

Landsadvocaat

Koningin Julianaplein 30
Gebouw Babylon
Kantoren A, 5e verdieping
2595 AA 's-Gravenhage

Correspondentie:
Postbus 11756
2502 AT 's-Gravenhage
Telefoon: 070 - 3488700
Telefax: 070 - 3477494

Ministerie van Verkeer en Waterstaat
Projectorganisatie HSL-Zuid
de heer B. van Os
Postbus 43
3500 AA UTRECHT

Datum: 12 oktober 2000

Onze ref: RvdK/jf/1368486

Doorkiesnr.: 070-3488847 (secre.) / 070-3470077 (direct faxnr.)

Uw ref.:

Inzake:

1. Met referentie aan mijn mondelinge adviseringen en bijstand met betrekking tot het contracteringsproces met NMBS en de daarbij tot stand te brengen Concept-contract en Oplegbrief bericht ik u, samenvattend, als volgt nader.

Het Concept-contract

2. Het Concept-contract regelt de horizontale rechtsrelatie tussen de NMBS en de HSL-Vervoermaatschappij. Het thans voorliggende concept brengt naar mijn oordeel geen grote juridische problemen mee. Het gegeven dat partijen, voor wat betreft internationaal vervoer, met elkaar moeten samenwerken wil dat vervoer überhaupt plaatsvinden vindt zijn uitdrukking in de unanimiteregels en de positie van de GVO.
3. Wel problematisch acht ik dat de beide vervoerders zich jegens elkaar verplichten het Internationaal Vervoer tot stand te brengen vanaf 1 juni 2005. Dit is een inflexibele datumafspraken die zich niet goed verhoudt met de te verwachten vertraagde oplevering van de infrastructuur aan beide zijde van de grens en zich evenmin goed verdraagt met de structuur van de Concessie-overeenkomst.
4. In dit verband vraag ik aandacht voor het feit dat NMBS het Internationaal Vervoer, ook voordat de HSL-infrastructuur is opgeleverd, wil laten starten, maar dan over conventionele infrastructuur. Op zichzelf bestaat hiertegen vanuit juridisch opzicht weinig bezwaar, doch het

is 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 van discriminatie. 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.

De Oplegbrief

6. 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. Wel adviseer ik u in de Oplegbrief niet op te nemen dat bij eenzijdige verbreking van de Samenwerkingsovereenkomst door de HSL-Zuid Vervoermaatschappij (of rechterlijke ontbinding daarvan wegens wanprestatie van de zijde van de HSL-Zuid Vervoermaatschappij) de Staat der Nederlanden verplicht zal zijn de Concessie-overeenkomst te beëindigen. De situatie kan zich immers voordoen dat het bestuursrecht, dan wel de bestuursrechter, een dergelijk ingrijpen in de Nederlandse concessie zou verbieden. In dat geval zouden wij jegens NMBS wanprestatie plegen, doch die wanprestatie niet kunnen voorkomen. Schade-acties zullen dan het gevolg zijn. Wel mogelijk is in de Oplegbrief op te nemen dat de Staat in de Concessie-overeenkomst zal opnemen, dat bij eenzijdige verbreking van de Samenwerkingsovereenkomst, de Staat de bevoegdheid heeft de Concessie-overeenkomst te beëindigen. Het betreft hier bepaling 2.5 van het Concept-contract.
7. Partijen zijn nog verdeeld omtrent de duur van de gebondenheid van NMBS en/of de deelnemers aan de Tender aan het Concept-contract. NMBS wenst bij vertraging van de Tender ontheven te zijn van haar verplichtingen uit hoofde van het Concept-contract. Mijns inziens bestaat hiertegen geen principiële bezwaar. 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 Staat en/of de bidders in de Tender niet langer aan het Concept-contract zijn gebonden.

8. 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 vormt. 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.
9. Vertraging in de Tender leidt tot een schadevergoedingsverplichting aan de zijde van de Staat, maar evenwel beperkt tot gemaakte kosten die voortspruiten uit vertraging van de ingebruikname van Rollend Materieel. Uit de huidige tekst van de overeenkomst is niet eenduidig te interpreteren welke vorm van schade dan moet worden betaald. Ik vermoed dat NMBS alsdan haar financieringslasten vergoed wenst te zien (zoals ook in de Concessie-overeenkomst zal worden opgenomen voor wat betreft de Nederlandse partner). Welke financieringskosten dit zouden zijn, is thans niet te overzien. Ik ben er thans niet zeker van of dit ook aan Nederlandse zijde als een wenselijke schaderegeling wordt gezien en of dit in het kader van het pakket is overeengekomen.
10. De regeling van 5.6 en 5.7 zijn nog voorwerp van onderhandeling en moeten, voorzover ~~X~~ gehandhaafd, in een reciproque regeling worden geheredigeerd. 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.
11. Evenmin is duidelijk op welke wijze artikel 5.6 wederkerig kan worden geredigeerd. Het betreft dan immers een prestatie van de HSL-Zuid Vervoermaatschappij die tekort schiet. Zou de Staat dan voor dat tekortschieten NMBS schadeloos moeten stellen? Zou dat het geval zijn dan moeten wij nog in de Concessie-overeenkomst regelen dat voor dat geval de Staat regres kan zoeken op de HSL-Zuid Vervoermaatschappij. Dit zou enigszins een structuurwijziging van de Concessie-overeenkomst betekenen.
12. Het wederkerig maken van artikel 5.7 stuit op het probleem dat NMBS niet kan tekenen voor een rechtsoptvolgster, althans dat niet gaarne zal doen.
13. Met betrekking tot het eventuele steunkarakter van de schaderegeling adviseerde ik reeds dat ~~X~~ dit karakter naar mijn oordeel waarschijnlijk aanwezig is (in elk geval bij artikel 5.7) en dat

mede op grond daarvan aanmelding bij de Europese Commissie gewenst is.

14. Artikel 6.3 heeft het probleem dat de Staat op basis van dit artikel gedwongen zou kunnen zijn een formele wet tot stand te brengen. Immers, ook een formele wet is een aan de Staat beschikbaar instrument. Gaarne zou ik toegevoegd willen zien een redelijkheidscriterium of een criterium dat aanknoopt aan de bestuurlijk juridische realiteit in de dan ontstane situatie.
15. In de Oplegbrief ontbreekt een geschillenregeling. Dit betekent dat de Nederlandse rechter bevoegd is de geschillen tussen de Nederlandse staat en NMBS te beslechten. Naar mijn oordeel betekent dit een hogere drempel tot procederen dan een bindend advies regeling. Voorshands neem ik aan dat u een dergelijke hoge drempel ook wenst.
16. 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 en derhalve ten opzichte van het contract van 25 juli 2000 geen verzwaring of verslechtering van de positie van de Staat betekent.
17. 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 ontwikkelingen op het spoorgebied, in de sector of verwante sectoren, kunnen leiden tot positieverschillen tussen partijen.
18. Desondanks zie ik in het huidige stadium geen aanleiding de minister het aangaan van de Oplegbrief te ontraden.

DE LANDSADVOCAAT,
voor deze,

R. van de Klashorst