

CONCEPT

Projectdirectie HSL-Zuid
De heer W. Gideonse
Postbus 43
3500 AA UTRECHT

datum concept 22 november 2001
onze ref. RvdK/sk/1368486
inzake HSL-Zuid vervoer

telefoon 070-5153847
fax 070-5153129
e-mail r.vandeklashorst@prdf.nl

Amice,

U vroeg mij om een juridische analyse van de door NMBS gekozen positie in haar commentaar op de concessieovereenkomst. Een en ander is door NMBS verwoord in een brief met bijlagen d.d. 14 november jl.

Zowel de brief als de bijlagen slaan voor wat betreft de verschillende rechtsverhoudingen van het HSL-Zuid dossier (en de rechten en verplichtingen van die rechtsverhoudingen) de plank nogal eens mis. Het is daarom van belang in het kader van de analyse van het commentaar van NMBS terug te gaan naar de structuur van contractering tussen de verschillende actoren ten aanzien van de HSL-Zuid. Deze structuur kan schematisch worden samengevat als aangegeven in **bijlage 1**) bij deze brief.

I. Rechtsverhouding

De rechtsverhouding tussen de Staat en NMBS wordt, zo blijkt uit het schema, beheerst door de afspraken gemaakt en vastgelegd in (i) de overeenkomst van 25 juli 2000 en (ii) de overeenkomst, genaamd oplegbrief, van 19 december 2000.

Voor een juist en volledig beeld van de rechtsverhouding tussen de Staat en NMBS is complete en volledige lezing van beide overeenkomsten noodzakelijk.

De rechtsverhouding tussen de Staat en de Nederlandse hogesnelheidsvervoerder, thans High Speed Alliance geheten (hierna HSA), wordt exclusief geregeld in de zogenaamde concessieovereenkomst.

NMBS is geen partij bij de concessieovereenkomst en kan ook geen rechten aan die overeenkomst ontleen, noch kan op grond van de concessieovereenkomst verplichtingen aan NMBS worden opgelegd.

De rechtsverhouding tussen HSA en NMBS is geregeld in het zogenaamde conceptcontract, dat beide partijen verplicht zijn te ondertekenen (NMBS op grond van de oplegbrief en HSA op grond van de concessieovereenkomst), welke conceptcontract de basis zal vormen voor de uiteindelijk door deze partijen te sluiten joint venture overeenkomst (in de terminologie van de contractering een Samenwerkingsovereenkomst geheten). Het is deze Samenwerkingsovereenkomst die uiteindelijk de rechten en plichten van de beide vervoerders over en weer zullen bepalen en vastleggen.

NMBS en HSA zijn verplicht omtrent de Samenwerkingsovereenkomst te onderhandelen, zulks vanaf de BAFO fase (dat is, na wijziging van de tenderprocedure, de fase waarin de Staat rechtstreeks met het consortium NS/KLM heeft onderhandeld) en zijn over en weer jegens elkander en jegens de Staat verplicht te komen tot een Samenwerkingsovereenkomst binnen 6 maanden na gunning van de concessieovereenkomst.

Dit ter toelichting op de contracteringsstructuur zoals deze, na uitvoerig overleg en (waar nodig) overeenstemming met NMBS, is gekozen.

II. De concessieovereenkomst

Ten aanzien van de concessieovereenkomst bevat de overeenkomst van 25 juli 2000 de volgende afspraken tussen de Staat en NMBS:

"1.11 Partijen zullen zich maximaal inspannen om te verzekeren dat enerzijds de voorwaarden welke verbonden zijn aan de concessies van respectievelijk de HSL-Zuid vervoerder en/of NMBS en anderzijds de samenwerkingsovereenkomst tussen de HSL-Zuid vervoerder en NMBS onderling consistent en niet strijdig zullen zijn, voor zover strijdigheid hogere kosten of lagere opbrengsten voor de andere deelnemer aan de GVO teweeg zal brengen."

"1.12 De Staat zal zo spoedig mogelijk doch, in ieder geval voor het uitzenden van een Invitation To Tender, de concept concessieovereenkomst aan NMBS ter beschikking stellen."

De oplegbrief bepaalt vervolgens:

"2.4. De Staat is verplicht de concessieovereenkomst in overeenstemming te doen zijn met het conceptcontract en verbindt zich daartoe de nodige bedingen in de concessieovereenkomst op te nemen, waaronder de uitdrukkelijke verplichting van de HSL-Zuid vervoermaatschappij / de publieke ontwikkelingsmaatschappij tot het voeren van een exclusieve samenwerking met de NMBS of haar rechtsopvolger gedurende een periode van 15 jaar."

"2.5 De Staat zal de concessieovereenkomst, voor het uitsturen ervan naar de bidders, voorleggen aan de NMBS, ter controle op consistentie en coherentie met oplegbrief en conceptcontract. De NMBS zal binnen 10 werkdagen na ontvangst ervan de Staat inlichten over haar bevindingen."

Niet overeengekomen aldus is een goedkeuringsrecht aan de zijde van NMBS. De Staat is verplicht strijdigheid, die leidt tot hogere kosten of lagere opbrengsten voor NMBS, zoveel mogelijk te voorkomen.

Daarnaast is tussen de Staat en NMBS overeengekomen dat NMBS een actieve adviseursrol zou vervullen in het kader van het tenderproces. In dat kader is NMBS veelvuldig en frequent door de Staat verzocht zich uit te laten over de verschillende tenderdocumenten in de verschillende tenderfases. Een overzicht van die feiten chronologie treft u in **bijlage 2)** bij deze brief aan.

De verantwoordelijkheid van de Staat om zorg te dragen dat de concessieovereenkomst voldoende spoort met het conceptcontract heeft een reciprociteit met de verplichting van NMBS ervoor te zorgen dat de uiteindelijke Samenwerkingsovereenkomst niet strijdig is met de oplegbrief en de concessieovereenkomst. Op deze wijze hebben partijen een zekere eenheid of harmonie van de verschillende rechtsverhoudingen beoogd, zonder daarbij overigens van een volstrekte (onnodige) gelijkheid van die rechtsverhoudingen uit te gaan.

Ook de positie van de GVO lijkt, als ik het commentaar van de NMBS goed lees, nogal aan misverstanden onderworpen te zijn. De GVO is gepositioneerd in het conceptcontract, in artikel 3 van het contract. Blijkens deze regeling is GVO een privaatrechtelijke rechtspersoon, die de vervoerders, NMBS als vervoerder op het Belgisch grondgebied en HSA als vervoerder op het Nederlands grondgebied, behulpzaam is bij het uitvoeren van de internationale vervoersdiensten. GVO is derhalve geen zelfstandige vervoerder, zoals ook blijkt uit de regeling in artikel 3.10 van het conceptcontract. Ook verwijs ik u naar bijlage 1 van conceptcontract die de nadere taken en activiteiten van de GVO regelt.

Een ander misverstand dat kennelijk bij NMBS leeft is dat er sprake zou kunnen zijn van meerdere versies van de concessieovereenkomst. Dit lijkt een feitelijk misverstand. De concessieovereenkomst is op 12 oktober jl. uitonderhandeld tussen de Staat en HSA c.q. het consortium NS/KLM en zal geen inhoudelijke wijzigingen meer ondergaan, anders dan de wijzigingen die noodzakelijk blijken te zijn op grond van een relevante strijdigheid met het conceptcontract of de oplegbrief. De toetsing door NMBS van de concessieovereenkomst is dan ook eenmalig en niet meermalig.

Ten aanzien van de rechtsverhoudingen tussen de verschillende partijen nog een laatste opmerking. De NMBS heeft zich jegens de Staat verplicht het conceptcontract te ondertekenen en daarmee een rechtsverhouding aan te gaan met de HSL-Zuid vervoerder. De HSL-Zuid vervoerder, thans HSA, heeft eenzelfde verplichting en zal het conceptcontract ondertekenen waarmee ook zij een rechtsverhouding met NMBS aangaat. Noch NMBS, noch HSA hebben terzake nog beoordelingsvrijheid. Beide partijen zijn eenvoudig verplicht het conceptcontract, zijnde een bindende overeenkomst tussen de contractspartijen, jegens elkander aan te gaan. Het verzekeren van de juridische verplichting van NMBS tot het aangaan van het conceptcontract was ook een van de redenen, zelfs de belangrijkste, voor het opstellen en redigeren van de oplegbrief. In dit verband verwijs ik naar artikel 2.1 van de oplegbrief, dat bepaalt:

"De NMBS, of haar rechtsopvolger, is verplicht het conceptcontract, dat als bijlage 2 aan deze overeenkomst is gehecht, met de HSL-Zuid vervoermaatschappij, of in voorkomend geval de

publieke ontwikkelingsmaatschappij, of een rechtsopvolger, hoe ook genaamd, die de concessieovereenkomst heeft gesloten met de Staat, aan te gaan en te blijven respecteren.”

III. Het commentaar van NMBS

Het commentaar van NMBS is zeer verschillend van aard. Het betreft gedeeltelijk tekstueel commentaar. Gedeeltelijk is het commentaar gebaseerd op een onjuiste opvatting ten aanzien van de rechtsverhoudingen tussen partijen of het recht. Gedeeltelijk gaat NMBS ten onrechte voorbij aan haar rol als adviseur in het tenderproces en maakt zij thans, maar dan tardief, bezwaar tegen tal van zaken die door opneming in de tenderdocumenten reeds voldongen feiten waren en de basis hebben gevormd voor de bieding van het NS/KLM consortium en de onderhandelingen op basis van die bieding.

Ter wille van de overzichtelijkheid kies ik ervoor enkele thema's te bespreken en niet het commentaar van NMBS woordelijk of per item te volgen.

Veel van het commentaar van NMBS stoelt op een verwarring tussen de verschillende rechtsverhoudingen. Noch de NMBS noch de GVO worden verplichtingen opgelegd in de concessieovereenkomst. Het commentaar dat gebaseerd is op de vrees dat zulks het geval is kan als feitelijk en rechtens onjuist worden gepasseerd.

De interpretatie van NMBS van het begrip strijdigheid is te ruim. NMBS lijkt uit te gaan van de veronderstelling dat iedere tekstuele afwijking van een regeling in de concessieovereenkomst ten opzichte van een regeling in het conceptcontract of de oplegbrief zou kunnen concluderen tot strijdigheid. Dit is onjuist. Uit de regels van het recht volgt dat slechts strijdigheden die tot een nadeel voor NMBS leiden relevant zouden kunnen, zijn gelijk partijen ook met zoveel woorden zijn overeengekomen in de overeenkomst van 25 juli 2000. Zie het hierboven geciteerde artikel. Bovendien veronderstelt het commentaar van NMBS als zou zij niet betrokken zijn geweest bij het tenderproces en lijkt zij er ten onrechte van uit te gaan dat een stilzwijgen van de NMBS gedurende het tenderproces niet tot het gerechtvaardigd vertrouwen bij de Staat mocht leiden de inhoud van de tenderdocumenten de instemming van NMBS had. De positionering van NMBS als adviseur bij de tender had nu juist dat doel, te weten vroegtijdige mogelijkheden voor NMBS te waarschuwen indien haar belangen in het geding zouden zijn. Indien de NMBS dat heeft nagelaten komen de gevolgen daarvan voor haar rekening en kan zij niet zonder zelf tekort schieten op een moment waarop de onderhandelingen zijn voltooid met bezwaren komen die zij eerder kenbaar had kunnen en moeten maken.

Alle opmerkingen van NMBS met betrekking tot de scope van het conceptcontract, te weten de stelling dat het conceptcontract zich mede zou uitstrekken tot het binnenlands vervoer, zijn rechtens en feitelijk onjuist. Het conceptcontract betreft, zo blijkt uit tal van bepalingen van dat contract uitsluitend betrekking op internationaal vervoer en niet op binnenlands vervoer. Artikel 8 van het conceptcontract geeft een expliciete en glasheldere regeling omtrent de mogelijkheid binnenlands vervoer onder de GVO te brengen. Ik kan in dit verband verwijzen naar de letterlijke tekst van het conceptcontract, in zijn geheel gelezen en de reeds

door de heer Van Os aan de NMBS gegeven schriftelijke uitleg van de kwestie van de opbrengstverdeling internationaal vervoer.

NMBS heeft gevraagd naar de ratio van de kwalificatie van de concessieovereenkomst als openbaar dienstcontract. Deze ratio is evident, omdat de ITT en de bieding als uitgangspunt zijn genomen. Immers in ITT en bieding worden niet alleen rechten benoemd, doch ook verplichtingen van de vervoerder. Deze verplichtingen tot het uitvoeren van bepaalde vervoersdiensten onder bepaalde condities zijn nu eenmaal communautair gesproken openbare dienstverplichtingen en worden getroffen door de ter zake geldende EG-verordening. De stelling van NMBS dat dergelijke afspraken niet gemaakt kunnen worden voor internationaal vervoer, snijdt geen hout. NMBS stelt in wezen dat de concessieovereenkomst zich zou moeten beperken tot binnenlands vervoer, terwijl de concessieovereenkomst nu juist ook verplichtingen aan de Nederlandse vervoerder ten aanzien van internationale vervoersdiensten beoogt op te leggen. Uiteraard kunnen deze verplichtingen NMBS niet binden. NMBS is slechts gebonden aan haar verplichtingen jegens HSA zoals vastgelegd in het conceptcontract en de uiteindelijke Samenwerkingsovereenkomst.

Met betrekking tot het dienstenpatroon acht ik het commentaar van NMBS evenzeer onjuist en bovendien tardief. Op basis van de oplegbrief, de overeenkomst van 25 juli 2000 en de betrokkenheid van NMBS bij de tender mocht worden verwacht dat NMBS ten aanzien van het dienstenpatroon bezwaren kenbaar had gemaakt bij gelegenheid van haar toetsing van de verschillende tenderdocumenten. Bovendien mocht worden verwacht dat NMBS omtrent dat dienstenpatroon met de NS/KLM zou hebben onderhandeld voordat dit consortium op 12 oktober jl. haar laatste en finale bod deed. Immers NMBS was bekend met de ITT en de ITDN, in welke documenten alle punten waaromtrent tussen de NS/KLM en de Staat onderhandeld zou worden expliciet zijn benoemd en zijn afgeperkt. Het gedetailleerde concept van de concessieovereenkomst is op 24 september aan NMBS verstuurd met uitdrukkelijk verzoek om bezwaren onverwijld kenbaar te maken. Door eerst nu, na afloop van de onderhandelingen met het consortium, met punten te komen is NMBS ernstig tekort geschoten in haar rol als adviseur van de Staat en als onderhandelaar jegens NS/KLM. Illustratief daarbij is de afwijzing van NMBS van de dienst Breda-Brussel, die de Staat nota bene op verzoek van de NMBS heeft opgenomen in de ITT en waarbij de onderhandelingsinzet van de Staat geheel conform de gemaakte afspraken met NMBS is verlopen. Ik verwijs naar artikel 2.6 van de oplegbrief en punt 4 van het zogenaamde pakketvoorstel.

Een ander misverstand lijkt te zijn de start van de concessie en de schaderegeling.

De gekozen structuur is de volgende. De concessieovereenkomst gaat in op het moment van ondertekening. Vervolgens wordt de concessieovereenkomst omgezet in een bestuursrechtelijke concessie, zodra de daartoe geïnitieerde wetswijziging zijn beslag heeft gekregen. Vervolgens gaat de concessieperiode van 15 jaar eerst in nadat de nieuwe HSL-Zuid infrastructuur ter beschikking is gesteld. Pas wanneer de Staat beide delen van de HSL-Zuid infrastructuur ter beschikking heeft gesteld aan de Nederlandse vervoerder en van deze vervoerder geëist kan worden dat zij aan haar contractuele verplichtingen uit hoofde van de concessie zal voldoen gaat de periode van 15 jaren lopen. Voor het noordelijke gedeelte van de nieuwe HSL-Zuid infrastructuur is reeds kenbaar gemaakt dat dit niet eerder zal zijn dan in oktober 2006.

In gevolge art. 5.2 van het conceptcontract kunnen de vervoerders elkaar aanspreken op uitvoering van vervoersdiensten vanaf 1 juni 2005 over de dan beschikbare nieuwe infrastructuur, in geval zij daarvoor het benodigde geschikte materieel tijdig kunnen verwerven. Van strijdigheid met het regime in de concessieovereenkomst is geen sprake.

Tijdens de onderhandelingen omtrent het conceptcontract en de opdrachtbrief hebben de vertegenwoordigers van de Staat er herhaaldelijk op gewezen dat vertraging bij een immens project als de HSL-Zuid in de rede ligt. Het Verdrag HSL, gesloten tussen de Nederlandse Staat en de Belgische Staat, heeft een orgaan aangewezen om, onder meer, de gevolgen van vertraging te bespreken, het zogenaamde opvolgingscomité. Dit opvolgingscomité is het forum om vertragingen te bespreken en om schaderegelingen in het bilateraal overleg te betrekken.

Mijn advies is de met het consortium NS/KLM overeengekomen schaderegeling in het overleg van het opvolgingscomité te brengen en als model voor te stellen voor een schaderegeling die de Belgische Staat aan NMBS en HSA zou kunnen aanbieden.

Met vriendelijke groet,

R. van de Klashorst

