

| | |
|--------------|-------------------------------|
| Kenmerk | W14.11.0525/IV |
| Datum advies | 11 april 2012 |
| Vindplaats | Staatscourant 2012, nr. 13084 |

Volledige tekst

Ontwerpbesluit houdende vaststelling van nadere regels met betrekking tot de liberalisering van het internationaal personenvervoer per trein (Besluit Liberaliseringsrichtlijn), met nota van toelichting.

Bij Kabinetsmissive van 16 december 2011, no.11.003046, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Infrastructuur en Milieu, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het ontwerpbesluit houdende vaststelling van nadere regels met betrekking tot de liberalisering van het internationaal personenvervoer per trein (Besluit Liberaliseringsrichtlijn), met nota van toelichting.

Het ontwerpbesluit bevat nadere regels voor het toelaten van aanbieders van internationale spoorwegvervoersdiensten op het Nederlandse hoofdspoornet. Het ontwerpbesluit vormt het sluitstuk van de implementatie van richtlijn 2007/58/EG (hierna: de Liberaliseringsrichtlijn). *(zie noot 1)*

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt naar aanleiding van het ontwerpbesluit opmerkingen over de wijze van implementatie van de Liberaliseringsrichtlijn, onder meer over de beperking van de mogelijkheid van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) om van de gehanteerde drempelwaarden af te wijken *(zie noot 2)*, en het te hanteren onderscheid tussen de concessie voor het hoofdrailnet en de overige concessies bij de beoordeling van de verstoring van het economisch evenwicht. *(zie noot 3)* Zij is van oordeel dat in verband daarmee het ontwerpbesluit nader dient te worden overwogen.

1. Achtergrond van het besluit

De Liberaliseringsrichtlijn beoogt de markt voor internationale passagiersvervoersdiensten per spoor in de Unie open te stellen. De invoering van nieuwe open en internationale diensten met tussenstops mag echter niet leiden tot de openstelling van de markt voor binnenlandse passagiersvervoersdiensten en moet enkel gericht zijn op stops die het internationale traject ondersteunen. De invoering heeft derhalve betrekking op diensten die hoofdzakelijk bedoeld zijn om passagiers te vervoeren op een internationaal traject. *(zie noot 4)*

De openstelling van internationale passagiersvervoersdiensten voor concurrentie kan, doordat passagiers voor vervoer binnen een lidstaat van die diensten gebruik maken, gevolgen hebben voor de organisatie en financiering van passagiersvervoersdiensten per spoor die verricht worden op basis van een openbaredienstcontract. Lidstaten hebben daarom de mogelijkheid om het recht op toegang tot de markt te beperken wanneer het economische evenwicht van deze openbare dienstcontracten door dit recht in het gedrang komt. *(zie noot 5)*

Op 28 december 2010 heeft de Europese Commissie een interpretatieve mededeling gepubliceerd over de uitleg van sommige bepalingen van de Liberaliseringsrichtlijn (hierna: de Mededeling). (zie noot 6) In de Mededeling gaat de Commissie in op twee belangrijke vragen (hierna: de toetsen):

1. Hoe kan worden bepaald of een vervoersdienst hoofdzakelijk bedoeld is om passagiers te vervoeren op een internationaal traject? (zie noot 7)

2. Hoe kan worden beoordeeld of het economisch evenwicht van een openbaredienstcontract door de nieuwe dienst in het gedrang komt? (zie noot 8)

De Afdeling acht het van belang dat bij de uitleg en implementatie van de Liberaliseringsrichtlijn acht wordt geslagen op de inhoud van de Mededeling. Hoewel de Mededeling geen (juridische verbindende) EU-regelgeving (zie noot 9) is, gaat het om een niet onbelangrijk document. Wanneer een lidstaat een interpretatieve mededeling over een richtlijn niet navolgt, loopt hij het risico dat de Commissie een inbreukprocedure start wegens verdragsschending omdat naar haar oordeel een onjuiste uitleg of toepassing wordt gegeven aan de betreffende richtlijn. Het Hof kan de inhoud van een interpretatieve mededeling als interpretatiemiddel betrekken bij de uitleg van het betreffende EU-recht. (zie noot 10) Ook kan een interpretatieve mededeling een rol spelen in procedures voor de nationale rechter en aanleiding vormen voor prejudiciële vragen over de uitleg van de richtlijn.

Bij de implementatie van de Liberaliseringsrichtlijn in de Wet personenvervoer 2000 (hierna: Wp 2000) zijn bovengenoemde toetsen opgenomen in artikel 19, vierde tot en met tiende lid, en 19a van de Wp 2000. De raad van bestuur van de NMa is daarbij overeenkomstig de richtlijn aangewezen als de nationale toezichhoudende instantie die vaststelt of voldaan wordt aan de twee toetsen. Toetsing vindt alleen plaats op verzoek van belanghebbende partijen. (zie noot 11) Zonder een verzoek om toetsing is er in beginsel vrije toegang voor een nieuwe internationale spoordienst op het Nederlandse spoor. (zie noot 12)

2. De wijze van implementatie van de Liberaliseringsrichtlijn

In het ontwerpbesluit worden de toetsen uit de Liberaliseringsrichtlijn conform artikel 19, zevende en achtste lid, van de Wp 2000 nader uitgewerkt. De Afdeling maakt in het navolgende opmerkingen over de wijze waarop dit gebeurt.

2.1 Beoordeling van het hoofddoel van het voorgenomen vervoer

De Liberaliseringsrichtlijn definieert een internationale passagiersvervoersdienst als een passagiersvervoersdienst in het kader waarvan de trein ten minste eenmaal de grens van een lidstaat oversteekt en die in hoofdzaak bedoeld is om passagiers tussen stations in verschillende lidstaten te vervoeren. (zie noot 13) De richtlijn schrijft geen bindende criteria voor om te bepalen of het hoofddoel van de vervoersdienst het internationale passagiersvervoer is. Wel geeft de considerans aan dat bij de bepaling van het hoofddoel rekening moet worden gehouden met criteria zoals het aandeel van de omzet en het volume aan internationale passagiers, alsmede de lengte van de dienst. (zie noot 14) De Commissie geeft in haar Mededeling aan dat genoemde criteria slechts als voorbeeld zijn vermeld. Zij zijn niet bindend en er mag ook met andere criteria rekening worden gehouden. Om het hoofddoel van een dienst te bepalen dienen de toezichthouders, aldus de Commissie, zowel een kwantitatieve als een kwalitatieve analyse te maken. Er kan niet alleen worden geoordeeld op basis van een vooraf gestelde drempelwaarde. (zie noot 15)

De Wp 2000 geeft aan op grond van welke voorwaarden het hoofddoel van grensoverschrijdend personenvervoer per trein wordt aangemerkt als internationaal passagiersvervoer. (zie noot 16) Bovendien is geregeld dat de betrokken concessiehouders, de betrokken concessieverleners en de beheerder van de infrastructuur van het hoofdspoorwiel een aanvraag mogen doen voor de vaststelling van het hoofddoel van een treindienst. (zie noot 17) Het ontwerpbesluit schrijft voor dat de NMa ten behoeve van de

vaststelling van het hoofddoel van het grensoverschrijdend personenvervoer per trein zowel een kwalitatieve als een kwantitatieve analyse verricht. *(zie noot 18)* Het bevat voorts kwantitatieve criteria die kunnen worden aangemerkt als drempelwaarden. *(zie noot 19)* De NMa kan van deze drempelwaarden afwijken indien de kwantitatieve en kwalitatieve analyses daartoe aanleiding geven en de minister noch de houder van de concessie voor het hoofdrailnet een aanvraag voor een toets voor het hoofddoel hebben gedaan. *(zie noot 20)* De mogelijkheden om een aanvraag te doen tot vaststelling van het hoofddoel van het voorgenomen vervoer zijn niet ingeperkt. Verschillende belanghebbende partijen zouden een aanvraag kunnen doen. *(zie noot 21)*

a. Uitsluitend toepassing van kwantitatieve criteria

De Afdeling stelt vast dat de NMa, indien (ook) de minister of de houder van de concessie voor het hoofdrailnet (NS-reizigers) een aanvraag voor een toets van het hoofddoel van een treindienst heeft gedaan, uitsluitend een kwantitatieve benadering moet hanteren. *(zie noot 22)* Hier is een andere aanpak gekozen dan de Commissie voorstaat. De Mededeling geeft aan dat om het hoofddoel van een dienst te bepalen, zowel een kwantitatieve als een kwalitatieve analyse moeten worden verricht *(zie noot 23)* en niet alleen kan worden geoordeeld op basis van een vooraf gestelde drempelwaarde. Waarom de regering in dit geval opteert voor een andere benadering, wordt uit de toelichting niet duidelijk.

De Afdeling adviseert in de toelichting hierop in te gaan en zo nodig het ontwerpbesluit aan te passen. Zij geeft daarbij in overweging een en ander af te stemmen met de Europese Commissie. *(zie noot 24)*

b. Onderscheid in beoordeling

Onverminderd het bovenstaande is het de Afdeling niet duidelijk waarom, op grond van het ontwerpbesluit, in het geval dat (ook) de minister of de houder van de concessie voor het hoofdrailnet (NS-reizigers) een aanvraag voor een toets van het hoofddoel van een treindienst heeft gedaan, andere beoordelingscriteria worden gehanteerd dan indien uitsluitend andere partijen deze aanvraag hebben gedaan. In het eerste geval beoordeelt de NMa immers enkel op grond van drempelwaarden, terwijl in het tweede geval op basis van een kwantitatieve en kwalitatieve analyse van de drempelwaarden kan worden afgeweken. *(zie noot 25)*

De Afdeling stelt vast dat de richtlijn geen grond biedt voor een dergelijk verschil van beoordelingswijze. Een verschil van beoordeling afhankelijk van de vraag wie de aanvraag doet, staat ook, voor zover daarvoor geen toereikende rechtvaardiging wordt gegeven, op gespannen voet met het non-discriminatiebeginsel. Bovendien kunnen de minister en NS-reizigers door al dan niet een aanvraag te doen, bepalen welk beoordelingskader door de NMa bij de vaststelling van het hoofddoel van een treindienst wordt toegepast. Dit acht de Afdeling niet wenselijk.

De Afdeling adviseert het ontwerpbesluit zodanig te wijzigen, dat de NMa mag afwijken van de kwantitatieve criteria als de beoogde analyses daartoe aanleiding geven, ongeacht de vraag wie een aanvraag heeft gedaan voor vaststelling van het hoofddoel van de treindienst.

2.2 Beoordeling van de gevolgen voor het economische evenwicht van een openbaardienstcontract

De Liberaliseringsrichtlijn schrijft voor dat de toezichthoudende instantie op basis van een objectieve economische analyse aan de hand van vooraf vastgestelde criteria beoordeelt of het economische evenwicht van een openbaardienstcontract al dan niet in het gedrang komt. *(zie noot 26)* De considerans van de Liberaliseringsrichtlijn bevat bovendien een opsomming van dergelijke criteria, zoals het effect op de rendabiliteit van de openbare dienstverplichtingen, het reizigersaanbod, tarifiering, kaartverkoop, aantal stops alsmede frequentie van een nieuwe dienst. De Mededeling van de Commissie spreekt in dit verband

over een opsomming van "nuttige elementen". Rekening houden met alleen deze elementen is evenwel niet voldoende voor de vereiste economische analyse en volstaat niet om te bepalen of het economische evenwicht in het gedrang zou komen, aldus de Commissie. De aspecten worden slechts bij wijze van voorbeeld vermeld. De lijst is niet limitatief, noch bindend. (zie noot 27) Volgens de Mededeling zijn de toezichthouders verantwoordelijk voor de ontwikkeling van een objectieve methode, met inbegrip van de toe te passen criteria. (zie noot 28) De methode dient een grondige economische analyse te omvatten. Dit betekent dat de toezichthouders zelf de economische en financiële impact moeten onderzoeken. De eenvoudige toepassing van vooraf vastgestelde drempelwaarden is derhalve, volgens de Commissie, niet voldoende. (zie noot 29)

De Wp 2000 geeft aan dat het economische evenwicht van een of meer verleende concessies in het gedrang komt, indien overeenkomstig bij algemene maatregel van bestuur te stellen regels het aantal reizigers of de omzet van een of meer betrokken concessiehouders in betekenisvolle mate afneemt. (zie noot 30) Voor andere concessies dan de concessie voor het hoofdrailnet wordt dit bepaald door middel van een economische analyse van de NMa. (zie noot 31) Is de concessie voor het hoofdrailnet in het geding dan geldt, overeenkomstig het ontwerpbesluit, dat een afname met 0,4 procent van het aantal reizigers of de omzet van de concessiehouder als betekenisvol wordt aangemerkt. (zie noot 32) De NMa kan echter 'in beperkte mate' afwijken van dit specifiek kwantitatieve criterium, indien haar economische analyse daartoe aanleiding geeft. (zie noot 33) De Afdeling merkt hierover het volgende op.

a. Onderscheid concessie voor het hoofdrailnet- overige concessies

Het ontwerpbesluit maakt bij de vaststelling of het economische evenwicht van een of meer verleende concessies in het gedrang komt onderscheid tussen de concessie voor het hoofdrailnet en overige concessies. De Liberaliseringsrichtlijn maakt een dergelijk onderscheid tussen hoofdspoorlijnen en andere spoorlijnen niet. Ook de artikelen 19 en 19a van de Wp 2000 die ten grondslag liggen aan het ontwerpbesluit kennen dit onderscheid niet.

De toelichting vermeldt dat bij de concessie voor het hoofdrailnet een aparte behandeling nodig is vanwege de specifieke kenmerken daarvan. Deze concessie bestaat, aldus de toelichting, uit een combinatie van winstgevende en verlieslatende lijnen. De kans is groot dat nieuwe internationale initiatieven zich richten op winstgevende lijnen, waardoor het economisch evenwicht veel sneller wordt verstoord. Daarom worden voor het hoofdrailnet percentages vastgesteld, in tegenstelling tot de overige spoorlijnen. (zie noot 34)

De Afdeling acht de noodzaak tot formulering van afzonderlijke criteria daarmee niet overtuigend gemotiveerd. In een grondige economische analyse van de economische en financiële impact van een nieuwe dienst op een openbaar dienstcontract, zoals de Commissie die voor ogen heeft (zie noot 35), zullen de eigen aard en de kenmerken van een concessie moeten worden betrokken. Daarom is niet duidelijk waarom in het ontwerpbesluit met betrekking tot de concessie voor het hoofdrailnet afzonderlijke criteria noodzakelijk worden geacht.

De Afdeling adviseert de noodzaak om in het ontwerpbesluit afzonderlijke criteria te hanteren om vast te tellen of het economische evenwicht van de concessie voor het hoofdrailnet in het gedrang komt, nader te bezien.

b. Toepassing van kwantitatieve criteria

Het ontwerpbesluit schrijft voor dat de vaststelling door de NMa of het economische evenwicht van de concessie voor het hoofdrailnet in het gedrang komt, plaatsvindt op grond van twee, louter kwantitatieve criteria. Van deze beoordeling kan de NMa slechts in beperkte mate afwijken. (zie noot 36) De door de richtlijn en het ontwerpbesluit (zie noot 37) voorgeschreven economische analyse wordt aldus gereduceerd tot een toets aan twee

kwantitatieve criteria, die hiermee een vrijwel limitatief en bindend karakter krijgen.

De Afdeling is er vooralsnog niet van overtuigd dat deze beperking van de door de NMa uit te voeren economische analyse in overeenstemming is met de richtlijn. De toelichting vermeldt dat de Liberaliseringsrichtlijn niet voorschrijft wie de criteria vaststelt. (zie noot 38) In de Mededeling kiest de Commissie echter voor een ander uitgangspunt dan het ontwerpbesluit: de methode inclusief de criteria worden door de toezichthouder vastgesteld. (zie noot 39)

De Afdeling adviseert in de toelichting op het bovenstaande in te gaan en zo nodig het ontwerpbesluit aan te passen. Zij geeft daarbij in overweging een en ander af te stemmen met de Europese Commissie. (zie noot 40)

c. Afwijking 'in beperkte mate'

Ingevolge het ontwerpbesluit kan de NMa bij de vaststelling of het economische evenwicht van de concessie voor het hoofdrailnet in het gedrang komt 'in beperkte mate' afwijken van de twee bovengenoemde kwantitatieve criteria. Volgens de toelichting is de toevoeging 'in beperkte mate' doelbewust niet uitgewerkt teneinde de NMa in staat te stellen de resultaten van de objectieve economische analyse daadwerkelijk te gebruiken bij de vaststelling van de gevolgen voor het economisch evenwicht. (zie noot 41) Gezien de tekst vormt deze toevoeging evenwel een inperking van de afwijkingsbevoegdheid. Daarmee creëren tekst en toelichting rechtsonzekerheid.

Daarnaast is in het licht van de doelstelling om de NMa in staat te stellen op basis van haar economische analyse de vaststelling te laten doen een inperking van de afwijkingsbevoegdheid, naar het oordeel van de Afdeling, nuttig noch wenselijk.

De Afdeling adviseert in artikel 5, tweede lid, de woorden 'in beperkte mate' te schrappen.

d. De gekozen percentages voor de concessie voor het hoofdrailnet

Bij de concessie voor het hoofdrailnet wordt ingevolge artikel 5 van het besluit een verstoring van het economisch evenwicht al bereikt wanneer het aantal reizigers of de omzet daalt met 0,4%. Uit de toelichting blijkt dat bij het vaststellen van deze percentages rekening is gehouden met de recente omzet alsmede de verlies- en winstcijfers van de concessiehouder. De Afdeling kan uit de toelichting echter slechts opmaken dat het als ondergrens genoemde percentage van 0,4 % van de omzet overeenstemt met een verlies in resultaat van 8 miljoen euro. De Afdeling erkent dat dit in relatie met het concessiebedrag van 20 miljoen euro (zie noot 42) een groot bedrag is, maar wijst er op dat dit in relatie met een omzet van 2 miljard euro een klein bedrag is. Uit de toelichting kan de Afdeling zonder nadere bedrijfseconomische analyse niet opmaken dat deze ondergrens een goede indicatie is voor een verstoring van het economische evenwicht. Tegelijkertijd kan zij hieruit ook niet opmaken dat de gehanteerde percentages voldoende ruimte laten voor eventuele nieuwe toetreders. Daaraan doet niet af dat de Minister van I&M bij overschrijding van die drempelwaarden het vervoer niet kan verbieden, maar alleen beperkingen kan opleggen. (zie noot 43) Die beperkingen kunnen immers zo ver gaan, dat zij toetreding tot de markt voor nieuwe aanbieders onaantrekkelijk maken.

De Afdeling adviseert in de in artikel 5 gehanteerde kwantitatieve criteria overtuigend te motiveren, en zo nodig het ontwerpbesluit aan te passen.

4. Redactionele kanttekeningen

Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Afdeling naar de bij het advies behorende bijlage.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging in dezen geen besluit te nemen dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

Bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W14.11.0525/IV met redactionele kanttekeningen die de Afdeling in overweging geeft.

- In artikel 5, eerste lid, onder b, de zinsnede "in betekenisvolle afneemt." vervangen door: in betekenisvolle mate afneemt;
 - Volgens paragraaf 4, onder b, van de toelichting, zijn in reactie op het commentaar van de NS op een eerder concept van het ontwerpbesluit, de drempelwaarden in artikel 3, onder b en c, verhoogd van 75% naar 80%. In dit artikel staan echter nog steeds drempelwaarden van 75%. Gelieve tekst en toelichting met elkaar in overeenstemming te brengen;
 - In de toelichting aandacht besteden aan de kwalitatieve elementen die een rol kunnen spelen bij de beoordeling of het economisch evenwicht in gevaar komt door toelating van een nieuwe internationale passagiersvervoersdienst per spoor;
 - In de toelichting een transponeringstabel opnemen.
-

Nader rapport (reactie op het advies) van 21 mei 2012

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen gemaakt, die hieronder worden besproken.

2.1.a

Het ontwerp-besluit bevat onder meer nadere voorschriften met betrekking tot de wijze waarop de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit (NMa) dient vast te stellen of het hoofddoel van voorgenomen vervoer internationaal personenvervoer is. De Afdeling is van mening dat die wijze van vaststelling in strijd is met een interpretatieve mededeling van de Europese Commissie over richtlijn nr. 2007/58/EG (hierna: de Mededeling). (zie noot 44) De Afdeling adviseert om in de nota van toelichting in te gaan op die strijdigheid en om het ontwerp-besluit zo nodig aan te passen.

De Mededeling schrijft voor dat de toezichthoudende instantie - om het hoofddoel van een dienst te bepalen - zowel een kwalitatieve als een kwantitatieve analyse dient te maken. Dit betekent volgens de Mededeling dat de bepaling van het hoofddoel dus niet of niet slechts kan worden gebaseerd op een vooraf vastgestelde drempelwaarde.

Het ontwerp-besluit is hiermee in overeenstemming. Daarin wordt voorgeschreven dat de raad van bestuur van de NMa ten behoeve van de vaststelling van het voorgenomen vervoer zowel een kwalitatieve als een kwantitatieve analyse verricht. (zie noot 45) De beoordeling van het hoofddoel is dus - conform de Mededeling - niet slechts gebaseerd op een vooraf vastgestelde drempelwaarde.

In tegenstelling tot wat de Afdeling lijkt te veronderstellen, maakt artikel 3, tweede lid, van het ontwerp-besluit hierop geen inbreuk. Uit dat artikellid volgt - in lijn met de Mededeling - eveneens dat de raad van bestuur van de NMa de beoordeling van het hoofddoel baseert op een kwalitatieve en een kwantitatieve analyse en niet slechts op een drempelwaarde.

2.1.b

De Afdeling adviseert het ontwerp-besluit zodanig te wijzigen, dat de raad van bestuur van de NMa mag afwijken van de kwantitatieve criteria, indien de analyses daartoe aanleiding geven, ongeacht de vraag wie een aanvraag heeft gedaan voor vaststelling van het hoofddoel van de treindienst.

De Afdeling lijkt te veronderstellen dat er andere criteria ten grondslag liggen aan de beoordeling van het hoofddoel, indien (ook) de Minister van Infrastructuur en Milieu of de concessiehouder een aanvraag voor een toets van het hoofddoel heeft gedaan. Dit is niet het geval. De criteria op basis waarvan kan worden vastgesteld of het hoofddoel internationaal personenvervoer is, zijn te allen tijde dezelfde. Die criteria - genoemd in artikel 19, zevende lid, van de Wet personenvervoer 2000 - zijn dat:

- het buitenlandse deel van het traject substantieel moet zijn;
- de aard van het vervoer hoofdzakelijk het vervoeren van reizigers over de grens moet zijn; en dat
- de omzet van het vervoer hoofdzakelijk afkomstig zal zijn van die reizigers die de grens passeren.

Wel schrijft het ontwerp-besluit voor dat de raad van bestuur van de NMa bevoegd is - maar niet verplicht is - om af te wijken van de in artikel 3, eerste lid, van het ontwerp genoemde procentuele drempels, indien:

- (ook) de Minister van Infrastructuur en Milieu of de concessiehouder een aanvraag voor een toets van het hoofddoel heeft gedaan; en
- de kwantitatieve en kwalitatieve analyse daartoe aanleiding geven.

Deze mogelijkheid om in sommige gevallen af te wijken van de voorgeschreven procentuele drempels is noch in strijd met de richtlijn, noch in strijd met de Mededeling.

De Afdeling merkt terecht op dat uit het ontwerp-besluit volgt dat de mogelijkheid voor de raad van bestuur van de NMa om af te wijken van die procentuele drempels bestaat, indien de houder van een decentrale concessie een aanvraag voor een toets voor het hoofddoel heeft gedaan, maar dat die afwijkingsbevoegdheid niet bestaat, indien een dergelijke aanvraag door de houder van de HRN-concessie is gedaan. Verleners en houders van regionale vervoerconcessies bleken tijdens de voorbereiding van het ontwerp-besluit geen problemen te hebben met het afwijken van de drempelwaarden.

Dit is allereerst te verklaren door te kijken naar het verschil tussen enerzijds de HRN-concessie en anderzijds de regionale vervoerconcessies. Dat verschil is het algemeen gedeelde beeld dat de trajecten uit de regionale vervoerconcessies - in tegenstelling tot sommige trajecten uit de HRN-concessie - niet zonder overheidsbijdrage geëxploiteerd kunnen worden. Daaruit volgt - met een grote mate van zekerheid - het vermoeden dat de openstelling van de markt voor internationale passagiersvervoersdiensten per spoor geen invloed zal hebben op de regionale vervoerconcessies. De wijze van implementatie van de Liberaliseringsrichtlijn en het al dan niet mogen afwijken van de drempelwaarden zal voor de verleners en houders van de regionale vervoerconcessies daarom minder relevant zijn.

De drempelwaarden zijn wel relevant met het oog op mogelijke inbreuken op de HRN-concessie. Dat is een concessie die verleend wordt zonder financiële overheidsbijdrage en die niet alleen verplicht tot het vervoer op winstgevende lijnen, maar ook op verlieslatende lijnen. Daarnaast bevat die concessie allerlei verplichtingen met betrekking tot de kwaliteit van de dienstverlening. Hieruit volgt de verwachting dat de openstelling van de markt voor internationale passagiersvervoersdiensten per spoor kan leiden tot concurrentie met de HRN-concessiehouder op de winstgevende lijnen en tot een onvoldoende renderende HRN-concessie. Als gevolg daarvan kunnen er ongewenste effecten ontstaan voor de kwaliteit van de dienstverlening op de minder rendabele en verlieslatende lijnen uit de HRN-concessie. Dit raakt rechtstreeks het mobiliteitsbeleid in geheel Nederland en heeft mogelijk effecten voor de Rijksbegroting.

Bovendien zijn de in het ontwerp-besluit opgenomen procentuele drempelwaarden afgeleid van concrete cijfers en verwachtingen van het huidige internationale personenvervoer op het hoofdrailnet. Dergelijke gegevens over regionale concessietrajecten konden door decentrale

overheden niet geleverd worden. Bovendien is vanwege het te verwachten ontbreken van particuliere initiatieven voor regionaal internationaal personenvervoer niet uitgebreid geanalyseerd of deze drempelwaarden ook geschikt zijn in het geval van voorgenomen internationaal personenvervoer op een lijn die onderdeel is van een regionale concessie. Dit zal echter niet tot problemen leiden, omdat de raad van bestuur van de NMa - indien de kwantitatieve en kwalitatieve analyses daartoe aanleiding geven - juist kan afwijken van die drempelwaarden.

Uit het bovenstaande volgt dat de voorgenomen afwijkingsmogelijkheid niet op gespannen voet staat met het non-discriminatiebeginsel. De HRN-concessie en de regionale vervoerconcessies zijn ongelijke typen concessies en ongelijke gevallen mogen ongelijk behandeld worden.

2.2.a

De Afdeling adviseert de noodzaak om in het ontwerp-besluit afzonderlijke criteria te hanteren om vast te stellen of het economische evenwicht van de concessie voor het hoofdrailnet in het gedrang komt, nader te bezien.

Allereerst is het ten behoeve van de duidelijkheid wenselijk een nuance aan te brengen: de criteria op basis waarvan kan worden gesteld dat het economisch evenwicht van een of meer verleende concessies in gedrang komt, zijn altijd dezelfde. Die criteria zijn enerzijds de betekenisvolle afname van het aantal reizigers en anderzijds de betekenisvolle afname van de omzet van een of meer betrokken concessiehouders. (*zie noot 46*) Of er sprake is van een dergelijke betekenisvolle afname van het aantal reizigers of van de omzet van de betrokken concessiehouders dient de raad van bestuur van de NMa te allen tijde te beoordelen aan de hand van een economische analyse. Daarbij dient de raad rekening te houden met te verwachten markt- en dienstverleningsontwikkelingen.

Het verschil dat het ontwerp-besluit aanbrengt tussen het in gedrang komen van het economisch evenwicht van aan de ene kant de HRN-concessie en aan de andere kant een andere concessie, zit dus niet in de criteria. Dat verschil zit in de invulling van de criteria: het ontwerp-besluit geeft aan bij welk percentage afname van het aantal reizigers en bij welke percentage daling van de omzet kan worden gesteld dat het economisch evenwicht van de HRN-concessie in gedrang komt. Voor deze benadering is gekozen om een goede balans te verzekeren tussen enerzijds de openstelling van de markt voor het internationaal personenvervoer per spoor en anderzijds de met de HRN-concessie verbonden belangen, zoals de kwaliteit van de dienstverlening, redelijke marges voor winst, investeringen en de vergoedingen voor de concessie.

2.2.b

De Afdeling adviseert in de nota van toelichting nader uit te leggen in hoeverre de in het ontwerp-besluit voorgeschreven regels met betrekking tot de beoordeling van de gevolgen van voorgenomen vervoer voor het economisch evenwicht van de HRN-concessie stroken met de richtlijn en de mededeling. Daarbij adviseert de Afdeling om - zo nodig - het ontwerp-besluit aan te passen. Bovendien geeft de Afdeling in overweging een en ander af te stemmen met de Europese Commissie.

Uit artikel 19, achtste lid, van de Wet personenvervoer 2000 volgt dat het economisch evenwicht van een of meer verleende concessies in het gedrang komt, indien het aantal reizigers of de omzet van een of meer betrokken concessiehouders in betekenisvolle mate afneemt. Het ontwerp-besluit regelt bij welk percentage afname van het aantal reizigers en bij welk percentage daling van de omzet gesteld kan worden dat het economisch evenwicht van de HRN-concessie in gedrang komt. Of er sprake is van een dergelijke afname van het

aantal reizigers en van de omzet van de betrokken concessiehouders dient de raad van bestuur van de NMa te beoordelen aan de hand van een economische analyse. Daarbij dient de raad rekening te houden met te verwachten markt- en dienstverleningsontwikkelingen. De raad kan - indien die economische analyse daartoe aanleiding geeft - in beperkte mate afwijken van de voorgeschreven percentages.

Uit de richtlijn volgt dat de raad van bestuur van de NMa op basis van een objectieve economische analyse aan de hand van vooraf vastgestelde criteria bepaalt of het economisch evenwicht al dan niet in het gedrang komt. Zoals uit het bovenstaande blijkt, voldoet het ontwerp-besluit aan deze voorwaarden. Het ontwerp-besluit is dus in overeenstemming met de richtlijn.

Uit de mededeling volgt echter dat de raad van bestuur van de NMa niet alleen verantwoordelijk moet zijn voor de ontwikkeling van een objectieve beoordelingsmethode, maar ook voor de toe te passen criteria. De Nederlandse regering heeft ervoor gekozen om de toe te passen criteria in de wet en de daarop berustende regelgeving op te nemen. Die keuze vindt de Nederlandse regering opportuun vanwege de samenhang tussen enerzijds een verstoring van het economische evenwicht van de HRN-concessie en anderzijds de kwaliteit van het personenvervoer op de lijnen uit die concessie.

Zoals de Afdeling zelf opmerkt in het advies, is de mededeling overigens niet juridisch bindend.

2.2.c

De Afdeling adviseert in artikel 5, tweede lid, de woorden "in beperkte mate" te schrappen.

De in artikel 5, tweede lid, van het ontwerp-besluit opgenomen afwijkingsbevoegdheid is geformuleerd zoals deze is bedoeld. Het gaat om de mogelijkheid voor de raad van bestuur van de NMa om - indien de economische analyse daartoe aanleiding geeft - af te wijken van de in het eerste lid genoemde drempelwaarden. Daarbij is het niet de bedoeling dat de raad zal oordelen dat het aantal reizigers of de omzet in betekenisvolle mate zal afnemen, terwijl het gaat om een daling van veel minder dan 4%. Ook is het daarbij de bedoeling dat de raad zal oordelen dat het aantal reizigers of de omzet niet in betekenisvolle mate zal afnemen, terwijl het gaat om een daling van veel meer dan 4%.

De regering acht het wenselijk om het begrip "in beperkte mate" niet nader toe te lichten, opdat de raad van bestuur van de NMa beleidsruimte heeft om dit begrip in te vullen. Uiteraard dient de NMa het gebruik van de afwijkingsbevoegdheid telkens goed te motiveren.

2.2.d

De Afdeling adviseert om de in artikel 5 gehanteerde kwantitatieve criteria overtuigend te motiveren in de nota van toelichting en zo nodig het ontwerp-besluit aan te passen.

Bij de vaststelling van de gekozen percentages zijn alle relevante aspecten met betrekking tot de exploitatie van personenvervoer per trein meegewogen. De uitkomst is een percentage waarbij er internationaal personenvervoer op het HRN-net mogelijk is en tegelijkertijd de kwaliteit van de dienstverlening door de concessiehouder, redelijke winstmarges voor de concessiehouders, investeringen door de concessiehouder en de vergoedingen voor de concessie aan de concessieverlener blijven bestaan.

Het gekozen percentage vloeit voort uit een veelheid aan relevante gegevens met betrekking tot het Nederlandse HRN-concessiestelsel.

4.

De Afdeling heeft vier redactionele kanttekeningen gemaakt.

De eerste twee opmerkingen zijn verwerkt in het ontwerp-besluit en de bijbehorende nota

van toelichting.

In de nota van toelichting is bewust niet ingegaan op de kwalitatieve elementen die een rol kunnen spelen bij de beoordeling of het economisch evenwicht in gevaar komt door toelating van een nieuwe internationale passagiersvervoersdienst per spoor. De NMa heeft alle vrijheid om bij de economische analyse alle aspecten te betrekken die zij nodig acht.

De transponeringstabel is reeds opgenomen in de memorie van toelichting bij de voor de implementatie van de Liberaliseringsrichtlijn noodzakelijke wetswijziging. (zie noot 47)

Ik moge U hierbij het gewijzigde ontwerp-besluit en de gewijzigde nota van toelichting doen toekomen en U verzoeken overeenkomstig dit ontwerp te besluiten.

De minister van Infrastructuur en Milieu

(1) Richtlijn 2007/58/EG van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 91/440/EEG van de Raad betreffende de ontwikkeling van de spoorwegen in de Gemeenschap en van Richtlijn 2001/14/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake de toewijzing van spoorweginfrastructuur en de heffing van rechten voor het gebruik van spoorweginfrastructuur (PbEU 2007, L 315).

(2) Zie opmerking 2.1, onder b.

(3) Zie opmerking 2.2, onder a.

(4) Richtlijn 2007/58/EG, considerans, overweging 8.

(5) Richtlijn 2007/58/EG, considerans, overweging 10.

(6) Interpretatieve Mededeling van de Commissie betreffende sommige bepalingen van Richtlijn 2007/58/EG, (Pb EU 2010, C 353/1).

(7) Richtlijn 2007/58/EG, overweging 8 en artikel 10, lid 3 bis.

(8) Richtlijn 2007/58/EG, overwegingen 10, 12 en 17 en artikel 10, lid 3 ter.

(9) Artikel 288 VWEU.

(10) Bijvoorbeeld HvJ EG 4 juni 2002, C-171/98, HvJ EG 4 juni 2002, C-201/98 en HvJ EG 4 juni 2002, C-202/98 (Golden share zaken).

(11) Zie artikel 19a, eerste en tweede lid van de Wp 2000. Belanghebbenden zijn de concessieverleners, bestaande concessiehouders en de beheerder van de hoofdspoorweginfrastructuur (Prorail). De NMa moet hen ingevolge artikel 19a, eerste lid, uitdrukkelijk wijzen op de mogelijkheid om te toetsen.

(12) Nota van toelichting, I. Algemeen, paragraaf 2.

(13) Richtlijn 2007/58/EG, artikel 1, onder 3.

(14) Richtlijn 2007/58/EG, considerans, overweging 8.

(15) Mededeling, onderdeel 1, onder criteria, derde tekstblok (Pb EU 2010, C 353/3).

(16) Artikel 19, zevende lid, Wp 2000.

(17) Artikel 19a, tweede lid, aanhef en onder a, Wp 2000.

(18) Artikel 2, tweede lid.

(19) Artikel 3, eerste lid. Deze criteria zijn: (a) het internationale traject ligt substantieel buiten Nederland als ten minste 30% van het traject buiten Nederland ligt. Er is sprake van grensoverschrijdend vervoer als (b) 75% van de passagiers op het traject de grens overschrijdt en (c) ten minste 75% van de omzet betrekking heeft op passagiers die de grens overschrijden.

(20) Artikel 3, tweede lid.

(21) Zie de memorie van toelichting bij de wijziging van de Wp 2000, Kamerstukken II 2009/10, 32 289, blz. 6 en 35.

(22) Artikel 3, tweede lid.

- (23) Zie tevens artikel 2, tweede lid, van het ontwerpbesluit.
- (24) Zie ook Richtlijn 2007/58/EG, artikel 3, tweede lid.
- (25) Artikel 3.
- (26) Richtlijn 2007/58/EG, artikel 1, onder 8) (artikel 10, lid 3 ter).
- (27) Mededeling, onderdeel 2, onder criteria, tweede tekstblok (PbEU 2010, C 353/6).
- (28) Mededeling, onderdeel 2, onder besluitvormingsprocedure, vijfde tekstblok (PbEU 2010, C 353/5).
- (29) Mededeling, onderdeel 2, onder besluitvormingsprocedure, zesde tekstblok (PbEU 2010, C 353/5).
- (30) Artikel 19, achtste lid, Wp 2000
- (31) Artikel 6.
- (32) Artikel 5, eerste lid.
- (33) Artikel 5, tweede lid.
- (34) Nota van toelichting, I. Algemeen, paragraaf 3.c.
- (35) Vergelijk overweging 12 van richtlijn 2007/58/EG.
- (36) Artikel 5.
- (37) Artikel 4.
- (38) Nota van toelichting, I. Algemeen, paragraaf 3.c.
- (39) De Afdeling wijst erop dat ook overweging 17 van de considerans van richtlijn 2007/58/EG hiervan uit lijkt te gaan.
- (40) Zie ook Richtlijn 2007/58/EG, artikel 3, tweede lid.
- (41) Nota van toelichting, paragraaf 3.c.
- (42) Het gaat om de concessieprijs in 2012. De concessieprijs in 2013 en 2014 bedraagt, aldus de toelichting, 30 miljoen euro.
- (43) Zie de reactie van de minister van I&M op het advies van Rover in paragraaf 4.b van de nota van toelichting, blz. 17, alsmede artikel 19a, zevende lid van de Wp 2000.
- (44) Interpretatieve Mededeling van de Commissie betreffende sommige bepalingen van Richtlijn 2007/58/EG (Pb EU 2010, C 353/01).
- (45) Artikel 2, tweede lid, van het ontwerp-besluit.
- (46) Artikel 19, achtste lid, van de Wet personenvervoer 2000.
- (47) Zie Kamerstukken II 2009/10, 32 289, nr. 3, p. 51.

[Gehele tekst ontwerpregeling met toelichting \(pdf, 244 kB\)](#)

[Link definitieve tekst besluit](#)