

Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat

Onderwerp:

Reactie consultatie wijziging Besluit Capaciteitsverdeling

Brussel, 1 oktober 2022

Geachte mevrouw Heijnen,

Hierbij danken wij u voor de uitnodiging voor de consultatie over de voorgenomen wijziging van het Besluit Capaciteitsverdeling Hoofdspoorweg-infrastructuur. In deze brief treft u onze reactie.

In de voorgenomen nieuwe formulering van het Besluit Capaciteitsverdeling wordt voorrang gegeven aan concessietreinen boven treinen die zonder concessie rijden. Dit komt tot uitdrukking in het voorgenomen wijzigingen van de artikelen. Helaas blijkt u ook in deze wijziging van het Besluit Capaciteitsverdeling uit te gaan van dezelfde onjuiste juridische opvattingen die tevens ten grondslag liggen aan uw voornemen voor een nieuwe Hoofdrailnetconcessie, die strijdig is met het Unierecht.

lenW's begrip van concessies is strijdig met EU-marktordening

We constateren dat het Ministerie van lenW nog steeds grote moeite lijkt te hebben met het begrip van de Europese marktordening, met name ten aanzien van de toegestane reikwijdte van concessies. Een grote tekortkoming van de Wet Personenvervoer 2000 (WP2000) is dat niet onderkend is dat de bevoegdheid tot het verlenen van concessies beperkt is tot treindiensten die zonder compensatie niet of niet in dezelfde mate door marktpartijen geleverd kunnen worden (artikel 2, onder e) van de PSO-verordening). Binnen één concessie kan er sprake zijn van de combinatie van verlieslatende en winstgevende treindiensten (artikel 2bis lid 1 van de PSO-verordening), bijvoorbeeld het traject Groningen – Leeuwarden in de concessie Noordelijke Nevenlijnen), maar op concessieniveau kan er geen sprake zijn van een winstgevende concessie.

Dit is logisch en consistent met het juridische kader voor *Diensten van Algemeen Economisch Belang* (DAEBs) en de door het Europese Hof van Justitie geformuleerde "Altmark-criteria", waarbij de PSO-verordening nog eens expliciet in de PSO-

verordening (*artikel 2 onder a*)) bepaald heeft dat openbaar personenvervoer per spoor DAEBS betreffen. Dat heeft grote gevolgen voor het juridisch kader.

De conclusie is dat de Nederlandse Hoofdrailnetconcessie intrinsiek strijdig is met de Europese marktordening, aangezien het een (zeer) winstgevende concessie betreft die zeker voor wat betreft de intercitytreinen ook zonder concessie kan worden aangeboden. In feite rijdt NS alle intercitytreinen al “onverplicht”, nu de vigerende Hoofdrailnetconcessie geen verplichting bevat om überhaupt intercity’s te rijden. In theorie kan NS morgen stoppen met het rijden van alle intercity’s, zolang ieder station 2x per uur bediend wordt. Wanneer de intercity’s vanaf 2025 in overeenstemming met de Europese marktordeningsprincipes niet langer onderdeel van de Hoofdrailnetconcessie zouden zijn, zou dit in de praktijk weinig verschil maken.

Het Ministerie van IenW lijkt zich niet bewust of niet te begrijpen dat haar bevoegdheid tot het verlenen van concessies niet louter door de WP2000, maar ook door de PSO-verordening beperkt wordt, en dat het juridische kader voor Diensten voor Algemeen Economisch Belang onverkort van toepassing zijn op vervoersconcessies. Voor zover dit nog niet duidelijk was uit artikel 2 onder a) van de PSO-verordening, heeft het Europese Hof van Justitie in het zogenaamde *SNCM-arrest* (ECLI:EU:T:2017:134) een vervoersconcessie getoetst aan de Altmark-criteria. Ondanks dat de onderliggende casus een netwerk van veerdiensten was, is deze casus zeer relevant voor het Nederlandse Hoofdrailnet, aangezien de op veerdiensten van toepassing zijnde Cabotageverordening een vrijwel identieke bepaling als artikel 2 onder e) van de PSO-verordening kent, wat niet verrassend is aangezien het allebei uitwerkingen van het overkoepelende concept van DAEBS betreft. De SNCM-casus bevat bovendien diverse elementen die ook op het Hoofdrailnet spelen, zoals de combinatie van verlieslatende en winstgevende verbindingen in één concessie, het niet willen onderzoeken in hoeverre de gevraagde dienst zonder concessie geleverd kan worden en als verdediging de vermeende synergievoordelen van één grote concessie.

De conclusie is dat de spoormarktordening zoals deze in Nederland op het Hoofdrailnet nu bestaat niet verenigbaar is met de Europese interne markt, en dat de wijze waarop het Ministerie van IenW deze na 2025 denkt te kunnen voortzetten op dezelfde wijze fundamenteel strijdig is met de Europese marktordening.

Intercity’s en internationale treinen per 2025 niet meer in concessies

Het is onvermijdelijk dat het winstgevende intercitynetwerk vanaf 2025 niet langer onderdeel uitmaakt van een concessie, om de simpele reden dat het Ministerie van IenW op grond van Europese marktordeningsregels überhaupt niet bevoegd is om die treindiensten in de Hoofdrailnetconcessie -of welke andere concessie dan ook- op te nemen. Deze zullen via het open-toegangsprincipe gereguleerd moeten worden.

Hetzelfde geldt voor internationale treinen, die in essentie rendabel geëxploiteerd moeten kunnen worden. De opname van de ÖBB NightJet Amsterdam – Wenen in de Hoofdrailnetconcessie was hoogst onrechtmatig, mede ook omdat dit een (zeer) winstgevende treinverbinding is die op Nederlandse grondgebied puur boekhoudkundig verlieslatend is gemaakt door het rondpompen van geld tussen NS en ÖBB (NS betaalt in Nederland als “concessietrein” aan ÖBB voor gebruik materieel, ÖBB betaalt in Duitsland als “open toegang” aan NS voor rijden trein). Een dergelijke schijnconstructie zorgt ervoor dat publiek geld onttrokken wordt, via subsidie voor een treindienst die niet voor subsidie in aanmerking zou komen als de business case van het volledige traject in aanmerking was genomen. Wanneer het Ministerie op een zuivere wijze naar de internationale treindiensten zou kijken, dat moet de conclusie zijn dat deze geen onderdeel van een concessie mogen zijn, aangezien de markt deze ook zonder concessie kan leveren.

Marktordening per 2025 wordt heel anders dan lenW denkt

Vornoemde constatering hebben tot gevolg dat de marktordening per 2025 onvermijdelijk volstrekt anders zal zijn dan het Ministerie van lenW zich voorgenomen had. Dit zal ook gevolgen moeten hebben voor het Besluit Capaciteitsverdeling. Concreet dient er rekening mee te worden gehouden dat per 2025:

- In ieder geval het winstgevende intercitynet per 2025 geen onderdeel uitmaakt van een concessie, maar onder het open toegangsregime valt.
- Internationale treinen (m.u.v. regionale stoptreinen) geen onderdeel uitmaken van een concessie.

Het (onbedoelde) gevolg van de nu voorgenomen wijziging van het Besluit Capaciteitsverdeling zal zijn dat Sprinters en regionale treinen voorrang krijgen op intercity's en internationale treinen, die immers geen onderdeel meer zullen zijn van een concessie. Daarmee schiet het ministerie in haar eigen voet.

Het is bovendien niet gezegd dat een concessietrein ALTIJD een hogere maatschappelijke waarde vertegenwoordigt dan een open toegang-trein. Integendeel, het marktordeningsprincipe is dat economisch rendabele treinen in open toegang worden gereden, en alleen de economisch onrendabele treinen in een concessie. Door de voorgenomen wijziging van het Besluit Capaciteitsverdeling zal het zeer moeilijk worden om internationale treinen, in het bijzonder hogesnelheidstreinen en nachttreinen, nog überhaupt op het Nederlandse spoor ingepland te krijgen. Met deze voorgenomen wijziging frustreert het Ministerie de ontwikkeling –en zelfs de instandhouding– van het internationale spoorvervoer en dreigt zij een besluit te nemen dat contraproductief is ten aanzien van haar eigen beleidsdoelstellingen. De voorgenomen wijziging is daarmee hoogst onverstandig en contraproductief beleid.

De standpunten van de Europese Commissie (ook schriftelijk in bijvoorbeeld het concept van de nieuwe Guidelines voor de PSO-verordening) en de uitspraak van het Europese Hof van Justitie in het SNCM-arrest, laten er geen twijfel over bestaan dat het Ministerie van IenW met haar voorgenomen nieuwe Hoofdrailnetconcessie een onhoudbare juridische positie ingenomen heeft. De kans dat Nederland hier nog een keer mee wekomt is nihil, omdat zij daarmee het Europese spoorbeleid en de autoriteit van de Europese spoormarktordening en de Europese Commissie zou ondergraven. Het Europese Hof van Justitie zal daar nooit in mee gaan.

Tijd om te anticiperen op een andere marktordening per 2025

Recente ontwikkeling is dat de Europese Commissie medio september een “EU Pilot”-procedure tegen de voorgenomen Hoofdrailnetconcessie is gestart. Een dergelijke procedure is het voorportaal van een inbreukprocedure bij het Europese Hof van Justitie. Nu over het standpunt van het Hof weinig twijfel lijkt te bestaan, lijkt het slechts een kwestie van tijd voordat de voorgenomen nieuwe Hoofdrailnetconcessie en de daaraan ten grondslag liggende onjuiste aannames over de mogelijke Nederlandse marktordening per 2025 juridisch onhaalbaar blijken, nu deze een flagrante schending van het Unierecht en een ondermijning van het spoorbeleid van de Europese Unie inhouden.

Het Ministerie van IenW zou er daarom verstandig aan doen om in ieder geval in haar beleid (zoals het Besluit Capaciteitsverdeling) te anticiperen op de situatie zoals deze in de toekomst zal gelden: intercity's en internationale treinen worden niet langer via concessies maar via open toegang gereguleerd. Een concessietrein staat daarmee niet automatisch “hoger in algemeen belang” dan een open-toegangstrein. Het Besluit Capaciteitsverdeling onderkent dat met artikel 9a en 9b ten onrechte nog niet.

Voorstel: beperk voorrang tot *verplichte* concessietreinen

Hoewel wij het fundamenteel oneens zijn met de systematiek van het Besluit Capaciteitsverdeling dat uitgaat van voorrang voor concessietreinen, willen wij subsidiair ook suggereren om de formulering in ieder geval aan te passen in “voorzover de concessiehouder niet in staat is uitvoering te geven aan de *minimale* bedieningsfrequentie die is opgenomen in de concessie.”

De toevoeging van het woordje “minimale” is belangrijk, omdat niet iedere concessie de scope nauwkeurig heeft gespecificeerd. Ook het Ministerie van IenW heeft voorgenomen om te werken met “bandbreedtes” van minimum- en maximumfrequenties. Voor zover dit überhaupt is toegestaan (de systematiek van DAEBs is namelijk dat vooraf de omvang van de te verwerven dienst vast moet staan), is het wenselijk om de voorrang te beperken tot de minimale frequenties. Dit moet tevens voorkomen dat het toevoegen van onverplichte treinen in een concessie (voor


zover dat juridisch mogelijk zou zijn) ertoe zou leiden dat de betreffende vervoerder *automatisch* voorrang zou hebben op andere vervoerders voor onverplicht vervoer.

Minimale capaciteit voor internationaal personenvervoer

Wij willen voorts suggereren om deze tussentijdse wijziging van het Besluit Capaciteitsverdeling aan te grijpen om in artikel 8, onder c, de minimale beschikbare capaciteit voor internationale personentreinen te verhogen. Op de drie aldaar onder 1^o, 2^o en 3^o genoemde hoofdassen zou de minimale beschikbare capaciteit minimaal naar 1 treinpad per uur verhoogd moeten worden, waarbij een capaciteit van 2 treinpaden per uur eigenlijk nog wenselijker is. De huidige genoemde capaciteit is al volledig aan bestaande NS-treinen vergeven, waardoor de doelstellingen van het Europese klimaatbeleid en het algemeen belang om nieuw internationaal spoorvervoer te stimuleren, bemoeilijkt worden doordat de daarvoor benodigde infracapaciteit in het Besluit Capaciteitsverdeling niet afdoende geborgd is.

Ook het traject via Roosendaal zal in de nabije toekomst weer internationaal vervoer zien, bijvoorbeeld de nieuwe internationale trein Brussel – Amsterdam – Berlijn – Praag van ALLRAIL-leden European Sleeper en RegioJet. Het is belangrijk dat ook intercityvervoer (wat in feite net als de “IC Direct” niet echt “hogesnelheidsvervoer” is) tussen Amsterdam en Antwerpen mogelijk blijft, zowel via Roosendaal als via de HSL, en dat daarvoor op deze routes minimaal één “vrij” treinpad per uur beschikbaar is.

Hoogachtend,



Arthur Kamminga
Benelux Representative
ALLRAIL vzw