



Besluit van, houdende vaststelling van nadere regels met betrekking tot de liberalisering van het internationaal personenvervoer per trein (Besluit Liberaliseringsrichtlijn) 'Aanbieding Raad van State'

Ontwerpbesluit

Wij Beatrix, bij de gratie Gods, Koningin der Nederlanden, Prinses van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Op de voordracht van Onze Minister van Infrastructuur en Milieu van, nr. lenM/BSK-2011/....., Hoofddirectie Bestuurlijke en Juridische Zaken i.o.;

Gelet op artikel 19, zevende en achtste lid, van de Wet personenvervoer 2000;

De Afdeling advisering van de Raad van State gehoord (advies van, nr.);

Gezien het nader rapport van Onze Minister van Infrastructuur en Milieu van, nr. lenM/BSK-2011/....., Hoofddirectie Bestuurlijke en Juridische Zaken i.o.;

Hebben goedgevonden en verstaan:

Artikel 1

In dit besluit wordt verstaan onder:

- a. *wet*: Wet personenvervoer 2000, en
- b. *HRN-concessie*: concessie voor het hoofdrailnet als bedoeld in artikel 65, eerste lid, van de wet.

Artikel 2

1. De raad van bestuur van de mededingingsautoriteit houdt bij de vaststelling van het hoofddoel van het grensoverschrijdend personenvervoer per trein, bedoeld in artikel 19, zevende lid, van de wet, rekening met te verwachten markt- en dienstverleningsontwikkelingen.
2. De raad van bestuur van de mededingingsautoriteit verricht ten behoeve van de vaststelling van het hoofddoel van het grensoverschrijdende personenvervoer per trein, bedoeld in artikel 19, zevende lid van de wet, zowel een kwalitatieve als een kwantitatieve analyse.
3. De raad van bestuur van de mededingingsautoriteit doet mededeling in de Staatscourant van zijn methodes voor te verrichten kwalitatieve en kwantitatieve analyses en van wijzigingen daarvan.
4. De raad van bestuur van de mededingingsautoriteit biedt de houders van een concessie voor het openbaar vervoer per trein en de verlener van een dergelijke concessie, voor het tijdstip van de in het derde lid bedoelde mededeling, de gelegenheid om hun zienswijze naar voren te brengen over het ontwerp voor zijn methodes en over wijzigingen daarvan.
5. De raad van bestuur van de mededingingsautoriteit kan, in afwijking van het derde lid op andere geschikte wijze mededeling doen van de bijlagen, waarvoor dat in de mededeling, bedoeld in het derde lid, is aangegeven.

Artikel 3

1. Bij de vaststelling van het hoofddoel, bedoeld in artikel 19, zevende lid, van de wet, geldt dat:
 - a. het internationale traject substantieel buiten Nederland is gelegen indien de in artikel 2, tweede lid, bedoelde kwantitatieve analyse aannemelijk maakt dat het deel van dat traject buiten Nederland, bij benadering ten minste 30 procent bedraagt;
 - b. het grensoverschrijdend vervoer per trein hoofdzakelijk vervoer van passagiers betreft die de Nederlandse grens passeren indien de in artikel 2, tweede lid, bedoelde analyses, aannemelijk maken dat het aandeel van die passagiers bij benadering ten minste 75 procent bedraagt, en
 - c. de omzet van het openbaar vervoer hoofdzakelijk afkomstig is van passagiers die de Nederlandse grens passeren indien de analyses, bedoeld in artikel 2, tweede lid, aannemelijk maken



dat het deel van de omzet dat afkomstig is van die passagiers, bij benadering ten minste 75 procent bedraagt.

2. De raad van bestuur van de mededingingsautoriteit kan, indien de in artikel 2, tweede lid, bedoelde analyses, daartoe aanleiding geven en noch Onze Minister noch de houder van de HRN-concessie een aanvraag voor een toets voor het hoofddoel hebben gedaan, afwijken van het eerste lid.

Artikel 4

1. De raad van bestuur van de mededingingsautoriteit houdt bij de vaststelling of er sprake is van het in gedrang komen van het economisch evenwicht van één of meer concessies, bedoeld in artikel 19, achtste lid, van de wet, rekening met te verwachten markt- en dienstverleningsontwikkelingen.
2. De raad van bestuur van de mededingingsautoriteit beoordeelt de gevolgen voor het economisch evenwicht van een concessie op basis van al het nieuwe grensoverschrijdend openbaar vervoer per trein dat zonder concessie naar verwachting plaatsvindt of zal plaatsvinden.
3. De raad van bestuur van de mededingingsautoriteit verricht een economische analyse ten behoeve van de vaststelling, bedoeld in het eerste lid.
4. De raad van bestuur van de mededingingsautoriteit doet mededeling in de Staatscourant van zijn methode voor de te verrichten economische analyse en van wijzigingen daarvan.
5. De raad van bestuur van de mededingingsautoriteit biedt de houders van een concessie voor het openbaar vervoer per trein en de verleners van een dergelijke concessie, voor het tijdstip van de in het vierde lid bedoelde mededeling, de gelegenheid om hun zienswijze naar voren te brengen over het ontwerp voor zijn methode en van de wijzigingen daarvan.
6. De raad van bestuur van de mededingingsautoriteit kan, in afwijking van het vierde lid, op andere geschikte wijze mededeling doen van de bijlagen, waarvoor dat in de mededeling, bedoeld in het vierde lid, is aangegeven.

Artikel 5

1. Bij de vaststelling of er sprake is van het in gedrang komen van het economisch evenwicht van de HRN-concessie geldt dat:
 - a. het aantal reizigers, bij een daling van meer dan 0,4% van het aantal reizigers van het vervoer dat op basis van die concessie wordt uitgevoerd, in betekenisvolle mate afneemt, en dat
 - b. de omzet van de houder van die concessie, bij een daling van meer dan 0,4% van de omzet die hij met het op basis van die concessie te verrichten vervoer genereert, in betekenisvolle mate afneemt.
2. De raad van bestuur van de mededingingsautoriteit kan indien de economische analyse, bedoeld in artikel 4, derde lid, daartoe aanleiding geeft in beperkte mate afwijken van het eerste lid.

Artikel 6

Bij de vaststelling of er sprake is van het in gedrang komen van het economisch evenwicht van één of meer concessies anders dan de HRN-concessie geldt dat:

- a. het aantal reizigers in betekenisvolle mate afneemt indien de in artikel 4, derde lid, bedoelde economische analyse dat aannemelijk maakt, en
- b. de omzet van een concessiehouder in betekenisvolle mate afneemt indien de de artikel 4, derde lid, bedoelde economische analyse dat aannemelijk maakt.

Artikel 7

Onze Minister zendt binnen 3 jaar na de inwerkingtreding van dit besluit en vervolgens telkens na 5 jaar aan de Staten-Generaal een verslag over de doeltreffendheid en de effecten van dit besluit in de praktijk.

Artikel 8

Dit besluit treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip.



Artikel 9

Dit besluit wordt aangehaald als: Besluit Liberaliseringsrichtlijn.

Lasten en bevelen dat dit besluit met de daarbij behorende toelichting in het Staatsblad zal worden geplaatst.

De Minister van Infrastructuur en Milieu,



NOTA VAN TOELICHTING

I. Algemeen

1. Inleiding

Dit besluit geeft uitvoering aan artikel 19, zevende en achtste lid, van de Wet personenvervoer 2000 (hierna: Wp 2000). Het betreft nadere regels voor de raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) in de uitoefening van haar bevoegdheid tot vaststelling van het hoofddoel van voorgenomen grensoverschrijdend personenvervoer per trein en van de mate waarin de voorgenomen dienst tot verstoring van het economisch evenwicht van bestaande vervoerconcessies leidt. Daarbij geeft het besluit nadere invulling aan de in de Wp 2000 bepaalde criteria. De NMa verricht ingevolge artikel 19a, tweede lid, van de Wp 2000, een dergelijk onderzoek slechts op verzoek van een houder of verlener van een vervoerconcessie of de infrastructuurbeheerder. De Minister van Infrastructuur en Milieu kan op basis van artikel 19a, zevende lid, van de Wp 2000, indien de NMa op basis van haar onderzoek een verstoring van het economisch evenwicht van een bestaande concessie heeft vastgesteld, beperkingen opleggen aan het cabotagevervoer op het internationale traject. De bevoegdheid tot het opleggen van dergelijke beperkingen vergt uitdrukkelijk een beleidsmatige afweging door de Minister, waarbij de Minister ook andere voor de reiziger van belang zijnde zaken moet meewegen. (Kamerstukken II 2010/11, 32 289, nr. 15). Voor het vervoer tussen stations waarop de concessie van HSA betrekking heeft beperkt de Minister van Infrastructuur en Milieu zonder besluit van de NMa de cabotage. Het onderhavige besluit heeft dus geen gevolgen voor dit vervoer.

Bij de invulling van de wettelijke criteria in dit besluit gelden:

1. de Verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europese Parlement en de Raad van de Europese Unie van 23 oktober 2007 betreffende het openbare vervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en Verordening (EEG) nr. 1107/2007 van de Raad (PbEU L 315). Deze – hierna genoemd – PSO-verordening is per 3 december 2009 in werking getreden;
2. de Richtlijn nr. 2007/58/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 23 oktober 2007 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 Europese Parlement en de Raad inzake de toewijzing van spoorweginfrastructuurcapaciteit en de heffing van rechten voor het gebruik van infrastructuur (PbEU L315/44) (hierna: de Liberaliseringsrichtlijn). Deze richtlijn bevat de liberalisering van het internationaal personenvervoer per trein met ingang van 1 januari 2010, en
3. de Interpretatieve Mededeling van de Commissie betreffende sommige bepalingen van Richtlijn 2007/58/EG van 28 december 2010 (PbEU C353) (hierna: de Interpretatieve Mededeling).

De wettelijke basis van de interpretatieve mededeling kan slechts worden gevonden in artikel 17, eerste lid, van het Verdrag betreffende de Europese Unie. De Europese Commissie ziet op basis van bovenbedoeld artikel toe op de toepassing van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, het Verdrag betreffende de Europese Unie en de secundaire communautaire regelgeving. De interpretatieve mededeling is daarmee een niet bindende interpretatieve handeling. In de interpretatieve mededeling zet de Europese Commissie haar standpunt uiteen betreffende de tenuitvoerlegging van de Liberaliseringsrichtlijn.

2. De Liberaliseringsrichtlijn en het Nederlandse beleid

De Liberaliseringsrichtlijn bevat de openstelling van de markt voor internationale passagiersvervoerdiensten per spoor tussen lidstaten van de Europese Unie om zodoende het aantal internationale verbindingen te bevorderen. Er is pas sprake van een internationale passagiersvervoerdienst indien het hoofddoel van die dienst internationaal vervoer is. De Liberaliseringsrichtlijn bevat tevens het recht om op het internationale traject cabotagevervoer te verrichten. De Liberaliseringsrichtlijn beoogt niet de openstelling van de markt voor binnenlandse passagiersvervoerdiensten. Zie hiervoor overweging 8 van de Liberaliseringsrichtlijn. De Liberaliseringsrichtlijn richt zich uitsluitend op cabotagevervoer dat het internationale vervoertraject ondersteunt. Er moet sprake zijn van een internationale passagiersvervoerdienst, waaronder verstaan wordt een passagiersvervoerdienst 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. De EU-lidstaten kunnen het bovenbedoeld cabotagevervoer op grond van de Liberaliseringsrichtlijn slechts beperken indien er sprake is van de aantasting van het economisch evenwicht van bestaande openbaredienstcontracten. Kort gesteld: de Liberaliseringsrichtlijn beoogt het grensoverschrijdend treinvervoer te stimuleren zonder daarbij de exploitatie van bestaande binnenlandse concessies substantieel aan te tasten.



De Interpretatieve Mededeling bevat het standpunt van de Europese Commissie over de tenuitvoerlegging van de richtlijn op de in dit besluit nader uitgewerkte onderdelen, namelijk de vaststelling van het hoofddoel van de dienst en de vaststelling van de mate van verstoring van het economisch evenwicht van één of meer bestaande vervoerconcessies. Doel hiervan is om hiermee informatie en verduidelijking te geven om te waarborgen, dat de door de lidstaten vastgestelde omzettingsmaatregelen volledig in overeenstemming zijn met de Liberaliseringsrichtlijn. De Mededeling is niet juridisch verbindend en kan in die zin dan ook niet afwijken van of aanvullend zijn ten opzichte van de richtlijn.

De PSO-verordening maakt het mogelijk om exclusieve rechten te gunnen, dus concurrentie om het spoor in plaats van op het spoor. In Nederland is daarbij gekozen voor een systeem met een grote landelijke concessie en enkele kleine regionale concessies, specifiek voor bepaalde trajecten of lijnen. Het stelsel van een landelijke concessie met rendabele, minder rendabele en niet rendabele trajecten is anders dan in de meeste andere Europese lidstaten.

De Liberaliseringsrichtlijn en de Interpretatieve Mededeling sluiten aan bij het Nederlandse beleid dat verdere ontwikkeling van internationaal vervoer wenselijk is voor de ruimtelijk-economische ontwikkeling van Nederland binnen Europa, waarbij gestreefd wordt naar meer grensoverschrijdende spoorverbindingen in de grensregio's. Tegelijkertijd geldt daarbij als randvoorwaarde dat de marktopening van internationaal personenvervoer per trein niet ten koste mag gaan van de gekozen nationale marktordening. Voor Nederland geldt dat decentrale vervoerconcessies via aanbesteding en de vervoerconcessie voor het hoofdrailnet via onderhandse gunning met een exclusief recht worden verleend. Dit volgens het principe van *concurrentie om het spoor*, waarbij vooraf tussen de concessieverlener en de concessiehouder afspraken zijn gemaakt over eisen aan de dienstverlening en een mogelijke positieve of negatieve financiële compensatie. De nationaal (en regionaal) verleende concessies mogen niet aangetast worden door openstelling van het internationale personenvervoer op de Nederlandse spoormarkt wanneer dit van invloed is op de exclusiviteit, de levensvatbaarheid dan wel de kwaliteit van de dienstverlening. Daarbij is voor de concessie voor het hoofdrailnet van groot belang dat die concessie een optelsom is van diverse trajecten met verschillende rendementen. Nieuw internationaal personenvervoer zal zich met name richten op de rendabele trajecten en uit dien hoofde dient dit aspect bij de beoordeling van de verstoring van het economisch evenwicht te worden meegewogen.

Dit besluit geeft een zodanige nadere invulling van de in de Wp 2000 genoemde criteria, waarmee een goede en evenwichtige balans ontstaat tussen enerzijds de belangen van nieuw internationaal personenvervoer per trein en anderzijds de belangen van bestaande binnenlandse concessies op het spoor. Daarmee geeft het besluit invulling aan zowel het Europese als het nationale beleid en past deze invulling binnen de nationale en Europese kaders.

Een uitdrukkelijke kanttekening daarbij is dat een mogelijke beperking van het cabotagerecht pas aan de orde kan zijn, wanneer een belanghebbende partij expliciet verzoekt om een onderzoek door de NMa als bedoeld in artikel 19 van de Wp 2000. Onder belanghebbende partijen worden verstaan: de betreffende concessieverlenende autoriteit, concessiehouder of infrastructuurbeheerder. Zonder verzoek om een onderzoek is er dus in beginsel sprake van vrije toegang voor een nieuwe internationale spoordienst op het Nederlandse spoor zonder enige cabotagebeperking. Dit is vooral van belang voor decentrale grensoverschrijdende initiatieven die regionale concessies raken. In de meeste gevallen zal het daarbij gaan om initiatieven tot grensoverschrijdend personenvervoer per trein van de betrokken decentrale overheden met één of meer betrokken overheden uit één van beide buurlanden. Geen van de betrokken partijen heeft in dat geval baat bij een onderzoek en dus zal er geen onderzoek en geen cabotagebeperking plaatsvinden. Een beperking van het cabotagerecht is bovendien niet aan de orde indien de bevoegde concessieverlener aan de vervoerder een concessie verleent voor het uitvoeren van grensoverschrijdend personenvervoer. Ingevolge artikel 25, vierde lid, en artikel 65, tweede lid, van de Wp 2000, kan indien de desbetreffende EU-lidstaat daarmee instemt, een concessie respectievelijk de concessie voor het hoofdrailnet, ook betrekking hebben op grensoverschrijdende verbindingen. (Kamerstukken II 2010/11, 32 289, nr. 13). Regionaal grensoverschrijdend vervoer is in de meeste gevallen niet of nauwelijks rendabel te exploiteren zonder financiële overheidssteun. Een concessieverlener is ingevolge artikel 22 van de Wp 2000 bevoegd subsidie te verlenen voor het in de concessie omschreven openbaar vervoer.

Ook voor wat betreft het hoofddoel van een nieuwe grensoverschrijdende dienst geldt dat een onderzoek door de NMa pas aan de orde is wanneer een belanghebbende partij hierom verzoekt. Indien geen verzoek om een onderzoek door de NMa wordt gedaan kan een nieuwe grensoverschrijdende vervoerder zonder concessie grensoverschrijdend passagiersvervoer verrichten.



3. Nadere beoordelingscriteria

a. Algemeen

Het onderhavige besluit bevat een nadere uitwerking van de wettelijke criteria die de NMa bij de vaststelling van het hoofddoel van een voorgenomen internationale dienst of bij de vaststelling van een verstoring van het economisch evenwicht van een bestaande concessie moet hanteren.

De uitwerking in dit besluit verschilt voor de vervoerconcessie voor het hoofdrailnet en de decentrale vervoerconcessies. De decentrale overheden van de kaderwetgebieden en van de provincies, die regionaal spoor hebben aanbesteed hebben via hun koepelorganisaties aangegeven niet te kiezen voor drempelwaarden. Dit is eveneens aangegeven door de decentrale vervoerders. De provincies hebben daarbij wel gemeld graag de mogelijkheid open te houden om waar mogelijk en nodig in de nabije toekomst wel drempelwaarden in te voeren. Het is aan de decentrale overheden om daartoe initiatieven te nemen en dit in te vullen. Men vindt vooralsnog een eventuele NMa-toets voldoende. De drempelwaarden voor de bepaling van het hoofddoel gelden om methodologische redenen ook voor de decentrale vervoerconcessies. De NMa kan ingevolge het voorgestelde artikel 3, tweede lid, hiervan afwijken, indien haar onderzoek daartoe aanleiding geeft.

De door de NMa te verrichten toetsen naar hoofddoel van een dienst en verstoring van het economisch evenwicht van een concessie vinden plaats op basis van door de NMa vast te stellen methodiek. De NMa dient ingevolge artikel 2, vierde lid, en artikel 4, vijfde lid, van het onderhavige besluit, de houders van een concessie voor het verrichten van openbaar vervoer per trein en de verleners van een dergelijke concessie de gelegenheid te bieden om bij de ontwikkeling van de methodiek hun zienswijze uit te brengen.

De regionale concessies zijn veelal niet zonder overheidsbijdrage te exploiteren. De kansen op nieuwe private initiatieven voor grensoverschrijdende verbindingen in de betreffende concessiegebieden zijn klein. Veel kansrijker zijn initiatieven van de betreffende decentrale concessiepartijen in samenwerking met betrokken partijen in het buurland. Daarbij kan men in onderling overleg nadere afspraken maken over de invulling van de nieuwe dienst (onder andere in relatie tot bestaande concessies) en kan gekozen worden voor onderbrenging van die afspraken in een (nieuw te verlenen) concessie of anderszins.

Voor de vervoerconcessie voor het hoofdrailnet is een nadere invulling van het gebruik van de criteria door de NMa wel vereist. Deze concessie, die verleend is zonder financiële overheidsbijdrage, verplicht tot vervoer op zowel verlieslatende als winstgevende lijnen en bevat eisen met betrekking tot het niveau van dienstverlening. Binnen dit concessiegebied zal een potentiële nieuwe internationale vervoerder zich richten op een winstgevende lijn, waarbij elke cabotage door die nieuwe dienst direct leidt tot negatieve gevolgen voor de huidige concessiehouder van het hoofdrailnet. Gelet op de smalle marges binnen het spoorvervoer is dan al snel sprake van het in gedrang komen van het economisch evenwicht van de betreffende concessie. Hierbij zij aangetekend dat dit Nederlandse systeem van een grote landelijke concessie afwijkt van de meeste andere Europese lidstaten, waar voor de diverse lange trajecten veelal aparte concessies zijn verleend. Met name dit bijzondere aspect van het Nederlandse spoorbeleid noodzaakt tot een specifieke invulling van criteria.

b. Hoofddoel internationaal personenvervoer

De Wp 2000 noemt voor de beoordeling van het hoofddoel van het voorgenomen grensoverschrijdend vervoer van personen per trein drie criteria, te weten:

1. de lengte van het internationale traject moet substantieel buiten Nederland zijn gelegen;
2. het vervoer moet hoofdzakelijk grensoverschrijdende passagiers betreffen, en
3. de omzet moet hoofdzakelijk afkomstig zijn van de grensoverschrijdende passagiers.

Artikel 3 van het onderhavige besluit bevat de regels ter invulling van de wettelijke begrippen 'substantieel' en 'hoofdzakelijk'. De bevoegdheid tot de vaststelling van het hoofddoel ligt bij de NMa. Voor die vaststelling dient de NMa op basis van artikel 2, eerste lid, van het onderhavige besluit, zowel een kwantitatieve als een kwalitatieve analyse te verrichten. Het hoofddoel kan ook volgens de Interpretatieve Mededeling niet slechts bepaald worden op basis van een vooraf vastgestelde drempelwaarde of enkel op basis van een kwalitatieve beoordeling.

De NMa dient ingevolge artikel 2 van het onderhavige besluit, mededeling te doen in de Staatscourant van zijn methodes voor de kwalitatieve en kwantitatieve analyses. De NMa mag op basis van het zesde lid van het bovenbedoelde artikel, van uitgebreide bijlagen ook op andere passende wijze mededeling doen. De NMa dient bij de vaststelling van het hoofddoel ingevolge het eerste lid van het bovenbedoelde artikel rekening te houden met toekomstige ontwikkelingen. De kwantitatieve analyse en kwalitatieve analyse moeten ingevolge artikel 3, eerste lid, van het



onderhavige besluit in gezamenlijkheid aannemelijk maken dat voldaan is aan de eisen van het hoofddoel. De analyses dienen daartoe aannemelijk te maken dat de in artikel 3, eerste lid, genoemde drempelwaarden worden bereikt. Het betreft hier de drempelwaarden voor het buiten Nederland gelegen deel van het internationale traject en het aandeel van de grensoverschrijdende passagiers in aantal reizigers en in de omzet.

Voor het traject is daarbij slechts de lengte hiervan als onderscheidend criterium bepaald. Een verbinding die vlak voor de Nederlandse grens start en vervolgens alleen Nederlandse stations aan doet en bijvoorbeeld tachtig procent van haar traject in Nederland aflegt heeft niet als hoofddoel internationaal personenvervoer. Ook een grensoverschrijdende treindienst die een aanzienlijk deel van haar reizigers tussen Nederlandse stations vervoert, heeft niet als hoofddoel internationaal personenvervoer.

De in percentages uitgedrukte drempelwaarden zijn afgeleid van concrete cijfers en verwachtingen van het huidige internationale personenvervoer op het hoofdrailnet. Daarbij is uitgegaan van de passagierssamenstelling van de huidige ICE en Thalys. De uiteindelijk in het besluit opgenomen percentages zijn daarbij vervolgens ruimer gesteld, ten einde een liberaal toegangsbeleid te hanteren. Treindiensten die qua passagierssamenstelling vergelijkbaar zijn met de huidige Benelux-trein vervoeren relatief veel reizigers uitsluitend tussen Nederlandse stations. Vanwege deze belangrijke binnenlandse functie hebben dergelijke treindiensten niet als hoofddoel internationaal personenvervoer en blijven ze daarom concessieplichtig.

De NMa kan ingevolge artikel 3, tweede lid, van het onderhavige besluit, indien de uitgevoerde kwalitatieve en kwantitatieve analyse daartoe aanleiding geven en er geen effecten op de concessie voor het hoofdrailnet in het geding zijn, afwijken van de drempelwaarden voor het hoofddoel. De NMa beschikt op basis van artikel 3, tweede lid, slechts over de afwijkingmogelijkheid indien noch de Minister van Infrastructuur en Milieu noch de houder van de concessie voor het hoofdrailnet hebben verzocht om een onderzoek naar het hoofddoel.

c. Verstoring van het economische evenwicht

Verstoring van het economische evenwicht door een internationale passagiersvervoerdienst van een bestaande multimodale vervoerconcessie of een bestaande vervoerconcessie voor spoor is op basis van artikel 19, achtste lid, van de Wp 2000, aan de orde, indien het aantal passagiers of de omzet van de betrokken concessiehouder in betekenisvolle mate afneemt. Voor een in het kader van de PSO-verordening afgegeven vervoerconcessie is het van belang dat de concessievoorwaarden niet verstoord worden door een nieuwe internationale passagiersvervoerdienst. Nieuw internationaal treinvervoer mag het nationale personenvervoer per trein niet in betekenisvolle mate aantasten.

Personenvervoer per spoor is een kapitaalintensieve aangelegenheid, die veelal maar matig rendeert. Er is sprake van hoge investeringskosten in materieel en kosten in het algemeen. Het vervoer kent over de dag piekmomenten, maar treinen kunnen buiten die piekmomenten om verschillende redenen moeilijk aan de kant gezet of exploitatief zinnig ingezet worden. Dat leidt, in combinatie met de veelal in vervoerconcessies opgenomen (minimum) bediening- en overige kwaliteitseisen tot relatief hoge vaste kosten en smalle marges ondanks de hoge omzetten. Dit verklaart waarom overal in Europa ook in de meeste aanbestede openbare dienstcontracten (of vervoerconcessies) wordt uitgegaan van een financiële compensatie van de concessieverlener aan de concessienemer. Een gevolg hiervan is dat een gering omzetverlies aan een nieuwe internationale passagiersvervoerdienst in zeer veel gevallen al snel leidt tot een onvoldoende renderende concessie of tot extra benodigde financiële compensatie door de overheid. Het toelaten van een internationale treindienst zonder cabotagebeperkingen leidt altijd tot directe negatieve effecten op de omzet van een bestaande concessiehouder, omdat wel sprake is van inkomstenderving, maar niet van kostenreductie. Daarbij zal een nieuwe aanbieder zich veelal concentreren op rendabele lijnen. Voor het hoofdrailnet geldt dat de verleende concessie een optelsom is van een groot aantal rendabele en niet rendabele lijnen. De houder van de concessie voor het hoofdrailnet, kan op grond van de concessievoorschriften bij daling van het aantal reizigers en van de omzet ten gevolge van cabotage de kosten niet of nauwelijks aanpassen. De houder van de concessie moet zich bij een dergelijke daling blijven houden aan de verplichtingen van de concessie en het jaarlijkse vervoerplan. Verlies aan reizigers en omzet leidt dus direct tot een navenante daling van de rentabiliteit van dat vervoer. Daarom is al snel sprake van het in betekenisvolle mate afnemen van het aantal reizigers en omzet.

De NMa moet ingevolge artikel 4, derde lid, van het onderhavige besluit, voor de vaststelling of sprake is van de verstoring van het economisch van één of meer concessies, een economische analyse verrichten. De NMa dient ingevolge het derde lid van het bovenbedoelde artikel, mededeling te doen in de Staatscourant van zijn methodes voor de economische analyse. De NMa mag op basis van het



zesde lid van het bovenbedoelde artikel van uitgebreide bijlagen ook op andere passende wijze mededeling doen.

De artikelen 5 en 6 van het onderhavige besluit bevatten de invulling van het begrip 'in betekenisvolle mate'. Dit betekent dat een te grote aantasting van één of meer bestaande concessie(s) voorkomen moet worden. Artikel 5 heeft betrekking op de beoordeling van de gevolgen voor het economisch evenwicht van de concessie voor het hoofdrailnet en artikel 6 op de andere concessies van spoorwegondernemingen. De Liberaliseringsrichtlijn stelt dat de beoordeling van de gevolgen voor het economisch evenwicht mede gebaseerd moet worden op vooraf vastgestelde criteria. De Liberaliseringsrichtlijn laat open wie die criteria mag vaststellen.

Er gelden met betrekking tot de concessie voor het hoofdrailnet drempelwaarden. Deze drempelwaarden gelden niet bij de vaststelling van de gevolgen van het economisch evenwicht van andere concessies van spoorwegondernemingen. Er is op basis van artikel 6 van het onderhavige besluit sprake van de aantasting van het economisch evenwicht van een andere concessie indien de economische analyse van de NMa aannemelijk maakt dat aan de daarvoor in de Wp 2000 gestelde criteria is voldaan. De regionale concessieverleners hebben aangegeven voorafgestelde drempelwaarden niet nodig te vinden. Bij deze concessies is veelal sprake van een overheidsbijdrage door de betrokken decentrale concessieverlener. Nieuw grensoverschrijdend vervoer zal veelal ook subsidie vereisen, zodat nieuwe private initiatieven weinig kansrijk zijn. Nieuwe initiatieven zullen dus met name moeten komen van betrokken decentrale overheden en deze zullen daarbij vanwege de subsidieverhoudingen veelal kiezen voor het verlenen van een concessie. In dat geval zal geen onderzoek door de NMa gevraagd worden en blijft het besluit buiten toepassing.

Voor de concessie voor het hoofdrailnet is de situatie geheel anders. Bij deze concessie is geen sprake van een financiële bijdrage door de concessieverlener. Door de combinatie van winstgevende en verlieslatende lijnen is bij deze concessie de kans op nieuwe private internationale initiatieven veel groter, omdat die initiatieven zich zullen richten op winstgevende corridors. Daarbij kan al snel sprake zijn van een in betekenisvolle mate verstoren van het economisch evenwicht van de concessie voor het hoofdrailnet.

De kwantitatieve drempelwaarden zijn uitgedrukt in percentages, omdat de omzet en daarmee de verlies-/winstmarges binnen de huidige concessies jaarlijks (kunnen) fluctueren. Een absoluut omzetcriterium zou daardoor slechts kunnen gelden als een gemiddeld bedrag over meerdere jaren. Dit is qua uitvoering en duidelijkheid ongewenst.

De in het besluit opgenomen percentages zijn gerelateerd aan en afgeleid van de omzet van de concessiehouder voor het hoofdrailnet (over de afgelopen jaren en geprognosticeerd), de verwachte directe effecten van een omzetzak bij cabotage op de winstcijfers en de relatie en mogelijke effecten daarvan op de in de concessie voor het hoofdrailnet opgenomen concessieprijs tot 2015. Dit sluit aan bij de Mededeling die voor de beoordeling van de verstoring van het economisch evenwicht zowel het effect op de rentabiliteit van de spoorwegonderneming als de gevolgen voor de overheidsmiddelen noemt als criteria.

De omzet van het vervoer op het hoofdrailnet bedraagt op basis van de meest actuele gegevens circa € 2.0 miljard; de effecten van inkomstenderving ten gevolge van cabotage door een nieuwe dienst leidt direct tot negatieve effecten op de winstmarges, daar er in deze markt geen sprake kan zijn van een relevante kostenreductie. De houder van de concessie voor het hoofdrailnet moet immers aan alle concessieverplichtingen blijven voldoen en kan dus niet zorgen voor minder vervoersaanbod of een aanbod tegen mindere kwaliteit. Het aantal treinen is daarbij afgestemd op het spitsvervoer. Daarom behoudt de concessiehouder bij dalende vervoersopbrengsten gelijkblijvende kosten. Bij een verlies van 0,25% van de omzet is al sprake van een negatief effect op de winst van circa € 5 miljoen. De concessie voor het hoofdrailnet bepaalt als concessieprijs: € 20 miljoen in 2011 en 2012 en € 30 miljoen in 2013 en 2014. Op basis van de hiervoor genoemde feiten en cijfers is de drempelwaarde van 0,4% van de omzet voor de concessie voor het hoofdrailnet vastgesteld. Bij dit percentage gaat het om een bedrag van circa € 8 mln wat meer dan een kwart van de jaarlijkse concessieprijs betekent. Het stellen van een hoger percentage leidt bij de huidige omstandigheden, feiten en cijfers, zonder wijziging van de huidige kwaliteit en capaciteit tot aanzienlijke negatieve effecten voor de houder van de hoofdrailnetconcessie en/of voor de rijksbegroting. De concessiehouder zal in een dergelijk geval namelijk een aanpassing van de concessie bepleiten. Hierbij staat de kwaliteit van het vervoer direct onder druk.

Er is ingevolge artikel 5, eerste lid, van het onderhavige besluit, sprake van een afname van het aantal passagiers respectievelijk van de omzet in betekenisvolle mate indien hetzij de drempelwaarde van 0,4% wordt overschreden. De economische analyse van de NMa moet dit aannemelijk maken.



De NMa heeft op basis van artikel 5, tweede lid, van het onderhavige besluit, de bevoegdheid om in beperkte mate af te wijken van de drempelwaarden van 0,4% indien de uitgevoerde economische analyse daartoe aanleiding geeft. De bovenbedoelde afwijkingsmogelijkheid geeft invulling aan de in artikel 10, lid 3ter, van richtlijn nr. 91/440/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschap van 29 juli 1991 betreffende de ontwikkeling van de Spoorwegen in de Gemeenschap (PbEG L 237) economische analyse. Op basis van voornoemd artikel wordt of het economisch evenwicht al dan niet in het gedrang komt bepaald op basis van een objectieve economische analyse. De NMa kan hiermee in beperkte mate afwijken van de in artikel 5, eerste lid, van het onderhavige besluit opgenomen drempelwaarden. De term 'in beperkte mate' is doelbewust niet uitgewerkt teneinde de NMa in staat te stellen om de resultaten van de objectieve economische analyse daadwerkelijk te gebruiken bij de vaststelling van de gevolgen voor het economisch evenwicht.

Bij de beoordeling van de gevolgen voor het economisch evenwicht gaat het ingevolge artikel 4, tweede lid, van het onderhavige besluit, om het cumulatieve effect van al het grensoverschrijdend personenvervoer per trein dat zonder concessie plaatsvindt of zal plaatsvinden. Bij meerdere grensoverschrijdende diensten zonder concessies treedt namelijk een cumulatie van effecten op. Het is derhalve noodzakelijk dat de NMa met dat cumulerende effect rekening houdt in haar onderzoek.

d. Evaluatiebepaling

Bij de totstandkoming van het besluit is gebleken dat de mogelijke effecten voor zowel nieuwe grensoverschrijdende initiatieven als de effecten daarvan op bestaande concessies moeilijk zijn in te schatten. Het is daarbij ook onzeker of en zo ja in welke mate daadwerkelijk verzoeken tot een onderzoek door de NMa krachtens dit besluit zullen worden gedaan. Het is derhalve niet exact in te schatten in hoeverre het wettelijk stelsel in de praktijk zal werken en welke effecten zullen optreden. Daarom is in artikel 7 van het onderhavige besluit een evaluatiebepaling opgenomen.

4. Gevoerd overleg

Onderhavig besluit is tot stand gekomen in overleg met de betrokken partijen uit de spoorsector. Alle partijen zijn daarbij in de gelegenheid gesteld hun visie en standpunt in te brengen.

a. Ontvangen commentaar

De decentrale overheden van de plusregio's en van de provincies, die regionaal spoor hebben aanbesteed, hebben aangegeven thans niet te kiezen voor drempelwaarden. De provincies hebben daarbij aangegeven wel graag de mogelijkheid open te willen houden om waar mogelijk en nodig in de nabije toekomst wel drempelwaarden in te voeren. Het initiatief daartoe ligt bij de decentrale overheden. Een eventuele NMa-toets vindt men vooralsnog voldoende, mede gelet op de in de richtlijn gegeven mogelijkheid voor een vergoeding bij verlies aan inkomsten. Men verwacht daarbij dat de richtlijn vooral effect zal hebben op het hoofdrailnet. Zij hopen dat hierdoor het aantal grensoverschrijdende verbindingen, dat de afgelopen decennia geslonken is, zal toenemen. Voorts hebben de provincies aangegeven dat zij graag betrokken willen worden bij het opstellen van de door de NMa te hanteren methodiek voor de toetsen. In het besluit is daartoe een verplichting voor de NMa opgenomen jegens alle concessiepartijen. Ook de regionale vervoerders hebben aangegeven akkoord te gaan met de in het besluit gegeven invulling van de Liberaliseringsrichtlijn.

Het besluit is ter consultatie voorgelegd aan de Adviesorganen van Verkeer en Waterstaat. Reacties zijn ontvangen van NS Reizigers en Rover. NS Reizigers en Rover hebben positief kritisch op het concept besluit gereageerd.

De NS is overwegend positief en gaat onder voorbehoud van gemaakte tekstvoorstellen akkoord met de inhoud en tekst van het onderhavige besluit. De NS vindt dat het besluit een goede basis geeft om te (blijven) investeren in een verbetering van de dienstverlening waar de reiziger van zal profiteren. Men acht het een goede zaak dat de richtlijn concreet wordt geïmplementeerd waarmee aan de sector duidelijkheid wordt verschaft in een markt waar het vaak draait om grote investeringen met lange afschrijvingstermijnen. Onduidelijkheid daarbij is ongewenst zowel voor vervoerbedrijven als voor de reizigers. In algemene zin vindt NS dat met het voorliggende besluit de Liberaliseringsrichtlijn op een wijze wordt geïmplementeerd die een goede balans geeft tussen enerzijds het stimuleren van grensoverschrijdend vervoer en anderzijds het behoud van de in Nederland gekozen marktordening. Wel vindt de NS dat de gekozen percentages bij de vaststelling van het hoofddoel (te) veel ruimte laten voor cabotage.

Rover is in beginsel positief over de insteek van het concept-besluit om tot verbetering van treinverbindingen met omliggende landen te komen, maar vindt de drempelwaarden (toegangs criteria van 0,4%) voor het hoofdrailnet zodanig strikt gekozen dat initiatieven van nieuwe toetreders op intercity-niveau bij voorbaat vrijwel kansloos zijn en daarmee in strijd is met de Liberaliseringsrichtlijn voor wat betreft de internationale verbinden op IC-niveau met Nederland. Rover is het ermee eens dat de



Liberaliseringsrichtlijn voor de decentrale vervoerconcessies geen drempelwaarden stelt en ondersteunt dan ook de zienswijze van de decentrale overheden. Op regionaal niveau bieden initiatieven van regionale overheden aan weerszijden van de grens de meeste kans op nieuwe en betere verbindingen.

b. Reactie op ontvangen commentaar

De tekstvoorstellen van de NS hebben in de eerste plaats geleid tot een aanpassing van artikel 3 van het onderhavige besluit. De NS merkt op het methodologisch onjuist te vinden dat de criteria voor de bepaling van het hoofddoel afhankelijk is van welke concessie in het geding is. Het gaat bij de bepaling van het hoofddoel om een beoordeling van een nieuwe grensoverschrijdende vervoerdienst en niet van een bestaande concessie voor binnenlands vervoer. Op basis van het gewijzigde artikel 3 gelden in beginsel dezelfde criteria ongeacht of de concessie voor het hoofdrailnet of een regionale concessie in het geding is en kan de NMa in voorkomende gevallen afwijken. De afwijkingsmogelijkheid bestaat slechts indien noch de Minister van Infrastructuur en Milieu noch de houder van de concessie voor het hoofdrailnet een aanvraag voor onderzoek naar het hoofddoel hebben gedaan. De tekstvoorstellen hebben er in de tweede plaats toe geleid dat de drempelwaarden voor het percentage grensoverschrijdende passagiers en van de omzet van het grensoverschrijdende vervoer zijn verhoogd van 75% naar 80%.

De tekstvoorstellen van de NS hebben in derde plaats geleid tot een aanpassing van de nota van toelichting. De NS merkt terecht op dat het stellen van beperkingen voor het vervoer tussen stations waarop de concessie van HSA betrekking heeft, geen mogelijkheid is van de Minister maar een verplichting.

De drempelwaarden van 0,4% zijn anders dan Rover meent geen toegangscriteria. Een spooronderneming heeft namelijk recht op toegang indien de grensoverschrijdende vervoerdienst voldoet aan de criteria voor het hoofddoel. De drempelwaarden van 0,4% zijn criteria voor de bepaling van de gevolgen voor het economisch evenwicht van de concessie voor het hoofdrailnet. De Minister van Infrastructuur en Milieu kan, indien de NMa heeft vastgesteld dat het economisch evenwicht van de concessie voor het hoofdrailnet in het geding is, beperkingen opleggen aan het cabotagevervoer. Hij kan het cabotagevervoer niet geheel verbieden. De Minister van Infrastructuur en Milieu moet ingevolge artikel 19a, zevende lid, van de Wp 2000, bij zijn beslissing ook rekening houden met de beschikbare kwaliteit voor de reiziger.

5. Uitvoering en handhaving

De uitvoering van dit besluit ligt bij de NMa. De NMa heeft een uitvoerings- en handhavingstoets verricht en heeft in dat kader onder andere de volgende opmerkingen gemaakt. Per opmerking is de reactie van IenM aangegeven.

Opmerking 1 NMa

De NMa concludeert dat er een spanning bestaat tussen het besluit en de bedoeling van de richtlijn (openen internationale personenvervoermarkt per spoor). Door de invulling van de AMvB acht de NMa een onafhankelijke oordeelsvorming en de uitvoering van objectieve economische analyse niet mogelijk. De NMa ziet dan ook risico's bij de handhaafbaarheid van de AMvB en acht de kans reëel dat besluiten op basis van de AMvB de toets van de rechter niet doorstaan.

Op grond van de Interpretatieve Mededeling van de Europese Commissie over de uitleg van de richtlijn is het aan de onafhankelijke toezichhoudende instantie om de criteria uit te werken. Nu de AMvB een zeer gedetailleerde uitwerking bevat, lijkt deze niet in lijn met de Interpretatieve Mededeling en niet handhaafbaar. De gedetailleerde uitwerking van de criteria staat een onafhankelijke afweging van de NMa in de weg. De in artikel 10, lid 3 ter, geëiste beoordeling van het economisch evenwicht van de betrokken concessies lijkt niet te kunnen worden onderzocht nu deze beoordeling met de AMvB versimpeld is tot een toets aan drempelwaarden.

De invulling van de criteria is, voor zover uit de Nota van Toelichting van de AMvB blijkt, uitsluitend gebaseerd op de gegevens die betrekking hebben op de concessiehouder voor het hoofdrailnet. De onderbouwing van de criteria is niet navolgbaar, lijkt op onderdelen onvolledig en lijkt op voorhand economisch niet verdedigbaar.

Reactie

De opmerking van de NMa heeft niet geleid tot een aanpassing van artikel 5, tweede lid, van het onderhavige besluit. De NMa heeft op basis van artikel 5, tweede lid, van het onderhavige besluit, de bevoegdheid om in beperkte mate af te wijken van de drempelwaarden van 0,4%, indien de uitge-



voerde economische analyse daartoe aanleiding geeft. Artikel 10, lid 3ter, van richtlijn nr. 91/440/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschap van 29 juli 1991 betreffende de ontwikkeling van de Spoorwegen in de Gemeenschap (PbEG L 237) vereist dat de beoordeling van de gevolgen voor het economisch evenwicht moet zijn gebaseerd op een economische analyse van de toezichhoudende instantie. De NMa kan in beperkte mate afwijken van de in artikel 5, eerste lid, van het onderhavige besluit opgenomen drempelwaarden, indien de economische analyse daartoe aanleiding geeft. De term 'in beperkte mate' is doelbewust niet uitgewerkt, teneinde de NMa in staat te stellen om de resultaten van de objectieve economische analyse daadwerkelijk te gebruiken bij de vaststelling van de gevolgen voor het economisch evenwicht. De NMa kan op grond van haar economische analyse gemotiveerd afwijken van de drempelwaarden. De beoordeling van de NMa is derhalve niet versimpeld tot een toets aan drempelwaarden.

De drempelwaarden voor de concessie van het hoofdrailnet zijn afgeleid van de huidige concessie voor het hoofdrailnet. De omzet van het vervoer op het hoofdrailnet bedraagt op basis van de meest actuele gegevens circa € 2.0 miljard; de effecten van inkomstenderving ten gevolge van cabotage door een nieuwe dienst leidt direct tot negatieve effecten op de winstmarges, daar er in deze markt geen sprake kan zijn van een relevante kostenreductie. De houder van de concessie voor het hoofdrailnet moet immers aan alle concessieverplichtingen blijven voldoen en kan dus niet zorgen voor minder vervoersaanbod of een aanbod tegen mindere kwaliteit. Het aantal treinen is daarbij afgestemd op het spitsvervoer. Daarom behoudt de concessiehouder bij dalende vervoersopbrengsten gelijkblijvende kosten. Bij een verlies van 0,25% van de omzet is al sprake van een negatief effect op de winst van circa € 5 miljoen. De concessie voor het hoofdrailnet bepaalt als concessieprijs: € 20 miljoen in 2011 en 2012 en € 30 miljoen in 2013 en 2014. Op basis van de hiervoor genoemde feiten en cijfers is de drempelwaarde van 0,4% van de omzet voor de concessie voor het hoofdrailnet vastgesteld. Bij dit percentage gaat het om een bedrag van circa € 8 mln wat meer dan een kwart van de jaarlijkse concessieprijs betekent.

Opmerking 2 NMa

Uit de AMvB volgt dat de genoemde drempelwaarden gelden voor alle vervoerders gezamenlijk die onder de richtlijn grensoverschrijdend vervoer willen aanbieden. Op deze wijze kan het voorkomen dat de aanvraag van een vervoerder op voorhand moet worden geweigerd doordat een andere vervoerder de 'ruimte' al heeft opgesoupeerd. Aan een objectieve beoordeling van de aanvraag wordt dan, anders dan de richtlijn bepaalt, niet meer toegekomen.

Reactie

De opmerking van de NMa heeft ertoe geleid dat artikel 7 van het voorgelegde ontwerp is geschrapt, waarmee de directe koppeling aan de drempelwaarden is vervallen. Er dient bij elke nieuwe toetredende beoordeling van de aanvraag op basis van een objectieve economische analyse plaats te vinden. Er ontstaat met elke nieuwe toetredende een nieuw economisch evenwicht. In artikel 4, tweede lid, van het onderhavige besluit, is neergelegd dat het bij de gevolgen voor het economisch evenwicht gaat om het cumulatieve effect van al het grensoverschrijdend personenvervoer per trein dat zonder concessie plaatsvindt of zal plaatsvinden.

Opmerking 3 NMa

De NMa constateert dat de AMvB op enkele punten niet uitvoerbaar lijkt. De NMa zou bij de door de richtlijn in artikel 10, lid 3 ter, geëiste beoordeling van het economisch evenwicht van de betrokken concessies, mede een kwalitatieve beoordeling moeten maken van de aanvraag. Een dergelijke op zichzelf staande kwalitatieve toets lijkt niet uitvoerbaar te zijn. De NMa dient ook bij bepaling van het hoofddoel van het vervoer waarvoor een aanvraag is gedaan, een afzonderlijke kwalitatieve beoordeling van de aanvraag moeten maken. Een dergelijke op zichzelf staande kwalitatieve toets lijkt niet uitvoerbaar te zijn.

Reactie

De opmerking van de NMa heeft ertoe geleid dat de op zichzelf staande kwalitatieve toetsen zijn geschrapt. De kwalitatieve en kwantitatieve analyses moeten ingevolge artikel 3, eerste lid, van het onderhavige besluit, in gezamenlijkheid aannemelijk maken dat op het punt van het percentage grensoverschrijdende reizigers en op het punt van de van die reizigers afkomstige omzet, voldaan is aan de vereisten van het hoofddoel. De opmerking van de NMa heeft geleid tot het vervallen van de mogelijkheid om op basis van de kwalitatieve analyse in beperkte mate af te wijken van de drempelwaarden. In het gewijzigde artikel 3, eerste lid, van het onderhavige besluit, is neergelegd dat indien de NMa aannemelijk heeft gemaakt dat bij benadering de drempelwaarden zijn bereikt, voldaan is aan de vereisten voor het hoofddoel.



De suggestie van de NMa om de bepaling van het buiten Nederland gelegen van het internationale traject louter te baseren op de resultaten van een kwantitatieve analyse is gevolgd. De NMa moet op basis van artikel 4, derde lid, van het onderhavige besluit, een economische analyse verrichten voor de vaststelling van de gevolgen van het economisch evenwicht van de concessie voor het hoofdrailnet. De economische analyse betreft zowel kwalitatieve als kwantitatieve elementen.

6. Voorhang bij beide kamers der Staten-Generaal

Een ontwerp van dit besluit is voorgelegd aan de Eerste en Tweede Kamer. Daarop heeft de vaste commissie voor Infrastructuur en Milieu van de Tweede Kamer vragen gesteld over het ontwerp (Kamerstukken II 2011/12, 2011D43647). De Minister van Infrastructuur en Milieu heeft deze vragen bij brief van 7 november 2011 beantwoord (Kamerstukken II 2011/12, 32376, 16). De vaste commissie heeft die brief vervolgens voor kennisgeving aangenomen.

7. Administratieve lasten en andere financiële gevolgen voor het bedrijfsleven

Het besluit heeft geen tot minimale gevolgen voor de administratieve lasten voor het bedrijfsleven en heeft geen gevolgen voor de administratieve lasten voor de burger. Ook heeft het geen financiële gevolgen voor het bedrijfsleven.

8. Vaste verandermomenten

Dit besluit treedt niet in werking op een van de zogenaamde vaste verandermomenten, 1 januari en 1 juli, omdat met dit besluit een Europese richtlijn geïmplementeerd wordt.

II. Artikelsgewijze toelichting

Artikel 1

De in artikel 1 van de Wp 2000 opgenomen definities gelden voor die wet en de daarop berustende bepalingen en daarmee ook voor het onderhavige besluit. De begripsbepalingen 'concessie' en 'raad van bestuur van de mededingingsautoriteit' zijn in artikel 1 van de Wp 2000 opgenomen.

Artikelen 2 en 3

De bovenbedoelde artikelen hebben betrekking op de bepaling van het hoofddoel. De NMa moet ingevolge artikel 3, eerste lid, van het onderhavige besluit, voor het voldoen aan de vereisten voor het hoofddoel, aannemelijk hebben gemaakt dat ten minste de drempelwaarden bij benadering worden bereikt. De term 'bij benadering' brengt tot uitdrukking dat ook bij een zeer geringe afwijking beneden de drempelwaarden, toch voldaan is aan de vereisten voor het hoofddoel. Het tweede lid van artikel 3 bevat de mogelijkheid voor de NMa om basis van haar analyses af te wijken van de drempelwaarden indien de concessie voor het hoofdrailnet niet in het geding is. Er wordt voor een nadere uitleg verwezen naar onderdeel b van paragraaf 3 van het algemeen deel van deze toelichting.

Artikelen 4 tot en met 6

De bovenbedoelde artikelen hebben betrekking op de bepaling of het economisch evenwicht van een concessie voor het openbaar vervoer per trein in het gedrang komt. Artikel 4 heeft betrekking op alle concessies voor spoorwegondernemingen. Artikel 5 ziet uitsluitend op de concessie voor het hoofdrailnet en artikel 6 ziet op de andere concessies. Artikel 5, tweede lid, bevat de mogelijkheid voor de NMa om indien de economische analyse daartoe aanleiding geeft, af te wijken van de in artikel 5, eerste lid, opgenomen drempelwaarden. De NMa kan in voorkomend geval in beperkte mate afwijken. De inhoud van het begrip 'in beperkte mate' is doelbewust niet nader ingevuld teneinde de beleidsvrijheid van de NMa te respecteren. De resultaten van de objectieve economische analyse door de NMa komen de afwijkingsmogelijkheid van de NMa tot hun recht. Er wordt voor een nadere uitleg verwezen naar onderdeel c van paragraaf 3 van het algemeen deel van deze toelichting.



Artikel 8

De inwerkingtreding van het onderhavige besluit is afhankelijk van die van de artikelen 19, zevende en achtste lid, van de Wp 2000, waarop dit besluit berust. Het onderhavige besluit treedt ingevolge artikel 8 dan ook in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip.

De Minister van Infrastructuur en Milieu,



Advies Raad van State

No. W14.11.0525/IV
's-Gravenhage, 11 april 2012

Aan de Koningin

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).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 wijken², 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.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.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.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).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?⁷
2. Hoe kan worden beoordeeld of het economisch evenwicht van een openbaredienstcontract door de nieuwe dienst in het gedrang komt?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-regelgeving⁹ 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

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.



mededeling als interpretatiemiddel betrekken bij de uitleg van het betreffende EU-recht.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 toezichthoudende instantie die vaststelt of voldaan wordt aan de twee toetsen. Toetsing vindt alleen plaats op verzoek van belanghebbende partijen.¹¹ Zonder een verzoek om toetsing is er in beginsel vrije toegang voor een nieuwe internationale spoordienst op het Nederlandse spoor.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.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.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.¹⁵

De Wp 2000 geeft aan op grond van welke voorwaarden het hoofddoel van grensoverschrijdend personenvervoer per trein wordt aangemerkt als internationaal passagiersvervoer.¹⁶ Bovendien is geregeld dat de betrokken concessiehouders, de betrokken concessieverleners en de beheerder van de infrastructuur van het hoofdspoor net een aanvraag mogen doen voor de vaststelling van het hoofddoel van een treindienst.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.¹⁸ Het bevat voorts kwantitatieve criteria die kunnen worden aangemerkt als drempelwaarden.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.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.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.²² Hier is een andere aanpak gekozen

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.



dan de Commissie voorstaat. De Mededeling geeft aan dat om het hoofdoel van een dienst te bepalen, zowel een kwantitatieve als een kwalitatieve analyse moeten worden verricht²³ 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.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 hoofdoel 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.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 hoofdoel 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 hoofdoel 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.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.²⁷ Volgens de Mededeling zijn de toezichthouders verantwoordelijk voor de ontwikkeling van een objectieve methode, met inbegrip van de toe te passen criteria.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.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.³⁰ Voor andere concessies dan de concessie voor het hoofdrailnet wordt dit bepaald door middel van een economische analyse van de NMa.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.³² De NMa kan echter 'in beperkte mate' afwijken van dit specifiek kwantitatieve criterium, indien haar economische analyse daartoe

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.



aanleiding geeft.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.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 heeft³⁵, 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.³⁶ De door de richtlijn en het ontwerpbesluit³⁷ 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 voornamelijk 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.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.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.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.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.

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.



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 euro⁴² 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.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.

3. 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.

*De vice-president van de Raad van State,
J.P.H. Donner.*

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.



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

5 juni 2012

Nr. IenM/BSK-2012/87478

Hoofddirectie Bestuurlijke en Juridische Zaken

Aan de Koningin

Nader rapport inzake het ontwerp van een algemene maatregel van bestuur houdende vaststelling van nadere regels met betrekking tot de liberalisering van het internationaal personenvervoer per trein

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 16 december 2011, nr. 11.003046, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde ontwerp van een algemene maatregel van bestuur rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 11 april 2012, nr. W14.11.0525/IV, bied ik U hierbij aan.

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).¹ 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.² 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.

¹ Interpretatieve Mededeling van de Commissie betreffende sommige bepalingen van Richtlijn 2007/58/EG (Pb EU 2010, C 353/01).

² Artikel 2, tweede lid, van het ontwerp-besluit.



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 passagiersvervoerdiensten 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 passagiersvervoerdiensten 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.³ 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

³ Artikel 19, achtste lid, van de Wet personenvervoer 2000.



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.

3.

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.⁴

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,
M.H. Schultz van Haegen-Maas Geesteranus.*

⁴ Zie Kamerstukken II 2009/10, 32 289, nr. 3, p. 51.