

Geachte heer Pardon,

Hierbij ontvangt u onze reactie op uw brief van 29 oktober jongstleden, die onze brief van 2 november kruiste.

Zoals u weet, was het mij liever geweest om eerst met u persoonlijk te overleggen nadat u onze brief gelezen had, in de verwachting dat de daar uiteengezette feiten reeds hadden kunnen leiden tot een andere stellingname en procesgang. Na lezing van uw brief van 14 november stel ik vast dat dit niet gebeurd is.

In het licht van de feiten, waar u middels onze brief aan herinnerd bent, vind ik uw negatieve kwalificatie over het handelen van de Staat uitermate ongepast. Ik wil er nadrukkelijk op wijzen dat het feit dat wij geen negatieve kwalificaties over de NMBS hanteren, geenszins opgevat mag worden als zou de Staat menen dat zij jegens de NMBS tekortgeschoten is, of dat er geen vraagtekens gezet kunnen worden bij het handelen van de NMBS.

#### *Inhoud van de brief*

Over de correcte interpretatie van artikel 6.1 is uitvoerig ingegaan in onze brief van 2 november. Maar op de door u aangehaalde correspondentie wil ik aanvullend graag reageren. Wij waren ons er niet van bewust dat uw commentaar indertijd de toepassing van artikel 6.1 op het binnenlands medegberuik betrof. Zoals eerder toegelicht, interpreteerden wij uw commentaar in het kader van artikel 8.3 en hebben wij op basis daarvan de bidders geïnformeerd. Ik nodig u uit om uw commentaar van toen nogmaals te lezen maar nu vanuit ons gezichtspunt. U zult dan zien dat er niet gesteld werd dat binnenlandse opbrengsten onder de werking van artikel 6.1 zouden vallen. Bij het schrappen van de gewraakte zin, zou de ITT het opbrengstaandeel uit paragraaf 6.1 nog immer slechts betrekken op de 'international net revenues'.

Voor wat betreft de interpretatieproblematiek tussen NMBS en NS/KLM zal de Staat desgewenst op redelijke wijze toelichting te verschaffen aan de partij die daarom vraagt. Voor een eventuele bemiddelende rol van de Staat kan ik slechts verwijzen naar artikel 8 van de oplegbrief die ongewijzigd overgenomen is in de tekst van de concessie-overeenkomst. Daarbij zal bemiddeling altijd vergen dat beide partijen bereid zijn een dergelijke rol van de Staat te aanvaarden. Het heeft geen zin om op voorhand ter zake kundige derden uit te sluiten, wanneer een bijdrage van dergelijke partijen zou kunnen vallen onder artikel 2.1 het conceptcontract.

Naar aanleiding van uw verwijzing naar een onderhandelingsprotocol verzoek ik, indien u deze tekst nuttig acht voor onze besprekingen, de meest recente versie – alsmede en in ieder geval de toegezegde gespreksverslagen van de gesprekken tussen NMBS en NS/KLM - zo spoedig mogelijk aan ons te doen toekomen.

Met betrekking op het tijdig aangaan van het conceptcontract voorafgaand aan gunning op 12 december, verzoek ik u zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk op 1 december aanstaande, drie namens NMBS ondertekende exemplaren van het conceptcontract ons toe te doen komen. Wij zullen er dan zorg voor dragen dat de concessionaris deze mede ondertekend heeft, alvorens het contract gegund wordt.

*Vervolg*

Ik bevestig hierbij onze afspraak voor maandag 26 november aanstaande, van 11.30-14.00 uur, te Brussel. Ik stel voor om dan een proces af te bespreken om de gerezen geschilpunten uit te praten en de oplossingen te vinden die recht doen aan betrokken partijen en de voorspoedige ontwikkeling van de HSL-Zuiddiensten ondersteunen.

Met het oog op de beperkte tijd die ons nog rest, zou het nuttig zijn om nog voorafgaand aan dat gesprek een informeel gesprek te arrangeren tussen uw juridische adviseurs en de landsadvocaat waarin de concessie-overeenkomst, uw brief van 14 november en ons antwoord daarop vanuit een juridische invalshoek besproken kunnen worden. Als dit gesprek op donderdag of vrijdag kan plaatsvinden zullen wij ons uitermate inspannen om uw uitvoerige brief van 14 november uiterlijk woensdagmiddag per e-mail en/of fax te beantwoorden.

Het kan zijn dat wij op essentiële punten verschil van inzicht blijven houden, die de verdere procesgang tussen NS/KLM en NMBS verstoren. Wij zijn dan ook bereid om in dergelijke gevallen ter zake kundige bemiddeling of arbitrage overeenkomstig het NAI-reglement op de kortst mogelijke termijn te aanvaarden, alsmede omtrent de uitkomst hiervan bij gunning een voorbehoud te maken voor een periode van maximaal drie maanden.

Hoogachtend,

Bas van Os

Geachte heer Pardon,

Hierbij reageren wij op uw brief van 14 november jongstleden. In uw heeft u een groot aantal opmerkingen gemaakt en vragen gesteld bij de concessie-overeenkomst. Enkele thema's komen hieruit bij herhaling naar voren die wij in deze brief centraal willen stellen.

## **Terugkerende thema's**

### *1. Rechtsverhouding tussen partijen en inzage in documenten*

Terecht stelt u in uw brief van 29 oktober dat het de verantwoordelijkheid van de Staat is om ervoor zorg te dragen dat de concessie-overeenkomst niet strijdig is met de oplegbrief of het conceptcontract. Evenzo is het de verantwoordelijkheid van NMBS respectievelijk NS/KLM om te verzekeren dat de uiteindelijke samenwerkingsovereenkomst niet strijdig is met de Oplegbrief (NMBS) respectievelijk de concessieovereenkomst (NS/KLM). Hetzelfde zou voor de NMBS opnieuw gelden indien de rechtverhouding tussen NMBS en de Belgische staat zou veranderen (zie artikel 1.11 van de overeenkomst van 25 juli 2000).

Wellicht ten overvloede wijs ik erop op dat zoals de NMBS vervoerder is in België, de concessionaris dat is in Nederland; de GVO is hierbij vooralsnog slechts een hulppersoon.

Het verkrijgen van commentaar van andere partijen waaraan men middels overeenkomsten verplicht is, is een hulpmiddel bij het waarmaken van de eigen verantwoordelijkheid. Er is ten aanzien van de concessie-overeenkomst in de oplegbrief dan ook geen goedkeuringsrecht toegekend aan NMBS. Tevens is in de Oplegbrief geen sprake van inzage in een business plan of een implementatieplan of in latere versies van de concessie-overeenkomst. Wel is de Staat voornemens om bij relevante wijzigingen de mening van NMBS te vragen.

### *2. Het begrip strijdigheid*

De Staat heeft de concessie-overeenkomst met NS/KLM uitonderhandelt met daarbij het expliciete oogmerk om strijdigheden met het Conceptcontract te vermijden. U kunt nakoming vorderen van de Staat op dit punt.

De definitie van strijdigheid is daarbij van groot belang. De Oplegbrief bevat hierover geen definitie aangezien dit reeds geregeld was in artikel 1.11 van de overeenkomst van 25 juli 2000: *'Partijen zullen zich maximaal inspannen om te verzekeren dat enerzijds de voorwaarden welke verbonden zijn aan de concessies van respectievelijk de HSL-Zuidvervoerder en/of de NMBS en anderzijds de Samenwerkingsovereenkomst tussen de HSL-Zuidvervoerder en NMBS onderling consistent en niet strijdig zullen zijn, voorzover strijdigheid hogere kosten of lagere opbrengsten voor de andere deelnemer aan de GVO teweeg zou brengen.'*

U geeft aan in uw brief van een veel ruimere definitie uit te willen gaan en ook alle bepalingen in het contract die betrekking hebben op het vervoer als strijdig te beschouwen. Deze voor ons nieuwe definitie wijzen wij af, zeker gezien het late stadium waarin zij naar voren wordt gebracht. Volgens uw definitie zijn tal van zaken die reeds voorzien waren in de u bekende ITT, de Summary van de concessie-overeenkomst, de ITDN en de concept concessieovereenkomst (26 september jl), alsmede in de overeenkomst van 25 juli, nu op 14 november strijdig bevonden.

Uw verwijzing hierbij dat de Staat al hetgeen 'des vervoerders' is, wilde laten regelen door NMBS en de concessionaris, is incorrect. De term 'des vervoerders' betref uitsluitend de HSL-Zuid vervoerder zolang deze nog niet bekend was. In de considerans van de overeenkomst van 25 juli 2000 is dit als volgt verwoord: *'Uitgangspunt van partijen is dat de HSL-Zuidvervoerder een zo groot mogelijke bedrijfseconomische en ondernemingsvrijheid dient te hebben,...*' Deze vrijheid geldt vervolgens zowel in de onderhandelingen van deze vervoerder met de Staat over de concessievoorwaarden alsook met NMBS over de Samenwerkingsovereenkomst.

### *3. Interpretatie van artikel 6.1*

Een andere bron van vermeende strijdigheid is uw – incorrecte – interpretatie van de reikwijdte van het Conceptcontract en artikel 6.1 daarvan in het bijzonder. Op tal van plaatsen verzoekt u bewoordingen en definities aan te passen om dit doel te dienen, zonder dat u op de argumentatie van onze brief van 2 november hieromtrent bent ingegaan.

Zo stelt u dat de definitie van Binnenlands Vervoer niet in harmonie is met de definitie in het Conceptcontract (terwijl het woordelijk dezelfde definitie is); en tevens dat *'gestipuleerd dient te worden dat binnenlands vervoer hier binnenlandse OD's betreft die niet in door de GVO beheerde treinen worden afgelegd'*, hetgeen nu juist in afwijking zou zijn van het Conceptcontract.

In aanvulling hierop wil ik u wijzen op artikel 6.5 van de Overeenkomst van 25 juli 2000 inzake de wijze van opbrengstverdeling: *'Bij noodzaak van eventuele interpretatie van het conceptcontract zal op de eerste plaats de bedoeling van Partijen in deze Overeenkomst voorrang hebben.'* Uit artikelen 6.1 en 7 van dezelfde overeenkomst blijkt verder dat uitsluitend afspraken zouden worden gemaakt over de verdeling van opbrengsten uit internationale reizen, hetgeen zijn bevestiging vindt in artikel 8.1 van het conceptcontract.

### *4. Openbare dienst en concessie-voorwaarden*

Bij gunning van de concessie wordt enerzijds marktexclusiviteit voor binnenlands vervoer en langjarige capaciteitsrechten verleend aan de concessionaris en wordt hij anderzijds verplicht tot het leveren van een zeker dienstenpakket alsmede het voeren van een exclusieve samenwerking met de NMBS. Deze interventies van de Staat in de vrijheid van de HSL-Zuidvervoerder vinden hun rechtvaardiging in hetgeen in Communitaire zin verstaat wordt onder 'de openbare dienstverplichting'.

De mening van NMBS dat er dergelijke afspraken niet gemaakt kunnen worden over Internationaal Vervoer of Binnenlands Vervoer in internationale treinen is een onmogelijke stellingname. De concessie met haar rechten en verplichtingen (ook die

jegens NMBS) zou zich dan moeten beperken tot de binnenlandse treinen. Ook de Overeenkomst van 25 juli 2000 gaat er van uit dat de GVO zal werken 'gegeven de kaders van de respectieve concessies' (artikel 3.4).

Het draait hier echter om de rechtsverhouding:

- NS/KLM is verantwoordelijk voor de door haar aangegane verplichtingen jegens de Staat. De NMBS is daarbij niet gebonden aan de Concessieovereenkomst (zie artikel 2.7 van de Oplegbrief) maar NS/KLM wel. Omdat de onderhandelingen met NMBS onvoldoende ver gevorderd waren, moest helaas door NS/KLM op een aantal punten een voorbehoud gemaakt inzake de vereiste medewerking van internationale partners (artikel 6.1 en artikel 9.2 van de concessie-overeenkomst). Op basis van het Conceptcontract mag NS/KLM een redelijke opstelling van NMBS verwachten in de onderhandelingen voor de Samenwerkingsovereenkomst.
- Op basis van de Oplegbrief en de Overeenkomst van 25 juli 2000 mag de Staat van NMBS verwachten dat - indien zij bezwaren had tegen hetgeen in de ITDN was opgenomen - zij tenminste voorafgaand het finale aanbod van NS/KLM op 12 oktober met NS/KLM hierover gesproken zou hebben. Dat hieronder ook het dienstenpatroon valt volgt nadrukkelijk uit artikel 5.1 van de Overeenkomst van 25 juli 2000.

De Staat kan niet verantwoordelijk gehouden worden voor de inhoud van de gesprekken tussen NMBS en NS/KLM, waar zij op nadrukkelijk verzoek van NMBS niet bij tegenwoordig was en waarvan zij de verslagen, ondanks toezeggingen daartoe, niet ontvangen heeft.

Procesmatig kan ik uw stellingname niet plaatsen: de NMBS was bekend met de ITT en de ITDN, waarin alle punten waarover tussen NS/KLM en de Staat onderhandeld zou worden expliciet zijn benoemd. Het gedetailleerde concept van de concessie-overeenkomst is op 24 en 26 september aan NMBS verstuurd met het uitdrukkelijk verzoek om bezwaren reeds dan kenbaar te maken. Door eerst nu, na afloop van de onderhandelingen, met deze punten te komen is de NMBS tekort geschoten zijn in haar rol als adviseur van de Staat en als onderhandelaar jegens NS/KLM. Illustratief hierbij is uw afwijzing van de Breda-Brussel trein die de Staat op verzoek van NMBS heeft uitgevraagd in de ITT en waarbij de onderhandelingsinzet van de Staat geheel conform de gemaakte afspraken met de NMBS was (zie artikel 2.6 van de oplegbrief en punt 4 van het Pakketvoorstel).

Tenslotte is uw bezwaar tegen het verschaffen van bedrijfsinformatie ten tijde van heraanbesteding strijdig met artikel 1.10 van de Overeenkomst van 25 juli 2000, dat stelt dat *'de deelnemers aan de GVO het nodige zullen doen om de GVO te verplichten in dit licht alles te doen of na te laten ter bevordering van een zo optimaal mogelijk klimaat voor de aanbesteding van een tweede opvolgende concessie, ...'*.

##### **5. Start concessie en schaderegeling**

De concessie gaat in op het moment dat de Staat beide delen van de HSL-Zuid infrastructuur ter beschikking heeft gesteld aan de concessionaris en van de concessionaris geëist mag worden dat hij aan al zijn verplichtingen uit hoofde van de concessie zal voldoen. Voor het noordelijk deel is reeds kenbaar gemaakt dat dit niet eerder zal zijn dan 1 oktober 2006. Bij gedeeltelijke oplevering van eerst het zuidelijk

deel is artikel 2.8 van toepassing, zodat de Staat aan haar verplichtingen ter zake kan voldoen. Involge artikel 5.2 van het conceptcontract kunnen vervoerders elkaar aanspreken op de uitvoering van vervoersdiensten vanaf 1 juni 2005 over de dan beschikbare nieuwe infrastructuur, in geval zij het daarvoor benodigde en geschikte materieel tijdig kunnen verwerven.

Wij hebben er nooit een geheim van gemaakt dat er spanning op de planning zit en nu alle contracten gesloten zijn heeft de Minister opnieuw gevraagd om een doorlichting van de planning. Het bij verdrag aangewezen orgaan om de uitkomsten hiervan te bespreken, is het Opvolgingscomite.

Ten aanzien van de schaderegeling artikel 5.4 van de Oplegbrief zult u het met ons eens zijn dat ook hiervoor het Opvolgingscomite het juiste forum is. Vanuit de projectorganisatie is reeds lang aangedrongen op het bijeenroepen hiervan. Inmiddels staat de eerste feitelijke samenkomst gepland voor 29 november aanstaande. Dit is ook het juiste moment voor bespreking van dit punt, aangezien nu de schaderegeling met NS/KLM is overeengekomen en wij deze als model willen voorstellen voor de schaderegeling ex artikel 5.4.

Voor wat betreft uw overige opmerkingen ten aanzien van de mogelijkheid tot schadeverhaal door de GVO of NMBS zijn wij bereid om een voorstel daartoe van Belgische zijde op zijn merites te beoordelen, mits de regeling gebaseerd is op de principes.

#### *6. Textuele suggesties*

Deze zullen wij doornemen en, voor zover door ons onderschreven, bespreken met NS/KLM.

#### *7. Toelichtingen*

Tenslotte is er nog de categorie toelichtingen, bestaande uit opmerking van de zijde van de NMBS en verzoeken om toelichting aan de Staat. Klaarblijkelijke misverstanden van de concessie-tekst schaar ik hier ook onder.

#### **Vervolg**

In de bijlage hebben wij in uw oorspronkelijke tekst (dikgedrukt) aangegeven onder welk thema de betreffende opmerking valt. Graag verneem ik van u of u zich kunt vinden in deze indeling. Tevens zou ik graag uw reactie vernemen op de hier beschreven thema's. Dit kan mondeling in het door ons voorgestelde gesprek met de Landsadvocaat en uw juridische adviseurs.