

Juridisch-technische toetsing van de Wet personenvervoer 2000

Juli 2005

In opdracht van : Ministerie van V&W, HDJZ
Auteur : Arthur Gleijm van RebelGroup Advisory

Inhoudsopgave

- 1. Inleiding 5**
- 2. Rechtstoetsing 9**
 - 2.1 Inleiding 9
 - 2.2 Vergunningstelsel 9
 - 2.3 Concessiesystematiek 11
 - 2.3.1. Aard, domein en inhoud 11
 - 2.3.2. Overgang werknemers 13
 - 2.4 Aanbestedingen 15
 - 2.5 Rijksbijdrage 18
- 3. Kwaliteitstoets 21**
 - 3.1 Inleiding 21
 - 3.2 Algemene thema's 21
 - 3.2.1. Experimenten en ontheffingen & legitimiteit 21
 - 3.2.2. Ontwikkelfunctie & rechtszekerheid 22
 - 3.2.3. Positie reiziger & rechtsbescherming 23
 - 3.2.4. Managementaanbestedingen & competenties 24
 - 3.3 Artikelsgewijze toetsing 26
- 4. Conclusies en aanbevelingen 34**
 - 4.1 Inleiding 34
 - 4.2 Algemene conclusies 34
 - 4.3 Aanbevelingen 36

Lijst van afkortingen

Awb	Algemene wet bestuursrecht
BDU	Brede doeluitkering
BP 2000	Besluit personenvervoer 2000
BW	Burgerlijk Wetboek
CBB	College van Beroep voor het Bedrijfsleven
CVOV	Centrum Vernieuwing Openbaar vervoer
CVV	Collectief Vraagafhankelijk Vervoer
EC	Europese Commissie
GS	Gedeputeerde Staten
GVB	Gemeentelijke vervoerbedrijven
HDJZ	Hoofd Directie Juridische Zaken
IVW	Inspectie Verkeer en Waterstaat
KpVV	Kennis platform Verkeer en Vervoer
Nma	Nederlandse Mededingingsautoriteit
OV	Openbaar vervoer
PvE	Programma van Eisen
ROA	Regionaal Orgaan Amsterdam
V&W	Verkeer en Waterstaat
Wp 2000	Wet personenvervoer 2000

1. Inleiding

Doel onderzoek Ingevolge de Wet personenvervoer 2000 (verder Wp 2000 of wet) dient er een evaluatie plaats te vinden binnen vijf jaar na inwerkingtreding van de wet over de doeltreffendheid en effecten. In dit kader is er gekeken in hoeverre de wet heeft beantwoord aan het bereiken van de beoogde doelen (doelmatigheidsonderzoek) en is er een juridisch-technische toetsing uitgevoerd. Dit is het verslag van het juridisch-technische gedeelte van de evaluatie.

Beide onderzoeken vormen de opmaat voor een synthese-fase waarbinnen concrete verbetervoorstellen worden geformuleerd ten aanzien van de wet. Hieruit wordt een kabinetsstandpunt geformuleerd dat eind 2005 aan het parlement wordt aangeboden.

Aanleiding wet Voornaamste aanleiding om de wet in te voeren was om de concurrentiepositie van het openbaar vervoer ten opzichte van de particuliere auto te verbeteren. Dit zou moeten geschieden door een fundamentele wijziging van taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden ten aanzien van het openbaar vervoer en door de introductie van marktwerking beter gebruik te maken van de marktkennis, creativiteit en innovatiekracht van het bedrijfsleven. Daarnaast werd steeds meer de noodzaak gevoeld om de schaarser wordende publieke middelen voor het openbaar vervoer effectiever in te gaan zetten.

Reeds in 1996 hebben de kaderwetgebieden bevoegdheden gekregen inzake het regionaal openbaar vervoer, waarna bij wetwijziging, vanaf 1997 een verdere decentralisatie van bevoegdheden naar provincies volgde. De Wp 2000 vormde de wettelijke basis om marktwerking in het regionaal openbaar vervoer op een beheerste en gefaseerde wijze te introduceren, waardoor bevoegdheden van de decentrale overheden zijn vergroot en er een ontvlechting en verzakelijking van de relatie decentrale overheid-vervoerbedrijf heeft plaatsgevonden.

Doel wet De wet heeft een tweeledige doelstelling ter verbetering van het openbaar vervoer. Een selectieve en regionaal gedifferentieerde groei van het openbaar vervoer en tegelijkertijd een substantiële verbetering van de kostendekkingsgraad – het aandeel van de reizigersopbrengsten in de exploitatie van het openbaar vervoer – tot tenminste 50%.

Daarnaast moet worden opgemerkt dat de wet niet als een statisch geheel moet worden beschouwd. Neemt men de ontwikkelingen in de markt over de afgelopen jaren in ogenschouw, dan zou kunnen worden geconcludeerd dat de doelstelling constant aanpassing behoeft. Hiermee wordt het doel van de wet een "moving target".

-
- Noodzaak wet* In de memorie van toelichting van de wet wordt overheidsregulering gerechtvaardigd vanwege de noodzaak tot periodieke betwistbaarheid van openbaarvervoernetwerken. Er wordt gekozen voor periodieke betwistbaarheid teneinde de samenhang van het voorzieningenniveau van het openbaar vervoer en de sociale functie van ontsluitende lijnen te kunnen waarborgen.
- Reikwijdte onderzoek* Het onderzoek beperkt zich tot de periode vanaf inwerkingtreding van de wet (1 januari 2001) tot de start van het onderzoek (1 oktober 2004). De reikwijdte van de juridisch-technische toetsing betreft primair de Wp 2000 zelf. Het Besluit personenvervoer 2000 en de lagere wetgeving komen met name in beeld voorzover er tijdens de synthese-fase conclusies en verbetervoorstellen worden geformuleerd die raken aan deze wetgeving. De Concessiewet, die vanaf begin dit jaar is geïntegreerd in de Wp, maakt geen onderdeel uit van deze evaluatie. Deze wet zal, samen met de nieuwe Spoorwegwet, in 2008 worden geëvalueerd. Het onderzoek betreft regionaal openbaar vervoer, met bus, tram en metro. Tot regionaal openbaar vervoer behoren inmiddels ook de gedecentraliseerde spoorlijnen, Collectief Vraagafhankelijk Vervoer (CVV) en OV te water. Ook Besloten Vervoer is meegenomen in het onderzoek.
- Studie methodiek* De juridisch-technische toetsing valt uiteen in twee delen, welke hieronder nader worden toegelicht:
- Rechtstoetsing, toetsing van de functies van de wet, waaronder sturingsinstrumenten zoals aanbestedingen en concessies worden verstaan, aan geldend en toekomstig recht. Aangezien de verklaring van geen bezwaar nog geen kracht van wet heeft, is dit instrument niet meegenomen¹.
 - Kwaliteitstoets, artikelgewijze toetsing aan de kwaliteitseisen van wetgeving.

Rechtstoetsing

Doelstelling is de wet te toetsen aan andere nationale en Europese wetgeving. Hierbij is van belang om te kijken in hoeverre de wet in de pas loopt met deze wetgeving. Er wordt daarbij met name op wetgeving gelet die na de totstandkoming van de wet is gewijzigd, waardoor de gelding van de wet wordt beïnvloed.

Tevens wordt gekeken of de ervaringen met de werking van de wet aanleiding geven om ook al langer bestaande wetgeving onder de loep te nemen. Daarnaast wordt toekomstige hogere wetgeving, waarvan is aan te nemen dat deze een impact zal hebben op de werking van de wet, meegenomen in het onderzoek.

De toetsing vindt plaats aan de hand van de volgende evaluatiecriteria:

- Rechtskracht, in hoeverre is er sprake van geldig recht, en geen strijdigheid met hogere normen uit andere wetgeving (nationaal en internationaal) en algemene rechtsbeginselen?

¹ Om ongewenste concentratie in de markt te voorkomen en om concurrentie uit onbetwistbare markten te weren voorziet de Wp 2000 in de verklaring van geen bewaar. Zonder deze verklaring, die door de directeur-generaal van de Nma wordt afgegeven, mag er geen openbaar vervoer worden verricht. Na onderzoek is overigens gebleken dat er tot op heden geen behoefte was om de bepalingen in werking te laten treden.

-
- Nut en noodzakelijkheid, zou er zonder deze wetgeving andere wetgeving van toepassing zijn, met een vergelijkbare werking?
 - Toekomstvastheid, kan met deze wet voldoende worden geanticipeerd op redelijkerwijs te verwachten nieuw recht, en biedt de wet voldoende ruimte om in te spelen op toekomstige situaties?

Kwaliteitstoets

Naast de expliciete doelstellingen worden (impliciet) kwaliteitseisen gesteld aan wetgeving. Hier wordt bedoeld op eisen waaraan kwalitatief hoogwaardige wetgeving dient te beantwoorden. Deze eisen worden ook nader bepaald door het programma Beter Geregeld en Andere Overheid².

Bij deze artikelgewijze toetsing aan de kwaliteitseisen voor wetgeving, wordt gekeken naar de volgende kenmerken:

- Functionaliteit, wordt er een functie gediend of is hier slechts sprake van symbolisch recht?
- Rechtszekerheid en gelijkheid, wordt het juistabelen duidelijk wat de normstelling is en gelden gelijke normen?
- Voorspelbaarheid, is het gedrag van de overheid met de wet gebonden en in te schatten?
- Uitvoerbaarheid, in hoeverre is de wet ook praktisch uitvoerbaar, mede tegen de achtergrond van de (administratieve) belasting (proportionaliteit) en kunnen actoren de rol spelen die hen wettelijk wordt toebedeeld om de wet te laten werken?
- Afdwingbaar en controleerbaar, zijn er werkbare sancties of andere middelen om naleving af te dwingen en te handhaven en in hoeverre zijn partijen controleerbaar en wordt er rechtsbescherming geboden?
- Subsidiariteit, is er evenwicht tussen gedecentraliseerde verantwoordelijkheden en wettelijke middelen, zowel in de relatie tussen de EU en Nederland als tussen de rijksoverheid en de decentrale overheden?

De gehele wet is getoetst aan de kwaliteitseisen. De knelpunten worden in deze rapportage gepresenteerd.

Studieproces

In September 2004 zijn twee workshops gehouden met het bedrijfsleven, regionale overheden, belangenorganisaties en andere betrokkenen om vragen en knelpunten te identificeren die rond de werking van de Wp 2000 worden ervaren³.

Hierna heeft een uitgebreide literatuurstudie plaatsgevonden, waarbij ook talloze juridische kwesties die tot rechtszaken of tot vragen bij het Ministerie van Verkeer en Waterstaat, IVW, of KpVV (voormalig CVOV) hebben geleid, zijn bestudeerd.

² Beter Geregeld is een programma waarin alle regelgeving van V&W tegen het licht wordt gehouden. Doel hierbij is om te bezien in hoeverre verstarrende en weinig effectieve regelgeving kan worden vervangen door een groter beroep te doen op maatschappelijke krachten. Met dit vernieuwingsprogramma wordt ook invulling gegeven aan de rijksbrede doorlichting van regelgeving als onderdeel van het programma Andere Overheid.

³ Dit heeft geresulteerd in de evaluatieagenda, informatieanalyse en voorstel voor Plan van Aanpak, Oranjewoud, 2004

Aan de hand van enkele casusposities zijn brainstormsessies georganiseerd binnen het Ministerie van Verkeer en Waterstaat. Tevens hebben er gedurende de studie verschillende individuele interviews plaatsgevonden met belanghebbenden en zijn een aantal externe marktconsultaties in groepsverband georganiseerd, om de specifieke juridisch-technische problematiek verder te analyseren. En om de onderlinge versterking te waarborgen en overlap te voorkomen is het onderzoek daarnaast gecoördineerd met het programma Beter Geregeld en Andere Overheid.

Tussen het doelmatigheidsonderzoek en de juridisch-technische toetsing heeft afstemming plaatsgevonden over hoe de beide sporen zich tot elkaar verhouden en waar onderzoeksvragen uiteindelijk beantwoord dienen te worden.

Leeswijzer

Hoofdstuk 2 van dit rapport bevat de toetsing van de voornaamste sturingsinstrumenten van de wet aan geldend en toekomstig recht. Het gaat hier om het vergunningstelsel, de concessiesystematiek, de aanbestedingen en de rijksbijdrage. Bij ieder instrument wordt kort ingegaan op de inhoud en toelichting van de Wp 2000, de relevante toepasselijke of toekomstige wetgeving, waarna een analyse volgt.

Hoofdstuk 3 van dit rapport geeft de toetsing van de Wp 2000 weer aan kwalitatieve kenmerken van wetgeving. De eerste paragraaf gaat in op een aantal algemene thema's die raken aan meerdere artikelen van de wet. Daarna volgt het resultaat van een artikelsgewijze toetsing. De meeste knelpunten rond de kwaliteit van wetgeving zijn gebaseerd op praktische ervaringen met de implementatie, toepassing en handhaving van de wet.

In het laatste hoofdstuk van dit rapport worden algemene conclusies getrokken ten aanzien van de aard van de wet en juridisch-technische werking van de wet. Vervolgens worden er een aantal aanbevelingen gedaan op basis van de analyse en motivering zoals gepresenteerd in deze rapportage. Deze aanbevelingen vormen de ingrediënten voor de hierboven genoemde synthese fase.

In dit verband wordt benadrukt dat het in deze rapportage gaat om een juridisch-technische toetsing van de wet. Analyses en aanbevelingen zijn vanuit dit enge perspectief opgesteld. Pas als de resultaten van de vergelijking tussen wat ooit is beoogd met de wet en wat is bereikt (doelmatigheidstoetsing) in verband worden gebracht met de uitkomst van het onderhavige juridisch-technische onderzoek, kunnen afgewogen verbetervoorstellen voor de wet worden geformuleerd. Dan blijkt bijvoorbeeld pas dat iets wat vanuit de wens tot deregulering zou kunnen worden opgeheven, wellicht heel doelmatig werkt.

2. Rechtstoetsing

.....

2.1 Inleiding

Dit hoofdstuk bevat de toetsing van de voornaamste sturingsinstrumenten van de wet aan geldend en toekomstig recht. Het gaat hier om het vergunningstelsel (§ 2.2), de concessiesystematiek (§ 2.3), de aanbestedingen (§ 2.4) en de rijksbijdrage (§ 2.5). Bij ieder instrument wordt kort ingegaan op de inhoud en toelichting van de Wp 2000 en relevante toepasselijke of toekomstige wetgeving, waarna een analyse volgt.

2.2 Vergunningstelsel

Wet & toelichting Het vergunningstelsel is geïntroduceerd voor de toegang tot het beroep van ondernemer voor het verrichten van personenvervoer per trein en voor het verrichten van collectief personenvervoer – openbaar vervoer anders dan per trein – en besloten busvervoer.

Het vergunningsinstrument wordt gebruikt om te beoordelen of een ondernemer naar behoren zal functioneren en aan de verplichtingen kan voldoen die zijn verbonden aan het krachtens de wet verrichten van zekere activiteiten op de markt. Hiertoe moet de ondernemer aan kwalitatieve eisen van vakbekwaamheid, kredietwaardigheid en betrouwbaarheid voldoen. Aangezien niet de vergunningverlening maar de concessie een marktregulerend instrument is, worden deze kwalitatieve eisen beleidsarm beoordeeld.

Relevante wetgeving Ingevolge Europese wetgeving⁴ worden kwalitatieve criteria gesteld aan de ondernemer in het personenvervoer. Deze criteria betreffen minimale eisen op het gebied van betrouwbaarheid, vakbekwaamheid en kredietwaardigheid.

Analyse In het kader van het Programma Beter Geregeld (deregulering) heeft de Commissie Sorgdrager⁵ over het vergunningstelsel in het beroepsgoederenvervoer haar twijfel uitgesproken over het nut en noodzaak van de Europees voorgeschreven criteria voor vergunningverlening en het vergunningsinstrument als zodanig.

De commissie stelt dat deze vergunningen in haar ogen onvoldoende effectief blijken te werken en dat deze administratieve lasten voor het bedrijfsleven sorteren. De Europese plicht tot vergunningverlening accepteert de commissie als een gegeven, maar zij vindt het nastrevenswaardig dat de hinder van een

⁴ Richtlijn 98/76/EG van de Raad van 1 oktober 1998 tot wijziging van Richtlijn 96/26/EG inzake de toegang tot het beroep van ondernemer van goederen-, respectievelijk personenvervoer over de weg, nationaal en internationaal, en inzake de wederzijdse erkenning van diploma's, certificaten en andere titels ter vergemakkelijking van de uitoefening van het recht van vrije vestiging van bedoelde vervoerondernemers.

⁵ Commissie Sorgdrager in haar eindrapport van 29 juni 2004 met betrekking tot het wetsvoorstel Wet wegvervoer goederen (Wwg).

daaruit volgende vergunningenprocedure zo beperkt mogelijk blijft. Zij kan zich derhalve vinden in een vergunningstelsel, voor zover de Europese eisen laag worden gesteld, zodat nieuwe ondernemers relatief eenvoudig kunnen toetreden.

Analoog aan deze bevindingen dient, even los van de doelmatigheidstoets en de bevindingen daar, ingevolge datzelfde Programma Beter Geregeld, de conclusie getrokken te worden dat zelfregulering van de sector ook in het personenvervoer de doelstelling zou moeten zijn. In dit geval moet het instrument vergunningverlening licht worden aangezet, ook al om zoveel mogelijk administratieve lasten te voorkomen. De functie komt dan met name neer op het garanderen van de vrijheid van vestiging en dienstverlening middels het in de EU onderling erkennen van vergunningen en kwalificaties. De eenwording van een Europese vervoersmarkt is tegelijkertijd ook de belangrijkste legitimatie van de EU om zich op basis van het subsidiariteitsbeginsel te bemoeien met toetredingsdrempels voor het beroep.

Wordt voor bovenstaande functie gekozen, dan dient ook voor vergunningen in het personenvervoer een liberaal en toegankelijk regime te worden bepaald. Dit zou zijn weerslag hebben op zowel de vergunningverlening als de handhaving, en daarmee de uitvoeringshandelingen en –kosten aan zowel de kant van het bedrijfsleven als de overheid. Het is in dit kader nuttig om de afzonderlijke kwalitatieve eisen te belichten.

Zo zou bijvoorbeeld de eis van kredietwaardigheid, die in Nederland hoger ligt dan het Europese minimum⁶, naar beneden bijgesteld kunnen worden. Temeer omdat het maar de vraag is in hoeverre een dergelijke eis werkelijk impact heeft en bijvoorbeeld had kunnen voorkomen dat ondernemers failliet zijn gegaan⁷. Er wordt in de memorie van toelichting van de wet geen bijzondere reden genoemd waarom hier voor een hogere drempel is gekozen. Ook in het beroepsgoederenvervoer geldt de Europese minimum drempel. Een verlaging van deze eis lijkt overigens ook de toegankelijkheid tot het beroep ten goede te komen. Voor het openbaar vervoer geldt bovendien dat concessieverleners tijdens de aanbestedingsprocedure in de prekwificatie van aanbieders additionele financiële eisen kunnen stellen, waardoor beter recht wordt gedaan aan de maatschappelijke risico's van het desbetreffende geval. In vergelijking met besloten vervoer zal, met name door het bij het openbaar vervoer gediende algemeen belang, dat risico extra zwaar wegen.

Ten aanzien van de eis van vakbekwaamheid zou, voor zover dit past binnen het Europese regime, gelijkwaardige, meer algemene opleidingen en diploma's, naast het sector specifieke diploma, kunnen worden erkend.

En voor de eis van betrouwbaarheid worden tegenwoordig de verklaringen van het COVOG (Centraal Orgaan voor Verklaring Omtrent Gedrag) van het Ministerie van Justitie gebruikt. Hiermee wordt een screeningsprofiel per beroepsgroep in stelling gebracht. De uitvoeringsmaatregel die ingevolge de Wp gestalte zou moeten geven aan deze eis, is nog niet ingevoerd.

⁶ In Nederland minimum bedrijfskapitaal van € 36.302,42 vermeerderd met € 4.991,58 voor elk voertuig, en het gehele bedrijfskapitaal van ten minste € 45.378,02 en binnen EU verband minimum bedrijfskapitaal van € 9.000 wanneer een voertuig wordt gebruikt en € 5.000 voor ieder volgend voertuig.

⁷ Uiteindelijke conclusies zijn hier in het bijzonder afhankelijk van de uitkomsten van de met dit onderzoek parallel uitgevoerde doelmatigheidstoetsing.

Handhaving zou kunnen worden beperkt tot die gevallen waaruit blijkt dat de grondslag van goed ondernemerschap vervalt, en minder louter uit hoofde van de vergunningverlening. Hierbij moet overigens worden bedacht dat in de wetgeving die wordt overtreden en waardoor iemand het goed ondernemerschap dreigt te ontvallen, meestal al een sanctionering wordt bepaald. Het zou hier moeten draaien om een onacceptabele cumulatie van overtredingen, waarbij bijvoorbeeld een bedrijf dusdanig stelselmatig de rij- en rusttijden overtreedt – en hiervoor ook steeds wordt beboet –, dat dit het management zou kunnen worden verweten.

Vanuit de sector zijn vaak geluiden te horen dat het verlagen van vergunningsvoorwaarden ten koste zou gaan van de verkeersveiligheid. Hier wordt aangetekend dat verkeersveiligheid reeds uit hoofde van andere regelgeving op het gebied van voertuigen en chauffeurs wordt gesanctioneerd.

2.3 Concessiesystematiek

2.3.1. Aard, domein en inhoud

Wet & toelichting Bij de regulering van het openbaar vervoer is gekozen voor het periodiek betwistbaar stellen van vervoernetwerken middels het aanbesteden van concessies. In de inleiding van de memorie van toelichting van de wet wordt uiteengezet welke overwegingen een rol hebben gespeeld bij de keuze voor concessiesystematiek: de wens dat er samenhang blijft bestaan in het voorzieningenniveau van het openbaar vervoer en het gegeven dat een vervoersnetwerk nu eenmaal bestaat uit rendabele en minder rendabele diensten.

Voor de keuze van de concessiesystematiek in plaats van een systematiek van contractrelaties is doorslaggevend geweest de overweging dat privaatrechtelijke overeenkomsten in zijn algemeenheid slechts de contractpartijen binden en geen externe werking hebben. Derden zijn doorgaans niet gebonden aan de contractuele afspraken tussen partijen. De exclusiviteit die aan de concessie is verbonden – onder andere tot uiting komend in een verbod aan anderen dan de concessiehouder om openbaarvervoer te verrichten – en de handhaving daarvan kunnen niet bereikt worden door het sluiten van een exclusieve privaatrechtelijke overeenkomst met een vervoerder.

Relevante wetgeving Europese sector specifieke regelgeving met betrekking tot openbare dienst contracten in het vervoer heeft directe werking⁸. Om eerlijke concurrentie en transparantie te bevorderen worden er enkele elementen voor het openbare dienstcontract voorgeschreven:

- Aard van de service, met name continuïteit, frequentie, capaciteit, kwaliteit;
- Prijs van de service;
- Regels met betrekking tot aanpassen van het contract;

⁸ Verordening 1191/69 van 26 juni 1969 betreffende het optreden van de Lid-Statens ten aanzien van met het begrip openbare dienst verbonden verplichtingen op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren, met verordening 1893/91 van 20 juni 1991 tot wijziging van deze Verordening

-
- Geldigheidsduur;
 - Strafbepalingen bij niet nakomen van het contract.

Vervolgens worden de volgende contractselementen als facultatief opgesomd:

- Diensten die voldoen aan vastgestelde eisen van continuïteit, frequentie, capaciteit, kwaliteit;
- Additionele vervoersdiensten;
- Vervoersdiensten onder bepaalde prijzen of condities;
- Aanpassingen van diensten aan werkelijke behoeften.

Reeds geruime tijd is er nieuwe Europese wetgeving in voorbereiding om het bovenstaande regime aan te passen⁹. De voornaamste motivatie hiervoor is om, naast het voorschrijven van openbare dienstcontracten in het personenvervoer, ook te zorgen dat deze op een eerlijke en transparante wijze worden gegund.

In de huidige versie zijn de voornaamste aanpassingen ten aanzien van het contract:

- De maximale contractsduur, gesteld op 8 jaar voor busdiensten en 15 jaar voor railgebonden modaliteiten, met de mogelijkheid van een verlengde contractperiode bij investeringen.
- Bij geïntegreerde contracten is de modaliteit die meer dan 50% van de waarde vertegenwoordigd bepalend voor de contractperiode.
- Overgang van personeel bij contractovergang kan worden verlangd.

Analyse

Volgens de wet wordt de concessie beschouwd als een beschikking waaraan de wettelijke plicht tot nakoming is gekoppeld. Dit staat overigens overleg en onderhandeling bij verlening niet in de weg. Hoewel met deze aanbod en aanvaarding een overeenkomst lijkt te worden afgesloten, kiest de wetgever toch voor de figuur van concessie. Dit vanwege het beschikkingskarakter, waardoor de concessie ook jegens derden geldt¹⁰.

Toch lijkt dit onvoldoende recht te doen aan de tweezijdigheid van de rechtsbetrekking, die in essentie bestaat uit het verschaffen van een exclusief recht tegenover de plicht tot algemene dienstverlening. Uit dit laatste volgt logischerwijs dat zaken die voortvloeien uit het karakter van de openbare dienst, zoals eisen aan toegankelijk en schoon openbaar vervoer, zondermeer in de concessie moeten worden opgenomen.

Als praktisch bezwaar tegen de figuur van concessie geldt dat het hiermee gepaard gaande toepasselijke bestuursprocesrecht niet geheel is toegesneden op de tweezijdige aard van de rechtsbetrekking. In beroep bij de bestuursrechter kan de concessiehouder alleen vernietiging van een appellabel Awb-besluit bereiken. Dit, terwijl in de tweezijdigheid nu juist behoefte bestaat aan andere vorderingen, zoals nakoming van de concessie, wijziging of ontbinding van de concessie in geval van onvoorziene omstandigheden of tot schadevergoeding.

Overeenkomst naast de concessie

Veel concessieverleners plegen reeds nu al publiekrechtelijke zaken als de verplichting tot

⁹ (Ontwerp) Verordening van het Europese Parlement en de Raad betreffende het optreden van de lidstaten ten aanzien van openbare-diensteisen en de gunning van openbare dienstcontracten op het gebied van het personenvervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren

¹⁰ Het beestje bij zijn naam noemen: de concessie, een publiekrechtelijke overeenkomst? M.B. Nijhof

dienstverlening en het exclusieve recht met derden werking binnen de concessie te regelen, en de overige afspraken in een privaatrechtelijke overeenkomst onder burgerlijk recht te plaatsen. Deze laatste overeenkomst wordt ook vaak gebruikt om vertrouwelijke en concurrentiegevoelige informatie in onder te brengen.

Ten aanzien van de Europese wetgeving die thans van kracht is, lijkt het verkrijgen van voldoende inzicht ten behoeve van de handhaving essentieel om te bepalen in hoeverre subsidies geoorloofd worden aanwend. Daarbij is het van belang dat de openbare dienst die wordt verricht ook werkelijk de compensatie vergt die daar tegenover staat. Dit inzicht kan worden verschaft door transparante concessies en contracten, waarin zaken als de dienstverplichting en de gelieerde compensatie en de contractperiode helder zijn gesteld.

Alhoewel het verder nog onduidelijk is wanneer en in welke vorm dit kracht van wet krijgt, zijn een aantal concepten van de genoemde ontwerp verordening over openbare dienstcontracten interessant genoeg, om te bekijken of er reeds nu afstemming met de wet nodig is.

Hierbij gaat het met name om de concessieperiode, voor tram en metro, op te rekken naar een maximale periode van 15 jaar (vanwege afschrijvingsperiode in geval van investeringen door concessiehouder) en bij geïntegreerde contracten (bus en spoor) de genoemde omzet regeling toe te passen, bij het vaststellen van de mogelijke contractduur¹¹. Hiermee wordt verder tegemoet gekomen aan de wens van overheden en vervoerbedrijven om meer flexibiliteit in te bouwen in het te hanteren aanbestedingsinstrument¹². Het valt te verwachten dat hierdoor minder beroep hoeft te worden gedaan op een ontheffing van de maximale concessieduur bij tram en metro.

2.3.2. Overgang werknemers

Wet & toelichting Binnen deze sector is, zeker in het begin, regelmatig sprake van overgang van personeel met publiekrechtelijke regelingen over arbeidsvoorwaarden naar de privaatrechtelijke arbeidsovereenkomst. Daarnaast is er de bijzondere omstandigheid dat marktwerking wordt geïntroduceerd in een sector die daar niet eerder mee te maken heeft gehad. Dit vormt reden om gedurende de periode van 10 jaar van overgang naar de situatie van onderlinge concurrentie, zeker te stellen dat deze concurrentie niet op collectieve arbeidsvoorwaarden plaats zal vinden, en het personeel in beginsel wordt overgenomen. Na de overgangperiode waarin de bedrijfstak heeft leren omgaan met concurrentie, gelden de reguliere wettelijke voorwaarden.

Relevante wetgeving De bepalingen 7:662 en 7:663 van het BW, die inhouden dat bij overgang van een onderneming de rechten en verplichtingen uit een arbeidsovereenkomst overgaan van de oude werkgever op de verkrijger.

Analyse De personeelsparagraaf heeft het karakter van een overgangsmaatregel. In principe wordt de werking op 31 december 2010 beëindigd. Hierna gelden de

¹¹ De maximale concessieduur voor bus is met een recent wetsvoorstel tot wijziging van de Wet personenvervoer 2000 in verband met de aanbestedingsverplichting in het (streek) OV en een bijbehorend ontheffingenregime reeds verhoogd van 6 naar 8 jaar. Verwacht wordt dat dit medio 2006 kracht van wet krijgt.

¹² Kabinetsstandpunt Aanbestedingen Stads- en Streekvervoer.

reguliere wettelijke voorwaarden, waaruit voort lijkt te vloeien dat werknemers bij overgang van de concessie in principe niet mee overgaan. De verbetering van efficiency die wordt beoogd met de aanbestedingen lijkt hiermee te worden gediend.

Men kan zich de vraag stellen in hoeverre de sectorspecifieke personeelsparagraaf in de Wp 2000 noodzakelijk is tegen de achtergrond van de bepalingen in het BW. Wordt er teruggevallen op de reguliere wetgeving, dan zou op het eerste gezicht namelijk de concessieovergang kunnen worden gezien als overgang van een onderneming in de zin van het BW. Bij overgang van ondernemingsactiviteiten, waarbij de identiteit van de activiteiten dezelfde blijft, gaat in het algemeen het bij die activiteit betrokken personeel mee over. In hoeverre er sprake is van overgang van een onderneming wordt binnen het BW echter bepaald door omstandigheden als overgang bedrijfsmiddelen of personeel, die in gezamenlijkheid of afzonderlijk bepalend zijn. Het is echter niet van tevoren vast te stellen of een concessieovergang kan worden aangemerkt als een overgang van een onderneming. Dit zal eerder uitzondering dan regel zijn, als bijvoorbeeld bedrijfsmiddelen als bussen of trams mee overgaan.

Andere verschillen voortvloeiend uit de toepasselijkheid van het BW op de overgang van de concessie zijn:

- Geen bescherming aan ambtenaren van een gemeentelijk vervoerbedrijf.
- Niet geregeld welk deel van het personeel overgaat indien slechts een deel van een afdeling, dat als zelfstandige eenheid kan functioneren, wordt overgedragen.
- Niet alleen de arbeidsvoorwaarden uit de CAO en de bedrijfsregelingen gaan over, maar ook rechten uit de individuele arbeidsovereenkomst of bedrijfsregelingen, die niet rechtstreeks te herleiden zijn tot die CAO of bedrijfsregelingen.

Concluderend kan worden gesteld dat de sectorspecifieke personeelsparagraaf noodzakelijk is om de overgang van werknemers binnen de concessiesystematiek te garanderen. Het BW biedt immers niet de bescherming die de huidige personeelsparagraaf werknemers in de sector biedt. Maar of het nu op de Wp 2000 of het BW wordt gebaseerd, bescherming lijkt niet te stroken met de uiteindelijke doelstelling van de wet, om via marktwerking tot efficiency te komen¹³. In dit opzicht zou, met het definitief uitzonderen van één van de voornaamste productiemiddelen (arbeid), de impact van de aanbestedingen belangrijk verminderen. Zowel aan de kostenkant, als in relatie tot de prikkel om beter te presteren, waaraan uiteindelijk management én personeel bloot gesteld zouden moeten worden.

Bovendien blijkt de geboden bescherming relatief. De ervaring leert dat kort na elke aanbesteding, zowel bij de oude als de nieuwe concessiehouder sprake is van ingrijpende reorganisaties¹⁴. Daarnaast, en dit lijkt inconsistent, valt het ook niet te verwachten dat, bij overdracht van een concessie tijdens de looptijd en dus niet bij tussentijdse overgang van de concessie, er een beroep openstaat op basis van de wet of het BW. De Wp 2000 ziet immers alleen op het moment van

¹³ Uiteindelijke conclusies zijn hier in het bijzonder afhankelijk van de uitkomsten van de met dit onderzoek parallel uitgevoerde doelmatigheidstoetsing.

¹⁴ Reactie op concepteindrapport Evaluatie Aanbesteding OV-concessies, CNV BedrijvenBond 2004.

overgang van de concessie naar aanleiding van een aanbesteding. Met betrekking tot het BW is, zoals hierboven reeds aangegeven, het de vraag of er tevens sprake is van overgang van bedrijfsmiddelen en personeel.

Gelet op de oorspronkelijke doelstelling van de personeelsparagraaf zouden, bij het aflopen van deze paragraaf, ambtenaren die werkzaam zijn voor GVB's nog rechtsbescherming geboden kunnen worden, tot verzelfstandiging daadwerkelijk een feit is. Daarna zullen op zijn minst nieuw personeel onder een nieuw regime en CAO kunnen gaan vallen.

2.4 Aanbestedingen

Wet & toelichting Het betwistbaar stellen van vervoernetwerken geschiedt middels aanbestedingen. Volgens de memorie van toelichting van de wet heeft aanbesteding van openbaar vervoer als kenmerk dat meerdere vervoerondernemingen met elkaar concurreren teneinde de concessie voor het betreffende vervoersnetwerk te verwerven.

In de wet is een aanbestedingsplicht (art. 61 en 63 Wp 2000) opgenomen en is bij algemene maatregel van bestuur de Richtlijn Diensten¹⁵ van toepassing verklaard (art. 49 Wp 2000 en art. 37 Bp). Recentelijk is de invoering van een ontheffing van de aanbestedingsplicht, die in het bijzonder wordt ingevoerd om innovaties in het openbaar vervoer mogelijk te maken, voorgesteld, welke medio 2006 kracht van wet zou moeten krijgen¹⁶.

Relevante wetgeving In de wet is aansluiting gevonden bij de aanbestedingsprocedure, zoals deze is te vinden in de Europese Richtlijn Diensten. Volgens de memorie van toelichting is hiervoor om de volgende redenen gekozen:

- Heldere en eenduidige spelregels, voldoende vrijheid voor aanbestedende overheid om de procedure in te richten.
- Aanbesteding van contracten voor openbaar vervoer valt reeds onder de Richtlijn Diensten.
- Aanbestedende overheden zijn reeds bekend met de regels van Richtlijn Diensten.

Wel zijn er een aantal uitzonderingen gemaakt op de richtlijn (art.37 lid 3 Bp). Zo is het beperkte aanbestedingsregime, zoals in deze richtlijn is opgenomen, niet toegestaan. Ook is geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om de concessieovereenkomst voor diensten uit te sluiten. Een dergelijke overeenkomst heeft dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor diensten, met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de te verlenen diensten bestaat uit hetzij het uitsluitende recht de dienst te exploiteren, hetzij uit dit recht gepaard, gaande met een prijs.

¹⁵ Richtlijn nr. 92/50 van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening.

¹⁶ Wetsvoorstel tot wijziging van de Wet personenvervoer 2000 i.v.m. de aanbestedingsverplichting in het (streek) OV en een bijbehorend ontheffingenregime.

Sector specifieke Europese regelgeving over het uitzetten van opdrachten in het openbaar vervoer is direct van toepassing op de wijze van financieel compenseren voor openbare dienstverlening¹⁷. Zoals eerder aangegeven is een aanpassing van deze verordening, die meer nog ziet op een eerlijke en transparante wijze van aanbesteden, in voorbereiding. Ten aanzien van het aanbesteden wordt het volgende voorgesteld:

- Contractstoewijzing geschiedt in principe via een open, transparante, gelijke en niet-discriminatoire aanbesteding.
- Directe toewijzing is mogelijk bij een contract van een waarde van minder dan € 1 miljoen of welke een kilometrage van minder dan 300 000 vertegenwoordigt.
- Directe toewijzing is mogelijk bij contracten voor lange afstanddiensten over het spoor.
- Directe toewijzing is mogelijk bij contracten aan eigen – geïntegreerd onderdeel van een overheid – vervoersdiensten.
- Directe toewijzing is mogelijk als noodmaatregel.

Analyse

In de toekomst is men op Europees niveau voornemens om ook de contractstoewijzing in het openbaar vervoer via een open, transparante, gelijke en niet-discriminatoire aanbesteding te laten verlopen. Tot op heden geniet het openbaar vervoer een uitzonderingspositie op basis van het Europese Verdrag.

Dit impliceert voor Nederland dat de Richtlijn Diensten – en de aanstaande aanpassing hiervan – in de toekomst onverkort van toepassing is op concessies uit de wet. Hiervoor is dus geen nationale wettelijke van toepassing verklaring meer nodig.

Het uitgangspunt dat er vanuit mag worden gegaan dat de Europese aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing zijn op concessies zoals bedoeld onder de wet, vanwege hun huidige uitzonderingspositie in het Europese recht, lijkt achterhaald door de jurisprudentie en de uitleg en interpretatie die de Europese Commissie daaraan geeft¹⁸.

De concessie zoals wij die in de Nederlandse wet kennen, wordt in Europees recht namelijk gezien als overheidsopdracht. Bij een concessie in Europese zin wordt er vanuit gegaan dat de tegenprestatie voor het uitvoeren van de dienst niet uit een som geld, maar uit het recht op exploitatie (bijvoorbeeld van een mijn) van de dienst bestaat. Volgens de Europese Commissie vormen de economische risico's een belangrijk element voor het onderscheid tussen concessies en overheidsopdrachten. Wil er sprake zijn van een concessie, dan moet een wezenlijk gedeelte van het exploitatierisico zijn overgedragen¹⁹.

Aangenomen kan worden dat in Nederland, gelet op het hoge niveau van de subsidies in het openbaar vervoer, dit in zijn algemeenheid niet het geval is. Er dient hier uiteraard per geval telkens weer rekening te worden gehouden met de specifieke risicoverdeling.

¹⁷ Verordening 1191/69 van 26 juni 1969 betreffende het optreden van de Lid-Staten ten aanzien van met het begrip openbare dienst verbonden verplichtingen op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren, met verordening 1893/91 van 20 juni 1991 tot wijziging van deze Verordening.

¹⁸ Interpretatieve mededeling over concessieovereenkomsten in het communautaire recht, gepubliceerd Pb. EG 2000, C121.

¹⁹ A.G. Fennelly in zijn conclusie van 18 mei 2000 in zaak C-324/98, Telaustria.

Uit het Kabinetsstandpunt Aanbestedingen Stads- en Streekvervoer van November 2004 blijkt dat de aanbestedingsplicht, die uiteindelijk ook zal gaan gelden voor GVB vervoer, door zowel de decentrale overheden als de openbaar vervoer sector als rigide wordt ervaren. Er wordt zelfs gevraagd om vrijheid om zelf te kunnen kiezen tussen openbare aanbesteding of onderhandse gunning van concessies. Los van het feit dat het kabinet dit te ver vindt gaan, lijken bovenstaande Europese ontwikkelingen rond de toepassing van aanbestedingsregels en de status van de concessie, deze weg in beginsel uit te gaan sluiten.

Hierbij moet worden aangetekend dat met de Richtlijn Diensten, en het uitzonderen van het beperkte aanbestedingsregime, voor een betrekkelijk strikt stelsel van aanbestedingen is gekozen. Europees wordt eigenlijk meer ruimte geboden. Zo zouden concessieovereenkomsten voor diensten kunnen worden uitgezonderd en voor aanbestedingen binnen spoor, via het beperkte aanbestedingsregime, voor een flexibelere aanbestedingsmethode kunnen worden gekozen. Voor bepaalde gevallen zou ook de nu uitgesloten Richtlijn Nutsector een flexibeler regime bieden.

Tenslotte kunnen de volgende conclusies worden getrokken uit de genoemde op handen zijnde aanpassing van Europese wetgeving:

- Thans gelden de aanbestedingsdrempels²⁰ van de aanbestedingsrichtlijn diensten die, gelet op de waarde van de contracten, binnen de sector als laag worden ervaren. Met name tegen de achtergrond van de kosten die zijn gemoeid bij het organiseren van een aanbestedingsprocedure conform Europese regels. Mede hierom wordt er in de Europese sectorspecifieke ontwerp wetgeving voorgesteld om hogere aanbestedingsdrempels mogelijk te maken. Toepassing van deze drempels in Nederland zou het regime versoepelen waardoor meer rekening wordt gehouden met de transactiekosten die een aanbesteding met zich meebrengt.
- Tevens zou de mogelijkheid om ten tijde van een noodgeval, als gevolg van bijvoorbeeld een faillissement van een vervoerder, directe toewijzing mogelijk te maken voor een bepaalde periode. De huidige wet voorziet hierin door na faillissement verklaring de vergunning over te laten dragen of door de curator de onderneming vooralsnog voort te laten zetten. Is er echter geen interesse in het voortzetten, of na afronding van het faillissement door de curator, dan zou een directe toewijzing nog mogelijk moeten zijn. Hierdoor wordt de concessieverlener in staat gesteld een nieuwe aanbestedingsronde te organiseren.
- Het onlangs voorgestelde ontheffingsregime van de aanbestedingsplicht ontbeert een soortgelijke bepaling in de Europese aanbestedingsregelgeving. De vraag is nu in hoeverre hier in Nederland op langere termijn aan vast kan worden gehouden, als Europees gezien openbaar vervoercontracten zondermeer aanbesteed moeten worden. Los van een eventuele strijdigheid met Europese regelgeving, lijkt het nu al van belang om de ontheffing verder te operationaliseren en eenduidige en heldere criteria te formuleren voor die gevallen dat de beperking van de mededinging middels een ontheffing geoorloofd is.

²⁰ Drempelbedrag diensten 2004 – 2005 voor de categorie andere overheden € 236 945,- excl. BTW.

Mogelijk biedt voor dit laatste geval van ontheffingen de nieuwe geïntegreerde Europese aanbestedingsregelgeving, die de bestaande richtlijnen zal vervangen, meer mogelijkheden²¹. Onder dit regime, dat uiterlijk 31 januari 2006 geïmplementeerd dient te zijn in Nederland, kan innovatie worden uitgelokt langs de speciale procedure van de concurrentiegerichte dialoog. Hieronder kunnen, tijdens de aanbestedingsprocedure, partijen worden uitgenodigd om met betrekking tot een dienst met ideeën te komen, waarna de uitvoering van de dienst kan worden aanbesteed. Voor de toepassing moet wel sprake zijn van bijzonder complexe opdrachten waarbij naar het oordeel van de aanbestedende dienst de toepassing van de openbare dan wel niet-openbare procedure het niet mogelijk maakt de opdracht te gunnen. Richtlijn 2004/18/EG stelt overigens nog additionele voorwaarden waaronder toepassing plaats kan vinden.

2.5 Rijksbijdrage

Wet & toelichting In de wet wordt titel 4.2 van de Awb over subsidies van toepassing verklaard op de bijdrage voor exploitatie van openbaar vervoer. Op sommige punten is hierop in de wet een specifieke voorziening getroffen. Dit geldt met name voor de wijze waarop in de wet de verlening en vaststelling van de bijdrage afhankelijk kan worden gemaakt van de mate waarin het openbaar vervoer is aanbesteed of indien er sprake is van gewijzigd gebruik van openbaar vervoer.

Relevante wetgeving Binnen Nederlandse wetgeving wordt de rijksbijdrage vanaf 2005 geregeld door de Wet BDU. Doelmatigheid van de uitgaven in een bepaalde regio en de aansluiting tussen het BDU-bestedingsplan en de uitgaven in die regio behoren uitsluitend tot de competentie van provincies en kaderwetgebieden. De Minister legt via de monitor Nota Mobiliteit verantwoording af.

Ook de Europese wetgeving ziet op de rijksbijdrage. Het gaat hier dan over de subsidie die overheden mogen verstrekken in het openbaar voer en de wijze waarop deze moet worden bepaald. Ingevolge deze Europese regelgeving²² rond het openbare dienstcontract wordt het bedrag van de subsidie gelijk gesteld aan het verschil tussen de vermindering van de lasten en de vermindering van de ontvangsten der onderneming die tijdens de in aanmerking genomen periode uit de volledige of gedeeltelijke opheffing van de betrokken dienstverplichting kunnen voortvloeien.

Indien de berekening van de economische nadelen evenwel is geschied door de totale door de onderneming uit hoofde van haar vervoersactiviteit gedragen kosten te verdelen over de verschillende onderdelen van deze vervoersactiviteit, is het bedrag van de subsidie gelijk aan het verschil tussen de kosten die verband houden met dat deel van de activiteit der onderneming, waarop de openbare dienstverplichting betrekking heeft, en de overeenkomstige ontvangsten.

²¹ Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.

²² Verordening 1191/69 van 26 juni 1969 betreffende het optreden van de Lid-Staten ten aanzien van met het begrip openbare dienst verbonden verplichtingen op het gebied van het vervoer per spoor, over de weg en over de binnenwateren, met verordening 1893/91 van 20 juni 1991 tot wijziging van deze Verordening

Ook als de subsidie niet onder de verordening valt zal, indien een overheidsmaatregel te beschouwen is als een reële subsidie aan een onderneming voor het uitvoeren van een openbare dienstverplichting, en deze onderneming daardoor geen financieel voordeel ontvangt en daardoor niet in een gunstiger mededingingspositie wordt gebracht, de maatregel niet als verboden staatssteun worden aangemerkt, indien aan de volgende voorwaarden wordt voldaan²³:

- de begunstigde onderneming moet daadwerkelijk belast zijn geweest met de uitvoering van de openbare dienstverplichting en die verplichtingen moeten duidelijk afgebakend zijn;
- de parameters aan de hand waarvan de subsidie wordt berekend moeten vooraf objectief en doorzichtig zijn vastgesteld;
- de subsidie mag niet hoger zijn dan nodig om de openbare dienstverplichtingen te dekken, rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst;
- als de uitvoering van de openbare dienstverplichtingen niet is aanbesteed, moet de noodzakelijke subsidie worden vastgesteld aan de hand van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou hebben gemaakt om de openbare dienstverplichtingen uit te voeren, daarbij rekening houdend met de opbrengsten en een redelijke winst uit de uitoefening van deze verplichtingen.

Analyse

Met de invoering van de Wet BDU is het hoofdstuk over de rijksbijdrage voor de exploitatie van het openbaarvervoer onder de Wp 2000 komen te vervallen. Deze bijdrage maakt immers deel uit van de BDU verkeer en vervoer. Hiermee wordt dus verder inhoud gegeven aan het decentraliseren van verantwoordelijkheden, door lagere overheden te belasten met de allocatie van financiële middelen ten aanzien van verkeer en vervoer en de rekenschap daarover. De relatie tussen centrale overheid en het collectief personenvervoer wordt meer indirect. Sturingsinstrumenten als het buiten beschouwing laten van gebruik van openbaar vervoer bij de berekening van de rijksbijdrage, in stelling te brengen als bijvoorbeeld onvoldoende wordt aanbesteed door de decentrale overheden, komen hiermee te vervallen. De consequentie hiervan is dat de centrale overheid langs de wet nog maar een beperkte invloed zou moeten willen hebben op het openbaar vervoer.

Met de Europese regelgeving en de jurisprudentie is een kader geschapen over de wijze waarop subsidies in het openbaar vervoer kunnen worden aangewend. Nog steeds bevindt dit vervoer zich hier in een uitzonderingspositie ten aanzien van de mededingingsregels, maar ten behoeve van de eerlijke concurrentie worden eisen als transparantie en proportionaliteit van middelen en de verantwoording hierover steeds strikter.

Dit betekent dat, met name als decentrale overheden niet tot aanbesteding overgaan, binnen de concessie door de verlener en de houder, inzichtelijk dient te worden gemaakt dat hier toch sprake is van een verantwoorde inzet van financiële middelen. Maar ook indien is aanbesteed zal oneigenlijk gebruik van subsidies of het (om-niet) ter beschikking stellen van andere middelen voorkomen moeten worden.

²³ Altmark arrest

Hoewel de WP 2000 lijkt uit te gaan van marktpartijen die, bij vermeende onoorbare concurrentie de gang naar de rechter wel kunnen vinden, is het in de praktijk de vraag of dit gebeurt. Het vergt immers volledige openheid en transparantie, waardoor bij het bedrijfsleven voldoende inzicht bestaat in hoeverre (financiële) middelen eerlijk worden aangewend. Onder de huidige marktomstandigheden, met een zekere mate van concentratie en substantiële deelname van publieke vervoerbedrijven binnen een onbetwistbare markt, lijkt dit (nog) niet het geval. Daarnaast zullen, ook onder volledige transparantie, bedrijven in voorkomende gevallen, en gelet op hun belangen, afzien van een wellicht tijdrovende en kostbare civiele gerechtelijke procedure. De complexiteit van financiële relaties en de relatieve belangen van partijen pleiten dus, naast de zelfregulering in de markt, voor een actieve publiekrechtelijke handhaving.

3. Kwaliteitstoets

.....

3.1 Inleiding

Dit hoofdstuk geeft de toetsing van de Wp 2000 weer aan kwalitatieve kenmerken van wetgeving. De eerste paragraaf (§ 3.2) gaat in op een aantal algemene thema's die raken aan meerdere artikelen van de wet. Daarna volgt het resultaat van een artikelsgewijze toetsing (§ 3.3). Hierbij zijn alle artikelen van de wet onder de loep genomen en is gekeken naar ervaringen rond hun werking. Hieronder worden de meest belangwekkende conclusies ten aanzien van afzonderlijke artikelen getrokken. De meeste knelpunten rond de kwaliteit van wetgeving zijn gebaseerd op praktische ervaringen met de implementatie, toepassing en handhaving van de wet.

3.2 Algemene thema's

3.2.1. Experimenten en ontheffingen & legitimiteit

Wet & toelichting Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen regels worden gesteld ten behoeve van experimenten met openbaar vervoer voor een periode van ten hoogste zes jaar. Daarbij kan worden afgeweken van een limitatief aantal bepalingen van de wet, zoals de concessie- en aanbestedingsplicht.

Daarnaast is er een wetsvoorstel²⁴ neergelegd om ontheffingen van de aanbestedingsplicht mogelijk te maken ten behoeve van innovaties, die anders niet tot stand zouden komen en voor overgangssituaties als concessie-indeling.

Analyse Bij de totstandkoming van de wet heeft de Raad van State in zijn advies²⁵ aangegeven zich voor te kunnen stellen dat er met de mogelijkheid van experimenten tegemoet wordt gekomen aan de behoefte aan flexibel beleid dat inspeelt op maatschappelijke ontwikkelingen. De Raad is echter van mening dat hier niet wordt voldaan aan het legaliteitsbeginsel, doordat de regelgevende bevoegdheid wordt gedelegeerd aan een lager niveau, waarbij de mogelijkheid wordt geboden af te wijken van een wet in formele zin. Hiermee zou het primaat van de wetgever, en daarmee de rechtsgelijkheid en rechtszekerheid, in het gedrang komen.

Aangezien er van een aantal fundamentele verplichtingen kan worden afgeweken, zou het legitimiteitsbeginsel worden gediend als de wet nader preciseert wanneer er sprake kan zijn van een uitzonderingspositie in de vorm van een experiment. Temeer omdat het zou gaan om innovatieve concepten, voor situaties die door de ontwikkelingen van de markt voor openbaar vervoer

²⁴ Wetsvoorstel tot wijziging van de Wet personenvervoer 2000 i.v.m. de aanbestedingsverplichting in het (streek) OV en een bijbehorend ontheffingenregime.

²⁵ Advies Raad van State d.d. 28 augustus 1998.

worden veroorzaakt en die tevoren niet door de wetgever zijn onderkend dan wel tevoren niet nauwkeurig zijn aan te geven.

Het is bovendien de vraag hoe het experiment zich verhoudt tot de voorgenomen invoering van een ontheffing van de aanbestedingsplicht. Deze wordt namelijk ook in het bijzonder ingevoerd om innovaties in het openbaar vervoer toe te passen, en lijkt daarmee hetzelfde doel te dienen als het experiment.

3.2.2. Ontwikkefunctie & rechtszekerheid

Wet & toelichting Binnen het huidige stramen van de wet bepaalt de overheid de strategie met betrekking tot het openbaar vervoer. Hier wordt gestalte aan gegeven door de concessie, waarmee de uitvoeringsfunctie van het vervoer bij het bedrijfsleven wordt gelegd. Volgens de memorie van toelichting van de wet hoort de ontwikkelingsfunctie, waaronder onder andere het beleid ten aanzien van de tarieven, de lijnvoering, de dienstregeling en het voertuigtype, bij de vervoerder te liggen. Vanwege het feit dat de scheidslijn met de uitvoeringsfunctie lastig is te trekken en omdat concessieverleners wellicht stapsgewijs willen groeien in de aanbesteding, staat het bevoegde overheden vrij om te bepalen of naast de uitvoeringsfunctie ook de ontwikkelingsfunctie wordt aanbesteed en zo tot de verantwoordelijkheid van de vervoerder behoort.

Analyse In de praktijk is met name onduidelijkheid ontstaan over waar nu de verantwoordelijkheid over het vaststellen van de dienstregeling komt te liggen. Expliciet wordt dit niet in de wet bepaald, impliciet zou uit het feit dat het de concessiehouder is die advies moet aanvragen inzake de wijziging van de dienstregeling, kunnen worden opgemaakt dat het hiermee niet meer aan de concessieverlener is. Dit wordt bevestigd in een uitspraak van het CBB van 9 oktober 2002, waar ook wordt aangegeven dat uit de geschiedenis van de wet uitdrukkelijk kan worden opgemaakt dat het de vervoerder is, die de dienstregeling vaststelt.

De rechtsonzekerheid rond de positionering van de ontwikkelingsfunctie is mede ontstaan doordat partijen in de praktijk tot passende afspraken wensen te komen, zonder verplicht te worden ten aanzien van bijvoorbeeld de dienstregeling. De ontwikkelingsfunctie, met de dienstregeling, zondermeer overhevelen naar de concessiehouder suggereert een bepaalde risicoverdeling, die in de praktijk niet vast blijkt te liggen, maar erg afhangt van de omstandigheden van het geval. Verantwoordelijkheid over de ontwikkelingsfunctie zou bijvoorbeeld gedurende de looptijd van de concessie ook kunnen verschuiven op basis van een veranderd onderling vertrouwen.

Ontwikkefunctie in Londen

Sinds 1986 is er voor het openbaar vervoer buiten Londen open concurrentie geïntroduceerd. Voor Londen heeft men voor een ander regime gekozen, waarbij er sprake is van aanbesteding. Het vroegere busbedrijf London Transport, feitelijk een gemeentelijk vervoerbedrijf, heeft nu de ontwikkelingsfunctie onder zich en stelt tarieven en dienstregeling vast. De exploitatie van het busvervoer wordt per lijn aanbesteed.

In de eerste 10 jaar na de veranderde wetgeving is een afname van de exploitatiekosten per voertuigkilometer met 45% en van de subsidie per reiziger met 79% gerealiseerd. Tegelijkertijd zijn er 25% meer voertuigkilometers (meer OV aanbod) en 8% meer reizigers. Er is overigens wel sprake van een tariefstijging van 37% in die 10 jaar. In de rest van Groot-Brittannië waren er fors mindere resultaten.

Concluderend is het, mede onder de gedecentraliseerde bevoegdheden, van belang partijen volledige contractsvrijheid te geven. Hierbij moet wel worden aangetekend dat, en hier wordt later op teruggekomen, het meer optimaal is om sommige eisen centraal vast te leggen (bijvoorbeeld toegankelijkheidseisen). Genoemde contractsvrijheid betekent dat er wettelijk geen verantwoordelijkheden – inclusief ontwikkelingsfunctie – kunnen worden toegewezen aan één van de partijen. Ook al omdat de grens tussen dienstregeling en de overige taken die onder de ontwikkelingsfunctie vallen, lastig is te trekken. Nu is het onduidelijk in welke mate de concessieverlener voorwaarden kan stellen aan de door de vervoerder vast te stellen dienstregeling. Wet en toelichting zouden hier eenduidig over moeten zijn, zodat ook rechters weten, wat de intentie van de wetgever was, bij een eventuele aanpassing van de wet.

3.2.3. Positie reiziger & rechtsbescherming

Wet & toelichting De hoofdlijn voor de reizigersbescherming is zelfregulering binnen wettelijke kaders, waarbinnen producenten en consumenten (vervoerders en reizigers) onderling de zaken regelen.

Voordat een concessie wordt verleend of gewijzigd, pleegt de concessieverlener overleg en vraagt advies aan consumentenorganisaties. Voorts informeert de concessieverlener ten minste eenmaal per jaar de consumentenorganisaties over maatregelen die door hem zijn genomen en die de belangen van de reiziger raken.

De concessiehouder vraagt tenminste eenmaal per jaar advies aan consumentenorganisaties over de door de concessiehouder voorgenomen wijziging van dienstregeling, het tarief en overige in de concessie geregelde onderwerpen.

Gelet op de ongelijkwaardige positie van beide partijen zijn de randvoorwaarden er vooral op gericht de invloed en de rechten van de consumenten te versterken.

Dit is onlangs ook gebeurd middels de invoering van de Concessiewet. Hierdoor moet de overheid nu tijdig consumentenadvies aanvragen en aangeven op welke wijze hieraan gevolg wordt gegeven. Advisering aan de concessiehouder

is nu gekwalificeerd, waardoor deze laatste besluiten die afwijken van een advies moet motiveren, wat weer ter toetsing aan de rechter kan worden voorgelegd.

Analyse

Onder de Wp 2000 zien consumentenorganisaties het als een grote winst dat reizigersinspraak een wettelijke basis heeft gekregen²⁶. In principe staat tegen besluiten van decentrale overheden, zoals vaststelling van een Programma van Eisen (PvE) of het verlenen van een concessie, via de AwB bezwaar en beroep open.

Desalniettemin wordt aangegeven dat de situatie nog voor verbetering vatbaar is, met name in verband met de status van het PvE. Voor wat betreft de juridische positie is er onduidelijkheid of het PvE altijd kan worden aangemerkt als een besluit in de zin van de AwB en in hoeverre consumentenorganisaties bezwaar en beroep kunnen aantekenen tegen een gemotiveerde afwijzing van hun advies hieromtrent door Gedeputeerde Staten of het dagelijks bestuur van een kaderwetgebied.

Al concluderend is zekerheid omtrent de juridische status van het PvE – gelet op de bepalende rol die het speelt in hoe de dienstverlening er uiteindelijk uit gaat zien – van essentieel belang. Alleen een serieuze dialoog tussen concessieverlener en consumentenorganisaties, met de mogelijkheid van bezwaar en beroep, kan de vereiste klantenpartnerschap brengen. Hierbij moet wel voorkomen worden dat een eventueel bezwaar en beroep tot vertragende procedures leidt. Het opwaarderen van het PvE tot een besluit in de zin van de Awb is daarom ook geen doel op zichzelf. Wellicht is hier een alternatieve geschillenbeslechting in de vorm van arbitrage mogelijk die minder tijdrovend en kostbaar is, en waarbij de arbiter op tijd kan interveniëren.

Tevens zou ten algemene een marginale toetsing (formeel, in hoeverre het vereiste proces is doorlopen) door de rechter van de afspraken tussen consumentenorganisaties, concessieverleners en concessiehouders een prikkel kunnen vormen om tot tastbare resultaten te komen in de dialoog.

3.2.4. Managementaanbestedingen & competenties

Wet & toelichting

Het is verboden openbaar vervoer te verrichten zonder concessie. De concessie geeft het exclusieve recht op exploitatie binnen het domein van de concessie en tegelijkertijd ook de verplichting tot levering van het openbaar vervoer met inachtneming van de concessievoorschriften. Op termijn valt deze concessie onder de algemene aanbestedingsplicht.

Analyse

De managementaanbesteding geniet de laatste tijd bijzondere belangstelling als mogelijk model voor de grote steden. Deze actualiteit komt met name voort uit de problematiek rond het introduceren van marktwerking voor stadsspoor (tram en metro). Dit betreft zowel de ingewikkelde ontvlechting van infrastructuur en exploitatie als het ontbreken van een markt voor het rollend materieel. Tevens lijkt de managementovereenkomst een mogelijkheid te bieden om complexe netwerken in één hand te houden en zou het een (tijdelijk) alternatief

²⁶ Een evaluatie van de Wet personenvervoer 2000 door reizigersvereniging ROVER.

kunnen vormen voor de verzelfstandiging en privatisering van de GVB bedrijven.

Deze contractsvorm komt nu overigens niet voor in het Nederlandse openbaar vervoer, terwijl binnen het Franse systeem zo'n 30% van de contracten onder het type managementovereenkomst valt.

Managementovereenkomst in Frankrijk

In Frankrijk worden managementovereenkomsten dikwijls gebruikt om complexe stedelijke netwerken met meerdere modaliteiten in de markt te zetten en te exploiteren. Dit komt uiteindelijk neer op de vervanging van de directie, afhankelijk van de omvang van het bedrijf, 2 tot 5 managers. De risico's aan private kant blijven in het Franse model zeer beperkt. Het enige risico dat een vervoerder bij deze managementovereenkomst loopt, is gelegen in het management, waarvan de kwaliteit wordt bepaald in de mate waarin het programma van eisen, dat is vastgesteld met de autoriteit, wordt gerealiseerd. Het feit dat het openbaar vervoer in één hand blijft en daarmee een eenheid (netwerkintegratie) vormt kan als voordeel worden aangemerkt. Te meer omdat er met een nieuw management, toch sprake is van een veranderingsprikkel. Aangezien de overheid de investeringen bepaalt en de productiemiddelen in handen houdt, zullen infrastructuur en rollend materieel op peil kunnen blijven. Wel wordt, binnen een nieuwe entiteit, in de regel het personeel overgenomen.

Een managementaanbesteding zoals hierboven omschreven lijkt echter niet te passen in de huidige concessiesystematiek van de wet. Binnen de Nederlandse systematiek valt immers de gehele exploitatie van het openbaar vervoer binnen het domein van de concessie. Aanbesteed dient daarnaast te worden dit vervoer en niet louter het management over een onderneming. Dit laatste zou, onder het huidige regime, overigens alleen kunnen worden aanbesteed door de eigenaar van een onderneming, die hier als enige beschikkingsbevoegd over is. Dit levert binnen het Nederlandse bestel juridisch een probleem op, omdat in de grotere Nederlandse steden het Kaderwetgebied aanbesteedt en niet de stad, die uiteindelijk eigenaar is van de GVB.

Hierdoor lijkt de managementaanbesteding bij de aanbestedingsplicht van concessies onder de huidige wet weinig levensvatbaar. Het kan de GVB's, waarop de aanbestedingsplicht nog niet van toepassing is, echter wel tijdelijk soelaas bieden op hun weg naar meer marktconformiteit. Zij zijn immers nog niet aanbestedingsplichtig, en als eigenaar beschikkingsbevoegd over het aan te stellen management en kunnen uit dien hoofde de directievoering betwistbaar stellen.

De overige problemen die worden aangevoerd ter promotie van de managementaanbesteding als alternatief voor complexe stedelijke netwerken lijken onder de huidige wet overigens reeds oplosbaar:

- Voor de problematiek rond stadsspoor (tram en metro), zowel ontvlechting infrastructuur en exploitatie, als het ontbreken van een markt voor het rollend materieel, zou het eigendom bij de stad kunnen blijven en zou de concessiehouder het recht kunnen krijgen van exploitatie en de plicht tot onderhoud. Hierbij wordt er onder de huidige wetsbepalingen wel vanuit gegaan dat de eigenaar van de infrastructuur (stad) toestaat dat het kaderwetgebied het netwerk in beheer van een derde geeft.

- Om tegemoet te komen aan de wens om complexe netwerken in één hand te houden en zoveel mogelijk netwerkintegratie – geïntegreerde kaartsystemen, tarieven, dienstregelingen etc – te realiseren, zou het netwerk slechts in een beperkt aantal concessiegebieden kunnen worden opgesplitst, en uitgegaan kunnen worden van omvangrijke concessies, waarin ook meerdere modaliteiten onder één contract worden gebracht.

Ontvlechting in Scandinavië

In bijvoorbeeld Stockholm en Kopenhagen zijn de vroegere gemeentelijke vervoerbedrijven opgesplitst in een planning- en aanbestedingsbedrijf – die de ontwikkelfunctie in handen heeft en de zorg heeft voor de netwerkintegratie – en exploitatiebedrijven. De exploitatiebedrijven, die kunnen worden gezien als pure uitvoerders, zijn geprivatiseerd en/of de concessies zijn aanbesteed. Dit geldt zowel voor busvervoer als voor tram- en metrovervoer. Eigendom van de infrastructuur en tram- en metromaterieel ligt bij de overheid, ook omdat er geen markt is voor railmaterieel. De vervoerder leest het materieel en doet het onderhoud. Het busmaterieel is eigendom van de vervoerder.

In Stockholm zijn de kosten tot dusver met 25% gedaald, terwijl de OV-diensten met 18% zijn uitgebreid. De kostendeckering is gestegen van 35% in 1990 naar 50% nu. Er is onder meer bespaard op overhead.

Tenslotte zou, gelet op het streven naar marktwerking en efficiency als expliciete doelen van de wet en de moeilijkheid om tijdelijk management werkelijk te belasten met productie- en exploitatierisico, onder het huidige bestel de concessie uiteindelijk op zijn minst de uitvoering van het vervoer moeten behelzen.

3.3 Artikelsgewijze toetsing

*Art. 1
Begripsbepaling &
rechtsbescherming*

Besloten vervoer maakt per definitie – volgens de letter van de wet – geen inbreuk op openbaar vervoer. De laatste is immers voor een ieder openstaand personenvervoer volgens een dienstregeling met een auto, bus, trein, metro, tram of via een geleidesysteem voortbewogen voertuig. Besloten vervoer is personenvervoer per bus, anders dan hiervoor bedoeld.

In de praktijk echter kan het soms onduidelijk zijn in hoeverre besloten busvervoer volgens de wet toch als openbaar vervoer zou moeten worden aangemerkt. Dan zou dit busvervoer wellicht inbreuk kunnen maken op een exclusief recht binnen een reeds verleende concessie.

Besloten vervoer met openbaar karakter

Zo heeft de provincie Noord-Holland een contract gesloten met het bedrijf OAD om pendelvervoer te verrichten tussen Zandvoort Station en Bloemendaal aan Zee. De zittende vervoerder Connexion ziet dit als een inbreuk op haar concessie, terwijl de provincie een en ander besloten vervoer beschouwd.

Om als openbaar vervoer aangemerkt te worden is het van belang dat er naast de openbaarheid van het vervoer ook volgens een dienstregeling wordt gereden, inhoudende een voor een ieder kenbaar schema van reismogelijkheden waarin zijn aangeduid de halteplaatsen waartussen en de

tijdstippen waarop openbaar vervoer wordt verricht, zo nodig onder vermelding dat de halteplaatsen of tijdstippen door de reiziger kunnen worden beïnvloed. Dit betekent echter dat als er aan één van deze elementen niet wordt voldaan, het in principe mogelijk is om, ondanks een verleend exclusief recht, diensten die sterk overeenkomen met openbaar vervoer aan te bieden, omdat deze wettelijk als besloten vervoer worden opgevat.

Concluderend kan worden gesteld dat een al te strikte definitie van het begrip openbaar vervoer de bescherming van het hiermee verbonden exclusieve recht in de weg kan staan. In dit verband zou het kenmerk van openbaarheid van het vervoer centraal moeten staan, en is, overigens uitsluitend ter bescherming van exclusieve rechten, de dienstregeling minder van belang. In relatie hiermee kan ook gewezen worden op het CVV, dat deels gelijk is getrokken met het openbaar vervoer²⁷. Wel is het van belang dat bij de bescherming van een exclusief recht sprake is van aantoonbare inbreuk daarop, inclusief inkomstenderving. Hiermee wordt een oneigenlijke afscherming van de markt voorkomen.

Art. 6.4

Vergunningverlening

Handhaafbaarheid &
Proportionaliteit

Indien de aanvrager van een vergunning een vervoerder is die besloten busvervoer verricht als nevenactiviteit ten behoeve van een hoofdactiviteit die niet bestaat uit het verrichten van vervoer van personen, dan wel niet commercieel van aard is en dat bovendien een geringe weerslag heeft op de vervoermarkt, kan deze in aanmerking komen voor een beperkte vergunning. Aan zo'n vervoerder wordt in dit geval geen kwalitatieve eisen gesteld met betrekking tot de betrouwbaarheid, kredietwaardigheid en vakbekwaamheid.

Voor wat betreft de vergunningverlening en de handhaving lijkt deze beperkte vergunning maatschappij, bedrijfsleven en IVW een onevenredige last te bezorgen. Terwijl hier sprake is van een fractie van het totaal uitgevoerde besloten vervoer, betreft het hier wel de helft van de huidige vergunninghouders.

Aandeel beperkte vergunninghouders in totaal

Van de ongeveer 1000 vergunninghouders (met name besloten bus vervoer) hebben er rond de 500 een beperkte vergunning, met even zoveel bussen. De commerciële vervoerbedrijven opereren met zo'n 10 000 bussen.

Daarnaast zou, voor een goede handhaving, een uitgebreid onderzoek nodig zijn om te bepalen waar de activiteiten van een bedrijf werkelijk uit bestaan en in hoeverre deze commercieel van aard zijn. Wellicht zou zelfregulering, met onderzoek op basis van klachten uit de markt naar aanleiding van gesignaleerde oneerlijke concurrentie, het stelsel van de beperkte vergunning kunnen vervangen. Dit zou ook passen in de hiervoor omschreven bescheiden invulling van het vergunningstelsel²⁸.

²⁷ Besluit van 22 maart 2004, houdende wijziging van het Besluit personenvervoer 2000 in verband met de structurele regeling van het Collectief Vraagafhankelijk Vervoer (CVV), de waarborging van consumenteninvloed in het CVV en het Openbaar Vervoer over Water, de uitvoering van de op 30 juni 2001 tot stand gekomen Interbus-overeenkomst alsmede enkele technische wijzigingen.

Inschrijving eigenvervoer gaat verdwijnen

Ter handhaving van de vergunningverlening in het beroepsgoederenvervoer en binnenvaart worden vervoerders die niet voor derden rijden en varen geacht zich in te schrijven. Met een inschrijvingsbewijs kan een chauffeur of schipper aantonen eigen vervoer te verrichten, en daarmee niet verguningsplichtig te zijn. Onlangs is, om vergelijkbare redenen als hierboven, voorgesteld de verplichte inschrijving van eigen vervoer, welke louter een handhavingfunctie heeft, af te schaffen.

Art.24

Maximale
concessieduur

Rechtszekerheid &
proportionaliteit

Met betrekking tot integrale concessies, waarbij meerdere modaliteiten worden aanbesteed, is de wet niet duidelijk over welke maximale concessieduur van toepassing is. Het lijkt nuttig om hier de concessieduur te bepalen aan de hand van de modaliteit die de meeste omzet genereert. Hiervoor wordt ook in nieuwe ontwerp regelgeving EC gekozen²⁹.

Verder kan er naar aanleiding van noodzakelijke en aanzienlijke investeringen door de concessiehouder een ontheffing worden verleend voor de maximale concessieduur. Zowel omvang van de investeringen als de termijn en hun onderlinge relatie zijn niet nader bepaald.

Concessieduur RandstadRail tot 2017

Bij het tot stand brengen van RandstadRail is besloten om een concessie te verlenen tot 2017, inclusief het tramvervoer in Den Haag. Dit in verband met de hiermee gepaard gaande investeringen in nieuw materieel en de benodigde afschrijvingstermijn van het trammaterieel. In verband met de samenhang van het tramnetwerk werd ook het gehele tramvervoer gegund voor dezelfde periode.

Feitelijk is hiermee een behoorlijk gedeelte van de Haagse openbaar vervoermarkt voor geruime tijd op slot gegaan. De vraag is of dit in verhouding staat tot de nagestreefde doelen, en in hoeverre er is gekeken naar alternatieven (bijvoorbeeld trams in eigendom van stad en in beheer geven).

Uiteraard vergt de onbekendheid van de toekomstige gevallen en de benodigde terugverdiendtijd van de investeringen de nodige ruimte. Toch lijkt het vanuit mededingingsperspectief logisch om een specifiek wettelijk kader met criteria op te stellen, om te bepalen in hoeverre het voor langere termijn afschermen van de markt van concurrentie in verhouding staat met de beoogde investering, en of deze niet op een andere wijze is te bereiken.

Art.26

Overleg
aangrenzende
concessiegebieden

Rechtszekerheid

Met het oog op een samenhang in het openbaarvervoernetwerk dient er bij verlening of wijziging van een concessie overleg plaats te vinden tussen belanghebbende concessieverleners. Gebeurt dit niet, dan heeft de Minister van Verkeer en Waterstaat een aanwijzingsbevoegdheid. Hiermee lijkt een afstemming gegarandeerd.

²⁸ In het beroepsgoederenvervoer is onlangs om vergelijkbare redenen de verplichte inschrijving van eigen vervoer, welke louter een handhavingfunctie had, afgeschaft.

²⁹ (Ontwerp) Verordening van het Europese Parlement en de Raad betreffende het optreden van de lidstaten ten aanzien van openbare-diensteisen en de gunning van openbare dienstcontracten op het gebied van het personenvervoer per spoor, over de weg e over de binnenwateren.

Dit gaat echter met name op in verband met concessiegebieden binnen Nederland. Bij het organiseren van landsgrensoverschrijdende diensten van openbaar vervoer ondervindt men talloze praktische problemen.

Grensoverschrijdende problemen in Limburg

Zo heeft de Provincie Limburg aangegeven talloze praktische problemen te ondervinden bij de organisatie van landsgrensoverschrijdende openbaar vervoer diensten in relatie met België en Duitsland. Dit gaat over vergunning- en concessieverlening, maar ook om praktische zaken als de dienstregeling en de tarieven. Het bekostigingsvraagstuk, met gesubsidieerd openbaar vervoer in het buitenland, vormt hierin een essentieel probleem.

Het feit dat de definitie van openbaar vervoer ziet op diensten binnen Nederland, impliceert dat er geen exploitatiebijdrage mag worden betaald voor ritten op het buitenland. Dit internationale grensoverschrijdende probleem zou bilateraal en regionaal moeten worden opgelost met België en Duitsland, met ondersteuning van het Ministerie van Verkeer en Waterstaat. Afhankelijk van de afspraken die hieruit volgen zou een aanpassing van de wet kunnen worden gemaakt.

Art. 29
*Ontheffing verbod
verrichting openbaar
vervoer door niet-
concessiehouders*

Met de wet wordt gestreefd naar marktwerking. Toch is het de overheid die in eerste instantie bepaalt waar openbaar vervoer wordt ingekocht, en hoe dat er dan uit moet gaan zien. De wet staat vervoerders echter toe om op eigen initiatief markt te ontwikkelen en commerciële diensten aan te bieden. Hiervoor kan een ontheffing worden aangevraagd. Het is aan de concessieverlener om te bepalen in hoeverre met dergelijke diensten onevenredig afbreuk wordt gedaan aan de exploitatie van bestaande concessies.

*Rechtszekerheid &
proportionaliteit*

De vraag is of hier de balans wordt gevonden tussen het garanderen van een zekere mate van exclusiviteit, en de mogelijkheid om additionele commerciële diensten te ontwikkelen. In de regel volstaat de concessieverlener namelijk met het informeren bij de zittende vervoerder (concessiehouder) of deze hinder ondervindt van het voorgenomen vervoer. In zo'n geval wordt het aan de zittende vervoerder overgelaten te bepalen in hoeverre diensten kunnen worden aangeboden binnen een concessie. Dit lijkt geen uitnodigende omgeving voor nieuwe commerciële initiatieven.

Ontheffing in Haaglanden

Deels door onbekendheid is er tot op heden weinig gebruik gemaakt van deze ontheffingsmogelijkheid. Maar decentrale overheden en de sector lijken de ontheffingsmogelijkheid nu wel te ontdekken. Zo heeft Haaglanden onlangs een commerciële dienst toegestaan tussen Den Haag CS en Rotterdam Airport en heeft men aangegeven meer ervaring op te willen doen met deze ontheffingsgrond.

Een minder defensieve benadering, waarbij het woord van de zittende vervoerder niet zondermeer bepalend is voor de vraag in hoeverre ongesubsidieerde initiatieven worden toegelaten, zou wellicht ook enigszins tegemoet komen aan de wens van de Raad voor Verkeer en Waterstaat om de concessiesystematiek los te laten en decentrale overheden zelf te laten kiezen op welke wijze optimaal vervoer tot stand kan komen in de regio.³⁰ Er komt immers ruimte om, naast concessies (concurrentie om de weg), andere

initiatieven concurrentie op de weg toe te laten.

Art. 32

Concessievoorschriften

Rechtszekerheid & competenties

De concessieverlener kan aan een concessie voorschriften verbinden. De wet schrijft een aantal voorschriften voor. Verder is het aan de concessieverlener om hier invulling aan te geven. Ten aanzien van toegankelijkheid van openbaar vervoer gaat de wetgever verder. Ten behoeve van reizigers met een handicap kunnen nadere regels worden gesteld over de toegankelijkheid. En ook ten aanzien van milieu en sociale veiligheid worden concessieverleners geacht nadere regels te stellen. De vraag is hoe dit zich verhoudt tot de decentralisatie van bevoegdheden.

Het is alsof hier de grenzen van decentralisatie worden afgetast. Bij de wens om een samenhangend en geïntegreerd landelijke openbaar vervoer netwerk op te bouwen, lijkt het sub-optimaal om een aantal kenmerken waar, gelet op het algemeen belang, openbare dienstverlening aan zou moeten voldoen, aan individuele lagere overheden over te laten. Zo is niemand gebaat bij verschillende regionale toegankelijkheidseisen.

Los van het stellen dat de eisen dienen te worden opgenomen in de concessievoorschriften, lijkt het van belang om, onder het huidige gedecentraliseerde regime, via bijvoorbeeld de essentiële onderdelen van de Nota Mobiliteit, te zorgen dat deze bindend worden opgenomen in Provinciale- en Regionale Verkeer- en Vervoerplannen.

Art. 37

Overgang werknemers

Rechtszekerheid

Afgezien van de looptijd van de personeelsparagraaf kan worden geconcludeerd dat de overgang van personeel nog steeds leidt tot knelpunten en conflicten tussen de zittende en de nieuwe concessiehouder. Het betreft hier met name de wijze waarop het personeel, in het bijzonder het indirecte, dat in aanmerking komt voor een overgang, moet worden bepaald. Het blijkt onduidelijk welke informatie ten aanzien van de hoeveelheid en het soort personeel, voorafgaand aan de aanbestedingsprocedure, moet worden aangeboden. De zittende vervoerder gaat hier dikwijls strategisch mee om.³¹

De wetgever heeft getracht meer duidelijkheid te scheppen door te stellen dat er een gemotiveerde toelichting zou moeten worden gegeven van de wijze waarop de loonkosten zijn opgebouwd, en dat dit zowel voor direct als indirect personeel geldt³². Dit is in de praktijk nog niet afdoende gebleken, mede ten aanzien van het overleggen van vertrouwelijke informatie en het indirecte personeel.

Art. 39

Opgave van rechten en plichten

Art. 46

Gegevensverstrekking aan concessieverlener

Voor een soepele toegang tot de markt is het van belang dat nieuwkomers een realistische inschatting kunnen maken van de risico's en kosten met betrekking tot het winnen van een concessie. Wellicht zou het verplicht stellen van een uniforme personeelsopgave ten behoeve van het programma van eisen veel conflicten en juridische procedures voorkomen. Dan zou immers duidelijkheid bestaan over de informatie die de zittende vervoerder aan zou moeten leveren.

Het ligt voor de hand dat een en ander, buiten de wet om, door de branche zelf geregeld wordt. Het zou de rechtszekerheid ten goede komen als dit op een uniforme wijze gebeurt. Hiertoe zou een model personeelsopgave kunnen worden ontwikkeld. Hierin zou ook kunnen worden gekeken naar het proces van personeelsoverdracht en de betrokkenheid van het personeel en diens

	<p>vertegenwoordigers. Dat hier een behoefte is blijkt wel uit het feit dat het ROA bijvoorbeeld vorig jaar reeds een initiatief heeft genomen met het invoeren van een Beleidsregel Personeelsopgave.</p>
<p>Art. 48 Uitsluiting deelname aanbesteding</p> <p>rechtzekerheid & uitvoerbaarheid</p>	<p>Met dit artikel wordt beoogd te voorkomen dat een concessieverlener, die tevens zeggenschap heeft over een openbaarvervoersbedrijf, de opdracht tot het verrichten van openbaar vervoer aan haar eigen bedrijf gunt. Dit heeft in de relatie tussen kaderwetgebied en GVB nog al eens tot discussie geleid vanwege de vertegenwoordiging van deze laatste in het bestuur van de eerste. Het lijkt hier passend om, in het geval het kaderwetgebied beslist over aanbestedingen in het openbaar vervoer, de vertegenwoordiging van de GVB uit te sluiten van deelname in het bestuur.</p>
<p>Art. 54 Weigering verklaring van geen bezwaar – internationale reciprociteit Nog niet in werking</p> <p>Rechtszekerheid & uitvoerbaarheid</p>	<p>Ingevolge dit artikel zou, daar waar de Nederlands vervoersmarkt wordt geopend voor open inschrijving, het mogelijk moeten zijn om ondernemingen gevestigd in andere lidstaten niet toe te laten, indien zij – zonder dat andere ondernemingen de kans hebben gekregen daarvoor in aanmerking te komen – geheel of in aanmerkelijke mate van overheidswege een beschermd positie hebben.</p> <p>De vraag is wat het daadwerkelijk effect is van een dergelijke bepaling. Aan de ene kant wordt de schijn gewekt dat de markt beschermd wordt tegen concurrentie uit onbetwistbare markten in het buitenland. Tegelijkertijd moet worden geconcludeerd dat toetreding tot de markt via Nederlandse vestigingen en deelnemingen juridisch niet te pareren is. Het lijkt lastig om iets waarover binnen de EU de handen nog niet op elkaar zijn gekregen, langs een bepaling van internationale reciprociteit te willen regelen in nationale wetgeving. Verder is het de vraag in hoeverre deze restrictie zwaarder weegt dan de wens om een toegankelijke markt te creëren, met meer marktdeelnemers, ook met het doel concentratie tegen te gaan.</p>
<p>Art. 64 Begripsomschrijving gemeentelijk vervoerbedrijf</p> <p>Rechtszekerheid & proportionaliteit</p>	<p>De datum van 1 januari 1996 is vastgelegd als het ijkpunt om te bepalen of een onderneming onder het begrip gemeentelijk vervoerbedrijf valt en daarmee wordt uitgesloten van deelname aan aanbestedingen. Het is van belang dat die bedrijven die zijn verzelfstandigd en wiens thuismarkt betwistbaar (in concurrentie aanbesteed) is geworden, van de status van gemeentelijk vervoerbedrijf af kunnen, en hun vleugels uit kunnen slaan (zelf meedingen naar concessies). De nationale reciprociteitsregel (art. 53 Wp 2000) zal dan niet meer van toepassing moeten zijn.</p>
<p>Art. 69 Gedragsregels gemeentelijk vervoerbedrijf</p> <p>Art. 119 Afstoten werkzaamheden door</p>	<p>Om oneerlijke concurrentie te voorkomen mag het GVB zelf geen andere werkzaamheden verrichten dan het openbaar vervoer. Uit artikel artikel 119 volgt dat voor andere werkzaamheden een organisatorische scheiding wordt aangebracht door een aparte rechtspersoon op te richten.</p> <p>De vraag is of hier een administratieve/financiële scheiding van de verschillende</p>

gemeentelijk
vervoerbedrijf

Handhaafbaarheid &
proportionaliteit

activiteiten niet zou kunnen volstaan. Ook volgens Europese mededingingsregelgeving zou dit afdoende zijn. Een van de beweegredenen om in Nederland te kiezen voor een organisatorische scheiding is echter om vennootschapsbelasting te kunnen heffen over de afgesplitste activiteiten. Hiermee wordt de eerlijke mededinging bevorderd.

Organisatorische scheiding In Rotterdam en Amsterdam

Veel gemeentelijke vervoerbedrijven hebben hun openbaar vervoersactiviteiten reeds gescheiden van andere activiteiten. Praktisch wordt deze organisatorische scheiding vaak nog als problematisch ervaren. Zo heeft het GVB-Amsterdam in dit kader aangegeven moeite te hebben met de verplichting om de IJ-veren in een aparte juridische entiteit te moeten organiseren. RET-Rotterdam gaf aan dat door de eis van een organisatorische scheiding betrekkelijk kleine activiteiten nu praktisch onmogelijk worden. Zo kan het bedrijf momenteel feitelijk geen incidenteel calamiteitenvervoer verrichten bij allerlei evenementen.

Volgens de wet zou het toezicht voornamelijk civielrechtelijk tot stand moeten komen. Voor marktpartijen is er echter vaak onvoldoende transparantie om voldoende informatie te vergaren om te bepalen in hoeverre er sprake is van oneerlijke concurrentie. Daarnaast zijn de belangen van de individuele bedrijven soms gering, zodat afgezien wordt van een tijdrovende en kostbare gang naar de rechter. Het aanvullende publiekrechtelijke toezicht wordt volgens de memorie van toelichting op basis van het verbod van misbruik van machtspositie uitgevoerd door de Nma. Dit komt thans neer op een marginale toets op de procedurele gang van zaken – het blijft aan gedupeerde partijen om beroep aan te tekenen – waar wellicht een meer materiële toets op zijn plaats is.

Overigens is het de vraag in hoeverre het huidige toezicht van de Nma – op de GVB's – niet ook private openbaar vervoer bedrijven zou moeten omvatten. De aannahme is weliswaar dat, in het geval vervoer wordt aanbesteed, er geen sprake is van overwinst waarmee oneerlijke concurrentie zou kunnen worden uitgeoefend op nevenmarkten. Maar onder de wet zijn er verschillende mogelijkheden om onder de aanbestedingsplicht uit te komen, zoals bijvoorbeeld experimenten en in de toekomst ontheffingen in verband met innovaties, dat enig toezicht hier op zijn plaats lijkt te zijn.

Ook ten aanzien van allerlei diensten die om-niet (bijvoorbeeld het gebruik van werkplaatsen en stations) ter beschikking worden gesteld door ondernemingen in een beschermde positie aan activiteiten in betwistbare markten is publiek toezicht op zijn plaats. Dit lijkt in het bijzonder van belang vanwege de huidige concentratie in de markt en de schaalgrootte van de marktpartijen. Sommige partijen kunnen eenvoudig schuiven met faciliteiten, waar nieuwkomers bij voorbaat op een achterstand staan.

Ter beschikkingstellen van faciliteiten

Soms is bijvoorbeeld de beschikbaarheid van stallingen of andere bedrijfsinfrastructuur van belang voor de biedingen, aangezien vaak moet worden aangegeven hoe men een en ander denkt te organiseren. In Groot-Brittannië wordt dit als belangrijk aspect genoemd voor de beperkte concurrentie, maar ook in Nederland, in combinatie met een korte overgangstermijn en daarmee voorbereidingstijd voor het gebied, heeft dit inmiddels tot problemen geleid in Leeuwarden en Noord-oost Brabant³³.

Art. 93

Bestuursdwang

*Competenties &
handhaafbaarheid*

De Minister is bevoegd tot toepassing van bestuursdwang ter handhaving van de bij of krachtens deze wet gestelde verplichtingen. Dit is niet beperkt tot voorschriften die rechtstreeks betrekking hebben op het vervoer van personen, maar tevens op verplichtingen als het instellen van een geschillencommissie en het bekendmaken van een klachtenregeling. Onder de huidige gedecentraliseerde bevoegdheden rond het openbaar vervoer lijkt het passend om ook provincies en kaderwetgebieden in staat te stellen bestuursdwang toe te passen.

4. Conclusies en aanbevelingen

.....

4.1 Inleiding

Hieronder worden algemene conclusies getrokken ten aanzien van de aard en de juridisch-technische werking van de wet (§ 4.2). Vervolgens worden er een aantal aanbevelingen gedaan op basis van de analyses en motivering eerder gepresenteerd in dit rapport, waarnaar telkens wordt terugverwezen (§ 4.3).

4.2 Algemene conclusies

De kern van de wet wordt gevormd door het periodiek betwistbaar stellen van exclusieve rechten. Om derdewerking van deze rechten te verkrijgen is gekozen voor de concessiesystematiek. Bevoegdheden rond de concessieverlening zijn gedecentraliseerd. Hierin past het om de bevoegdheden zoveel als mogelijk te laten aan de concessieverlener (provincies en kaderwetgebieden). Decentrale overheden dienen, binnen het kader van de wet, vrij te zijn om op regionaal niveau tot de meest optimale oplossingen te komen.

Met het decentraliseren en ontschotten van de middelen worden overheden bovendien, veel meer dan vroeger, gedwongen economisch effectieve investeringsbeslissingen te nemen. Worden binnen deze beleidsvrijheid onjuiste keuzes gemaakt, dan zal dat binnen afzienbare tijd in de eigen portemonnee gevoeld worden en gecorrigeerd kunnen worden. Op deze wijze zullen decentrale overheden bijvoorbeeld, afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval, zelf moeten kunnen bepalen in hoeverre zij de ontwikkelingsfunctie willen overlaten aan de vervoerder.

De Wp 2000 is ingevoerd ten behoeve van een fundamentele wijziging van beleid bestaande uit zowel decentralisatie als marktwerking. Als men de wet bestudeert, kan een groot gedeelte daarvan dan ook worden bestempeld als overgangswetgeving. De beoogde effecten hierin zijn te groeien naar een andere vorm van marktordening, waarbij de nadelige effecten en mogelijke tegenstand zoveel mogelijk worden gemitigeerd. Dit blijkt uit de tijdelijke aard van een aantal bepalende onderdelen van de wet:

- Tot 2003 wordt voorgenomen om zoveel mogelijk ervaring op te doen met aanbesteding van openbaarvervoernetwerken, waarna zou worden geëvalueerd in hoeverre de gewenste effecten op de groei van het aantal reizigers (kilometers) en de verbetering van de kostendekkingsgraad is bereikt.
- Voor het vervoer in de steden waar gemeentelijke vervoerbedrijven actief zijn, is een ruimere implementatietermijn voor het stedelijk vervoer van toepassing om tot verzelfstandiging van het vervoerbedrijf te komen en de concurrentiekracht te versterken. Dit betekent dat, los van de uitstel mogelijkheden voor tram en metro, met ingang van 1 januari 2009 heel het openbaar vervoer dat door de GVB's wordt verricht, aanbesteed zou moeten zijn.
- Overgang van personeel met publiekrechtelijke regelingen over arbeidsvoorwaarden naar de privaatrechtelijke arbeidsovereenkomst, gecombineerd met de bijzondere omstandigheid van het introduceren van marktwerking in een sector die daar niet eerder mee te maken heeft gehad, vormt de reden om gedurende de periode van 10 jaar van overgang naar de situatie van onderlinge concurrentie, zeker te stellen dat deze

concurrentie niet op collectieve arbeidsvoorwaarden plaats zal vinden, en het personeel in beginsel wordt overgenomen. Na de overgangperiode, per 1 januari 2010, waarna de bedrijfstak heeft leren omgaan met concurrentie, gelden de reguliere wettelijke voorwaarden.

Verder zijn de marktmacht bepalingen nog niet van toepassing verklaard. Bij de invoering van de wet was er sprake van een onvolkomen markt, met gevestigde monopolieposities van vervoerders, met in veel gevallen nauwe banden met de concessieverlenende overheden. De dreiging van het in het leven roepen van sectorspecifieke bepalingen ten aanzien van marktmacht moest ervoor zorgen dat vervoerders toe konden treden tot de markt om daarvan een redelijk aandeel te verwerven.

Het is gebleken dat het lastig is om in het veranderingsproces waarin de sector zich bevindt, een regulerend kader te scheppen, waarbinnen rechtszekerheid en rechtsgelijkheid zijn gewaarborgd. Bij het ontbreken van toekomstvast wetgeving binnen een constant veranderende omgeving heeft de wetgever de Wp 2000 al verschillende malen moeten aanpassen. Tevens was er jurisprudentie nodig om in een aantal casusposities zekerheid te krijgen. Een en ander werd nog eens bemoeilijkt door de verschillende veranderingen in nationale (Planwet, Wet BDU, etc) en internationale (aanbestedingen, staatssteun, openbare dienstcontracten, etc) wetgeving.

Ten tijde van de evaluatie lijkt er echter meer duidelijkheid in het gewenste eindplaatje van marktordening. Als de aanbestedingsplicht een feit is, zou een simpeler en meer transparant en definitief wettelijk regime van kracht kunnen worden, dat meer toekomstvast is dan de huidige wet. Ook al omdat relevante Europese wetgeving en regels, zoals op het gebied van de aanbestedingen, hun voltooiing naderen.

Concluderend zou de wet op het gebied van collectief personenvervoer zich met name moeten richten op het garanderen van eerlijke mededinging en het dienen van het algemene belang dat is verbonden aan de openbare dienstverlening in het vervoer. Vanuit het subsidiariteitsbeginsel past hierbij zoveel mogelijk decentralisatie van bevoegdheden, tenzij dit suboptimaal blijkt te zijn teneinde een geïntegreerd openbaarvervoernetwerk te ontwikkelen. Dan zou een centrale aanpak op zijn plaats zijn.

Vanuit het mededingingsperspectief moet ervoor worden gewaakt dat exclusieve rechten in balans zijn met de noodzaak om voor een bepaalde periode de markt af te schermen. Zodra dit niet onmiddellijk leidt tot inbreuk op gevestigde rechten zou, binnen de concessiesystematiek, dan ook ruimte moeten bestaan voor commerciële initiatieven, die waarde toevoegen aan het openbaarvervoersysteem. De opening die de wet hiervoor nu biedt zou gemakkelijker in stelling moeten kunnen worden gebracht.

Voorts zal de wijze waarop algemene middelen worden aangewend in de sector open, transparant en non-discriminatoir moeten gebeuren. Subsidies die gaan naar onbetwistbare markten – daar waar GVB's het alleenrecht hebben – verdienen hierbij extra aandacht.

Zoveel als mogelijk zou de wet, moeten leunen op, zowel nationale als Europese algemene wetgeving op het gebied van mededinging, staatssteun en aanbestedingen. Sectorspecifieke regels zouden slechts dan moeten gelden als dit ook vanuit Brussel wordt ondersteund en het tegemoet komt aan bijzondere eigenaardigheden en behoeften van het Nederlandse systeem. Dit komt de rechtszekerheid ten goede. Verder zou moeten worden afgezien van boven-Europese (meer en strengere eisen) wetgeving. Toegangsdrempels tot het beroep zouden derhalve tot het Europese minimum moeten worden teruggeschroefd, zodat zelfregulering de maat is. Eisen van algemeen belang kunnen bij het OV langs de weg van de concessie, waar de overheid immers het initiatief behoudt, worden gegarandeerd.

4.3 Aanbevelingen

Vergunningstelsel

*Minimum niveau
toetredingseisen
Zie § 2.2*

Minimaliseren van toetredingseisen vanwege gebrek aan effectiviteit, onnodige toetredingsbeperkingen en administratieve lasten voor het bedrijfsleven binnen Europese mogelijkheden. Voor zover de eenwording van de Europese vervoersmarkt en de vrijheid van vestiging en dienstverlening dit toelaat, kan in Europees verband worden gepleit voor een verdere vereenvoudiging van de toetredingseisen.

*Afschaffen beperkte
vergunning
Zie § 3.3*

Afschaffen van de beperkte vergunning – inhoudende dit type vervoer vergunningvrij te maken – gelet op het geringe nut, afgewogen tegen de complexiteit van handhaving en de bijkomende administratieve last. Een alternatief zou zelfregulering kunnen zijn op basis van klachten uit de sector naar aanleiding van gesignaleerde oneerlijke concurrentie.

Concessiesystematiek

*Begripsbepaling
Zie § 3.3*

Ter bescherming van exclusieve rechten - en uitsluitend ten behoeve van dit doel - zou het openbare karakter van openbaar vervoer leidend moeten zijn, en niet de dienstregeling. Hiermee wordt voorkomen dat exclusieve rechten worden geschonden door diensten die aangemerkt zouden moeten worden als openbaar vervoer. Hierbij zou wel sprake moeten zijn van een aantoonbare inbreuk, met mogelijke inkomstenderving, om de exclusiviteit niet onnodig concurrentie beperkend te laten zijn.

*Contractvrijheid
Zie § 3.2.2*

Mede gelet op gedecentraliseerde bevoegdheden zou er, zoveel als mogelijk contractvrijheid moeten zijn voor concessieverlener en concessiehouder. Dit geldt ook voor de ontwikkelingsfunctie, inclusief dienstregeling, waarover, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, verantwoordelijkheden moeten kunnen worden toegedeeld.

*Concessieduur &
tram en metro
Zie § 2.3.1*

Maximale concessieduur voor tram en metro oprekken naar periode van 15 jaar, waarmee rekening wordt gehouden met de te verwachten afschrijvingstermijn.

*Concessieduur &
integrale concessies
Zie § 2.3.1*

Maximale concessieduur voor integrale concessies met bus en spoor bepalen aan de hand van de modaliteit die de meeste omzet genereert.

<p><i>Concessieduur & ontheffing</i> Zie § 3.3</p>	<p>Vanuit mededingingsperspectief zou een specifiek wettelijk kader, met criteria om te bepalen in hoeverre het voor langere termijn afschermen van de markt van concurrentie in verhouding staat tot de beoogde doelen en investeringen (terugverdientijd) wenselijk zijn. Hierbij is het van belang om te weten of de investeringen zonder de ontheffing niet tot stand zouden zijn gekomen of niet op een andere wijze bereikt zouden zijn .</p>
<p><i>Ontheffing van concessieplicht</i> Zie § 3.3</p>	<p>Een regime dat binnen de concessiesystematiek commerciële initiatieven faciliteert, die waarde toevoegen aan het openbaar vervoer systeem en niet onmiddellijk schadelijk zijn voor uitgegeven concessies, te vergemakkelijken.</p>
<p><i>Inhoud concessie</i> Zie § 2.3.1</p>	<p>Ten behoeve van de handhaving op het geoorloofd aanwenden van subsidies, inzicht verschaffen in de openbare dienst die wordt verricht en de compensatie die daar tegenover staat, door eisen te stellen aan inhoud van de concessie of het contract, waar transparantie moet zijn in zaken als de dienstverplichting, de gelieerde compensatie en de contractperiode.</p>
<p><i>Concessievoorschriften</i> Zie § 3.3</p>	<p>Teneinde een samenhangend en geïntegreerd landelijke openbaar vervoer netwerk te garanderen zal een aantal kenmerken van het openbaar vervoer, die ten dienste staan van het algemeen belang, centraal moeten worden vastgesteld.</p> <p>Deze zouden kunnen worden opgevoerd als verplichte onderwerpen (bijvoorbeeld milieueisen ten aanzien van voertuigen, toegankelijkheidseisen van stations, perrons en voertuigen) van de concessie en verbindend worden verklaard, via de essentiële onderdelen van de Nota Mobiliteit. Verder geen voorgeschreven concessievoorschriften.</p>
<p><i>Overgang werknemers</i> Zie § 2.3.2 en § 3.3</p>	<p>Recht doen aan het tijdelijk karakter van de personeelsparagraaf door deze per 31 december 2010 te laten aflopen, eventueel met instandhouding van de bescherming van de positie van ambtenaren binnen de GVB's, voorzover dan nog relevant.</p> <p>Voor de restperiode van de personeelsparagraaf stimuleren dat de sector tot uniforme afspraken komt over inhoud en toepassing van de personeelsparagraaf.</p> <p>Een alternatief zou kunnen bestaan uit het instandhouden van de personeelsparagraaf, uitsluitend voor direct personeel. Hiervoor is mede de personeelsparagraaf in het leven geroepen zodat nieuwe concessiehouders zonder al teveel oponthoud kunnen gaan rijden. Dit speelt niet bij indirect personeel, waarvan ook is gebleken deze categorie werknemers lastig te herleiden is naar een specifieke concessie.</p>
<p><i>Grensoverschrijdende concessies</i> Zie § 3.3</p>	<p>Bilateraal overleg met betrekking tot de afstemming van landsgrensoverschrijdend openbaar vervoer, onder afstemming met de EC. De afspraken die hieruit voortvloeien zouden tot aanpassing van de wet kunnen leiden.</p>

Aanbestedingen

<i>Programma van Eisen</i> Zie § 3.2.3	Het zal moeten worden vastgelegd dat het Programma van Eisen een besluit is in de zin van de Awb of een andere geschillenbeslechting zal open moeten staan om bezwaar en beroep mogelijk te maken.
<i>Aanbestedingsplicht</i> Zie § 2.4	<p>Toepassing van verruimde aanbestedingsdrempels uit (voorgenomen) Europese wetgeving teneinde de aanbestedingsplicht niet van toepassing te laten zijn op kleinere contracten waarvan anders de transactiekosten disproportioneel zouden zijn, in relatie tot de waarde van het vervoer.</p> <p>Daarnaast optimaal gebruik maken van de flexibiliteit die Europese aanbestedingsregels bieden, zoals de uitzondering voor concessieovereenkomsten voor diensten, het beperkte aanbestedingsregime van de Richtlijn Diensten, wellicht voor bepaalde gevallen de Richtlijn Nutsector van toepassing laten zijn en in de toekomst de procedure van de concurrentiegerichte dialoog.</p>
<i>Uitsluiting deelname aanbesteding</i> Zie § 3.3	In het geval het kaderwetgebied beslist over aanbestedingen in het openbaar vervoer, de vertegenwoordiging van de GVB wettelijk uit sluiten van deelname in het bestuur.
<i>Management-aanbesteding</i> Zie § 3.2.4	Gelet op de strekking van de concessiesystematiek – inhoudende de gehele exploitatie van het openbaar vervoer - managementaanbesteding alleen toelaten voor GVB's, als instrument om, zolang deze markt onbetwistbaar is en de aanbestedingsplicht nog niet van toepassing, naar marktconformiteit te groeien. Als wetgever niet treden in het type managementaanbesteding dat kan worden gekozen door de ondernemingen.
<i>Ontheffingsregime</i> Zie § 3.3	Specifiek wettelijk kader met criteria waarbinnen de (nog in te voeren) ontheffingen van de aanbestedingsplicht op basis van innovaties en gebiedsindeling mogelijk zijn, teneinde de mededingingsbeperking zo beperkt mogelijk te houden en rechtszekerheid te creëren.
<i>Internationale reciprociteit</i> Zie § 3.3	Nadere afweging van het nut en belang van internationale reciprociteit, met name in relatie tot de noodzaak om concentratie in de markt tegen te gaan. Parallel hieraan toegang tot binnenlandse openbaar vervoer markten in de EU hoog op de Europese agenda krijgen en houden.
<i>Noodvoorziening</i> Zie § 2.4	Ten tijde van een noodgeval een directe toewijzing van een concessie voor een overgangsperiode mogelijk maken.
<i>Toezicht</i>	Het huidige toezicht van de Nma zou van procedureel naar materieel moeten

Zie § 3.3

gaan en ook de niet-GVB bedrijven moeten omvatten die, op basis van een uitzondering als ontheffing of experiment, openbaar vervoer verrichten dat niet is aanbesteed.

Een administratief/financiële scheiding van activiteiten uit een onbetwiste situatie krijgt de voorkeur boven een organisatorische scheiding.

Bestuursdwang
Zie § 3.3

Zowel provincies als kaderwetgebieden in staat stellen bestuursdwang toe te passen, in de zin van de huidige gedecentraliseerde bevoegdheden rond het openbaar vervoer.