

Vergaderjaar 2022–2023

29 984

Spoor: vervoer- en beheerplan

Nr. 1007

BRIEF VAN DE STAATSSECRETARIS VAN INFRASTRUCTUUR EN WATERSTAAT

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 31 oktober 2022

Ik heb kennisgenomen van uw verzoek om een reactie op de brief van ALLRAIL van 11 oktober 2022 met als bijlage het paper van 7 november 2021 getiteld «Het SNCM-arrest en haar relevantie voor het Nederlandse Hoofdrailnet». Graag reageer ik hierbij op uw verzoek. Ik zal ingaan op het standpunt van ALLRAIL¹, opgenomen in de hiervoor genoemde paper. Daarbij beschrijf ik de relevantie van het SNCM-arrest van het Gerecht van de Europese Unie² voor de voorgenomen onderhandse gunning van het HRN.

Het openbaar vervoer (OV) is onmisbaar voor onze mobiliteit en hangt nauw samen met bredere maatschappelijke ontwikkelingen, zoals de grote vraag naar woningen in combinatie met opgaven wat betreft ruimtegebruik en leefbaarheid. Een groot deel van de bevolking is van het OV afhankelijk om naar school en/of werk te gaan. Mijn beleid ten aanzien van de nieuwe Hoofdrailnetconcessie is daarom gericht op het verder tot stand brengen en houden van een kwalitatief hoogwaardig en samenhangend openbaar vervoernetwerk binnen en tussen steden en regio's. Ik ben van mening dat het voornemen om de HRN-concessie onderhands aan NS te verlenen vóór eind 2023 hier het beste recht aan doet.³ Dit geeft voor nu de beste waarborgen voor de continuïteit en kwaliteit van dienstverlening. Het kader van Europese regelgeving waarbinnen ik dit

¹ De standpunten van ALLRAIL waren mij overigens bekend, te meer omdat ALLRAIL zich als voegende partij heeft gemengd in de door FMN aangespannen lopende civiele procedure over de voorgenomen concessie voor het HRN en in die procedure vergelijkbare standpunten worden ingenomen.

² Arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 1 maart 2017 in zaak T-454/13 ECLI:EU:T:2017:134. Het arrest betreft het beroep van de Société nationale maritime Corse Méditerranée (SNCM) in die zaak. Bij arrest van dezelfde datum heeft het Gerecht ook geoordeeld op het beroep van Frankrijk (T 366/13, ECLI:EU:T:2017:135).

³ Kamerstuk 29 984, nr. 899, Kamerstuk 29 984, nr. 930 en Kamerstuk 29 984, nr. 1003.

vormgeef, is de PSO-verordening.⁴ De juridische basis voor de voorgenomen onderhandse gunning van de HRN-concessie is ook te vinden in de PSO-verordening. Artikel 5, zesde lid, van de PSO-verordening maakt – onder de voorwaarden van de PSO-verordening – een onderhandse gunning van een vervoerconcessie voor personenvervoer per spoor mogelijk.

Standpunt ALLRAIL: er mogen alleen verlieslatende onderdelen worden ondergebracht in de HRN-concessie

ALLRAIL heeft een paper over het zogenoemde SNCM-arrest en haar relevantie voor het Nederlandse Hoofdrailnet met u gedeeld. ALLRAIL meent uit het SNCM-arrest, dat gaat over openbardienstverplichtingen (OD-verplichtingen) in de zeevervoersector, vergaande conclusies te kunnen trekken als het gaat om de marktopening van het spoor en de openbare dienstverplichting die daarin wordt voorgenomen (de voorgenomen HRN-concessie). De stelling die in het paper van ALLRAIL centraal staat, is samengevat dat uit het SNCM-arrest zou volgen dat alleen verlieslatende onderdelen zouden mogen worden ondergebracht in de HRN-concessie. Andere vervoerders dan NS zou de mogelijkheid moeten worden geboden de «winstgevende» onderdelen van de HRN-concessie – waarbij ALLRAIL kennelijk doelt op de intercity-diensten – uit te voeren.

In plaats van het opnemen van winstgevende diensten in de HRN-concessie, zou «open toegang als alternatief» moeten worden overwogen, aldus ALLRAIL in de brief. Volgens ALLRAIL zou in beginsel geen sprake kunnen zijn van een mix van winstgevende en verlieslatende lijnen. ALLRAIL stelt hiermee dat de karakteristieken uit de SNCM-zaak overeenkomsten hebben met het Hoofdrailnet, en dat het in de lijn van de verwachting ligt dat het Europese Hof van Justitie de voorgenomen HRN-concessie volgens dezelfde maatstaven zal beoordelen. Daarmee suggereert zij dat de Hoofdrailnetconcessie op eenzelfde wijze vastgesteld zou moeten worden als uit de SNCM-zaak blijkt: geen winstgevende onderdelen in de concessie, en open toegang zou als alternatief moeten worden overwogen.

Mijn reactie op het standpunt van ALLRAIL

Ik deel deze juridische interpretatie van het SNCM-arrest van ALLRAIL niet, en wel om de volgende redenen.

De verlening van de HRN-concessie kent een specifiek Europees juridisch kader in de PSO-verordening. Artikel 2bis van de PSO-verordening bepaalt expliciet dat een lidstaat in het kader van een concessieverlening de mogelijkheid heeft om kostendekkende diensten samen te voegen met niet-kostendekkende diensten. Noch uit de tekst van de PSO-verordening noch uit de totstandkomingsgeschiedenis van de PSO-verordening (dan wel het Vierde Spoorwegpakket) blijkt dat winstgevende lijnen geen onderdeel mogen uitmaken van een concessie of eerst moeten worden overgelaten aan «open toegang». Het recht van open toegang doet geen

⁴ Verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en Verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad.

afbreuk aan de bevoegdheden van de lidstaten om openbare dienstverplichtingen vast te stellen en openbare dienstcontracten aan te gaan.⁵

Steun voor deze opvatting vind ik daarnaast in het arrest van het Gerecht van de Europese Unie in de zaak *Andersen*.⁶ Dit is de enige zaak waarin een Europese rechter zich tot nog toe specifiek heeft uitgelaten over randvoorwaarden die op basis van de PSO-verordening gelden voor lidstaten bij het opleggen van OD-verplichtingen. Uit de overwegingen van het Gerecht van de Europese Unie in deze zaak volgt duidelijk dat de lidstaten een ruime beoordelingsvrijheid hebben bij het opleggen van OD-verplichtingen op het gebied van openbaar personenvervoer per spoor. Het aantonen van «marktfalen» (in die zin dat eerst moet worden onderzocht in hoeverre voor specifieke verbindingen ruimte is voor vervoer op basis van open toegang) is niet vereist, aangezien een lidstaat verschillende legitieme doelstellingen kan hebben die op basis van een OD-verplichting kunnen worden nagestreefd. Ik ben dan ook van mening dat het standpunt van ALLRAIL dat winstgevendende lijnen altijd aan de markt moeten worden overgelaten en geen onderdeel zouden mogen uitmaken van een concessie geen basis heeft in het recht.

Het standpunt van ALLRAIL over de rol van open toegang met het oog op de vormgeving van de voorgenomen concessie voor het HRN deel ik dan ook niet. Zoals ik ook heb aangegeven in verschillende kamerbrieven,⁷ moet de rol van open toegang naar mijn oordeel worden gezien in het licht van de doelstellingen van het Nederlandse vervoersbeleid. Dat is het bereiken en in stand houden van een voorspelbaar, coherent en samenhangend vervoerssysteem dat voorziet in adequaat openbaar spoorvervoer op alle (delen van) lijnen en tijdstippen. De PSO-verordening vereist ook dat ik bij de specificaties van de OD-verplichting rekening houd met «de beleidsdoelstellingen die zijn uiteengezet in de beleidsdocumenten van de lidstaten inzake openbaar vervoer.» De PSO-verordening (of, in meer brede zin, het Vierde Spoorwegpakket) vereist echter niet dat ik in dat verband voorrang geef aan vervoer op basis van open toegang ten opzichte van vervoer op basis van OD-verplichtingen (concessie-vervoer). Indien ik delen van de voorgenomen HRN-concessie zou moeten overlaten aan vervoer in open toegang zou ik slechts in beperkte mate eisen kunnen stellen ten aanzien van het aanbod (inclusief de continuïteit daarvan) en de kwaliteit van diensten. Dat is, gezien in samenhang met de beperkte infrastructurele capaciteit op het Nederlandse net (sporen, knooppuntcapaciteit, opstel- en rangeersporen) en in het licht van de vervoerskundige prestaties die ik vanuit het maatschappelijk belang wil bereiken, onwenselijk. Dat neemt niet weg dat de voorbereidingen die ik al tref voor meer marktopening op het spoor gedurende de aanstaande concessieperiode, die ik bijvoorbeeld op het vlak van Internationaal vervoer al heb gedaan en heb aangekondigd in eerdere Kamerbrieven over marktordening, blijven staan.

⁵ Het recht van open toegang is neergelegd in artikel 10 lid 2 van Richtlijn 2012/34/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 november 2012 tot instelling van één Europese spoorwegruimte (de SERA-richtlijn). Artikel 10 lid 2 van de SERA-richtlijn, een bepaling die door ALLRAIL niet wordt genoemd, bepaalt dat spoorwegondernemingen toegang tot de spoorweginfrastructuur krijgen «onverminderd de PSO-verordening». Daarmee wordt aangegeven dat het recht van open toegang geen afbreuk doet aan de bevoegdheden van de lidstaten om openbare dienstverplichtingen vast te stellen en openbare dienstcontracten aan te gaan zoals voorzien in de PSO-verordening.

⁶ Arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 18 januari 2017 in zaak T-92/11 RENV (*Andersen*), ECLI:EU:T:2017:14.

⁷ Kamerstuk 29 984, nr. 989 en Kamerstuk 29 984, nr. 1003.

Conclusie

Op grond van de hiervoor genoemde argumenten ben ik het niet eens met het standpunt van ALLRAIL ten aanzien van het SNCM-arrest. Het SNCM-arrest werpt naar mijn oordeel geen ander licht op het voorgaande. Dat arrest gaat niet over de uitleg van bepalingen uit de PSO-verordening, maar over de voorwaarden waaronder onder het regime van de Cabotageverordening zeevervoer OD-verplichtingen in de zeevervoersector kunnen worden opgelegd. Uitgangspunt van de Cabotageverordening is dat deze slechts in beperkte mate ruimte laat voor het opleggen van OD-verplichtingen en in nog mindere mate het aangaan van OD-contracten (concessies). Dat is een fundamenteel ander uitgangspunt dan dat van de PSO-verordening die juist expliciet uitgaat van het bestaan van OD-contracten en daar voorwaarden aan stelt. Ook de marktcontext is fundamenteel verschillend. Zo varen veerdiensten om de zoveel tijd heen en weer tussen een paar plaatsen en is het probleem van «capaciteitsgebrek» in de zeevervoersector normaal gesproken niet aan de orde.

OD-verplichtingen met betrekking tot veerdiensten zijn niet te vergelijken met de complexiteit van OD-verplichtingen met betrekking tot het spoorvervoer op het HRN met een veelvoud van lijnen en de coherentie en afstemming die dat vereist. In het zeevervoer is het uitgangspunt sinds jaar en dag een open markt en er is ook sprake van een bestaand competitief aanbod van marktpartijen. Vanuit die (markt)constellatie kunnen concessies in uitgangspunt slechts een aanvullende rol vervullen, daar waar het aanbod van de markt aantoonbaar tekortschiet.

Het Gerecht bevestigt naar mijn mening in het SNCM-arrest duidelijk het belang van sectorspecifieke regelgeving (zoals in dit geval de PSO-verordening en in de SNCM-zaak de Cabotageverordening) bij de vraag of en onder welke voorwaarden OD-verplichtingen kunnen worden opgelegd.⁸ Aangezien het SNCM-arrest ziet op de toepassing van de Cabotageverordening, heeft deze uitspraak beperkte relevantie voor de toepassing van de PSO-verordening. Het Hof van Justitie heeft het belang van het onderscheid tussen de Cabotageverordening en de PSO-verordening in een recent arrest van 15 oktober 2022 nog eens onderstreept.⁹ Het Hof merkt in laatstgenoemd arrest op dat de regels inzake overheidsopdrachten verschillen naargelang het gaat om diensten op het gebied van openbaar personenvervoer over zee of om diensten op het gebied van openbaar personenvervoer per spoor.

Dit alles neemt overigens niet weg dat ik, zoals ik in verschillende brieven¹⁰ heb aangegeven, blijf anticiperen op de toekomst. In Europese wetgeving is immers een beweging ingezet naar meer concurrentie op de spoormarkt: daar bereiden we ons dus ook op voor.

Ik hoop hiermee voldoende tegemoet te zijn gekomen aan het verzoek van uw commissie.

De Staatssecretaris van Infrastructuur en Waterstaat,
V.L.W.A. Heijnen

⁸ Gerecht van de Europese Unie, 1 maart 2017, T-454/13 ECLI:EU:T:2017:134, punten 114–124.

⁹ Gerecht van de Europese Unie, 13 oktober 2022, C-437/21 ECLI:EU:C:2022:794, punten 28 en 33–34.

¹⁰ Kamerstuk 29 984, nr. 989 en Kamerstuk 29 984, nrs. 1001, 1002 en 1003.