

Concept

Ministerie van Verkeer en Waterstaat
Mevrouw mr. B.C.M. Gijsbers
De heer drs. P.F. van Straten
Postbus 20901
2500 EX Den Haag

onze ref. FB/-/10007706
uw ref. -
inzake HSL-Zuid; faillissementsrisico

F.L. Bolkestein
advocaat
t (070) 515 37 55
f (070) 515 30 85
fl.bolkestein@pelsrijcken.nl

26 augustus 2008

Geachte mevrouw Gijsbers, geachte heer Van Straten,

1. Op 20 augustus 2008 heeft HSA een uiteenzetting gegeven over haar solvabiliteitspositie. Bij een (theoretische) aanvangsdatum van de concessieperiode op 1 januari 2009 verwacht HSA dat haar eigen vermogen in het jaar 2010 is gedaald tot onder het bedrag van minus € 200 miljoen (prijspeil 2001) waarvoor haar aandeelhouders garant staan. In het jaar 2016 zou een tekort worden bereikt van € 250 miljoen onder het garantievermogen, waarna de verliezen zouden worden ingelopen en in 2024 een relatief gering negatief eigen vermogen zou resteren.
2. Met het oog hierop legde u ons afgelopen donderdag twee vragen voor:
 - Welke gevolgen heeft een eventueel faillissement van HSA voor de vervoersoperatie?
 - Tot welke grens mag de Staat ondersteuning bieden om een faillissement af te wenden?

3. Vooral de eerste, maar ook de tweede vraag kent natuurlijk veel aspecten en onzekerheden. In het onderstaande kunnen wij slechts op de hoofdlijnen ingaan. Voorts verwijzen wij naar ons advies van 1 juli 2004, dat zijn geldigheid grotendeels heeft behouden, maar thans kan worden aangevuld op grond van de ontwikkelingen die zich sindsdien hebben voorgedaan. Wij schrijven dit advies in samenspraak met onze kantoorgenoten Ronald van den Tweel en Steven van Dijk.

Gevolgen van faillissement

4. Bij haar bovengenoemde presentatie heeft HSA opgemerkt dat een spoedig faillissement tot de mogelijkheden behoort. Zij had overigens ook reeds in 2003 aangegeven dat een faillissement "niet denkbeeldig" is, echter zonder daarvoor een cijfermatige onderbouwing te geven. Uit het onderzoek dat McKinsey toen in opdracht van de Staat heeft verricht – zonder de boeken van HSA te mogen inzien – bleek dat de toekomstige solvabiliteit van HSA inderdaad onder druk stond. De resultaten van het McKinsey-onderzoek lijken op hoofdlijnen op de thans door HSA gepresenteerde prognoses.

Procedure

5. De solvabiliteit van een persoon of rechtspersoon is uiteraard van belang voor de dreiging van een faillietverklaring, maar is op zichzelf niet beslissend. De wettelijke norm voor het uitspreken van een faillissement luidt of de persoon of rechtspersoon "heeft opgehouden te betalen". De rechtspraak leidt hieruit het criterium af of men meer dan één schuldeiser (minstens twee dus) onbetaald laat. In dat geval kan op eigen aangifte of op verzoek van één van de schuldeisers het faillissement worden uitgesproken. Beslissend is dus de liquiditeit en niet de solvabiliteit.
6. Met een verzoek van een schuldeiser tot faillietverklaring is een procedure gemoeid die, als de schuldenaar verweer voert, een aantal weken kan duren en waartegen hoger beroep openstaat. Een faillietverklaring op eigen aangifte kan in vier dagen een feit zijn, waarna belanghebbenden echter de mogelijkheid hebben (binnen acht dagen) verzet aan te tekenen. Is het faillissement eenmaal uitgesproken, dan betekent dit niet vanzelf het einde van een rechtspersoon. Het is mogelijk dat het bestuur van de rechtspersoon met de schuldeisers een akkoord bereikt, bijvoorbeeld als een derde de schulden betaalt. Komt echter geen akkoord tot stand dan is de rechtspersoon van rechtswege ontbonden (zie artikel 2:19 lid 1 BW, onder c, alsmede artikel 173 lid 1 Faillissementswet). Kortom: als HSA haar eigen faillissement zou aanvragen is het nog niet definitief te laat haar te redden, maar is wel snel ingrijpen geboden.

Gevolgen van faillissement van HSA

7. Het wettelijke gevolg van een faillissement is dat het vermogen te gelde moet worden gemaakt en de schuldeisers uit de opbrengst daarvan zoveel mogelijk moeten worden voldaan. Daarnaast heeft een faillissement veelal gevolgen op grond van contractuele en andere bepalingen. Veel overeenkomsten kennen een bijzonder beëindigingsregime bij faillissement. Bankleningen bijvoorbeeld worden doorgaans terstond opeisbaar en ook vergunningen verliezen vaak hun geldigheid. Dit betekent dat een eenmaal uitgesproken of zelfs aangevraagd faillissement reeds het einde van de onderneming kan betekenen, zelfs al zou daarna een akkoord met schuldeisers mogelijk blijken. Verder bepalen veel overeenkomsten dat bij het faillissement van een dochtervennootschap een opzegmogelijkheid bestaat. Dit kan betekenen dat ook NS gevolgen zou ondervinden van een faillissement van HSA.
8. Een belangrijk gevolg van een faillissement van HSA is neergelegd in artikel 17 van de concessieovereenkomst. Die overeenkomst zal met onmiddellijke ingang en zonder dat daartoe enige rechtshandeling van partijen noodzakelijk is, zijn ontbonden indien HSA failliet wordt verklaard en niet in staat is geweest binnen dertig kalenderdagen een rechterlijke uitspraak tot vernietiging van het faillissement te verkrijgen. De te verlenen publiekrechtelijke concessie zal een soortgelijke bepaling kennen.

Inhoud van een nieuwe concessie

9. Volgens artikel 19 van de Wet personenvervoer 2000 is het verboden openbaar vervoer per trein te verrichten zonder een daartoe door de Minister verleende concessie. Bij een faillissement van HSA zou daarom de situatie ontstaan waarin over de hogesnelheidslijn geen openbaar vervoer mag worden verricht. Tenzij deze verbinding onder de concessie voor het hoofdrailnet zou worden gebracht zou een nieuwe concessie moeten worden verleend. De kans is klein dat de nieuw te verlenen concessie gelijkloidend zal kunnen zijn aan de huidige concessieovereenkomst met HSA. Op twee hoofdpunten is dit vrijwel zeker niet het geval: de gebruiksvergoeding en de exclusiviteit.
10. HSA is een jaarlijkse gebruiksvergoeding verschuldigd van € 148 miljoen (prijsspeil 2001). Reeds ten tijde van de biedingen in het jaar 2001 leek dat bedrag – van aanvankelijk zelfs € 168 miljoen – onrealistisch hoog. De tweede bidder had dan ook ver daaronder geboden. In haar bovengenoemde presentatie in 2004 concludeerde McKinsey kort gezegd dat de business case waarop deze bieding was gebaseerd alleen kon slagen als alle relevante omstandigheden zich volgens het positieve scenario zouden ontwikkelen. Een faillissement van HSA zou hieraan nog een reden toevoegen om in een nieuwe concessie geen € 148 miljoen per jaar (prijsspeil 2001) te kunnen vergen, maar substantieel minder.

11. Een nieuw te verlenen concessie zal bovendien niet volledig exclusief kunnen zijn, op grond van de Europese richtlijn 91/440/EEG (Richtlijn van de Raad van 29 juli 1991 betreffende de ontwikkeling van de spoorwegen in de Gemeenschap). Artikel 10 lid 3 bis daarvan bepaalt het volgende:

“De spoorwegondernemingen die onder de werkingssfeer van artikel 2 vallen, krijgen uiterlijk op 1 januari 2010 recht op toegang tot de infrastructuur van alle lidstaten met het oog op de exploitatie van internationale passagiersvervoerdiensten. Bij een internationale passagiersvervoerdienst hebben de spoorwegondernemingen het recht op het internationale traject passagiers te laten instappen op elk station en ze te laten uitstappen op een ander station, ook wanneer die in dezelfde lidstaat liggen.”

12. De huidige concessieovereenkomst met HSA en de op grond daarvan te verlenen publiekrechtelijke concessie kunnen profiteren van een clause in de richtlijn die bekend staat als de HSL-Zuid-uitzondering. Zij is neergelegd in lid 3 quater en luidt als volgt:

“De lidstaten kunnen tevens het recht passagiers te laten in- en uitstappen op stations in dezelfde lidstaat op het traject van een internationale passagiersvervoerdienst beperken wanneer een exclusief recht voor het vervoer van passagiers tussen deze stations is toegekend uit hoofde van een concessiecontract dat vóór 4 december 2007 is gegund op basis van een eerlijke op concurrentie stoelende aanbestedingsprocedure en overeenkomstig de toepasselijke beginselen van het communautaire recht. Deze beperking kan gelden gedurende de oorspronkelijke duur van het contract, of 15 jaar, naargelang welk tijdsbestek het kortst is.”

13. Wel bevat richtlijn 91/440/EEG nog een andere ontsnapping om exclusiviteit toe te staan, maar deze is aan strikte voorwaarden en een zware procedure gebonden. Het recht van derden om passagiers op elk gewenst station te laten in- en uitstappen mag alleen worden beperkt als anders het economische evenwicht van een openbardienstcontract in het gedrang zou komen. Zie artikel 10 lid 3 ter. Een nieuw te verlenen concessie zal dus hoogst waarschijnlijk niet exclusief mogen zijn in de zin dat derden internationale treinen over de hogesnelheidslijn zullen mogen exploiteren en daarin binnenlandse reizigers zullen mogen toelaten. Zuiver binnenlandse treinen vallen buiten de reikwijdte van de richtlijn.

Heraanbesteding

14. Een faillissement van HSA zou de vraag oproepen aan welke partij het vervoer moet worden gegund en welke procedure daarvoor moet worden gevolgd. De hierboven genoemde richtlijn 91/440/EEG verbiedt voor internationale treinen in beginsel exclusiviteit. Uitgangspunt is dat alle spoorwegondernemingen treinpaden kunnen aanvragen over de hogesnelheidslijn. Hiervoor zou in ieder geval nodig zijn dat het

Besluit HSL-Heffing wordt aangepast, waarin de door HSA te betalen gebruiksvergoeding van € 148 miljoen per jaar (prijspeil 2001) is vormgegeven en dat ook voor andere spoorwegondernemingen geldt. Aanpassing van dat besluit is overigens reeds nodig omdat het indirect verwijst naar de concessieovereenkomst. Een nieuw besluit zou een gebruiksvergoeding moeten bevatten die het voor spoorwegondernemingen economisch aantrekkelijk maakt de hogesnelheidslijn te gaan bedienen.

15. Tot zover het systeem van richtlijn 91/440/EEG. In de praktijk zal de Staat, nadat HSA is afgefallen, een vervoerder willen opdragen een bepaald bedieningspatroon met een bepaald pakket aan kwaliteitseisen uit te voeren. Een dergelijke opdracht zou de vorm hebben van een concessie op grond van de Wet personenvervoer 2000. Inhoudelijk zou het gaan om een openbaardienstcontract, soortgelijk aan de met HSA gesloten concessieovereenkomst. Verordening 1370/2007 zal met ingang van 3 december 2009 in beginsel voorschrijven dat dergelijke contracten worden aanbesteed, zij het dat uitzonderingen mogelijk zijn in noodsituaties en op grond van de nationale wet.
16. Een faillissement van HSA kan dus in de praktijk noodzaken tot een vorm van heraanbesteding van het vervoer. Een methode om hieraan te ontkomen zou zijn de hogesnelheidslijn onder de hoofdrailnetconcessie te brengen, maar in dat geval zou ook de hoofdrailnetconcessie moeten worden gewijzigd om aan NS verplichtingen met betrekking tot de hogesnelheidslijn op te leggen. Dit roept al spoedig het beeld op van een schijnconstructie.
17. Ook zou geen heraanbesteding nodig zijn als de Staat het vervoer zelf gaat verrichten met een daartoe opgerichte staatsontwikkelingsmaatschappij. Eind jaren negentig is deze mogelijkheid serieus overwogen, al was het maar als terugvaloptie als zich geen commerciële gegadigden zouden melden. Bij een faillissement van HSA zou een staatsontwikkelingsmaatschappij bovendien het voordeel hebben dat de opdracht zonder uitvoerige procedure kan worden verstrekt en dat de stabiliteit van de onderneming en de continuïteit van het vervoer daarmee wellicht beter kunnen worden gewaarborgd dan met een commerciële vervoerder.
18. Vrijwel iedere nieuwe vervoerder zou grote en wellicht onoverbrugbare praktische problemen ondervinden om het vervoer op korte termijn te gaan verrichten. Er dient immers een gehele organisatie te worden ingericht en te worden bemand. Waarschijnlijk zou bij overgang van de concessie op grond van het arbeidsrecht het personeel van HSA van rechtswege in dienst komen bij de nieuwe concessiehouder. Dit is althans het uitgangspunt van een aantal bepalingen van de Wet personenvervoer 2000 over overgang van concessies, en ligt ook feitelijk voor de hand. Daarnaast is echter rollend materieel nodig dat is toegerust op de hogesnelheidslijn. De recente vertragingen in de oplevering van het materieel van Thalys en van AnsaldoBreda laten zien dat dergelijk rollend materieel moeilijk op korte termijn kan worden verworven.

19. Deze problemen zouden in mindere mate gelden als NS of een nieuwe dochtervennootschap van NS de nieuwe concessiehouder zou worden. Wellicht geldt gedeeltelijk hetzelfde voor SNCF en NMBS. De continuïteit van het vervoer zou daarom beter verzekerd kunnen zijn als de nieuwe concessie aan een van deze spoorwegondernemingen wordt gegund.

De contractuele continuïteitsregelingen

20. De concessieovereenkomst bevat een aantal bepalingen die moeten bevorderen dat bij overgang naar een nieuwe concessiehouder de continuïteit van het vervoer blijft bestaan. HSA garandeert dat de Staat bij beëindiging van de concessieperiode haar rollend materieel kan overnemen, of kan laten overnemen door de opvolgende concessiehouder (artikel 23.1). HSA moet meewerken aan een "direct agreement" met deze strekking tussen de Staat en de juridische eigenaar van haar rollend materieel (artikel 23.2).
21. Op grond van deze regeling kan HSA worden aangesproken het rollend materieel over te dragen, zij het dat HSA betwist dat de regeling ook van toepassing zou zijn bij voortijdige beëindiging van de concessie. Een tweede complicatie kan zijn dat het hiervoor bedoelde direct agreement met NS Financial Services (de juridische eigenaar) vooralsnog niet tot stand is gekomen. Niet uitgesloten kan daarom worden dat HSA of NS Financial Services zich tegen overdracht van het materieel zal verzetten.
22. Daar staat tegenover dat NS Financial Services bij een faillissement van HSA uiteraard zal zoeken naar een alternatieve afnemer van haar rollend materieel, indien de bestelling daarvan bij AnsaldoBreda althans niet meer (gedeeltelijk) ongedaan kan worden gemaakt. Het ligt in de rede dat deze situatie zou leiden tot onderhandelingen tussen gegadigden voor de nieuwe concessie en NS Financial Services, die immers beiden tot elkaar veroordeeld zijn. De uitkomst van die onderhandelingen is moeilijk te voorspellen.
23. De voornaamste andere verplichting van HSA is neergelegd in artikel 22. HSA garandeert daarin voor rekening en risico van de Staat de continuïteit van de diensten gedurende een jaar na het beëindigen van de concessieovereenkomst. Weliswaar eindigt deze verplichting bij een faillissement van HSA, maar in een afzonderlijke garantiebrief hebben NS en KLM de nakoming van deze verplichting gegarandeerd. De garantie geldt overigens niet indien dit in redelijkheid niet van HSA kan worden gevergd door zwaarwegende, buiten haar invloedssfeer gelegen factoren. Er bestaat dus een beperkte ruimte voor HSA, NS en KLM hun medewerking te weigeren.
24. Ook NMBS heeft zich verplicht het internationaal vervoer in Nederland voor rekening en risico van de Staat uit te voeren indien de Nederlandse vervoerder haar activiteiten

voortijdig zou staken. Deze verplichting geldt totdat een opvolgende Nederlandse concessiehouder deze activiteiten kan voortzetten. Zie artikel 4.5 van de overeenkomst tussen de Staat en NMBS van 19 december 2000 (oplegbrief). Het overigens niet duidelijk dat NMBS beschikt over voldoende rollend materieel om deze verplichting na te komen.

Slotsom

25. Een faillissement van HSA betekent een bedreiging voor de continuïteit van de vervoersoperatie. In juridisch opzicht zou de oprichting van een staatsontwikkelingsmaatschappij de snelste methode zijn om een nieuwe vervoerder aan te wijzen. De voornaamste factoren die de continuïteit bedreigen zouden echter feitelijk van aard zijn. Alleen als NS of een nieuwe dochter van NS als concessiehouder zou gaan optreden zou de continuïteit behoorlijk kunnen zijn verzekerd. Op grond van alleen de contractuele waarborgen zal het anders niet eenvoudig zijn de continuïteit van het vervoer daadwerkelijk te garanderen.

Afwending van een faillissement

26. De hiervoor beschreven gevolgen van een faillissement van HSA zouden voor de Staat aanleiding kunnen zijn HSA te steunen. Naar nationaal recht stuit dit op weinig problemen: de gebruiksvergoeding kan worden verlaagd, aan HSA kan een lening worden verstrekt, een commerciële lening kan door de Staat worden gegarandeerd, de inning van de gebruiksvergoeding kan worden uitgesteld, enzovoort. Het voornaamste bezwaar hiervan naar nationaal recht zou een mogelijke precedentwerking zijn, zowel in de verhouding tussen de Staat en HSA als jegens andere partijen.
27. De juridische grenzen aan ondersteuning van HSA zijn van Europeesrechtelijke van herkomst en zijn vrij strikt. In de eerste plaats staan het aanbestedingsrecht en de algemene verdragsbeginselen eraan in de weg dat de aan HSA verstrekte opdracht na gunning wezenlijk wordt gewijzigd. In de tweede plaats betekent iedere begunstiging van een onderneming die met overheidsmiddelen wordt bekostigd staatssteun, die in beginsel verboden is.

Aanbestedingsrecht; verdragsverplichtingen

28. HSA heeft de vervoersconcessie verworven in competitie met aanvankelijk veertien en later twee andere gegadigden (DB/Arriva en CGA/Connexxion). Zij heeft de tenderprocedure vooral gewonnen doordat haar financiële bod met aanvankelijk € 168 miljoen aanzienlijk hoger was dan de andere biedingen. De tenderprocedure is niet georganiseerd als verplichte aanbesteding onder de werking van de Europese richtlijnen. Hoewel het daarin neergelegde aanbestedingsrecht in dat opzicht niet van toepassing was, moet bij een eventuele wijziging van de verplichtingen van HSA

terdege rekening worden gehouden met de verplichtingen die voor de onderhavige vervoerconcessie uit het EG-verdrag voortvloeien. De Staat heeft besloten de vervoersconcessie daadwerkelijk aan te besteden, hetgeen rechten voor de overige gegadigden in het leven heeft geroepen.

29. Uitgangspunt is daarom dat de beginselen van gelijke behandeling en transparantie moeten worden nageleefd. Deze beginselen zouden worden verstoord als de verplichtingen van HSA na gunning in een te belangrijke mate zouden worden teruggebracht; daardoor zouden de deelnemers aan de tenderprocedure na gunning alsnog ongelijk worden behandeld. De overige gegadigden, of zelfs (prekwalificeerde) derden die onder de opgegeven voorwaarden niet bereid waren aan de tenderprocedure deel te nemen, zouden aannemelijk kunnen maken dat zij onder de bijgestelde concessievoorwaarden de concessie ook hadden willen verwerven. Als zij daartoe in staat zouden zijn, zouden zij aanspraak kunnen maken op schadevergoeding of zelfs op heraanbesteding.
30. In dit licht is van belang of de bijstelling van de concessievoorwaarden moet worden aangemerkt als "wezenlijke wijziging". Wezenlijke wijzigingen zijn wijzigingen op onderdelen die bij de vergelijking van de biedingen van essentieel belang zijn geweest. Het gaat om wijzigingen waardoor aanbidders destijds zouden hebben kunnen besluiten van een aanbidding af te zien of juist een (gewijzigde) aanbidding uit te brengen. Ook is van belang of de wijziging gevolgen zou hebben voor de kring van potentiële aanbidders. Wezenlijke wijzigingen zijn zodanig substantiële wijzigingen dat in feite sprake is van een nieuw, ander contract. In zo'n geval zou een nieuwe aanbesteding met opnieuw concurrentie moeten volgen.
31. Recentelijk heeft de Commissie een interpretatieve mededeling gepubliceerd over de toepassing van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten en publiek-private samenwerking (Brussel 5 februari 2008, C (2007) 6661). Dit document bevat het – niet bindende – standpunt van de Commissie over concessieovereenkomsten.

Vooraf de bladzijden 9 en 10 zijn in dit verband van belang:

"However, as the IPPP is usually set up to provide a service over a fairly long period, it must be able to adjust to certain changes in the economic, legal or technical environment. Community provisions on public procurement and concessions do not rule out the possibility of taking into account these developments as long as the principles of equal treatment and transparency are upheld. Thus, should the contracting entity wish, for specific reasons, to be able to amend some conditions of the invitation to tender after the successful tenderer has been selected, it is required expressly to provide for that possibility, and for the relevant detailed rules, in the notice of invitation to tender or in the tender documents and to define the framework within

which the procedure must be carried out, so that all the undertakings interested in taking part in the procurement procedure are aware of that possibility from the outset and are therefore on an equal footing when formulating their respective tenders.

Changes to essential terms of contracts not provided for in the initial tender documents require a new procurement procedure. The ECJ considers the terms of a contract as essential, particularly if it is a condition which, had it been included in the contract notice or the tender documents, would have made it possible for tenderers to submit a substantially different tender. Examples of such essential terms of a contract include the scope of the works undertaken or services performed by the contractor or the charges levied on the user of the service provided by the contractor."

32. In twee noten wijst de Commissie erop dat het Gemeenschapsrecht zich verzet tegen wijzigingen bij het opstellen van het contract, nadat de contractant definitief is geselecteerd. Verder verwijst zij naar een arrest van het Hof van Justitie van 5 oktober 2000 (zaak C-337/98, Commissie/Frankrijk, vanaf punt 44). Deze zaak betrof de aanleg een lightrailverbinding. Na drie jaar onderhandelen was een tweede offerte uitgebracht, waarin de voorgeschreven breedte met 2 centimeter werd aangepast en de prijs met tien procent werd verhoogd. In de tussentijd was de richtlijn nutssectoren van kracht geworden. De vraag rees of die niet had moeten worden toegepast en of sprake was van nieuwe onderhandelingen over wezenlijke voorwaarden voor de opdracht. Het Hof oordeelde de wijziging in afmetingen als in verband staand met de evolutie van het materieel tussen 1993 en 1996 en als uiterst gering. Daarnaast overwoog het Hof (nummer 51):

"Anderzijds valt niet uit te sluiten, dat bij een procedure van onderhandelingen, die wegens haar aard een lange periode kan beslaan, de partijen rekening houden met nieuwe technologische ontwikkelingen die zich in de loop van de onderhandelingen hebben voorgedaan, zonder dat zulks wordt beschouwd als een nieuwe onderhandeling over wezenlijke voorwaarden van de overeenkomst die de toepassing van nieuwe rechtsregels [de nutsrichtlijn] rechtvaardigt."

33. De verhoging met tien procent volgde volgens het Hof uit de juiste toepassing van een prijsherzieningsformule in het door partijen goedgekeurde conceptcontract. Het Hof vond dat in dit geval geen sprake was van nieuwe onderhandelingen over wezenlijke termen van de overeenkomst. Het is de vraag is of deze conclusies kunnen worden doorgetrokken naar de implementatiefase van een concessietraject. Waarschijnlijk is dat mogelijk. Ook de genoemde interpretatieve mededeling van de Commissie laat wijzigingen tijdens de uitvoeringsfase van concessietrajecten eerder toe als daarin contractueel is voorzien.

34. Uit het bovenstaande volgt dat een rechtvaardiging voor aanpassing van een concessierelatie kan worden gezocht in een veranderde macro-economische of technologische omgeving of behoeften van algemeen belang. Daarvoor is nodig dat in de aanbestedingsstukken precies is vermeld onder welke omstandigheden en onder welke voorwaarden de contractuele relatie kan worden aangepast en dat deze bepalingen zo duidelijk zijn dat alle ondernemingen ze tijdens de selectiefase op dezelfde wijze hebben kunnen uitleggen.

Staatssteun

35. In de tweede plaats loopt iedere tegemoetkoming aan HSA het risico te worden aangemerkt als – in beginsel verboden en aanmeldingsplichtige – staatssteun. Dit geldt zowel indien de tegemoetkoming zou bestaan uit het terugbrengen van de gebruiksvergoeding of uit directe financiële ondersteuning, als wanneer de Staat door garantstellingen of borgtochten HSA zou ondersteunen. Iedere met overheidsmiddelen bekostigde begunstiging is als staatssteun te kwalificeren, ongeacht de vorm die daaraan wordt gegeven. Van een begunstiging is sprake als de onderneming een voordeel geniet dat zij onder normale marktomstandigheden niet of niet in dezelfde mate zou genieten. Een faillissement als uiterste consequentie van de marktwerking vormt als zodanig geen rechtvaardiging voor een ingrijpen of ondersteuning door de overheid.
36. In casu hebben we te maken met de op artikel 73 EG-verdrag gebaseerde sectorspecifieke regelgeving, neergelegd in met name Verordening 1191/69, Verordening 1107/70 en Richtlijn 2001/14. De concessieovereenkomst en de in dat verband in de gebruiksvergoeding verdisconteerde vergoedingen aan HSA berusten op dit kader. De concessieovereenkomst vormt een openbaar dienstencontract als bedoeld in Verordening 1191/69. De in het contract opgenomen vergoedingen vormen de prijs voor de verrichtingen en zijn als uitkomst van de tenderprocedure te beschouwen als marktconform. Dit betekent dat aanvullende tegemoetkomingen, evenals wezenlijke wijzigingen van het contract, slechts zijn toegestaan indien daaraan externe omstandigheden ten grondslag liggen en het contract voorziet in de mogelijkheid tot wijziging, bijvoorbeeld ter aanpassing aan onvoorziene ontwikkelingen.
37. In die zin oordeelde het Gerecht van eerste aanleg in een arrest van 16 maart 2004 over tegemoetkomingen die de Deense overheid verstrekke aan een Deense busmaatschappij in verband met de privatisering en verkoop aan Arriva (zaak T-157/01, Combis). In lijn hiermee is goed verdedigbaar dat een wijziging van onderdelen van de concessieovereenkomst niet per definitie leidt tot een niet-marktconform resultaat, bijvoorbeeld indien daaraan gewijzigde externe omstandigheden ten grondslag liggen. Voorwaarde is wel dat de aanpassing van het contract niet mag zijn gelegen in "het algemene beheer van de onderneming, met

name de te lage prijsaanbiedingen om de opdracht in de wacht te slepen" (punt 87 van het zojuist genoemde arrest).

38. Uit het bovenstaande volgt dat afwijkingen van de concessieovereenkomst die ten voordele van HSA strekken in beginsel staatssteun vormen. Een opening kan bestaan indien de tegemoetkoming kan worden gedragen door gewijzigde externe omstandigheden en de concessieovereenkomst voor die gevallen in de mogelijkheid van aanpassing voorziet. In dat kader is het raadzaam voor een eventuele tegemoetkoming aan HSA aanknopng te zoeken bij de in artikel 15 van de concessieovereenkomst opgenomen wijzigingsprocedure. Buiten het contractuele kader zijn tegemoetkomingen in beginsel slechts toelaatbaar indien deze voldoen aan de voorwaarden zoals gesteld in het sectorspecifieke gemeenschapsrecht of in de algemene staatssteunkaders.
39. In het licht van de voorgaande Europeesrechtelijke normen komen hieronder de volgende methoden aan de orde om de financiële positie van HSA te verbeteren:
- toepassing van de wijzigingsprocedure naar aanleiding van de ERTMS-problematiek;
 - betaling van schadevergoeding voor zover de Staat daartoe contractueel gehouden is;
 - uitstel van betaling van de gebruiksvergoeding (met rente);
 - toepassing van een tariefrestrictie;
 - tegemoetkoming via NS;
 - verzoek aan de Europese Commissie verlening van staatssteun goed te keuren.

De ERTMS-problematiek

40. Een belangrijke oorzaak voor de financiële problemen van HSA lijkt te zijn dat haar rollend materieel niet tijdig beschikbaar is op de aanvangsdatum van de concessieperiode, noch het AnsaldoBreda-materieel, noch het Thalys-materieel. HSA heeft zich op het standpunt gesteld dat de treinen bij AnsaldoBreda niet eerder konden worden besteld en ontworpen dan de specificaties van het ERTMS voldoende waren uitontwikkeld. Ook de inrichting van de Thalys-treinen voor de HSL-Zuid zou vertraging hebben opgelopen doordat de ERTMS-specificaties te laat beschikbaar zijn gekomen.
41. Als HSA hierin gelijk heeft kan sprake zijn van een onvoorziene omstandigheid in de zin de artikel 15.2 onder v. van de in de concessieovereenkomst opgenomen wijzigingsprocedure. Wij vertrouwen u met die procedure inmiddels genoegzaam bekend en verwijzen verder naar ons advies van 1 juli 2004. Ook aan de overige in die procedure gestelde voorwaarden zou kunnen zijn voldaan, met name doordat het vervoer later op gang kan komen dan nodig voor een economisch haalbare uitvoering van de concessieovereenkomst. Of de wijzigingsprocedure inderdaad kan worden

ingeroepen zal echter vooral afhankelijk zijn van de technische vraag of de ERTMS-problematiek inderdaad heeft verhinderd dat het rollend materieel tijdig beschikbaar kon zijn. Deze vraag gaat het kader van dit advies te buiten.

42. Als de wijzigingsprocedure van toepassing is op de ERTMS-problematiek, is voldaan aan één van de hiervoor genoemde aanbestedingsrechtelijke voorwaarden om de concessieovereenkomst te mogen wijzigen. In de Invitation to tender (ITT) van 15 december 2000 zijn de deelnemers aan de tenderprocedure er immers op gewezen dat de concessieovereenkomst een wijzigingsprocedure zou bevatten. De bijlage "Summary of the Concession Agreement" vermeldt (Annex A1, bladzijde 4):

"Change procedure

The Concession Agreement will not prevent the Concessionaire to offer additional services within the scope of this Concession. Reduction of the required service levels, however, needs permission from the State.

Both the State and the Concessionaire may request for changes to the Concession Agreement. Both parties will then negotiate in good faith and with disclosure of all relevant information. Changes to the Concession Agreement that are in line with the overall objectives of both parties, will be accepted under no other condition than financial compensation, in case of a financial loss to party accepting the proposed change."

43. Bij addendum 2 van 23 maart 2001 is een uitgebreide tekst voor de in de concessieovereenkomst op te nemen wijzigingsprocedure toegevoegd. Deze tekst komt – in vertaling – nagenoeg precies overeen met de tekst van artikel 15.2 onder v. en artikel 15.3 van de uiteindelijk met HSA gesloten concessieovereenkomst. Ervan uitgaande dat addendum 2 aan alle bidders is toegezonden, maakten de geciteerde passages het de deelnemers aan de tenderprocedure bij het uitbrengen van hun bod duidelijk dat de concessieovereenkomst de wijzigingsprocedure van artikel 15.2 onder v. en artikel 15.3 zou bevatten. In dat opzicht kan ten aanzien van een op de wijzigingsprocedure gebaseerde tegemoetkoming worden betoogd dat zij voortvloeit uit de contractuele verhouding zoals zij is aanbesteed.
44. De wijzigingsprocedure kan leiden tot verlaging van de gebruiksvergoeding of uitstel van betaling daarvan, doch slechts "in de mate dat dit noodzakelijk is voor de continuïteit van HSA" (artikel 15.3). Ook om aanbestedingsrechtelijke risico's te verkleinen is het van belang de tegemoetkoming aan HSA – in welke vorm dan ook – zo gering mogelijk te houden. Onder die omstandigheid is de gehele operatie per saldo nadelig voor NS en KLM, aangezien deze partijen HSA zullen hebben gefinancierd voor € 244 miljoen. Aan de andere gegadigden voor de concessie zou dan kunnen worden geantwoord dat zij geen schade lijden doordat zij een verlieslatende operatie zijn misgelopen.

45. Om de risico's verder te verkleinen zou de gebruiksvergoeding niet mogen worden gebracht onder het door de tweede bieder geboden bedrag en evenmin onder het in de tenderprocedure voorgeschreven minimum. In beide gevallen gaat het om ongeveer € 100 miljoen (prijspeil 2001).

Schadevergoeding

46. In het algemeen wordt aangenomen dat van staatssteun geen sprake is, wanneer de overheid op grond van het nationale (contracten- of aansprakelijkheids)recht en de nationale jurisprudentie gehouden is tot betaling van een schadevergoeding. Ook schending van het aanbestedingsrecht doet zich dan niet voor. De mogelijkheid tot betaling van een geldsom of schadevergoeding beperkt zich dan uiteraard tot het bedrag waartoe de overheid rechtens is gehouden. Indien de vergoeding de werkelijk geleden schade of het contractueel bedongen bedrag overtreft, dan wel wanneer onvoldoende rekening wordt gehouden met elementen als causaal verband, eigen schuld en normaal bedrijfsrisico,¹ wordt onverplicht een (hogere) schadevergoeding betaald en vormt dat staatssteun.
47. De omvang van de aansprakelijkheid en van de schade hoeft niet in rechte te zijn vastgesteld. Partijen mogen bij wijze van minnelijke schikking de betaling van een bepaald bedrag afspreken. Indien kan worden betoogd dat een private contractspartij onder vergelijkbare omstandigheden evenzeer zou besluiten tot een dergelijke schikking, vormt het schikkingsbedrag, zelfs indien dat meer is dan waarop in rechte aanspraak kan worden gemaakt, geen staatssteun. Het is immers niet onverplicht verstrekt en er staat een tegenprestatie tegenover, namelijk het afzien van verdere procedures en claims. Voor een overheid kunnen zakelijke gronden (zoals zekerstelling van financiële belangen op de langere termijn, voorkoming van kosten van langdurige rechtszaken), al dan niet gerelateerd aan het betrokken publieke belang (zoals hier continuïteit van het vervoer), aanwezig zijn om een contractspartij meer tegemoet te komen dan deze in rechte zou kunnen afdwingen. Strikte grenzen zijn niet aan te geven, zodat behoedzaamheid is geboden, temeer nu concrete rechtspraak hierover ontbreekt.

¹ Vergelijk onder andere de beschikking van de Commissie van 16 juni 2004 inzake steunmaatregel N 304/2003 betreffende steun ten behoeve van Akzo Nobel ter beperking van de chloortransporten.

Uitstel van betaling van de gebruiksvergoeding

48. De overheid dient zich in haar hoedanigheid van contractspartij en schuldeiser te gedragen zoals een particuliere schuldeiser onder normale omstandigheden zou handelen ("private market creditor"-beginsel). Voor de toekenning van bepaalde, gunstige betalingsfaciliteiten kunnen zakelijke gronden bestaan. Te denken valt aan wijziging van het betalingsritme, verlaging van de verschuldigde rente, het prijsgeven van zekerheden of het niet voortvarend incasseren.² Het op enigerlei wijze tegemoetkomen aan de debiteur waarvoor geen strikt zakelijke gronden bestaan, vormt een niet marktconform voordeel van de laatstgenoemde en daarmee staatssteun.
49. Het voordeel van te gunstige betalingsfaciliteiten kan worden weggenomen (of is niet aanwezig) indien een op de omstandigheden van het geval toegesneden marktconforme toeslag of vertragingsrente wordt bedongen. Daarbij moet wel rekening worden gehouden met de mate van de financiële problemen waar de onderneming in verkeert, de omvang van de schuld, de duur van het uitstel en de kans op een nog groter verlies aan de zijde van de overheid. In bepaalde meer extreme gevallen kan een vertragingsrente niet meer het voordeel wegnemen. Ook moet een uitstel spoorweg- en bestuursrechtelijk zorgvuldig worden vormgegeven, met name om geen onwenselijk precedent te scheppen.

"Evenwel moet worden vastgesteld, dat de interesten en vertragingstoelagen die een onderneming met zeer ernstige financiële problemen in voorkomend geval dient te betalen als tegenprestatie voor ruime betalingsfaciliteiten, zoals die welke de RSZ volgens de verwijzingsbeschikking sedert acht jaar aan DMT toekent, het door de onderneming genoten voordeel niet volledig kunnen tenietdoen."³

50. Concreet kan dit betekenen dat de Staat aan HSA uitstel van betaling van de gebruiksvergoeding kan toestaan, mits daarvoor een zakelijke en marktconforme reden aanwezig is. Die reden zou moeten zijn dat HSA anders faillieert en het uiteindelijke financiële nadeel voor de Staat dan groter is dan wanneer uitstel van betaling wordt toegestaan. Daarnaast zou een marktconforme rente in rekening moeten worden gebracht. Ook zou moeten worden verzekerd dat de positie van HSA niet verder verbetert dan noodzakelijk om haar van de ondergang te redden. Tot slot verdient het de voorkeur hiervoor de wijzigingsprocedure te doorlopen, die de mogelijkheid van uitstel van betaling uitdrukkelijk vermeldt.

² Vergelijk GvEA 21 oktober 2004, zaak T-36/99, Lenzing, Jurispr. 2004, blz. II-3597.

³ HvJ EG 29 juni 1999, zaak C-256/97, DM Transport, Jurispr. 1999, blz. I-3913, punt 21. Zie ook GvEA 12 september 2007, zaak T-68/03, Olympiaki Aeroportia Ypiresies, nog niet gepubliceerd, punten 283-285.

Tariefrestrictie

51. Artikel 5.4 van de concessieovereenkomst bepaalt dat indien de Staat na 1 september 2002 een tariefrestrictie oplegt, de Staat hiertoe met HSA zal onderhandelen op grond van de wijzigingsprocedure. HSA heeft gesuggereerd dat langs deze weg haar financiële positie zal kunnen worden verbeterd. Vooralnog zien wij niet in hoe dit mogelijk zou zijn. De bepaling lijkt er immers op gericht te zijn dat HSA wordt gecompenseerd voor het nadeel dat de tariefrestrictie voor haar betekent. Per saldo schiet HSA dan met de tariefrestrictie niets op. Bovendien zou ook een tariefrestrictie op deze grond onderworpen zijn aan de bovengenoemde beperkingen van staatssteunrecht en aanbestedingsrecht.

Tegemoetkoming via NS

52. Een tegemoetkoming door NS als aandeelhouder van HSA is niet zonder risico's. Aangezien de Staat voor honderd procent aandeelhouder van NS is, bestaat de reële kans dat een door NS aan HSA gegund voordeel moet worden beschouwd als een begunstiging die indirect met staatsmiddelen wordt gefinancierd en daarmee als staatssteun moet worden beschouwd. Dit is bijvoorbeeld evident aan de orde indien de Staat NS tot een dergelijke tegemoetkoming in de gelegenheid stelt door af te zien van een dividenduitkering, welke onder normale omstandigheden wel zou hebben plaats gevonden.
53. Dit betekent dat een aandeelhouder als NS zich in feite zal moeten laten leiden door het "private market investor"-beginsel en alleen tot een tegemoetkoming zou moeten besluiten indien een particuliere investeerder onder dergelijke omstandigheden evenzeer tot een degelijke tegemoetkoming zou hebben besloten. Zie ook paragraaf 4.13 van ons advies van 1 juli 2004.

Goedkeuring van staatssteun

54. Met het vorenstaande is niet gezegd dat iedere staatssteun absoluut verboden is. Staatssteun kan door de Europese Commissie worden toegestaan, indien de positieve effecten daarvan opwegen tegen de nadelen voor de concurrentie. De maatregel dient daartoe vooraf bij de Commissie te worden gemeld en aan bepaalde strenge voorwaarden te voldoen. Deze voorwaarden variëren naar gelang de vorm waarin de steun wordt gegoten en het doel dat met de steun wordt beoogd.

55. Relevante documenten in dit verband zijn de communautaire richtsnoeren inzake reddings- en herstructureringssteun aan ondernemingen in moeilijkheden⁴ en de communautaire richtsnoeren betreffende staatssteun aan spoorwegondernemingen.⁵ Hieruit blijkt dat verkrijging van goedkeuring voor steun aan HSA geen eenvoudige zaak zal zijn. Reddingssteun kan in de regel niet ten behoeve van financiële herstructurering worden toegekend. Herstructureringssteun moet berusten op een haalbaar, samenhangend en ingrijpend plan om de levensvatbaarheid van een onderneming op langere termijn te herstellen. Het is maar de vraag of hiervan bij HSA sprake is.
56. Het vorenstaande neemt niet weg dat de Commissie ook op grond van haar algemene bevoegdheid op basis van artikel 73 EG-verdrag een ondersteuning van HSA zou kunnen goedkeuren, bijvoorbeeld vanwege de belangen die zijn gemoeid met de continuïteit van het vervoer over de HSL-Zuid, onderdeel van het Transeuropese Netwerk, en de positieve effecten op de "modal shift" en het milieu. Een goedkeuringsprocedure kan al gauw vijf maanden in beslag nemen.

Slotsom

57. Geheel zonder risico zou een tegemoetkoming aan HSA om haar faillissement te voorkomen nooit zijn. Ongeacht de vorm die eraan wordt gegeven zal het in de kern immers moeten gaan om een voordeel dat aan HSA wordt gegund door de overheid, zodat het staatssteunrecht en het aanbestedingsrecht in het geding zijn. Het gevolg daarvan zou kunnen zijn dat de tegemoetkoming ongedaan moet worden gemaakt en worden teruggevorderd. Ook zouden derden eventueel kunnen proberen aanspraak te maken op schadevergoeding of heraanbesteding.
58. Deze risico's moeten worden afgewogen tegen de gevolgen als HSA niet tegemoet wordt gekomen. Het lijkt er thans op, maar heeft nog bevestiging door een boekenonderzoek, dat HSA dan op enig moment in faillissement zou geraken. Het gevolg daarvan zou zijn dat het vervoer, al dan niet in een aanbestedingsprocedure, opnieuw moet worden opgedragen. Dit houdt een bedreiging in voor de continuïteit van het vervoer.
59. Om deze reden is het aan een tegemoetkoming van HSA verbonden risico betrekkelijk. Als de tegemoetkoming naderhand door de Europese Commissie of een rechter ontoelaatbaar zou worden geoordeeld, zouden grotendeels dezelfde gevolgen intreden

⁴ PB 2004, C 244, blz. 2.

⁵ PB 2008, C 184, blz. 13.

als wanneer de tegemoetkoming niet zou zijn gegeven: faillissement van HSA en de noodzaak het vervoer opnieuw op te dragen. Wel zouden derden daarnaast eventueel schadevergoeding kunnen proberen te vorderen, maar het is de vraag welke schade zij lijden doordat zij een verlieslatende operatie zijn misgelopen.

60. Of de ERTMS-problematiek de basis kan vormen voor de tegemoetkoming hangt af van de vraag of deze er inderdaad noodzakelijkerwijs toe heeft geleid dat het materieel te laat beschikbaar is gekomen en dit HSA in financiële problemen heeft gebracht. Uitstel van betaling van de gebruiksvergoeding kan ook los van de ERTMS-problematiek worden gegeven, mits daarvoor marktconforme overwegingen en condities worden gehanteerd. Op het eerste gezicht lijkt dit mogelijk. Daarnaast kan worden verkend of een tegemoetkoming als staatssteun door de Europese Commissie kan worden goedgekeurd.
61. Los van de vorm zou een tegemoetkoming in ieder geval binnen de volgende grenzen moeten blijven:
- de aanspraak op gebruiksvergoeding mag niet komen onder het in de tenderprocedure voorgeschreven minimum (€ 100 miljoen per jaar, prijspeil 2001);
 - de aanspraak op gebruiksvergoeding mag niet komen onder het bedrag dat de tweede bieder heeft geboden (ongeveer hetzelfde bedrag);
 - de vermogenspositie van HSA mag niet verder verbeteren dan noodzakelijk voor voortbestaan (een negatief eigen vermogen van minus € 200 miljoen);
 - aan de hand van alle bij HSA aanwezige gegevens moet – door een onafhankelijke derde – worden geverifieerd dat aan dit laatste criterium is voldaan.

Met vriendelijke groet,
de landsadvocaat,
voor deze,

F.L. Bolkestein

R. van de Klashorst