

## 2. Onderhandse gunning aan zittende rederij

Onverminderd het bovenstaande merkt de Raad over de onderhandse gunning het volgende op.

a. De Raad heeft er begrip voor dat - indien de noodzaak voor concurrentiebeperkende maatregelen vast staat - voor de eerste termijn niet wordt gekozen voor een openbare aanbesteding. Het is bij een situatie van bestaande concurrentie wel de vraag aan welke actieve aanbieder de concessie dient te worden gegund. De toelichting constateert dat de huidige reders in het verleden aanzienlijke investeringen hebben gedaan om hun vloot comfortabel en toegankelijk te maken of te houden. Daarmee vormt deze eerste concessie door middel van gunning een overgangssituatie naar de aanbesteding van deze diensten, zodat de rederij die momenteel de verbindingen onderhoudt, het materieel kan afschrijven en zich op een aanbesteding kan voorbereiden. De Raad constateert dat de toelichting geen inzicht biedt in de in het verleden door de monopolist behaalde rendementen en dat daarmee onduidelijk is in hoeverre de bestaande rederij de gedane investeringen niet ten minste deels heeft kunnen terugverdienen. De Raad wijst er voorts op dat ook EVT, die aanvoert te zijn opgericht door eilandbewoners die niet tevreden zijn over de veerdienst van de gevestigde maatschappij, eveneens aanzienlijke investeringen heeft moeten plegen teneinde tot de markt te kunnen toetreden. Ook voor deze investeringen ligt het voor de hand dat deze vooralsnog niet zijn terugverdiend. Daaraan besteedt de toelichting geen aandacht.

De toelichting vermeldt nog dat de verbinding naar Texel buiten deze wijziging van het Bp2000 is gehouden. "De waarborg van een continue en betrouwbare verbinding van Texel met het vaste land ligt vast via twee sporen. Allereerst via de bedrijfsstructuur van de rederij; een groot deel van de aandeelhouders is bewoner van het eiland of heeft een tweede huis op het eiland. De eilandbewoners hebben op deze manier voldoende inspraak in de kwaliteit van de dienstverlening van rederij TESO. Het tweede spoor is een verankering van deze uitgangspunten in de statuten, waarbij gemaakte winst moet worden aangewend voor de verlaging van de tarieven, verbetering van het vervoer dat voor een ieder open staat of aanverwante doeleinden, waardoor de continuïteit van de onderneming wordt gewaarborgd." De Raad wijst er op dat in die zin ten minste deels een parallel te trekken is met de EVT. Ook de EVT beoogt de aandelen in de onderneming onder te brengen bij bewoners, ondernemers op het eiland en mogelijk de gemeenten. Het is de Raad niet duidelijk waarom dit gegeven thans bij de onderhandse gunning geen rol speelt.

De Raad is in het licht van het bovenstaande van oordeel dat een overtuigende motivering voor de onderhandse gunning van de concessie aan de zittende rederij ontbreekt. Hij beveelt aan deze alsnog te verstrekken en zo nodig het ontwerpbesluit in het licht van het bovenstaande nader te bezien.

b. In de toelichting wordt geen aandacht besteed aan de schade die de EVT zal ondervinden als gevolg van invoering van een concessie met exclusieve werking. De Raad meent dat er aanleiding is aan te geven in hoeverre het voor de rederij die niet langer actief kan zijn, mogelijk is de Staat aansprakelijk te stellen voor de geleden schade. De Raad beveelt aan de toelichting in het licht van het bovenstaande aan te vullen.

## 3. Duur van de concessie

Bij invoering van een concessie met exclusieve werking is de duur van de concessie van groot belang voor de mogelijkheden van nieuwe partijen om tot de markt toe te treden.

Ingevolge het voorgestelde artikel 7a, derde lid, wordt een concessie voor ten hoogste 15 jaar verleend. De toelichting trekt in dat verband een parallel tussen de investeringen in treinmaterieel en in veren, zoals ingezet voor de verbindingen van en naar de Waddeneilanden. Artikel 4, derde lid, van Verordening (EG) 1370/2007 over openbaar personenvervoer per spoor en over de weg (PSO-verordening) bepaalt dat voor concessies betreffende spoorvervoer een maximale termijn van 15 jaar geldt. (zie noot 4)

De Raad wijst echter op Verordening (EEG) 3577/92 over cabotage in het zeevervoer. (zie noot 5) Deze verordening geeft onder meer regels omtrent openbare dienstcontracten voor vervoer van passagiers van en naar eilanden, waaronder ook de bepaling dat openbare dienstcontracten geen onbeperkte looptijd mogen hebben. In een mededeling over de interpretatie van deze verordening heeft de Commissie opgemerkt dat in beginsel een looptijd van zes jaar en bij kleine eilanden (>300.000 passagiers op jaarbasis) een looptijd van niet langer dan 12 jaar, aanvaardbaar is. (zie noot 6) Niet zonder meer valt in te zien waarom deze Verordening, waar het de maximale duur van de concessies betreft, niet wordt gevolgd.

De Raad geeft in overweging de keuze voor de maximale duur van de concessie nader toe te lichten en zo nodig het voorgestelde artikel 7a, derde lid, nader te bezien.

4. Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Raad naar de bij het advies behorende bijlage.

De Raad van State geeft U in overweging in dezen geen besluit te nemen dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De waarnemend Vice-President van de Raad van State

Bijlage bij het advies van de Raad van State betreffende no. **W09.09.0229/IV** met redactionele kanttekeningen die de Raad in overweging geeft.

- In het opschrift kenbaar maken dat niet alle Waddeneilanden door het voorstel geraakt worden.
- Het begrip 'bootdienst' in de definitiebepaling van 'veerboot' in het voorgestelde artikel 1, onderdeel, l, behoeft nadere verduidelijking.

#### **Nader rapport (reactie op het advies) van 21 december 2009**

De Raad van State heeft naar aanleiding van het ontwerpbesluit een drietal opmerkingen gemaakt en geeft in verband met deze opmerkingen in overweging in dezen geen besluit te nemen dan nadat met die opmerkingen rekening zal zijn gehouden. In het onderstaande wordt achtereenvolgens op de opmerkingen en de wijzigingen ingegaan.

##### **1. Concessie met exclusieve werking**

De Raad mist klemmende argumenten om te concluderen dat het handhaven van twee elkaar beconcurrerende rederijen in de verbinding met Terschelling onwenselijk is. Naar aanleiding van het advies van de Raad van State is in opdracht van het Ministerie van Verkeer en Waterstaat een onderzoek uitgevoerd aan de hand van een zogenaamde 'business cases'. Deze business case geeft inzicht in de (financiële) resultaten van exploitatie van een vervoersdienst naar de Waddeneilanden Vlieland, Terschelling, Ameland en Schiermonnikoog van één jaar. Hierin is onderscheid gemaakt naar de 12 maanden van een jaar om het verloop van kosten en opbrengsten over de maanden te zien. Het rapport geeft inzicht in de resultaten op basis van kosten en baten die zijn afgeleid van soortgelijke ondernemingen. Er is geen gebruik gemaakt van kostengegevens van de rederijen, die de verbindingen onderhouden, omdat deze niet beschikbaar zijn.

Aan de hand van het onderzoek zijn in het rapport de volgende conclusies getrokken:

- In een situatie van een openbaar dienstcontract zonder exclusief recht voor de huidige reder, ligt toetreding van concurrenten op de verbindingen naar Terschelling en Ameland in de rede. Als de nieuwe reders er in slagen voldoende marktaandeel te veroveren, zal het maatschappelijk gewenste kwantiteits-, kwaliteits- en prijsniveau van de dienstverlening mogelijk alleen geleverd kunnen worden als de overheid daarvoor een subsidie aan de reder die het contract uitvoert betaalt.
- In een volledig vrije marktsituatie wordt de kans hoog ingeschat dat het maatschappelijk gewenste kwantiteits-, kwaliteits- en prijsniveau van de dienstverlening op termijn niet gehandhaafd blijft.

Deze conclusies sterken de onderbouwing voor de invoering van de concessiesystematiek. Uitgangspunt is dat voorkomen moet worden dat het publieke belang van een betrouwbare, continue en betaalbare verbinding in gevaar komt. Daarnaast wil ik voorkomen dat de openbare dienst (structureel) gesubsidieerd moet worden. Het niveau van de publieke dienstverlening, zoals afgesproken in de openbare dienstcontracten, is niet rendabel in de wintermaanden uit te voeren. Deze maanden moeten worden overbrugd met de winsten die in de overige maanden worden behaald. In het geval van een concurrent naast de openbare dienst is niet uit te sluiten dat de openbare dienst niet meer in staat is de onrendabele periode te overbruggen met de opbrengsten uit de rendabele perioden. In dat geval zal hij een bijdrage van de overheid verlangen om ook in de onrendabele perioden de gewenste dienstverlening aan te bieden.

In een volledig vrije marktsituatie wordt de kans hoog ingeschat dat het maatschappelijk gewenste kwantiteits-, kwaliteits- en prijsniveau van de dienstverlening op termijn niet gehandhaafd blijft. Dit wordt onwenselijk geacht.

Daarom ben ik van mening dat er een reëel gevaar is voor schade aan het publieke belang van een betrouwbare, reguliere en betaalbare verbinding, ook op Terschelling, indien de veerverbindingen aan

de markt worden overgelaten. Dat gevaar vormt de aanleiding om een concessiesystematiek te introduceren. Op die manier wordt het publiek belang het best geborgd. De toelichting is op dit punt aangevuld.

## 2. Onderhandse gunning aan zittende rederij

a. De Raad heeft er begrip voor dat - indien de noodzaak voor concurrentiebeperkende maatregelen vast staat - voor de eerste termijn niet wordt gekozen voor een openbare aanbesteding. Wel vraagt de Raad zich af bij een situatie van bestaande concurrentie aan welke actieve aanbieder de concessie dient te worden gegund.

Kenmerk van een onderhandse gunning is dat de concessie gegund wordt zonder openbare aanbesteding. De concessieverlener is vrij in zijn keuze wie wordt uitgenodigd tot inschrijving. De bestaande openbare-dienstcontracten bevatten een inspanningsverplichting tot eerste onderhandse gunning jegens de reders die nu de openbare dienst uitvoeren en het voornemen tot onderhandse gunning is in lijn met de wensen daaromtrent in de Tweede Kamer. (zie noot 7) In het geval van de verbinding naar Terschelling is ook het voornemen dat de reder, met wie een openbare-dienstcontract is gesloten, de eerste concessie onderhands gegund krijgt. Deze reder lijkt de concessie op dit moment het beste te kunnen uitvoeren. Op die manier wordt het publiek belang het best geborgd. Uitgangspunt daarbij is het handhaven of zelfs verbeteren van het huidige voorzieningenniveau. Het gaat om een betrouwbare dienstregeling, met meerdere afvaarten per dag gedurende het hele jaar, voor een acceptabele prijs. Naast een snelbootdienst dient ook een reguliere veerdienst, geschikt voor het vervoer van motorrijtuigen, te varen. Aan de schepen worden bepaalde eisen van veiligheid en betrouwbaarheid gesteld. De reder waarmee een openbare-dienstcontract is gesloten voldoet nu al aan het minimale voorzieningenniveau. Dit alles vormt de reden voor het voornemen om ook op de verbinding Harlingen-Terschelling aan de rederij waarmee een openbare-dienstcontract gesloten is onderhands te gunnen.

De toelichting op het besluit is aangepast in het licht van deze opmerking.

De Raad van State stelt dat er deels een parallel te trekken is tussen rederij TESO, de aanbieder op Texel, en rederij EVT.

Op dit moment is die parallel niet te trekken. De structuur binnen TESO is historisch gegroeid en bestaat al meer dan 100 jaar. Die structuur is daarmee zodanig beproefd, dat het publiek belang op Texel voldoende geborgd is en een introductie van de concessiesystematiek niet noodzakelijk is. De structuur van rederij TESO is in de toelichting reeds beschreven (paragraaf 2.2). Rederij EVT heeft aangegeven dat ze een zelfde structuur als rederij TESO wenselijk acht, maar in de praktijk blijkt dat de structuur van EVT niet hetzelfde is als die van rederij TESO. Rederij EVT is een besloten vennootschap (BV) in handen van enkele ondernemers op Terschelling. De bewoners van Terschelling hebben via die structuur geen inspraak in de kwaliteit van de dienstverlening. Bij gebreke van een structuur die gelijkwaardig is aan die van rederij TESO op de verbinding Texel, is op Terschelling introductie van de concessiesystematiek noodzakelijk om het publiek belang te kunnen borgen, zonder dat daarvoor (structureel) subsidie is vereist.

b. De Raad geeft aan dat in de toelichting geen aandacht wordt besteed aan de schade die rederij EVT zal ondervinden als gevolg van de invoering van een concessie met exclusieve werking. Het is juist dat ook rederij EVT heeft geïnvesteerd in materieel en personeel. Dat belang is meegewogen bij de keuze te komen tot introductie van de concessiesystematiek. Er heeft een afweging plaatsgevonden tussen algemene belang dat met de concessiesystematiek is gediend en de gevolgen van die systematiek voor individuele belangen. De toelichting is hierop aangepast. Overigens heeft rederij EVT de investeringen gedaan op het moment dat reeds het voornemen tot invoering van een concessiesystematiek en onderhandse gunning daarvan aan de zittende reder bekend waren. EVT trad pas in augustus 2008 toe tot de markt. De investeringen van EVT dateren dus na het moment waarop het voornemen bekend was te komen tot een concessiesystematiek.

## 3. Duur van de concessie

De Raad geeft in overweging de keuze voor de maximale duur van de concessie nader toe te lichten en zo nodig het voorgestelde artikel 7a, derde lid, nader te bezien. De Raad wijst op Verordening (EEG) 3577/92 over cabotage in het zeevervoer (zie noot 8) en vraagt zich af waarom deze Verordening, waar het de maximale duur van de concessie betreft, niet wordt gevolgd. Deze verordening betreft zeevervoer, waarvan bij de Waddenzee geen sprake is. De Waddenzee wordt op grond van bijlage 1 bij Richtlijn nr. 2006/87/EG (zie noot 9) aangewezen als binnenwater. Dit blijkt op nationaal niveau uit artikel 1 van Binnenvaartwet (definitie binnenwateren) in combinatie met artikel 1.2 van de Binnenvaartregeling. Daarom wordt niet bij Verordening (EEG) nr. 3577/92

aangesloten.

Blijkens overweging 10 en artikel 1, tweede lid, van Verordening (EG) nr. 1370/2007 (zie noot 10) is de gunning van openbare-dienstcontracten voor binnenwater geen onderwerp van specifiek Gemeenschapsrecht, dus ook niet in Verordening (EEG) nr. 3577/92 (cabotage zeevervoer). Hoewel ook Verordening (EG) nr. 1370/2007 geen regeling treft voor het openbaar personenvervoer over binnenwateren biedt de verordening wel expliciet de mogelijkheid deze op het openbaar personenvervoer over binnenwateren van toepassing te verklaren. Voor wat betreft de maximale duur van de concessie is in het wijzigingsbesluit aansluiting gezocht bij Verordening (EG) nr. 1370/2007. Gekozen is voor een maximale concessieduur van 15 jaar, rekening houdend met aanzienlijke investeringen in materieel en de afschrijvingstermijn die daarmee gepaard gaat. Aangesloten is daarom bij de termijn voor treinconcessies in voornoemde verordening. Dit laat overigens onverlet dat de concessieverlener een duur voor de concessie kan kiezen die korter is dan dit maximum aantal jaren.

De toelichting op het besluit is op dit punt verduidelijkt.

#### 4. Redactionele kanttekeningen

Aan de redactionele kanttekeningen van de Raad is gevolg gegeven. Het opschrift is aangevuld. De definitie van veerboot is aangepast.

#### 5. Technische wijzigingen

Er zijn enkele technische wijzigingen aangebracht.

In artikel I, onderdeel A, is zijn de definities aangescherpt en is een verordening gedefinieerd (allemaal in artikel 1 Besluit personenvervoer 2000).

In artikel I, onderdeel B, is artikel 7a aangepast. In lid 3 en lid 4 is volstaan met verkorte aanhaling van Verordening (EG) 1370/2007. De relatie tot Verordening (EG) 1370/2007 is verduidelijkt in het vierde lid. Het vijfde lid, onderdelen b en e zijn tekstueel verbeterd. In het zesde lid, onderdeel b, is de zinsnede 'voor zover deze niet in eigendom zijn bij het rijk' komen te vervallen. Artikel III, tweede lid, is verplaatst naar artikel II, tweede en derde lid. Inhoudelijk is hiermee geen wijziging beoogd, wel een verbeterde formulering.

Tevens is de toelichting op het besluit op enkele punten verduidelijkt en aangevuld.

Ik moge U hierbij het gewijzigde ontwerpbesluit en de gewijzigde nota van toelichting doen toekomen en U verzoeken overeenkomstig dit ontwerp te besluiten.

De Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat

(1) Zie daarover ook de brief van de Minister van Economische Zaken van 21 februari 2000 over de liberalisering en privatisering in netwerksectoren. Kamerstukken II, 1999/00, 27018, nr. 1.

(2) Onder zittende rederijen verstaat de toelichting de rederijen die reeds voor augustus 2008 actief waren.

(3) Kamerstukken II, 2007/08, 23645, nr. 230.

(4) Verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en Verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad (PbEU 2007 L 315). Deze verordening kan ingevolge artikel 1, tweede lid, ook worden toegepast op openbaar personenvervoer over binnenwateren en nationale zeewateren.

(5) Verordening (EEG) nr. 3577/92 van de Raad van 7 december 1992 houdende toepassing van het beginsel van het vrij verrichten van diensten op het zeevervoer binnen de Lid-Staten (cabotage in het zeevervoer) (PbEG 1992 L364).

(6) COM (2003) 595.

(7) AO 27 mei 2008, Kamerstukken II, 2007/08, 23 645, nr. 224 en AO 30 juni 2009, Kamerstukken II, 2008/09, 31 700 XII, nr. 78.

(8) Verordening (EEG) nr. 3577/92 van de Raad van 7 december 1992 houdende toepassing van het beginsel van het vrij verrichten van diensten op het zeevervoer binnen de Lid-Staten (cabotage in het zeevervoer) (PbEG L 364), uitgewerkt in interpretatieve mededeling van de Europese Commissie (COM(2003) 595).

(9) Richtlijn nr. 2006/87/EG van 18 december 2006 van Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van de technische voorschriften voor binnenschepen en tot intrekking van Richtlijn 82/714/EEG van de Raad (PbEU L 389).

(10) Verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007

betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van de Verordening (EEG) nr 1191/69 van de Raad en Verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad (PbEU L 315).

Gehele tekst ontwerpregeling met toelichting