

De vaste commissie voor Financiën heeft op 6 september 2017 een aantal vragen en opmerkingen voorgelegd aan de Minister van Financiën over zijn brief van 29 juni 2017 over het besluit van de ACM inzake haar onderzoek naar mogelijke overtreding van de Mededingingswet door NS bij de aanbesteding voor de openbaarvervoerconcessie van de Provincie Limburg in 2014 (Kamerstuk 28 165 nr. 270).

De fungerend voorzitter van de commissie,  
Duisenberg

Adjunct-griffier van de commissie,  
Van Zuilen

## **I Vragen en opmerkingen vanuit de fracties**

### ***Vragen en opmerkingen van de leden van de fractie van de VVD***

De leden van de VVD-fractie hebben kennisgenomen van het Autoriteit Consument en Markt (ACM)-boetebesluit Nederlandse Spoorwegen (NS) en hebben daarover nog een aantal vragen en opmerkingen. Marktmissbruik kan niet door de beugel en moet wat deze leden betreft hard worden aangepakt.

De leden van de VVD-fractie lezen in de brief dat de Minister het besluit van NS steunt om bezwaar aan te tekenen tegen het ACM-boetebesluit. Waarom heeft de Minister in de brief van 29 juni 2017 over het ACM-boetebesluit uitgesproken het besluit van NS te steunen teneinde bezwaar aan te tekenen, aangezien het gebruikelijk is dat de politiek zich niet mengt in nog lopende juridische of bezwaarprocedures?

In de stukken van de ACM staat te lezen dat het Ministerie van Financiën regelmatig actief betrokken is bij deze aanbesteding door de NS. In hoeverre heeft de Minister als aandeelhouder ingestemd met het bod voor de aanbesteding van de concessie Limburg, zo ja, waarom wel, zo niet, waarom niet? Wat zijn de exacte regels c.q. afspraken voor het instemmen van de aandeelhouder bij dit type investeringen bij NS? Als volgens de regels niet hoefde te worden ingestemd, waarom was er dan in dit hele traject wel overleg en actieve bemoeienis vanuit het ministerie met deze investering?

De leden van de VVD-fractie vragen waarom is, gegeven de actieve bemoeienis en het feit dat men bekend was met een aantal zaken rondom de investering, geen standpunt ingenomen toen bleek dat die zaken niet in overeenstemming waren met de eerder gemaakte afspraken?

Bij NS geldt bij investeringen dat het rendement minstens gelijk moet zijn aan de berekende gemiddelde kosten voor kapitaal (weighted average costs of capital, WACC). De lagere WACC is in dit geval ook met de aandeelhouder gedeeld. In hoeverre heeft de aandeelhouder daarmee ingestemd dan wel een oordeel daarover (gegeven)? Waarom wel of niet?

In de afgelopen jaren is er regelmatig discussie geweest over de zogenaamde lerse route van NS voor de lease van materieel. De Minister heeft eerder aangegeven de lerse route voor de lease van materieel om belastingredenen niet wenselijk te vinden voor NS, in ieder geval voor de Nederlandse activiteiten, en dat deze wordt afgebouwd. Waarom is de Minister dan niet voor deze optie gaan liggen die wel in het bod voor de concessie Limburg is opgenomen? In hoeverre heeft de Minister als aandeelhouder ingestemd met het benutten van de lerse belastingroute in dit bod?

De leden van de VVD-fractie lezen in het Jaarverslag beheer staatsdeelnames dat het rendement op eigen vermogen van NS in 2015 slechts 3,6% was, terwijl het normrendement tussen de 6% en 8% moet liggen. In hoeverre vindt de Minister het wenselijk dat er in zo'n situatie blijkbaar biedingen worden gedaan die onder het normrendement liggen?

NS heeft voor de aanbesteding voor de concessie Limburg ingeschreven via de buitenlandse dochter Abellio in plaats van via NS zelf. Welke gevolgen c.q. voordelen heeft dit gehad, met name ook voor de biedingsprijs? Welke invloed heeft dit op het bod gehad?

De leden van de VVD-fractie zijn altijd kritisch geweest over de activistische aandeelhoudersrol van deze Minister. Ook in dit proces heeft de Minister zich opgesteld als een uitermate activistische aandeelhouder. Hoe beoordeelt de Minister achteraf gezien zijn rol als aandeelhouder van NS bij het bod voor de aanbesteding van de concessie Limburg? In hoeverre is deze rol, gelet op de gang van zaken bij deze bieding, een normale en wenselijke voor een aandeelhouder? Wat zou de Minister achteraf gezien anders doen dan wel wat gaat de Minister in de toekomst anders doen?

Herinnert de Minister zich de uitspraken in de brief van 9 juli 2014 over kruissubsidiëring in relatie tot NS: «Evenwel hecht en deze leden er aan ook voor de toekomst de mogelijkheid van kruissubsidiëring uit te sluiten. Daarom zullen zij in het belang van een gelijk speelveld en conform de uitkomsten van het onderzoek, de NS Groep en diens (klein)dochters er ook in de toekomst aan blijven houden dat het alle internationale normen en Europese regels naleeft opdat eerlijke concurrentie bij openbare aanbestedingen gewaarborgd is.» Hoe heeft de Minister dit de afgelopen jaren gedaan? Ook bij de aanbesteding van NS in Limburg? Hoe moet dit gezien worden in relatie tot de aanbesteding van NS in Limburg? In hoeverre is er wel of niet sprake van kruissubsidiëring in dit traject? Het hanteren van een te laag (norm-)rendement zorgt toch feitelijk voor kruissubsidiëring?

Wat zouden de gevolgen zijn van de boete als deze daadwerkelijk en definitief zou worden opgelegd? Wie draait daar uiteindelijk voor op: de reiziger en/of de aandeelhouder en uiteindelijk dus de belastingbetaler? Welke andere (juridische) procedures en onderzoeken lopen er op dit moment nog met betrekking tot deze zaak en wat is daarvan het tijdspad?

#### ***Vragen en opmerkingen van de leden van de fractie van de PVV***

De leden van de PVV-fractie hebben kennisgenomen van de brief van de regering met betrekking tot het ACM-boetebesluit. Naar aanleiding van het genoemde punt brengen deze leden het volgende naar voren.

De leden van de PVV-fractie merken op dat de interne procedures en gedragsregels en de naleving daarvan zijn aangescherpt. Zij willen weten op welke wijze deze interne procedures en gedragsregels zijn aangescherpt.

Kan de Minister tevens aangeven welke van de verbetervoorstellen die het adviesbureau Alvarez & Marsal begin 2016 in zijn onderzoeksrapport heeft gedaan om te komen tot een sterke governance, risk en compliance structuur en cultuur, grotendeels zijn uitgevoerd?

Voorts vragen de leden van de PVV-fractie een gespecificeerd overzicht van de kosten te geven die tot nu toe in het dossier rondom de fraude en concurrentievervalsing bij de aanbesteding in Limburg zijn gemaakt door NS, haar dochters en door de Minister. Wil de Minister daarbij in ieder geval de kosten voor de volgende zaken benoemen: juridische bijstand, externe adviezen, compensatie of afkoop van schade of andere gevolgen die door het gedrag van NS veroorzaakt zijn, ingehuurd financiële experts en overige kosten?

Tevens willen de leden van de PVV-fractie weten hoe voorkomen zal worden dat de belastingbetaler voor de 5% extra boete, die aan NS opgelegd is vanwege het niet-meewerken aan het onderzoek, zal opdraaien.

Verder willen de leden van de PVV-fractie weten of er een verband bestaat tussen de significante stijging van de prijs van het treinkaartje voor het hoofdrailnet (HRN) over de afgelopen jaren en de verliezen die NS en haar dochters maken in concurrerende markten, zoals bij de aanbesteding van de HSL-Zuid of de aanbesteding in Limburg. Kan de Minister tevens toelichten waarom er wel of niet een verband bestaat en in welke mate dit is?

Voorts merken de leden van de PVV-fractie op dat er in randnummer 338 van het ACM-besluit gesproken wordt over dalende subsidies voor stoptreindiensten. Deze leden willen weten welke subsidie momenteel voor stoptreindiensten verstrekt wordt aan NS, gespecificeerd naar de verschillende stoptreindiensten.

### ***Vragen en opmerkingen van de leden van de fractie van het CDA***

De leden van de CDA-fractie hebben kennisgenomen van de brief van de Minister betreffende het boetebesluit van de ACM over NS. Zij hebben hier nog vragen over.

De leden van de CDA-fractie vragen naar de voortgang van de verbetervoorstellen die door Alvarez & Marsal zijn gedaan. De Minister schrijft dat de Kamer daar nog nader over wordt geïnformeerd; deze leden vragen een tijdpad. Nog liever zien deze leden dat de Minister hier inzicht in biedt bij het verslag van dit schriftelijk overleg. Is de Minister hiertoe bereid?

De leden van de CDA-fractie vragen naar de frase in de brief waarin de Minister zegt dat: «het daarnaast ook belangrijk is dat gekeken wordt naar strategische overwegingen of overwegingen die samenhangen met het dienen van een publiek belang. Die overwegingen kunnen een investering rechtvaardigen die lager is dan het normrendement.» Over deze frase vragen deze leden of de Minister in dezen ook doelt op de specifieke casus waarop het ACM-boetebesluit is gebaseerd, namelijk de aanbesteding in Limburg. Voorts vragen deze leden of de Minister met «strategische overwegingen» doelt op strategische overwegingen van NS of op strategische overwegingen van de Nederlandse Staat. Immers, als de Minister doelt op strategische overwegingen van NS, hoe rijmt dit dan met het gegeven dat een aanbestedingsprocedure onafhankelijk van de strategische belangen van één van de bidders zou moeten verlopen?

De leden van de CDA-fractie vragen naar de gevolgen voor de dividendafdracht aan de Nederlandse Staat. Zijn er afspraken met NS over hoe dergelijke boetes niet ten laste van de consument worden gebracht c.q. niet ten laste van de dividendafdracht aan de Staat (zoals de ACM overigens wel op haar website suggereert dat NS zou moeten doen), maar door de interne bedrijfsvoering worden opgebracht? Wordt er bijvoorbeeld gekort op de variabele beloningen van betrokken bestuurders en medewerkers? Hoe voorkomt de Minister dat de boete min of meer integraal ten laste van de Staat en/of de consument wordt gebracht? Waar komen de boete-opbrengsten die de ACM int terecht?

De leden van de CDA-fractie vragen naar de opmerking in het ACM-boetebesluit, waarin wordt gesteld dat NS niet haar volledige medewerking aan het onderzoek heeft verleend, hetgeen zelfs heeft geleid tot een hogere boete. Hoe rijmt dit met de eerdere mededeling van NS -en de minister- dat NS volledige medewerking aan het onderzoek zou verlenen?

Voor de dechargeverlening van de jaarstukken 2014 hebben de leden van de CDA-fractie al diverse malen aandacht gevraagd. De Minister stond toen op het standpunt, dat de dechargeverlening van maart 2015 is gedaan met de informatie die destijds voor handen was. De leden van de CDA-fractie lezen in het ACM-boetebesluit verschillende zaken die niet eerder aan het licht zijn gekomen. Hieruit volgend vragen deze leden in hoeverre de Minister van opvatting is dat ten aanzien van de feiten die nu bekend zijn geworden inderdaad nog geen decharge is verleend en dat betrokken bestuurders op geen enkele wijze rechten kunnen ontleen aan de dechargeverlening?

De leden van de CDA-fractie vragen of de Minister als aandeelhouder van NS op basis van de feiten die in het ACM-boetebesluit naar voren zijn gekomen, reden ziet om zelf procedures met NS rond bieding-procedures, investeringsbeslissingen of anderszins aandeelhoudersaangelegenheid anders aan te pakken, aan te scherpen en/of te verbeteren? Zo nee, waarom niet? Zo ja, kunt u hier voorbeelden van geven?

### ***Vragen en opmerkingen van de leden van de fractie van D66***

De leden van de D66-fractie hebben kennisgenomen van de brief van 29 juni 2017 aan de Kamer, waarin de Minister melding maakt van het besluit dat de ACM op diezelfde datum publiceerde en waarin zij oordeelt dat NS misbruik van haar machtspositie gemaakt heeft. De Minister schrijft NS te steunen in het door haar ingestelde bezwaar: «[...] om met name te laten toetsen waar de grens ligt tussen een scherp bod en een verlieslatend bod die een overtreding van de Mededingingswet vormt». De Minister redeneert daarbij dat (i) de ACM niet ex-post maar ex ante bepaald heeft dat de bieding van NS gebaseerd was op een verlieslatende kostprijs en dat (ii) de ACM is uitgegaan van het normrendement als toetscriterium, en niet de intern door NS gehanteerde rendementsnorm. De Minister stelt vervolgens dat het voor toekomstige investeringsbeslissingen van staatsdeelnemingen met een economische machtspositie van belang is hierover duidelijkheid te verwerven, omdat naast het normrendement: «[...] ook belangrijk is dat gekeken wordt naar strategische overwegingen of overwegingen die samenhangen met het dienen van een publiek belang», waardoor een investering tegen een lager rendement dan het normrendement gerechtvaardigd kan zijn.

NS heeft deze bezwaren reeds aangevoerd in de procedure bij de ACM, waarna de ACM die argumenten weerlegd heeft. De Minister maakt in de brief geen melding van die weerlegging; hoe beoordeelt de Minister echter de argumenten van de ACM?

De leden van de D66-fractie merken voorts op dat inherent aan een aanbesteding is, dat de biedprijs bepalend is voor winst of verlies bij de aanbesteding. Of de daadwerkelijke exploitatiekosten naderhand overeenkomen met die biedprijs, is niet relevant voor het resultaat van de aanbesteding: eventuele verliezen of voordelen komen immers voor rekening van de winnende partij. Zou de ACM pas achteraf kunnen toetsen of een aanbieder wel of niet verlieslatend uitpakt, dan doet dat niet meer af aan de uitkomst van de aanbesteding: het gelijke speelveld is dan verstoord, de aanbesteding afgerond en het winnende bod is niet meer terug te draaien. Weliswaar is er een mogelijkheid om een «onwaarschijnlijk lage prijs» te toetsen door de aanbestedende dienst, maar die toetsing houdt niet meer in dan het toetsen op de vraag of hetgeen beloofd wordt in de bieding, inderdaad ook tegen de aangeboden prijs zal worden aangeboden. Die toets heeft dus geen betrekking op de vraag of de bieding wel of niet onder kostprijs is en daarmee wel of niet in lijn is met de mededingingsregels. Dan is het toch juist logisch dat de ACM bij

toetsing van het bod bij de aanbesteding uitgegaan is – en ook moest uitgaan van – de door NS ingediende bieding en de daarin opgenomen kostprijs c.q. aanbiedingsprijs. Kan de Minister, nu hij de redenering van NS volgt en lijkt te steunen met zijn brief, ook reflecteren op deze visie, zo vragen deze leden?

Hoewel er wellicht redenen kunnen zijn om voor het borgen van een publiek belang een lager rendement dan het afgesproken normrendement te hanteren, kan dat evenzeer leiden tot verstoring van de concurrentie en het gelijke speelveld, zeker wanneer de staatsdeelneming een economische machtspositie heeft. Deelt de Minister de opvatting van de leden van de D66-fractie dat een dergelijke verlaging van het normrendement ten minste vooraf gegaan moet zijn door (i) een heldere definitie van wat het betrokken publieke belang is, (ii) welke overwegingen uit hoofde van dat publieke belang ten grondslag moeten liggen aan een eventuele verlaging en (iii) een dergelijke verlaging in elk geval niet kan plaatsvinden zonder dat daar politieke besluitvorming en instemming van het parlement aan vooraf gegaan is?

Deelt de Minister voorts de mening dat in de onderhavige kwestie er geen sprake lijkt te zijn van een publiek belang dat verlaging van het normrendement rechtvaardigt, omdat sprake was van een openbare aanbesteding waaraan meerdere partijen deelnamen, zodat er geen risico bestond op het uitblijven van een kansrijke bieding? Zo nee, kan de Minister de publieke belangen definiëren die in de onderhavige zaak de verlaging van het rendement door NS en het indienen van een verlieslatende aanbidding rechtvaardigen?

De leden van de D66-fractie vragen of de Minister de mening deelt, dat de door NS toegepaste verlaging van het normrendement – mede in het licht van de bevindingen van de ACM – hoofdzakelijk en herhaaldelijk ingegeven is door de «strategische rationale», gericht op behoud van het HRN in haar huidige vorm en voorkoming van het winnen van de aanbesteding door andere aanbieders, omdat NS bang was dat dit de bijl aan de wortel van het HRN zou zijn?

Welke «strategische overwegingen» kunnen naar de mening van de Minister rechtvaardigen, dat een staatsbedrijf met een economische machtspositie haar rendement verlaagt tot onder het normrendement zoals dat tussen staatsdeelneming en aandeelhouder, resp. tussen aandeelhouder en het parlement is afgesproken?

Welke strategische overwegingen hebben naar de mening van de Minister in deze zaak een zodanige rol gespeeld, dat zij de verlaging van het normrendement door NS mogelijk hebben gerechtvaardigd?

Het besluit van de ACM heeft niet alleen betrekking op een verlieslatende bieding die NS deed, maar tevens op de overige overtredingen die al in 2015 werden geconstateerd. Over die overtredingen is de Minister duidelijk: die zijn onacceptabel. In zijn brief aan de Kamer van 5 juni 2015 (Kamerstuk 28 165, nr. 198) heeft de Minister laten weten dat NS geen bezwaar zou instellen tegen de toen genomen beslissing. Nu steunt u NS echter in haar bezwaar tegen het besluit van 29 juni jl., terwijl dat gedeeltelijk betrekking heeft op dezelfde overtredingen. Kan de Minister dat uitleggen?

Hoe beoordeelt de Minister het feit dat hij de bieding voor Limburg voorgelegd kreeg, maar zonder de cruciale notitie van de afdeling Corporate Control (CpC) van NS (randnummer 358), die de business case negatief beoordeelde en die het hoge risicoprofiel herhaaldelijk en

indringend als waarschuwing aan de NS-top heeft afgegeven (randnr. 310 t/m 312, 318, 321 t/m 323 en 331, evenals 367 en verder)?

Herinnert de Minister zich dat hij de Kamer op 5 juni 2015 bij brief liet weten, dat NS alle medewerking zou verlenen aan het ACM-onderzoek? Hoe verhoudt dat zich tot de boeteverhoging die de ACM heeft toegepast, omdat NS juist niet alle medewerking heeft verleend?

De leden van de D66-fractie vragen hoe de Minister oordeelt over het niet meesturen van cruciale beoordelingsgegevens en -notities, het tegen de instructies in toch inzetten van NS Financial Services (NSFSC) voor de bieding, het tegen de instructies in toch toepassen van lagere rendementen en kruissubsidiëring, het tegen de instructie in niet op staande voet ontslaan van de direct betrokkenen, het tegen de instructies in toch betalen van afkoopsommen aan betrokkenen en het tegen de instructie in niet verlenen van alle medewerking aan het ACM-onderzoek?

In de brief van 9 juli 2014 (Tweede Kamer, vergaderjaar 2013–2014, 28 165, nr. 178) informeerde de Minister de Kamer over de uitkomsten van het onderzoek dat Deloitte uitvoerde naar kruissubsidiëring binnen de NS, nadat u daartoe opgeroepen was door de motie Koolmees c.s. (Tweede Kamer, vergaderjaar 2013–2014, 28 165, nr. 167). De minister schrijft in zijn brief dat er geen aanwijzingen zijn gevonden voor kruissubsidiëring binnen de NS Groep, onderkent de Minister het risico dat kruissubsidiëring ook kan plaatsvinden door te lage rendementen te hanteren, waarvoor evenmin bewijs is aangetroffen, en zegt de Minister NS ook in de toekomst aan de normen en regels rondom kruissubsidiëring te zullen houden, omdat daardoor: *«eerlijke concurrentie bij openbare aanbestedingen gewaarborgd is.»* De praktijk van nog geen jaar later is dat NS (via Abellio) bij zo'n openbare aanbesteding een bod indiende dat verlieslatend was, dat gerekend is met een te laag rendement, dat NS zich garant stelt voor compensatie van de verliezen die Abellio lijdt en dat gecompenseerd wordt met rendementen uit andere onderdelen van de NS Groep, waarbij de inzet van NSFSC zelfs bepalend was voor de vraag of het bod wel of geen positieve netto contante waarde had (randnummer 399 ACM-besluit) en dus voldaan werd aan de in randnummer 233 geformuleerde, interne eisen.

### ***Vragen en opmerkingen van de leden van de fractie van de SP***

De leden van de SP-fractie hebben kennisgenomen van het boetebesluit van de ACM inzake de aanbesteding van het openbaar vervoer in Limburg. Deze leden willen onderstrepen dat zij het gedrag van NS, namelijk het achterhouden van informatie en het zich, via een constructie met een voormalig directeur, inzicht verschaffen in de bedrijfsvoering van haar directe concurrent, afwijzen.

De leden van de SP-fractie vragen de Minister toe te lichten wat NS tot dergelijk gedrag heeft gedreven. Kan de Minister daarbij ingaan op de vraag in hoeverre mogelijk verlies van dit deel van het spoornet en de dreiging van verlies van meer lijnen, de NS gedreven kan hebben teneinde dergelijke acties te ondernemen? Deze leden vragen de Minister tevens toe te lichten in hoeverre huidige ontwikkelingen rondom marktverkenningen en spoorordening NS en andere spoorvervoerders in de toekomst tot vergelijkbare gedragingen zal verleiden.

Aangezien de boete in mindering wordt gebracht op de winstuitkering aan de Staat, en boetes opgelegd door de ACM ook terugvloeien naar de Staat, zijn de leden van de SP-fractie van mening dat er sprake is van een broekzak-vestzak situatie. Deze leden vragen de Minister daarom hoeveel

geld er gemoeid is met de uitvoerings-, administratieve en overige kosten van dit rondpompcircus. Tevens vragen zij de Minister toe te lichten of zij dit geld – dat wordt opgebracht door reizigers en belastingbetalers en dat de schijn van marktwerking op het spoor in stand moet houden – juist besteed vindt?

## **II Reactie van de Minister**