



Vereniging Publiek Vervoerrecht

Vereniging Publiek Vervoerrecht

## Verslag Najaarsvergadering 2010

*'Gratis gebruik van openbare transportinfrastructuur?'*

*door mr.dr. H.L. van Traa-Engelman, secretaris VPV*

Op donderdag 18 november 2010 hield de Vereniging Publiek vervoerrecht haar najaarsbijeenkomst ten kantore van Loyens & Loeff N.V., Blaak 31, Rotterdam, met als thema "Wijzigingen Wet personenvervoer 2000 a.g.v. Europese Verordening inzake openbare dienstcontracten personenvervoer per spoor en over de weg ("PSO")".

Inleidingen werden gehouden door:

- **mr. J. André van der Kolk**, voorzitter van de Vereniging, tevens voorzitter team OV en mobiliteit Loyens & Loeff N.V.
- mevrouw **mr. drs. Renee Elzinga**, Hoofd Regulatory Affairs & Compliance, NS.

Mr Van der Kolk stond stil bij de thema's die aan de basis hebben gestaan van de Wet personenvervoer 2000 en de op 3 december 2009 in werking getreden PSO-Verordening (1370/2007). In grote lijnen is sedert begin jaren negentig het Europese en Nederlandse vervoersbeleid gericht geweest op het realiseren van meer marktwerking en liberalisering, het tot stand brengen van een "interne markt" met een vrij verkeer van diensten en (dus ook) het voorkomen van concurrentievervalsing door staatssteun.

In de Wet personenvervoer 2000 (Wp 2000) staat centraal het creëren van marktwerking door het *verplicht* aanbesteden van openbaar vervoer vervoersconcessies, zowel in het stads- en streekvervoer (bus/tram/metro) als (via een latere aanbouwwet) in het personenvervoer per trein. De heer Van der Kolk ging vooral in op het genoemde stads- en streekvervoer.

Uitgangspunt van de 1 januari 2000 in werking getreden "Wet personenvervoer 2000" was dat aanbesteding verplicht kon worden gesteld indien op 1 januari 2003 minder dan 35% van het OV in Nederland niet zou zijn aanbesteed of aanbesteding onvoldoende gespreid over het land tot stand zou zijn gekomen. Voor de gemeentelijke vervoerbedrijven in de vier grote steden (Amsterdam, Rotterdam, Den Haag en Utrecht) werd in die wet de aanbestedingsplicht

Postbus 2888  
3000 CW Rotterdam

Weena 690  
3012 CN Rotterdam

t (010) 224 61 95  
f (010) 412 40 89

info@verenigingpubliekvervoerrecht.nl  
www.verenigingpubliekvervoerrecht.nl

ABN AMRO 41.10.01.663  
GIRO 55.17.033

KVK AMSTERDAM 40537736

uitgesteld tot 1 januari 2007. De achtergrond van die laatste, wat langere, termijn was dat (1) gemeentelijke vervoerbedrijven meer tijd nodig hadden voor de ontvlechting van de infrastructuur enerzijds en de exploitatie anderzijds van met name het tram- en metronetwerk en dat (2) deze gvb's in de gelegenheid moesten worden gesteld eventueel te verzelfstandigen; kort gezegd dus, voor het creëren van een "level playing field". Het eindbeeld van de Wp 2000 was dat op 1 januari 2009 al het OV zou zijn aanbesteed.

Toen die periode voor de gemeentelijke vervoerbedrijven te kort bleek (mogelijk ook omdat deze bedrijven te laat daartoe leidende initiatieven hadden genomen) is de aanbestedingsverplichting voor gvb's voor het busvervoer opgeschoven tot 1 januari 2012 en voor tram- en metroconcessies tot 1 januari 2017.

Vanwege deze "bevoorrechte" positie van gvb's was/is het deze bedrijven overigens niet toegestaan deel te nemen aan aanbestedingen van OV elders in het land, zolang de omzet van het OV op de "thuismarkt" onvoldoende (de omvang van dat deel van de omzet is in de wet nader uitgewerkt) is aanbesteed.

In de hiervoor genoemde PSO-Verordening staat centraal (1) het bereiken van marktwerking door (verplichte) aanbesteding van "openbare dienstcontracten", alsook (2) het voorkomen van "overcompensatie" (te hoge financiële bijdrage van overheidswege) als tegenprestatie voor deze (van overheidswege opgelegde) "openbare dienstverplichtingen". Dit betreft verplichtingen tot het verrichten van openbaar vervoer, dat de exploitant "normaal" (dus indien géén compensatie zou plaatsvinden) niet op zich zou nemen. In de PSO-Verordening is aan het bevoegd gezag een verplichting opgelegd om "openbare dienstcontracten" te sluiten indien een en ander gepaard gaat met het toekennen van een exclusief recht en/of indien van overheidswege voor de exploitatie van die dienst een financiële bijdrage wordt verstrekt.

De regeling inzake het voorkomen van "overcompensatie" in de PSO-Verordening, is in grote lijnen geënt op jurisprudentie van het Hof van Justitie inzake verboden staatsteun (Altmark-arrest).

Overigens voorziet de PSO-Verordening in een ruime overgangstermijn in die zin dat verplichte aanbesteding van openbare dienstcontracten pas behoeft plaats te vinden vanaf 3 december 2019 (dat laatste ook nog met een overgangsregeling voor reeds lopende openbare dienstcontracten).

Een OV-vervoersconcessie op grond van de Wp 2000 is een recht om met uitsluiting van anderen openbaar vervoer te verrichten in een bepaald gebied. Een openbaar vervoerconcessie als bedoeld in de Wet personenvervoer is dus ook een "openbare dienstcontract" als bedoeld

in de PSO-Verordening. Dit betekent dat het bevoegd gezag, bij het toekennen van een concessie als bedoeld in de Wet personenvervoer, rekening moet houden met de inhoud van de PSO-Verordening, die in alle lidstaten (het betreft een "verordening" en geen "richtlijn") rechtstreekse werking heeft. Deze Verordening is, als gezegd, op 3 december 2009 in werking getreden.

Uitgangspunt van de PSO-Verordening is, zoals al aangegeven, dat openbare dienstcontracten openbaar worden aanbesteed, evenwel met een aantal uitzonderingen. Eén van die uitzonderingen betreft de zgn. "inbesteding", tenminste als lidstaten voor die uitzondering opteren. "Inbesteding" houdt in dat een plaatselijke overheid zelf openbaar vervoer aanbiedt of dit openbaar vervoer onderhands gunt aan een "entiteit" waarover zij zeggenschap heeft, dus bijvoorbeeld een eigen gemeentelijk vervoerbedrijf.

In het licht van deze Europese ontwikkeling is in de Kamer een wetsontwerp behandeld strekkende tot wijziging van de Wet personenvervoer (TK 2009-2010 32 376). Dit wetsontwerp gaf, met name voor de positie van gemeentelijke vervoerbedrijven in de Wp 2000, uitvoering aan de "motie Roefs" (TK 2006-2007, 23 645 nr. 167). Daarin werd gesignaleerd dat (1) openbare aanbesteding voor gemeentelijke vervoerbedrijven door Europese regelgeving niet langer verplicht werd gesteld, (2) de doelen van de Wp 2000 ook ánders zouden kunnen worden bereikt, (3) de zgn. "G4" (Amsterdam, Rotterdam, Den Haag en Utrecht) ook zélf in staat zouden zijn te beoordelen of hun gemeentelijke vervoerbedrijven marktconform werkten en dat (4) er een streep moest worden gehaald door de verplichting tot openbare aanbesteding van het openbaar vervoer in de Wp 2000 voor deze steden. Die motie is toen aangenomen.

In het licht van de verkiezingen in 2010 is begin 2010 dit wetsontwerp "controversieel verklaard", reden waarom de Tweede Kamer zich er dus niet meer verder over kon uitspreken. Het wetsontwerp bleef onbehandeld liggen en zou weer worden opgepakt, zodra het nieuwe kabinet was aangetreden.

Het kabinet Rutte ging van geheel andere inzichten uit: de eerder ingezette koers, gericht op marktwerking en liberalisering (zie hiervoor), werd onverkort doorgezet. In het regeerakkoord is opgenomen dat het kabinet géén gebruik maakt van de in de PSO-Verordening geboden mogelijkheid tot inbesteding. Dit betekende/betekent dus dat het vervoer in de hiervoor genoemde "G4" steden in Nederland (gewoon) moet worden aanbesteed volgens de uitgangspunten die daarvoor reeds lange tijd vastliggen (busvervoer moet met ingang van 1 januari 2012 zijn aanbesteed, het tram- en metrovervoer per 1 januari 2017). Hierbij past overigens de kanttekening dat het vervoer in Utrecht reeds aanbesteed is en dus deze kwestie alleen nog van belang is voor de "G3" (Amsterdam, Rotterdam en Den Haag).

De gemeente Amsterdam had, "op de muziek vooruitlopend", de openbaar vervoersconcessie voor de periode 2012 tot en met 2017 in september 2010 al opnieuw onderhands gegund aan het GVB Amsterdam. Voor met name het busvervoer is dit niet conform de wet (zie hiervoor). De Federatie Mobiliteitsbedrijven Nederland (met daarin onder meer Arriva, Veolia, Syntus en Connexion) hebben tegen dat gunningsbesluit in rechte bezwaar gemaakt en de tijd moet leren tot welke uitspraak dit leidt.

Het Stadsgewest Haaglanden en de Stadsregio Rotterdam hebben in september/oktober 2010 wel hun besluit kenbaar gemaakt dat met name het busvervoer in die steden met ingang van 1 januari 2012 moet zijn aanbesteed, zodat respectievelijk HTM (Den Haag) en RET (Rotterdam) zich daarop moeten voorbereiden. Dit laatste heeft bij die bedrijven tot veel "oproer" aanleiding gegeven, zoals de heer Van der Kolk aan de hand van krantenpublicaties illustreerde, maar daar staat tegenover, zoals hij aangaf, dat deze bedrijven nu 11 jaar (datum inwerkingtreding Wet personenvervoer 2000: 1 januari 2000) met dit gegeven rekening hebben kunnen/moeten houden.

Voor het overige ging mr. Van der Kolk in op andere interessante aspecten van de Wet personenvervoer en de PSO-Verordening. Hij wierp onder meer de vraag op waarom wettelijk wél is voorzien in een uitvoerige regeling op grond waarvan een opvolgende concessiehouder verplicht is treinmaterieel (inclusief alle bijbehorende rechten en verplichtingen) over te nemen (zodat tot het einde van de concessie voor een concessiehouder prikkels blijven bestaan om materieel te vernieuwen en dus niet versneld af te schrijven), maar deze verplichting níét wettelijk is voorzien voor ander OV-materieel (bussen, trams, en metro's). In zijn optiek leidt dit laatste tot een enorme kapitaalvernietiging.

Verder ging de heer Van der Kolk in op het feit dat in de PSO-Verordening nadrukkelijk aan de orde is de beleidswenselijkheid dat investeringen in openbaar vervoerinfrastructuur méér op basis van publiek private samenwerking (PPS) tot stand komen en dat ook het Regeerakkoord van het kabinet Rutte dit met zoveel woorden overneemt, maar dat wordt nagelaten in verband daarmee de bijbehorende faciliterende voorwaarden te scheppen. De kwaliteit, maar met name ook de kwantiteit van het openbaar vervoer (en dus het stimuleren van openbaar vervoer als "redelijk alternatief"), zou aanzienlijk kunnen worden bevorderd indien voor private partijen (pensioenfondsen, banken, verzekeringsmaatschappijen e.d.) de barrières worden weggenomen om in deze markt te investeren. Daar ligt, aldus de heer Van der Kolk, nog een grote uitdaging voor de politiek en het bedrijfsleven.

Vervolgens gaf mevrouw Elzinga haar presentatie getiteld "Concurrentie om het spoor op het spoor?". Zij ging in op het reeds jaren belangrijke thema dat nog niets heeft ingeboet aan actualiteit met accent op het tweesporenbeleid van de Europese Commissie. Allereerst

gaf zij onder het kopje NS in de notendop een aantal cijfers uit 2009. Het aantal stations in exploitatie in Nederland bedroeg 380 stuks, waartegen 500 stuks in het Verenigd Koninkrijk. Het aantal treinen gebruikt per dag in Nederland was 4800. Het aantal reizigerskilometers in Nederland per jaar bedroeg 16.315.000.000. Met bedrijfsopbrengsten van 4.596.000.000 € en investeringen voor een bedrag van 666.000.000 € kwam men op een nettowinst van 116.000.0000 €. Vervolgens wees zij op de overname golf en fusies door grote private vervoerders in Europa en op de grote bedragen die daarmee gemoeid zijn. Met name de overname van Arriva voor 1,8 miljard € door Deutsche Bahn, een private onderneming, waarvan de Duitse overheid wel alle aandelen in handen heeft. Arriva had in 2009 een omzet van 3,8 miljard. Terugkerend tot de situatie in Nederland toonde zij een kaart met de hoofdrailnet-concessie en een aantal contractsectorlijnen van de NS. De concessieverlener is het Ministerie van Infrastructuur en Milieu. De huidige hoofdrailnet-concessie met een tijdsduur van 10 jaar loopt af op 31 december 2014. De contractsectorlijnen zijn de Hoekse Lijn en de lijnen Zwolle-Kampen, Gouda-Alphen a/d Rijn en Zwolle-Emmen. Laatst genoemde lijn komt echter vanaf december 2012 aan concessiehouder Arriva.

Terugkerend tot het thema "Concurrentie om het spoor op het spoor" legde mevrouw Elzinga er de nadruk op dat het gaat om een orderingsvraagstuk, waarvan de uitkomst bepaald zal worden door een aantal ontwikkelingen waar zij achtereenvolgens aandacht aan besteedde. Allereerst de PSO-verordening. Deze verordening definieert "exclusief" recht als het recht van een exploitant van openbare diensten om bepaalde openbare personenvervoerdiensten van een lijn, net of gebied te exploiteren, met uitsluiting van andere exploitanten. Het doel ervan is het voorkomen van overcompensatie. Het stelt voorts dat indien een overheid een exclusieve concessie wil gunnen, daar een openbaar dienstcontract aan ten grondslag moet liggen. Terwijl Nederland zich geheel conformeert aan de verordening, was de spreekster van mening dat deze voor het spoor geen grote veranderingen in Nederland te weeg brengt. Immers exclusieve concessies voor het spoor blijven mogelijk. De looptijd van de concessie voor het Hoofdrailnet, die bij onderhandse gunning werd verleend, is 10 jaar met een mogelijke verlenging van 5 jaar. De termijn voor spoor concessie bij openbare aanbesteding bedraagt 15 jaar zoals voor de concessie Arriva Noord Nederland. Echter wel zijn de criteria voor onderhandse gunning strenger geworden. Belanghebbenden mogen de overheid vragen om een beargumenteerde beslissing, die juridisch getoetst kan worden. Ook moeten concessiehouders binnen een jaar na de gunning een aantal gegevens bekendmaken. De meeste daarvan staan echter reeds in de concessie zelf.

Het tweede aspect van de orderingsproblematiek wordt gevormd door de Liberaliseringrichtlijn. Deze richtlijn, welke ten doel heeft de liberalisering van het internationaal personenvervoer, heeft voor het internationaal personenvervoer per trein per 1 januari 2010 de vrije markt geopend. Volgens deze richtlijn kwalificeert een treindienst als internationaal personenvervoer

indien deze in hoofdzaak bedoeld is om passagiers tussen stations in verschillende lidstaten te vervoeren. De interpretatie hiervan zou echter tot meningsverschillen kunnen leiden. Ook het feit dat exclusieve concessies mogelijk blijven door de bepaling dat een lidstaat het toegangsrecht van een international treindienst kan beperken wanneer het economisch evenwicht door zo'n concessie wordt verstoord, kan een probleem opleveren met betrekking tot het vaststellen van zo'n economisch evenwicht.

Als derde punt van ordening noemde de spreker de evaluatie van de spoorwetgeving. Deze evaluatie zou de kabinetsvisie op de ontwikkeling en ordening van de markt voor het openbaar personenvervoer per spoor vanaf 2000 (de Derde Eeuw Spoor) bevestigen. Immers men voorziet in Nederland concurrentie om het spoor. Echter met het voorbehoud dat het systeem van exclusieve concessies blijft bestaan. Wel beziet het kabinet of, en zo ja onder welke voorwaarden de concessie vanaf 2015 opnieuw onderhands aan NS wordt gegund, hetgeen onder de nieuwe EU-regeling ook nog steeds mogelijk is.

Het vierde punt van ordening betreft de herziening van het eerste spoorwegpakket, waarvoor in september j.l. door de Europese Commissie een voorstel is gedaan. Dit behelst de samenvoeging van de drie richtlijnen uit het eerste pakket met als hoofddoel simplificering, waarbij tevens een aantal verduidelijkingen en aanvullingen worden gedaan. Opgemerkt werd dat dit proces langdurig zal zijn in verband met de verschillende standpunten en verschillende tempo's binnen Europa en het feit dat het moeilijk is om infrastructuren goed te financieren. Het systeem van exclusieve concessies blijft vooralsnog mogelijk. Als hoofdpunten voor herziening werd het accent gelegd op de volgende: (1) Het zeker stellen van toereikende, transparante en duurzame financiering van infrastructuur en een verheldering van de kostenallocatie methodieken voor gebruiksvergoeding; (2) het verduidelijken van de regelgeving van bijkomende diensten en voorzieningen; (3) het versterken van de onafhankelijkheid en bevoegdheden van toezichthouders; (4) de concurrentiepositie van het spoor ten opzichte van andere transportmiddelen. Tevens zal de Europese Commissie in het kader van de herziening van het eerste spoorwegpakket eind 2012 verslag uitbrengen over de liberalisering van het internationale personenvervoer met inachtneming van de PSO verordening. Aan de orde zullen komen de stand van voorbereidingen voor de verder openstelling van spoorwegmarkt en een analyse van de verschillende organisatie modellen. Dit alles in perspectief van de PSO verordening. Tevens zal gekeken worden naar de noodzaak van eventuele aanvullende maatregelen ter bevordering van het openstellen van de spoorwegmarkt.

Terugkerend naar het hoofdthema met de vraag "Concurrentie om het spoor op het spoor?" noemde mevrouw Elzinga het zogenaamde "Mixed Model" als "the best of 2 worlds". Dit betekent voor de NS concurrentie om het spoor met de mogelijkheid van nieuwe toetreders, welke kunnen bijdragen to het rendabel maken van het spoorweganet in Nederland. Economies of scale gelden dan ook voor Nederland met het kleine en drukst bereden spoornet en de



daaraan verbonden te grote risico's voor ongelukken en uitval. Het gemengde model acht zij dan ook optimaal met het accent op concurrentie en nieuwe toetreders en met als doel het rendabel maken van het spoorwegnet. Tenslotte was zij van mening dat het bestaan van gesloten binnenlandse markten zoals bijvoorbeeld in Frankrijk, dat ook nog steeds mogelijk is, leidt tot een Un-Level-Playing Field in Europa.

Na een levendige discussie met de zaal waarbij met name het belang van de reiziger naar voren kwam welke niet gediend zou zijn met een jarenlange discussie maar met goed en betaalbaar vervoer, eindigde de bijeenkomst met een gezellige borrel aangeboden door Loyens&Loeff .

Dit verslag is tevens verschenen in het Tijdschrift Vervoer & Recht nr.1, februari 2011.