

# Ministerie van Verkeer en Waterstaat

Aan  
de voorzitter van de Tweede Kamer  
der Staten-Generaal  
Binnenhof 4  
2513 AA DEN HAAG

Contactpersoon	Doorkiesnummer
	-
Datum	Bijlage(n)
23 mei 2008	-
Ons kenmerk	Uw kenmerk
VENW/DGP-2008/4865	08-VW-B-080
Onderwerp	
Onderzoek juridische aspecten marktwerking OV	

Geachte voorzitter,

Op uw verzoek bij brief van 28 april 2008, kenmerk 08-VW-B-080 geef ik u hierbij mijn reactie op het onderzoek naar de juridische aspecten van marktwerking in het stedelijk openbaar vervoer zoals dat in opdracht van de vaste commissie voor Verkeer en Waterstaat is uitgevoerd door prof.mr.dr. M.H. Wissink en prof.dr. L.W. Gormley van de Rijksuniversiteit Groningen. Daarbij ga ik ook specifiek in op het verhaalrecht zoals dat nu in voorbereiding is. Tot slot reageer ik op recente antwoorden van Eurocommissaris Barrot op vragen vanuit het Europees Parlement met betrekking tot inbesteding van openbaar vervoer. Een afschrift van deze brief zal ik zenden aan de stadsregio's.

## Onderzoeksvragen en conclusies

De onderzoekers hebben geadviseerd over de vraag of de Staat juridische risico's loopt indien in de toekomst een stadsregio in strijd met Europese regels openbaar vervoer zou inbesteden in verband met eventuele acties door de Europese Commissie of door derden (concurrenten). Het onderzoek gaat in op vier deelvragen:

1. waarop kunnen acties door de Europese Commissie of derden worden gebaseerd;
2. zijn aan deze acties juridische aansprakelijkheden verbonden voor de Staat en/of lagere overheden;
3. zijn er mogelijkheden dat de Staat zich verhaalt op de lagere overheid en vice versa;
4. of en hoe kan aanpassing van de Wet personenvervoer 2000 of het Besluit personenvervoer 2000 eventuele juridische problemen - in geval van inbesteding - voorkomen.

Postadres Postbus 20901, 2500 EX Den Haag  
Bezoekadres Plesmanweg 1-6, 2597 JG Den Haag

Telefoon 070 351 61 71  
Fax 070 351 78 95

De conclusie van het onderzoek is dat indien de PSO-verordening<sup>1</sup> verkeerd zou worden toegepast bij een investering, de Staat in een tweetal situaties juridisch enig risico loopt. Het betreft de volgende situaties:

1. De situatie dat een arrest van het Hof van Justitie van EG waarin is vastgesteld dat Nederland door toedoen van een lagere overheid in strijd met EG-recht heeft gehandeld, niet wordt nagekomen door een stadsregio. Indien de stadsregio daarin persisteert, kan de Staat een boete worden opgelegd waarvan de verhaalbaarheid op de lagere overheid thans niet zeker is.
2. Schadevergoedingsacties van derden kunnen mogelijk voor de Staat gevolgen hebben indien (ook) de Staat zelf een fout maakt bij aanpassing van de regelgeving of indien een stadsregio een fout maakt bij de investering of overcompenseert en geen verhaal biedt. De onderzoekers geven aan dat dit soort risico's altijd gelden bij de toepassing van Europees recht en dat zij geen reden hebben om aan te nemen dat de kans op deze risico's in geval van investering groter is dan normaal. Op basis van ervaringen uit het verleden, achten zij de kans zeer gering.

#### **Reactie op onderzoeksresultaten**

Alvorens op de onderzoeksresultaten in te gaan wil ik u erop attenderen dat ik reeds eerder tijdens het algemeen overleg uw Kamer over marktwerking in het stedelijk vervoer d.d. 3 oktober 2007 op juridische risico's ten aanzien van investering ben ingegaan.

#### *Afbakening onderzoeksvraag*

Allereerst stel ik vast dat de onderzoeksvraag en daarmee ook het onderzoek beperkt is tot de risico's in de zin van verhaalrecht bij een onjuiste investering van openbaar vervoer danwel een onjuiste aanpassing van regelgeving met betrekking tot investering. Het onderzoek gaat daarom niet in op eventuele staatssteunprocedures die de commissie kan starten als zij een vermoeden heeft dat is of wordt overgecompenseerd.

#### *Algemene reactie*

De beschrijving van het Europees verhaalsrecht is helder en juist.

Ik ben het met de onderzoekers eens dat de risico's van Europese claims zo gering mogelijk blijven indien de wijziging van de Wp2000 die investering mogelijk maakt, zo dicht mogelijk bij de PSO-verordening blijft. Dit zal ook het uitgangspunt zijn bij de implementatie van de motie Roefs c.s. De mogelijkheden daarbij worden op dit moment verkend.

Ook onderschrijf ik de conclusie dat het van belang is voor de stadsregio's om bij het gebruikmaken van de investeringsmogelijkheid de zeggenschapsverhoudingen goed te regelen ter voorkoming van claims. Het is nog niet exact duidelijk wanneer die zeggenschapsverhoudingen goed zijn geregeld. Deelname van een gemeentelijke eigenaar van het vervoerbedrijf aan het bestuur van een stadsregio is bijvoorbeeld geen garantie dat de stadsregio over voldoende zeggenschap bezit om het vervoerbedrijf als een interne exploitant te beschouwen.

---

<sup>1</sup> 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 (EG) nr. 1191/69 van de Raad en Verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad.

Hierna volgt een specifieke reactie ten aanzien van een aantal analyses en conclusies.

*Huidig inbestedingsrecht en overgangstermijn PSO-verordening*

De onderzoekers gaan niet in op het geldend Europees recht ten aanzien van inbesteding. Inbesteding is niet nieuw. Het Hof van Justitie heeft al meerdere arresten gewezen waarin het inbestedingsvraagstuk aan de orde is geweest in het kader van reeds geldend Europees aanbestedingsrecht.<sup>2</sup>

De inbestedingsmogelijkheid zoals deze in de PSO-verordening is omschreven, is vooral toegespitst op het openbaar personenvervoer en geldt pas na inwerkingtreding van de PSO-verordening op 3 december 2009. De door de hoogleraren genoemde overgangstermijn van 10 jaar geldt alleen voor de gunning van openbare-dienstcontracten of concessieovereenkomsten (artikel 5 PSO-verordening). Die overgangstermijn is bedoeld om de wetgeving op orde te krijgen. Het begrip concessie uit de Wet personenvervoer 2000 is overigens niet zonder meer gelijk aan het Europese begrip concessieovereenkomst. Ik verwijs u naar mijn brief van 1 juni 2007 en een juridische bijlage aan uw Kamer<sup>3</sup> over de consequenties van invoering van een inbestedingsmogelijkheid voor openbaar vervoer, waarin onder meer dit onderscheid is toegelicht. Het Europese begrip concessieovereenkomst is van belang voor de toepasselijkheid van de PSO-verordening dan wel de relevante Europese aanbestedingsrichtlijn nr. 2004/18/EG. Gelet op de onderzoeksvraag zijn de onderzoekers niet nader ingegaan op de twee verschillende juridische kaders op grond waarvan inbesteding onder voorwaarden mogelijk is.

*Faciliteren decentrale overheden door wijziging regelgeving*

Het is aan de stadsregio zelf om te beoordelen of de eigen specifieke situatie, al dan niet na enige aanpassing in zeggenschapsverhoudingen, zal voldoen aan de mogelijkheid voor inbesteding. De overweging die de onderzoekers in punt 20 meegeven om door wijziging van regelgeving een oplossing voor decentrale overheden te faciliteren, deel ik daarom niet. Door bijvoorbeeld het opnemen van criteria ten aanzien van de zeggenschapsverhouding in de Wp2000 bestaat het risico dat er een verschil in interpretatie ontstaat tussen het Nederlandse en het Europese recht en dat als gevolg daarvan schadeclaims bij de Nederlandse Staat worden ingediend. Ik verwijs daarbij naast de eerdergenoemde brief en bijlage van 1 juni 2007 naar mijn brief van 7 september 2007 aan uw Kamer over de uitvoering van de motie-Roefs.

---

<sup>2</sup> Zie bijvoorbeeld, HvJ EG, 18 november 1999, zaak C-107/98 (Teckal), HvJ EG, 6 april 2006, C410-04 (ANAV), HvJ EG, 11 mei 2006, C340/04 (Cabotermo).

<sup>3</sup> Kamerstukken II 2006/07, 23 645, nr. 17.

*Kans op succesvolle procedures*

Door de onderzoekers wordt de kans klein geacht dat de genoemde risico's te weten een succesvol beroep op onterechte inbesteding, zich voor gaan doen. De mogelijkheid tot inbesteding ligt gevoelig bij de private vervoerders. Er is reeds een verzoek om voorlopige voorziening aangespannen door Arrivia en Veolia tegen het vermeende concessiebesluit van de Stadsregio Rotterdam om onderhands te gunnen na 2009, de datum waarop voor de Stadsregio Rotterdam de aanbestedingsverplichting zou ingaan. De voorzieningenrechter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft de zaak niet ontvankelijk verklaard omdat nog geen formeel besluit was genomen. Bovendien heeft Connexion bij de Europese Commissie een brief neergelegd met het verzoek om onderzoek te doen naar de juistheid van de implementatie van de PSO-verordening, de randvoorwaarden waaronder de HTM de stadsconcessie Haaglanden mag uitvoeren en de aanwezigheid van ongeoorloofde staatssteun ten behoeve van de HTM.

**Verhaalrecht**

Het ministerie van BZK heeft een wetsvoorstel in voorbereiding, genaamd de Wet naleving Europese regelgeving medeoverheden (NERmo). Het wetsvoorstel ligt momenteel voor advies bij de Raad van State. In het wetsvoorstel is onder meer een aanwijzingsbevoegdheid en een verhaalrecht opgenomen voor de minister van BZK voor de hiervoor genoemde situaties waarin een decentrale overheid in gebreke blijft na constatering van besluiten die strijdig zijn met Europese regelgeving. De onderzoekers stellen als alternatief voor om in de Wp2000 een verhaalbepaling op te nemen. Ik acht dit laatste niet wenselijk omdat in het wetsvoorstel van BZK dezelfde problematiek wordt geregeld en het de voorkeur verdient dit niet in sectorwetgeving maar zoveel mogelijk in een algemene wet te regelen. Ik wacht dan ook de behandeling van dit wetsvoorstel in uw Kamer af.

Ten aanzien van de verhaalmogelijkheden met betrekking tot ongeoorloofde staatssteun maak ik u erop attent dat het Kabinet op 10 april 2008 een wetsvoorstel bij uw Kamer aanhangig heeft gemaakt inzake onder andere het opheffen van belemmeringen in wetgeving voor een effectieve terugvordering van staatssteun.<sup>4</sup>

**Reactie op antwoorden Eurocommissaris Barrot**

Europarlementariër Wortman (CDA) heeft onlangs vragen gesteld aan de Europese Commissie over de voorgenomen inbesteding van de stadsbusconcessie door Stadsregio Rotterdam aan de RET, mede in relatie tot besluit van de stadsregio van oktober 2007 tot aanbesteding van een openbare veerdienst Hoek van Holland – Maasvlakte aan de RET.

---

<sup>4</sup> Wijzigingsvoorstel van het Burgerlijk Wetboek, de Algemene wet bestuursrecht en de Algemene wet inzake rijksbelastingen in verband met de tenuitvoerlegging van een beschikking van de Commissie van de Europese Gemeenschappen of een rechterlijke uitspraak inzake staatssteun, alsmede wijziging van het Burgerlijk Wetboek om de procedure voor het vaststellen van de wettelijke rente aan te passen (terugvordering staatssteun, Kamerstukken II 2007/08, 31 418, nrs 1-4.

De antwoorden van Eurocommissaris Barrot bevestigen eerdere analyses, ook van mijn kant, dat een besluit tot inbesteding moet voldoen aan strikte Europese regelgeving, met name dat bij inbesteding sprake moet zijn van een relatie tussen de opdrachtgever en opdrachtnemer als ware het een eigen dienst. Dat is nu nog niet het geval: de GVB-en zijn nu nog verzelfstandigd en de zeggenschap van de stadsregio's als concessieverlener over het vervoerbedrijf is nog niet zodanig als ware het een eigen dienst. De stadsregio's zijn zich daarvan bewust en anticiperen daarop bij hun besluiten. Momenteel hebben zij nog geen formeel besluit genomen voor een onderhandse gunning aan een interne exploitant, welke ontvankelijk is voor een bezwaar- en beroepsprocedure.

Hoogachtend,

DE STAATSSECRETARIS VAN VERKEER EN WATERSTAAT,

J.C. Huizinga-Heringa