van de gebruiksovereenkomst waarnaar referentie wordt gemaakt betrekking op de verantwoordelijkheden zelf.

Artikel 5.4 – Vergoeding bij overlijden.....	18
Artikel 5.5 – Vergoeding bij verwonding.....	18
Artikel 5.6 – Vergoeding van andere lichamelijke schade.....	19
Artikel 5.7 – Wijze en omvang van de schadevergoeding in geval van overlijden of verwonding.....	19
Artikel 5.8 – Verlies van het recht om beperkingen van aansprakelijkheid in te roepen.....	19
Artikel 5.9 – Omrekening en interesten.....	19
Artikel 5.10 – Aansprakelijkheid in geval van een kernongeval.....	19

Aanbeveling: De capaciteitsovereenkomst heeft de bedoeling de rechten en plichten van beide partijen vast te leggen, bijgevolg dienen de aansprakelijkheden betreffende “toewijzen van het rijpad” en de

daaraan verbonden modaliteiten hierin opgenomen te worden. De Dienst Regulering adviseert om de beoogde paragrafen van de gebruiksovereenkomst in de capaciteitsovereenkomst integraal over te nemen.

3.12.2. Aansprakelijkheid gebruiksovereenkomst tegenover capaciteitsovereenkomst

Tekst: *“10.3.2 Elke vergoeding op grond van de Gebruiksovereenkomst voor spoorweginfrastructuur die door INFRABEL aan de Aangewezen Spoorwegonderneming wordt betaald, wordt geacht de door de KANDIDAAT geleden schade forfaitair en definitief te dekken, zodat de KANDIDAAT daarvoor bij INFRABEL op geen enkele schadevergoeding aanspraak kan maken.”*

“De KANDIDAAT regelt zelf met de Aangewezen Spoorwegonderneming de voorwaarden en modaliteiten voor de onderlinge verdeling van de schadevergoeding die INFRABEL betaalt aan de Aangewezen Spoorwegonderneming, zonder dat INFRABEL betrokken wordt in deze overeenkomst of ook maar enige andere overeenkomst tussen de KANDIDAAT en de Aangewezen Spoorwegonderneming.”...

“10.3.4 De KANDIDAAT kan op geen enkele manier meer rechten laten gelden ten opzichte van INFRABEL dan die welke zijn verleend aan de spoorwegondernemingen krachtens de Gebruiksovereenkomst voor spoorweginfrastructuur. “

Analyse: Bovenstaande bepalingen maken geen onderscheid tussen enerzijds de aansprakelijkheid van Infrabel ten overstaan van de aangewezen spoorwegonderneming en anderzijds de aansprakelijkheid van Infrabel ten overstaan van de kandidaat niet-SO. De vergoeding die beoogd wordt, heeft louter en alleen betrekking op de aansprakelijkheid voortvloeiend uit de gebruiksovereenkomst van Infrabel ten aanzien van de spoorwegonderneming. Doordat gesteld wordt dat deze vergoeding ook de aansprakelijkheid van Infrabel ten aanzien van de kandidaat niet-SO dekt, impliceert dit dat Infrabel met betrekking tot de capaciteitsovereenkomst geen enkele aansprakelijkheid ten overstaan van de kandidaat niet-SO meer heeft. De aansprakelijkheid van Infrabel zou immers volledig vervat zitten in de gebruiksovereenkomst.

De bedoeling van de capaciteitsovereenkomst dient net te zijn om de aansprakelijkheden van beide partijen duidelijk af te lijnen en de modaliteiten omtrent de vergoedingen vast te leggen. De kandidaten dienen binnen het kader van de capaciteitstoewijzing bovendien zelf hun rechten op schadevergoeding ten overstaan van Infrabel te kunnen doen gelden.

Deze clausules houden een verschillende behandeling in van de kandidaat niet-SO ten overstaan van de spoorwegonderneming. In geval er schade zou ontstaan door Infrabel betreffende de toewijzing van capaciteit wordt deze van de spoorwegonderneming afgedekt via de gebruiksovereenkomst, terwijl deze van de kandidaat niet-SO via de capaciteitsovereenkomst niet afgedekt wordt. Daarnaast kan een kandidaat niet-SO niet zelf zijn rechten uitoefenen ten overstaan van Infrabel, deze is bijvoorbeeld juridisch niet in staat om “niet-akkoord” te gaan met een toegewezen schadevergoeding.

Een kandidaat niet-SO wordt ten overstaan van een kandidaat spoorwegonderneming op een onbillijke en mogelijks discriminerende wijze behandeld bij de toewijzingsprocedure voor infrastructuurcapaciteit.

Deze werkwijze is in strijd met artikel 28 van de Spoorcodex: *“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”*

Aanbeveling: De Dienst Regulering adviseert de clausules 10.3.2. en 10.3.4. te wijzigen zodat de aansprakelijkheden en daaruit voortvloeiend betaalmodaliteiten via de capaciteitsovereenkomst evenwichtig en bilateraal tussen de kandidaat niet-SO en Infrabel geregeld worden.

3.13. Artikel 11: Verzekering.

Tekst: 11.1 *“Het is aan de KANDIDAAT om onder zijn eigen verantwoordelijkheid te beslissen om een verzekeringspolis af te sluiten die de financiële gevolgen dekt van zijn aansprakelijkheid jegens INFRABEL, zoals bedoeld in artikel 10.2, voor de gehele duur van de Overeenkomst.*

Indien de KANDIDAAT besluit een dergelijke verzekering af te sluiten, levert hij bij de ondertekening van de Overeenkomst, een document in bijlage bij deze Overeenkomst uitgaande van de verzekeraar dat het bewijs levert van het bestaan, de duur en het door deze polis gedekte domein. De kandidaat stelt INFRABEL onverwijld op de hoogte van elke belangrijke wijziging van de verzekeringspolis (schorsing, opzegging enz.). “

Analyse: Bovenstaande clausule legt aan de kandidaat niet-SO, ingeval deze een verzekeringspolis afsluit, de verplichting op deze voor te leggen aan Infrabel en te informeren over belangrijke wijzigingen. Indien de kandidaat niet-SO deze verplichtingen niet naleeft vormt dit een inbreuk op regels van de capaciteitsovereenkomst die, conform de sancties voorzien in artikel 13.2. iii, kan leiden tot de opzegging. Een kandidaat niet-SO die geen verzekering afsluit heeft in casu geen informatieverplichtingen en riskeert bijgevolg ook geen sanctie.

De Dienst Regulering ziet geen enkele reden waarom een kandidaat niet-SO die een verzekering houdt hierover een informatieplicht ten overstaan van Infrabel zou hebben. Bovenstaande clausule is onevenwichtig en bovendien contraproductief doordat ze net de kandidaten niet-SO met een verzekering treft.

Aanbeveling: De Dienst Regulering adviseert Infrabel om de tweede alinea van artikel 11 aan te passen opdat de kandidaat niet-SO die een verzekering houdt niet langer aan een sanctie onderworpen kan worden.

Tekstvoorstel: *“De kandidaat niet-SO wordt verzocht om een bewijs of kopie van de polis aan Infrabel over te maken en om deze in te lichten over belangrijke wijzigingen (schorsing, opzegging enz.).”*

3.14. Artikel 13: Duur en einde van de capaciteitsovereenkomst

3.14.1. Kandidaat niet-SO die geen aanvraag doet voor volgende dienstregelingsperiode

Tekst: 3.1 (Alinea 1): “De Overeenkomst wordt gesloten voor een dienstregelingsperiode en wordt stilzwijgend verlengd.... (Alinea 3).....*De Overeenkomst neemt automatisch een einde na de dienstregelingsperiode, indien de KANDIDAAT geen nieuwe capaciteitsaanvraag heeft ingediend voor de volgende dienstregelingsperiode.*”

Analyse: Deze clausule vormt een contradictie: in de eerste alinea geeft ze aan dat er stilzwijgend wordt verlengd, terwijl in de derde alinea wordt aangegeven dat deze automatisch stopgezet wordt indien de kandidaat geen nieuwe capaciteitsaanvraag heeft ingediend.

De Dienst Regulering ziet geen enkel nut of meerwaarde in de automatische ontbinding van de overeenkomst, dit leidt tot onnodige bijkomende administratie en verstoort mogelijk ook de vlotte werking.

Aanbeveling: De Dienst Regulering adviseert Infrabel om de derde alinea weg te laten zodat de overeenkomst automatisch verlengd wordt.

3.14.2. Ontbinding van rechtswege

Tekst: “13.2 Nochtans kan de Overeenkomst van rechtswege, geheel of gedeeltelijk, worden opgezegd door de andere Partij in de volgende gevallen:

- i. *Faillissement van de KANDIDAAT of gerechtelijke reorganisatie van die laatste krachtens de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen van 31 januari 2009;*
- ii. *Het verwerven van de hoedanigheid van spoorwegonderneming door de KANDIDAAT;*
- iii. *Ingevolge een ernstige of herhaalde tekortkoming op een van de verplichtingen van de overeenkomst;*
- iv. *Ingevolge de wanbetaling van de maandelijkse voorschotten van de gebruiksheffing gedurende twee opeenvolgende termijnen.”*

Analyse: De kandidaat niet-SO heeft de capaciteitsovereenkomst nodig om infrastructuurcapaciteit te kunnen aanvragen en beheren. De enige vereiste om de capaciteitsovereenkomst af te sluiten en te behouden zijn voor de aanvrager om de hoedanigheid van kandidaat (Spoorcodex) niet-SO (voorwerp capaciteitsovereenkomst) te hebben. Zolang de aanvrager die hoedanigheid behoudt kan Infrabel de overeenkomst niet van rechtswege stopzetten

Om die reden dienen de aangehaalde gevallen in i (faillissement), iii (tekortkoming verplichtingen) en iv (wanbetaling) als ongegrond beschouwd te worden om de capaciteitsovereenkomst unilateraal op te zeggen. In geval van wanbetaling of herhaalde tekortkoming dient een de opschorting van het gebruiksrecht of de intrekking van de capaciteiten overwogen te worden, in het geval van faillissement dient de betreffende wetgeving rond insolventie nageleefd te worden.

In het aangehaalde geval ii het verwerven van de hoedanigheid van spoorwegonderneming door de kandidaat moet de capaciteitsovereenkomst van rechtswege volledig stopgezet worden. Deze verliest

immers haar voorwerp. Het is aangewezen dat ook overgangsbepalingen in de capaciteitsovereenkomst worden opgenomen met betrekking tot:

- Modaliteiten voor afhandelen van de aangevraagde en toegewezen capaciteit
- De onmiddellijke stopzetting van het concept “aangewezen spoorwegonderneming”,
- Overgangsbepalingen richting een gebruiksovereenkomst.

Om een vlotte overgang te bewerkstelligen is het opportuun dat de kandidaat niet-SO Infrabel informeert wanneer deze een aanvraag wenst in te dienen voor het bekomen van een spoorwegvergunning.

Tenslotte ontbreekt in de opsomming de casus waarin de kandidaat niet-SO niet langer een aantoonbaar belang heeft van commerciële of openbare aard. De aanvrager heeft op dat ogenblik niet langer de hoedanigheid van kandidaat (niet-SO) wat van rechtswege leidt tot de ontbinding van de capaciteitsovereenkomst.

Aanbeveling: De Dienst Regulering adviseert Infrabel om:

- **Enkel de volledige opzegging van de overeenkomst van rechtswege te voorzien in geval de aanvrager niet langer de hoedanigheid van kandidaat niet-SO heeft:**
 - o doordat deze niet langer een aantoonbaar belang heeft (kandidaat),
 - o doordat deze een spoorvergunning bekomt (niet-SO).
- **De eventuele opschorting of intrekking van capaciteiten te voorzien in geval van wanbetaling of tekortkomingen aan de verplichtingen;**
- **In geval van faillissement of gerechtelijk reorganisatie de wetgeving rond insolventie van ondernemingen te respecteren;**
- **De kandidaten te verzoeken om tijding melding te maken van hun aanvraag tot spoorwegonderneming en de nodige overgangsmaatregelen hiertoe te voorzien.**

3.15. Particuliere voorwaarden.

3.15.1. Onderdelen “3.2. Aanvullende diensten en 3.3. Ondersteunende diensten

Aanbeveling: Zoals eerder in voorliggend advies uitgedrukt, wordt Infrabel verzocht de diensten verleend in de hoedanigheid van uitbater van een dienstvoorziening uit deze overeenkomst weg te laten.

3.15.2. Voorafbetalingen

Tekst: *“De bedragen van de voorafbetalingen alsook de datum van facturering en betaling worden in een tabel, in bijlage van dit contract, vermeld. Deze tabel kan worden herzien op vraag van INFRABEL (bedragen btw niet inbegrepen), indien blijkt dat de hoeveelheid rijpaden die door de KANDIDAAT wordt gebruikt, tijdens de duur van de overeenkomst toeneemt.”*

Analyse: Indien de hoeveelheid aangevraagde rijpaden van de kandidaat niet-SO toeneemt kan Infrabel de tabel met daarin de bedragen van de voorafbetalingen wijzingen. Teneinde de liquiditeitspositie van de kandidaat niet-SO te vrijwaren is het aangewezen dat een omgekeerd mechanisme wordt voorzien indien de hoeveelheid rijpaden aangevraagd door de kandidaat niet-SO afneemt.

Daarnaast wordt in bovenstaande clause gewag gemaakt van de: “hoeveelheid rijpaden die door de KANDIDAAT wordt gebruikt ...”. De kandidaat niet-SO vraagt enkel de rijpaden aan, het is de spoorwegonderneming die deze gebruikt. Om die reden is het opportuun om het begrip “gebruikt” te vervangen door “aangevraagd”.

Aanbeveling: De Dienst Regulering adviseert dat Infrabel voorziet in een omgekeerd mechanisme, waarbij de kandidaat niet-SO een minder groot voorschot dient te betalen indien de hoeveelheid aangevraagde rijpaden afneemt.

Tekstvoorstel: *“Deze tabel kan door Infrabel worden herzien op vraag van één van de partijen (bedragen btw niet inbegrepen), indien blijkt dat de hoeveelheid rijpaden die door de KANDIDAAT NIET-SO wordt aangevraagd, tijdens de duur van de overeenkomst toeneemt of afneemt.”*

4. Advies

De Dienst Regulering adviseert Infrabel om de aanbevelingen in onderdeel 3 op te volgen. Indien Infrabel dit wenst kan ze de Dienst Regulering verzoeken voor verdere toelichtingen of tot ondersteuning.

Brussel, 9 maart 2021

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

Serge DRUGMAND

Directeur