

Vergaderjaar 2005–2006

30 683

Wijziging van de Wet personenvervoer 2000 in verband met de bijzondere positie van gemeentelijke vervoerbedrijven in relatie tot de aanbestedingsverplichting in het openbaar vervoer en enkele technische wijzigingen

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 7 juni 2006 en het nader rapport d.d. 23 augustus 2006, aangeboden aan de Koningin door de minister van Verkeer en Waterstaat. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 12 april 2006, no. 06.001326, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Verkeer en Waterstaat, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Wet personenvervoer 2000 in verband met de bijzondere positie van gemeentelijke vervoerbedrijven in relatie tot de aanbestedingsverplichting in het openbaar vervoer en enkele technische wijzigingen, met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel ziet op wijziging van de Wet personenvervoer 2000 met het oog op de aanbestedingsverplichting voor gemeentelijke vervoerbedrijven die vooralsnog een bijzondere positie innemen. In dit kader worden aanvullende gedragsregels geïntroduceerd voor gemeentelijke vervoerbedrijven voor de periode dat het door hen verrichte vervoer nog niet volledig is aanbesteed. De Raad van State onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel, maar maakt opmerkingen over de invulling van het begrip «zeggenschap» en over het ontbreken van een verbod op kruissubsidiëring. Hij is van oordeel dat in verband daarmee enige aanpassing van het voorstel wenselijk is.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 12 april 2006, nr. 06.001326, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 7 juni 2006, nr. W09.06.0094/V, bied ik U hierbij aan.

De Raad van State onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel maar maakt opmerkingen over de invulling van het begrip «zeggenschap» en over het ontbreken van een verbod op kruissubsidiëring. Hij is van oordeel dat in verband daarmee enige aanpassing van het voorstel wenselijk is. De opmerkingen van de Raad worden hieronder puntsgewijs besproken.

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

² Deze ingangsdata zullen in een wijziging van het Besluit personenvervoer 2000 worden opgenomen, aldus paragraaf 2 van de toelichting.

1. Definitie zeggenschap

Het wetsvoorstel voorziet in enkele wijzigingen van de Wet personenvervoer 2000 met het oog op de aanbestedingsverplichting van het openbaar vervoer door de gemeentelijke vervoerbedrijven van Amsterdam, Den Haag, Rotterdam en Utrecht (de zogenoemde «G-4»). Het busvervoer in deze steden dient uiterlijk op 1 januari 2009 te zijn aanbesteed en het tram- en metrovervoer uiterlijk op 1 januari 2017². Het voorliggende wetsvoorstel wijzigt de

Wet personenvervoer 2000 zodanig dat de specifieke gedragsregels voor deze gemeentelijke vervoerbedrijven niet meer gelden zodra een bedrijf in voldoende mate is aanbesteed.

a. Op grond van het voorgestelde artikel 69, eerste lid, gelden de in dat artikel opgenomen gedragsregels voor vervoerders waarop de gemeente Amsterdam, Den Haag, Rotterdam of Utrecht «op basis van feitelijke of juridische omstandigheden beslissende invloed uitoefent».

Volgens de toelichting wordt hieronder in ieder geval verstaan: «invloed van een gemeente op takken van dienst of gemeente-NV's, en op bedrijven waarin een gemeente één of meer aandelen bezit óf beschikt over stemmen verbonden aan de aandelen óf commissarissen mag benoemen.»¹ Artikel 109, eerste lid, onder a, van het wetsvoorstel ziet eveneens op «een vervoerder waarvan een gemeentelijk vervoerbedrijf als bedoeld in artikel 69, eerste lid, een of meer aandelen in het geplaatst kapitaal bezit».

Het bevreemdt de Raad dat het criterium «één of meer aandelen» voldoende wordt geacht om het uitoefenen van beslissende invloed door bedoelde gemeenten aan te nemen. Hiervoor is in het algemeen een groter aantal aandelen, en mogelijk zelfs prioriteits- in plaats van gewone aandelen, nodig. Volgens dezelfde passages in de toelichting sluit de hierboven genoemde omschrijving van «beslissende invloed» aan bij de omschrijving van zeggenschap in artikel 26 van de Mededingingswet. De Raad merkt op dat ingeval een gemeente bijvoorbeeld één aandeel of een beperkt aantal aandelen bezit in een vervoerbedrijf, er niet per definitie sprake hoeft te zijn van zeggenschap in de zin van artikel 26 van de Mededingingswet, dat ziet op concentratiecontrole².

De Raad adviseert op basis van het voorgaande het wetsvoorstel alsmede de toelichting aan te passen.

b. Daarnaast wijst de Raad erop dat de hierboven omschreven invulling van het begrip zeggenschap, in combinatie met het vervallen van artikel 64 van de Wet personenvervoer 2000, mogelijk conflicteert met zeer recente jurisprudentie van het Hof van Justitie EG inzake gunning van opdrachten zonder aanbesteding. Op basis van deze jurisprudentie hoeven de algemene beginselen van aanbesteding niet te worden gevolgd indien voldaan is aan de volgende voorwaarden: het overheidslichaam oefent toezicht uit op het bedrijf waaraan de opdracht gegund wordt (zoals op zijn eigen diensten), en het bedrijf verricht het merendeel van zijn werkzaamheden ten behoeve van het overheidslichaam dat het beheerst³.

Indien een gemeente één aandeel of een beperkt aantal aandelen in een vervoerbedrijf bezit, voldoet zij niet aan bovengenoemde criteria en dienen de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht (zoals transparantie en het doen van een oproep tot mededinging, alsmede non-discriminatie) te worden gevolgd.

De Raad beveelt aan in de toelichting met deze zeer recente jurisprudentie rekening te houden en het wetsvoorstel aan te passen.

1. Definitie zeggenschap

a. Het bevreemdt de Raad dat in de toelichting op artikel 69, eerste lid, van de Wet personenvervoer 2000 (hierna: Wp2000) het criterium «één of meer aandelen» voldoende wordt geacht om het uitoefenen van beslissende invloed door bedoelde gemeenten aan te nemen. De Raad acht in het algemeen een groter aantal aandelen, en mogelijk zelfs prioriteits- in plaats van gewone aandelen nodig. In zijn advies refereert de Raad ook aan artikel 109, eerste lid, onderdeel a, van de Wp2000 waarin eenzelfde zinsnede is opgenomen ten aanzien van de zeggenschap van gemeentelijke vervoerbedrijven.

Voor de definitie van gemeentelijke vervoerbedrijven is in artikel 69, eerste lid, van de Wp2000, aangesloten bij de definitie van artikel 26 van de Mededingingswet. Centraal in de definitie van gemeentelijk vervoerbedrijf is dat één van de vier genoemde gemeenten beslissende invloed heeft op het gemeentelijk vervoerbedrijf. In de toelichting wordt het criterium beslissende invloed ingekaderd door in ieder geval de verschillende criteria uit het oude artikel 64, tweede lid, van de Wp2000 op te nemen. In de toelichting is echter abusievelijk onderdeel b, van het tweede lid, van artikel 64, van de Wp2000 onjuist overgenomen. In plaats van het criterium «één of meer aandelen» had

¹ Zie de toelichting bij onderdeel Q van het wetsvoorstel.

² Zie tevens Kamerstukken II, 1995/96, 24 707, nr. 3, pag. 72.

³ Zie het arrest van het Hof van Justitie EG van 11 mei 2006 in zaak C-340/04, Carbotermo, het arrest van het Hof van Justitie EG van 6 april 2006 in zaak C-410/04, ANAV.

het criterium «meer dan de helft van het aantal aandelen in het geplaatst kapitaal» moeten worden opgenomen. De toelichting is op dit punt aangepast. In artikel 109, eerste lid, onderdeel a, van de Wp2000 is het zogenaamde reciprociteitsbeginsel opgenomen dat aangeeft of, en wanneer een gemeentelijk vervoerbedrijf al dan niet mag meedingen naar aanbestedingen van concessies. Volgens een recente wijziging van dit artikel¹ is onderdeel a, van het eerste lid, van dit artikel aangevuld met het verbod voor minderheidsdeelnemingen van een gemeentelijk vervoerbedrijf om mee te dingen naar aanbestedingen van concessies zolang de thuismarkt van het gemeentelijk vervoerbedrijf zelf nog niet geopend is.

b. De Raad wijst erop dat de onder a. omschreven invulling van het begrip zeggenschap (één of meer aandelen) mogelijk conflicteert met zeer recente jurisprudentie van het Hof van Justitie EG inzake gunning van opdrachten zonder aanbesteding.

Zoals onder a reeds is aangegeven, berust de veronderstelde invulling van het begrip zeggenschap op een onjuiste formulering in de memorie van toelichting en wordt deze formulering aangepast. Bij eerdergenoemde wijziging van de Wp2000 en een in voorbereiding zijnde wijziging van het Besluit personenvervoer 2000 worden de ingangsdata voor de aanbestedingsverplichting geregeld van het openbaar vervoer anders dan per trein. Deze aanbestedingsverplichting zal ook gelden voor het openbaar vervoer dat nu wordt verricht door de gemeentelijke vervoerbedrijven. Bij laatstgenoemde wijziging van het Besluit personenvervoer 2000 wordt rekening gehouden met jurisprudentie en Europees recht op het gebied van aanbestedingen en openbare dienstverplichtingen in het openbaar vervoer. De door de Raad aangehaalde arresten vormen geen aanleiding om het wetsvoorstel aan te passen.

2. Verbod op kruissubsidiëring

Het wetsvoorstel wijzigt artikel 69, vijfde lid, van de Wet personenvervoer 2000 in die zin dat voor gemeentelijke vervoerbedrijven die vallen onder het eerste lid van dit artikel, een verplichting wordt toegevoegd tot het voeren van een gescheiden boekhouding voor enerzijds busvervoer en anderzijds tram- of metrovervoer. Deze verplichting ziet op het voorkómen van oneigenlijke kruissubsidiëring tussen deze vormen van vervoer doordat het busvervoer eerder moet worden aanbesteed dan het tram- of metrovervoer, aldus de toelichting. Daarbij is wat de redactie van het artikel betreft aangesloten bij het huidige artikel 25b van de Mededingingswet, dat bepaalt dat bedrijven die zowel openbare dienstverplichtingen als andere activiteiten uitvoeren een gescheiden boekhouding moeten voeren². Het wetsvoorstel bevat in artikel 69, tweede lid, een bepaling die betrekking heeft op kruissubsidiëring. Deze bepaling is algemener en indirecter geformuleerd dan het verbod op kruissubsidiëring zoals opgenomen in het voorstel van wet houdende regels voor ondernemingen met een bijzondere taak, overheidsondernemingen en overheidsbedrijven³. De Raad adviseert in artikel 69 van het wetsvoorstel een verbod op kruissubsidiëring op te nemen dat aansluit bij voornoemd voorstel van wet.

2. Verbod op kruissubsidiëring

De Raad adviseert om in artikel 69 van het wetsvoorstel een verbod op kruissubsidiëring op te nemen dat aansluit bij de formulering die is gekozen in het voorstel van wet houdende regels voor ondernemingen met een bijzondere taak, overheidsondernemingen en overheidsbedrijven.

Ook de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) had in een eerder stadium door middel van de uitvoerings- en handhavingstoets aangegeven een verbod op kruissubsidiëring noodzakelijk te achten.

Het door de Raad genoemde wetsvoorstel kan echter niet als voorbeeld worden gebruikt voor onderhavig wetsvoorstel. Het genoemde wetsvoorstel is niet relevant aangezien het daarin gaat om ondernemingen met naast bijzondere (overheids)taken, ook commerciële taken. In onderhavig wetsvoorstel is het van belang dat het verbod op kruissubsidiëring niet mag plaats vinden tussen twee of meer bijzondere (overheids)taken namelijk tussen het verrichten van openbaar vervoer per bus, en het verrichten van openbaar vervoer per metro of tram. Voor beide taken wordt een financiële compensatie door WGR-plusregio's verleend waardoor in beide gevallen sprake is van een bijzondere (overheids)taak.

¹ Zie de Wet van 13 april 2006 tot wijziging van de Wet personenvervoer 2000 in verband met de aanbestedingsverplichting in het openbaar vervoer, een daarbij behorend ontheffingenregime en enkele andere wijzigingen (Stb. 222).

² Zie paragraaf 6 van de toelichting alsmede de toelichting bij onderdeel Q.

³ W10.06.0065/II.

In het bestaande artikel 69, tweede lid, van de Wp2000, is reeds gedeeltelijk een verbod op kruissubsidiëring opgenomen, te weten voor dochter- en zusterondernemingen van een gemeentelijk vervoerbedrijf. Indien een gemeentelijk vervoerbedrijf de verschillende bedrijfsactiviteiten heeft ondergebracht in verschillende dochter- of zusterondernemingen, mag er op basis van dit artikellid geen kruissubsidiëring plaats vinden tussen deze ondernemingen. Dit is bijvoorbeeld het geval indien een gemeentelijk vervoerbedrijf het verrichten van busvervoer in een andere onderneming heeft ondergebracht dan het metro- en tramvervoer.

Door middel van samenvoeging van de onderdelen a en b van het tweede lid wordt een nieuw onderdeel b toegevoegd waarin het verbod op kruissubsidiëring wordt aangevuld. In dit nieuwe onderdeel wordt een verbod op kruissubsidiëring opgenomen voor een gemeentelijk vervoerbedrijf waarin de verschillende bedrijfsactiviteiten niet gescheiden zijn ondergebracht in verschillende ondernemingen. In dat geval blijft het verrichten van busvervoer en metro- of tramvervoer uitgevoerd worden binnen één gemeentelijk vervoerbedrijf. Er is in een dergelijk geval een risico op kruissubsidiëring binnen dit bedrijf. Het nieuwe onderdeel b geeft aan dat de middelen die voor het verrichten van metro- of tramvervoer worden benut niet mogen worden benut voor andere (openbaar vervoer)activiteiten dan dit metro- tramvervoer. Op basis van het vijfde lid van artikel 69, van de Wp2000 is een dergelijk gemeentelijk vervoerbedrijf verplicht voor de verschillende bedrijfsactiviteiten een gescheiden en transparante boekhouding bij te houden. Deze boekhouding moet gecontroleerd worden door een onafhankelijke deskundige. De inzichtelijkheid in deze boekhouding zal weergeven of al dan niet sprake is geweest van kruissubsidiëring. Voor zowel het tweede als vijfde lid van artikel 69 is de NMA de toezichthoudende instantie.

3. Redactionele kanttekeningen

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

3. Redactionele kanttekeningen

De redactionele kanttekeningen zijn in overweging genomen. Ten eerste geeft de Raad in overweging een consequent gebruik van de begripsbepalingen te hanteren in artikel 69. Er is gekozen om in het tweede lid van dit artikel de term «gemeentelijk vervoerbedrijf» te gebruiken in plaats van het in het eerste lid genoemde begrip «vervoerder». Daarbij is tevens betrokken de afweging om «gemeentelijk vervoerbedrijf» in artikel 1 onder te brengen. Hiervoor is niet gekozen omdat sinds de inwerkingtreding van de Wp2000 het aantal gemeentelijke vervoerbedrijven afneemt door verzelfstandiging of privatisering. Naar verwachting zal deze trend zich de komende jaren doorzetten. Daar komt bij dat artikel 69 niet langer van toepassing is op het moment dat de aanbestedingsverplichting is ingegaan; dit artikel heeft daarmee een tijdelijke werking. Tenslotte wordt in artikel 69 Wp2000 voor de duidelijkheid aangesloten bij het normale spraakgebruik overeenkomstig aanwijzing 54 van de Aanwijzingen voor de regelgeving. Het consequent doorvoeren van het begrip «vervoerder» in plaats van het begrip «gemeentelijk vervoerbedrijf» is ten opzichte van de bestaande private openbaar vervoerbedrijven onnodig verwarrend. De bestaande private openbaar vervoerbedrijven vallen immers niet onder de werkingssfeer van artikel 69 Wp2000.

Ten tweede geeft de Raad in overweging om het slot van onderdeel b in een nieuwe regel onder te brengen aangezien deze op zowel onderdeel a en b slaat. Door de samenvoeging van de onderdelen a en b is dit is niet meer nodig aangezien de samenvoeging dit duidelijk maakt.

Ten derde geeft de Raad in overweging de laatste alinea van het vijfde lid van artikel 69 onder te brengen in een afzonderlijk lid. Het onderbrengen in een afzonderlijk lid brengt met zich mee dat de verwijzingen naar artikel 69 in andere artikelen van de Wp2000 of andere wetgeving eveneens moet worden aangepast. Daarnaast was deze alinea reeds in het bestaande vijfde lid van artikel 69 opgenomen en niet in een afzonderlijk vijfde lid. Deze redactionele kanttekening wordt niet overgenomen.

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De Vice-President van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Verkeer en Waterstaat,
K. M. H. Peijs

**Bijlage bij het advies van de Raad van State betreffende
no. W09.06.0094/V met redactionele kanttekeningen die de Raad in
overweging geeft.**

- In verband met het consequent gebruik van begripsbepalingen voor het in het eerste lid van het voorgestelde artikel 69 van de Wet Personenvervoer 2000 genoemde begrip «vervoerder» en het in de navolgende leden genoemde begrip «gemeentelijk vervoerbedrijf» een gelijklopende begripsbepaling hanteren.
- In het slot van het nieuwe tweede lid van artikel 69 de zinsnede «niet bevoordelen (...) gebruikelijk is» met een nieuwe regel beginnen, nu deze zinsnede niet alleen onderdeel b maar tevens onderdeel a betreft.
- Van het nieuwe vijfde lid van artikel 69 het eerste woord vervangen door: Een. Daarnaast de laatste alinea van dat lid onderbrengen in een afzonderlijk lid (aanwijzing 99 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, onder 3).