



bezwaar, mits daarbij geen inbreuk wordt gemaakt op de concessie over het hoofdrailnet. Bovendien is het de vraag of een dergelijke afspraak praktisch uitvoerbaar is wegens het feit dat de conventionele infrastructuur eenvoudig te weinig capaciteit heeft voor dergelijk (extra) vervoer.

5. Het bepaalde in artikel 4.5 van het Concept-contract zou kunnen betekenen dat in de Tender gegadigden die zich bedienen van Thalys-materieel een voordeel hebben ten opzichte van partijen die zich niet van Thalys-materieel bedienen. Dit is een risico voor de Tender uit oogpunt van level playing field en de verplichting met betrekking tot gelijke behandeling van biedende partijen. Wij bespraken deze risico's eerder. Gegeven het feit dat dit beding voor NMBS een cruciaal beding vormt is reeds in een eerder stadium door u besloten dit risico te aanvaarden.
6. De beperking zoals opgenomen in artikel 6.8.1 onder f lijkt mij niet juist.

#### **De Oplegbrief**

7. In de diagonale rechtsverhouding tussen de Staat der Nederlanden en de NMBS zal de Oplegbrief de definitieve overeenkomst worden. In deze overeenkomst garanderen partijen elkaar over en weer een 15 jaar durende exclusieve samenwerking. Op zichzelf bestaan hiertegen geen prangende juridische bezwaren.
8. Deze garantie betekent dat in de Concessie-overeenkomst moet worden opgenomen dat de HSL-Zuid Vervoermaatschappij verplicht is de samenwerking met de NMBS aan te gaan en gedurende 15 jaar uit te voeren.
9. De thans in artikel 3.4 opgenomen regeling aangaande vertraging van het Tenderproces en daaruit volgende openbreking van het Concept-contract acht ik veel evenwichtiger dan de aanvankelijk door NMBS beoogde eenzijdige openbrekingsclausule. Immers, indien door tijdsverloop de economische kenmerken waarvan NMBS is uitgegaan zich zouden wijzigen, dan behoort het Concept-contract aan de totstandkoming van een herziene en economisch betere samenwerking niet in de weg te staan. Wel ben ik van oordeel dat een dergelijke bevrijding van de verplichtingen in het Concept-contract als basis voor de Samenwerkingsovereenkomst een reciproque karakter moet hebben, zodat ook de bidders in de Tender niet langer aan het Concept-contract zijn gebonden. Dit zou in de ITT tot uitdrukking moeten worden gebracht.
10. Artikel 5 regelt verschillende schaderegelingen. In beginsel ben ik niet voor schaderegelingen, doch ik realiseer mij dat deze regelingen onderdeel van een pakket aan onderhandelingsresultaten vormen. De schaderegeling met betrekking tot vertraagde oplevering van de infrastructuur is bovendien een voorwaardelijke regeling. Zolang de

Belgische Staat niet tot een vergelijkbare regeling bereid zal zijn is de Staat niet gehouden NMBS te compenseren voor een vertraagde oplevering van Nederlandse infrastructuur.

11. De indeplaatsstelingsregeling van artikel 4 zal vermoedelijk nog nadere invulling behoeven, en daarmee voorwerp worden van nadere onderhandeling tussen de Staat en NMBS, indien in de Concessie-overeenkomst gekozen zal worden voor een step-in regeling voor de banken en/of moedermaatschappij van de HSL-Zuid Vervoermaatschappij, zoals door de Tenderboard voorgesteld. De tekst in artikel 4 voorziet niet in een dergelijke aanpassing, doch de belangen van de Staat en NMBS ter zake lijken op het eerste gezicht niet tegengesteld. Immers, de step-in regelingen zullen nu juist continuïteit van het vervoer tot doel hebben, hetgeen ook in het belang van NMBS is.
12. De regeling van 5.6 en 5.7 zijn nog voorwerp van onderhandeling en moeten, voor zover gehandhaafd, in een reciproque regeling worden gherredigeerd. Daarbij wijs ik erop dat in het geval NMBS haar zijde van de vervoersactiviteiten niet zou uitvoeren het maar de vraag is welke schade de Staat zal lijden. Uiteraard is er dan veel politieke en bestuurlijke schade, doch vermogensschade of gemaakte kosten zie ik niet spoedig bij de Staat ontstaan. De Staat krijgt immers van de Nederlandse concessiehouder de concessieprijs betaald, ongeacht of deze concessiehouder internationaal vervoer in samenwerking met NMBS kan verzorgen. Anders gezegd: de Staat heeft niet veel aan de regeling van het huidige artikel 5.6.
13. Met betrekking tot het eventuele steunkarakter van de schaderegeling adviseerde ik reeds dat dit karakter naar mijn oordeel waarschijnlijk aanwezig is (in elk geval bij artikel 5.5) en dat mede op grond daarvan aanmelding van de Oplegbrief bij de Europese Commissie gewenst is. Inmiddels begreep ik van u dat het gehele pakket van ITT met bijbehorende contracten aan de Commissie zal worden voorgelegd.
14. In artikel 6.3 wordt thans geregeld dat de Staat garandeert de continuering van het huidige internationale vervoersaanbod, te weten 25 paden per richting per dag, tot het moment dat het Internationaal Vervoer over de HSL-Zuid zal aanvangen. Dit veronderstelt dat de Staat, bij wegvallen van dat aanbod aan relevante vervoerders openbare dienstverplichtingen oplegt, en daarvoor betaalt, ter behoud van dat vervoersaanbod. Op zichzelf bestaat hiertegen geen bezwaar, mits de Europese en nationale regels met betrekking tot de openbare dienstverplichtingen (in de toekomst Nederlandsrechtelijke concessies) worden nageleefd. Transparante prijsvorming daarbij is een van de hoofdregels. Zoals artikel 6.3 thans is geredigeerd is sprake van een aanbod van NMBS om een dergelijke openbare dienstverplichting op zich te nemen. Daarbij is naar mijn oordeel voldoende vermeden om in dit kader aan NMBS een exclusief recht te verlenen, al sluit ik niet uit dat het artikel ook anders kan worden gelezen.

15. In artikel 6.4 is een recht van NMBS geregeld af te zien van het realiseren van het minimum vervoersaanbod zoals opgenomen in het Concept-contract, indien verhoogde kosten in verband met de tunnel onder het Groene Hart, dan wel verlaagde opbrengsten in geval van discontinuïteit in de aanloopfase het vervoersaanbod niet rendabel doen zijn. Dit op zichzelf niet wenselijke recht is een product van onderhandeling als zodanig en moet op die grond worden aanvaard
16. Van belang is te noteren dat de Concessie-overeenkomst zich nog in een proces van ontwerp bevindt en dat de totstandkoming van een uiteindelijk definitief concept niet door NMBS kan worden gefrustreerd. In artikel 2.5 is geen goedkeuringsrecht van NMBS opgenomen doch een verplichting van de Staat de Concessie-overeenkomst, voor het uitsturen daarvan naar de bidders, voor te leggen aan NMBS, ter controle op consistentie en coherentie met de Oplegbrief en het Concept-contract. Dit spoort met hetgeen terzake reeds overeengekomen was in de overeenkomst van 25 juli 2000. Wel adviseer ik in dit verband de NMBS goed te informeren omtrent het verdere proces met betrekking tot het concept van de Concessie-overeenkomst.
17. De diagonale rechtsverhouding tussen de Staat en NMBS, zoals vastgelegd in de Oplegbrief, is tot stand gebracht onder hoge tijdsdruk en binnen het kader van de op 25 juli 2000 reeds tussen partijen gemaakte afspraken. Ik meen dat de Oplegbrief binnen dit kader is gebleven.
18. Daarbij moet worden aangetekend dat de Oplegbrief naar inhoud een contract op hoofdlijnen is en om die reden geschillen omtrent de interpretatie van de uitvoering van de Oplegbrief, niet uitsluit. Dit klemmt te meer nu de Oplegbrief in beginsel voor de duur van 15 jaar, gerekend vanaf de oplevering van de infrastructuur, zijn gelding zal behouden. Thans is nauwelijks te voorspellen welke consequenties voor de partijen bij de Oplegbrief zullen ontstaan uit hoofde van, bijvoorbeeld, de (rechts)ontwikkelingen in de spoorsector of aanverwante sectoren.
19. Desondanks zie ik in het huidige stadium geen aanleiding de minister het aangaan van de Oplegbrief te ontraden.

Hoogachtend,  
de landsadvocaat,  
voor deze,



R. van de Klashorst