

Aan: Vaste Kamercommissie voor Infrastructuur en Waterstaat

Onderwerp:

**Brandbrief over Voornemen Nederlandse Hoofdrailnetconcessie**

Brussel, 8 september 2022

Geachte Kamercommissie,

Hierbij willen wij namens de Europese non-profit belangenorganisatie ALLRAIL met urgentie belangrijke informatie met u delen die van belang is voor de besluitvorming over eventuele toekomstige concessie(s) op het Nederlandse Hoofdrailnet, maar die u tot op heden nog niet vanuit het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat (IenW) heeft ontvangen.

We constateren dat er bij het Ministerie van IenW een extreme tunnelvisie heerst gericht op een “nieuwe Hoofdrailnetconcessie” conform het Voornemen van de voor-vorige Staatssecretaris. Het Ministerie heeft inmiddels diverse uitvoerig onderbouwde waarschuwingen ontvangen dat dit Voornemen ernstig in strijd is met de Europese marktordeningsregels en daarom nooit de rechtmatigheidstoets bij het Europese Hof van Justitie in Luxemburg zal kunnen doorstaan. Deze waarschuwingen worden door het Ministerie structureel weggewuifd en worden zover bekend niet doorgegeven aan het politieke besluitvormingsniveau.

**1) Verkeerd begrip van juridische figuur “concessie” en de EU-marktordening**

We signaleren dat het Ministerie van IenW niet helder heeft wat een “concessie” precies is en hoe dit zich verhoudt tot de Europese spoormarktordening. Essentie van die marktordening is dat uitsluitend onrendabele treindiensten in een concessie mogen (en móeten) worden opgenomen. De huidige Hoofdrailnet *concessie* is juridisch gezien “intrinsiek fout”.

Rendabele treindiensten zoals het Nederlandse Intercitynet en de toekomstige “Airport Sprinter” moeten volgens het principe van “open toegang” worden gereguleerd. Die regulering (denk aan: toegankelijkheid, acceptatie tickets, etc.) kan in “algemene regels” worden opgenomen.

Vaak is dit overigens al zo: rolstoeltoegankelijk en passagiersrechten zijn al bij wet geregeld – dit hoeft überhaupt niet meer in concessies geregeld te worden. Belangrijk verschil tussen concessie en open toegang is dat bij laatstgenoemde niet alleen NS, maar ook andere vervoerders vergelijkbare treindiensten mogen aanbieden en gelijkwaardig aan NS zijn.

## **2) Verkeerd begrip van wat “open toegang” is en wat je er mee kan**

Het Ministerie van IenW denkt ten onrechte dat zij een “basisniveau” in een concessie kan/moet regelen, met daarbovenop “open toegang” dat helemaal aan de markt wordt overgelaten. Het Ministerie denkt dat “open toegang” hetzelfde is als “vrije markt”, maar dat klopt niet. Open toegang wil slechts zeggen dat *iedere vervoerder toegang tot deze markt heeft*. Dit in tegenstelling tot een concessie, wat juist een *exclusief recht* is en tegen concurrentie wordt beschermd. Open toegang kan gereguleerd worden, net als concessies!

De gedachte van het Ministerie dat open toegang “bovenop” een concessie komt, is fundamenteel onjuist. Deze onjuiste gedachte is echter wel de basis van het Voornemen voor een nieuwe Hoofdrailnetconcessie – waarmee IenW de plank dus volledig heeft misgeslagen.

De juiste taakopvatting van het Ministerie zou zijn om vast te stellen welke treinverbindingen zij van publiek belang acht. Vervolgens moet per verbinding (of pakket samenhangende verbindingen) worden beoordeeld of deze door vervoerders zonder compensatie kunnen worden aangeboden. Als dat zo is, dan is opname in een concessie geen optie meer.

## **3) NS rijdt alle intercity’s nu al vrijwillig – geen enkele borging in HRN-concessie**

Een misplaatst argument is dat opname in een concessie “noodzakelijk” zou zijn om “publieke belangen te waarborgen”. Niets is minder waar. Integendeel, de huidige Hoofdrailnetconcessie bevat helemaal geen verplichting voor NS om überhaupt Intercity’s te rijden. Zolang NS ieder station 2x per uur bedient, voldoet NS aan de concessie. Zodoende kan NS deze herfst wegens personeelstekort fors in de dienstregeling schrappen, zonder toestemming van het Ministerie.

NS rijdt alle Intercitytreindiensten in feite vrijwillig. Als ze rijden vallen ze onder de HRN-concessie, maar NS hoeft ze niet te rijden. De angst dat NS geen intercity's meer zou rijden wanneer zij daar niet via een Hoofdrailnetconcessie toe gedwongen wordt, is daarmee ongefundeerd. NS kan deze gewoon blijven rijden wanneer deze niet onder een concessie maar onder een open-toegangsregime zouden vallen. De Intercitydiensten zijn voor NS zeer winstgevend en NS zal deze ook zonder concessie blijven rijden. Het zijn juist de onrendabele Sprinters waar borging via een concessie noodzakelijk is.

De ironie is dat voor de Intercity's de huidige situatie nauwelijks verschilt van een situatie waarin deze als open toegang rijden. Het enige verschil is dat de randvoorwaarden dan in "algemene regels" in plaats van de concessiebeschikking staan. Het Ministerie van IenW mist echter nog het inzicht dat intercity's als open toegang weinig verschilt van de huidige situatie, en dat juist de voorgenomen nieuwe Hoofdrailnetconcessie de marktordening op de schop gooit.

#### **4) Hoofdrailnetconcessie blokkeert komst nieuwe treindiensten en zet HRN "op slot"**

Met de voorgenomen nieuwe Hoofdrailnetconcessie maakt het Ministerie het voor andere vervoerders vrijwel onmogelijk om in Nederland frequente nieuwe treindiensten aan te bieden. Alle treindiensten die NS aanbiedt worden tegen concurrentie beschermd en worden alleen toegestaan nadat in een tijdrovende procedure en "economische evenwichtstoets" bij de ACM (na 18 maanden!) komt vast te staan dat de nieuwe treindienst niet te veel concurrentie voor NS oplevert. Open toegang en concessies zijn niet complementair, maar substitutie.

Daar komt nog eens bij dat NS-treinen van de HRN-concessie bij de capaciteitstoewijzing door ProRail voorrang hebben op treinen van andere vervoerders. Andere vervoerders hebben daardoor geen enkele zekerheid dat zij de treinen die ze zouden willen rijden, ook daadwerkelijk kunnen rijden – en het jaar daarna kunnen blijven rijden.

De voorgenomen nieuwe Hoofdrailnetconcessie zal bewerkstelligen dat er in Nederland vrijwel niets van open toegang zal terechtkomen, anders dan een enkele niche-trein zoals internationale nachttreinen. Waar het Ministerie de

Tweede Kamer voorspiegelt dat zij meer spoorvervoer mogelijk maakt, is de realiteit dat zij het Hoofdrailnet tot het jaar 2035 op slot gooit en NS voor die periode een zeer lucratief “verkapt monopolie” geeft.

### **5) NS-monopolie op Hoofdrailnet maakt spoorwegnet kwetsbaar**

Op het Nederlandse Hoofdrailnet geldt nu een monopolie voor NS – concurrentie is tot 2025 letterlijk verboden. Waar dit toe leidt laten de recente stakingen bij NS zien, waarbij in heel Nederland het NS-treinverkeer platging terwijl de regionale vervoerders bleven rijden. Op het hele Hoofdrailnet reden geen treinen meer – er was door het NS-monopolie geen alternatief. Daar komt bij dat er bij NS sprake is van centralisatie, bijvoorbeeld van de bijsturing, waardoor het hele nationale systeem omvalt bij een probleem op het NS-hoofdkantoor in Utrecht.

Wanneer er meerdere vervoerders op het Hoofdrailnet rijden, wordt het spoorstelsel minder kwetsbaar voor problemen bij NS. Ook zullen vervoerders zich meer regionaal of per deelmarkt gaan onderscheiden. Het is een keuze van NS om het Hoofdrailnet als een soort “no-service metronetwerk” te exploiteren, maar geen onomstreden keuze. Voor een reiziger in de Randstad zijn frequenties belangrijk, maar een reiziger uit Leeuwarden of Maastricht die 3 uur in de trein naar Den Haag zit, zou wellicht liever een rechtstreekse trein en meer service dan een frequente trein willen hebben. Idem voor de betaalbaarheid. Door de afwezigheid van concurrentie bepaalt NS eenzijdig de productformules, het voorzieningenniveau en de ritprijs; de reiziger kan niet kiezen – anders dan voor een andere modaliteit zoals de auto.

### **6) Ministerie van IenW ligt op ramkoers met de Europese Commissie**

De Europese Commissie is al vanaf het begin op de hoogte van de plannen voor een nieuwe Hoofdrailnetconcessie, en is daarover “not amused”. In talloze gesprekken heeft de Commissie bij herhaling benadrukt dat er eerst “marktfaal” aannemelijk moet worden gemaakt, vóórdat een treindienst in een concessie mag worden opgenomen. Dit met verwijzing naar de Europese PSO-verordening en de uitspraken van het Europese Hof van Justitie. Er is op Europees niveau helemaal geen onduidelijkheid of het Voornemen voor wederom een nieuwe winstgevende Hoofdrailnetconcessie is toegestaan – het antwoord is een duidelijke “nee”.

Tot frustratie van iedereen heeft het Ministerie van IenW überhaupt niet de intentie om zelfs maar te onderzoeken of vervoerders de treindiensten van het Hoofdrailnet per 1-1-2025 ook zonder compensatie kunnen verrichten. Het is bovendien al evident dat er geen compensatie nodig is, nu NS voor de HRN-concessie jaarlijks tientallen miljoenen aan IenW betaalt. Daarnaast probeert IenW de HRN-concessie per 1 januari 2025 onderhands te gunnen ondanks dat dit vanaf 25 december 2023 expliciet verboden is, maar IenW probeert dit verbod te omzeilen door de gunningsdatum kunstmatig naar najaar 2023 te vervroegen. De werkwijze en houding van IenW heeft in Brussel zeer veel kwaad bloed gezet.

De Tweede Kamer is echter in het geheel nog niet geïnformeerd over het feit dat het Ministerie van IenW al twee jaar op ramkoers ligt met de Europese Commissie. De werkwijze van het Ministerie van IenW betekent op meerdere fronten een actieve ondermijning van de Europese marktordeningsregels en het spoorbeleid van de Europese Commissie. De Commissie kan echter nog niet formeel handelen, omdat het tot op heden nog slechts om een “voornemen” gaat en de Commissie pas mag ingrijpen wanneer een schending zich manifesteert. IenW ligt echter op ramkoers met de Europese Commissie en het lijkt zeer onwaarschijnlijk dat zij zal accepteren dat Nederland de Europese marktordering weigert te respecteren.

### **7) IenW vraagt geen verduidelijking aan Europese Commissie uit angst voor antwoord**

De voor-vorige Staatssecretaris van IenW heeft de Tweede Kamer voorgehouden dat er onduidelijkheid zou zijn over de nieuwe Europese marktordeningsregels die in 2017 met het Vierde Spoorpakket zijn ingevoerd. Die onduidelijkheid zit er in werkelijkheid alleen nog in dat niet duidelijk is hoe het huidige IenW-beleid ten aanzien van de Hoofdrailnetconcessie ooit nog juridisch te legitimeren valt. De regels zélf zijn niet onduidelijk, het is slechts niet duidelijk hoe IenW hier nog mee kan weggkomen. De kortgedingrechter heeft in een door FMN met steun van ALLRAIL aangespannen procedure gezegd dat wanneer de Staatssecretaris stelt dat de Europese regels volgens haar onduidelijk zijn, het op haar weg ligt om verduidelijking te vragen bij de Europese Commissie.

Hoewel “verduidelijking vragen” altijd verstandig is – en wellicht zelfs *verplicht* vanuit het oogpunt van het “zorgvuldigheidsbeginsel” in de Algemene wet bestuursrecht –, weigert het Ministerie van IenW om vragen aan de Europese Commissie te stellen, ondanks de dringende suggestie van de rechter. Over het antwoord van de Commissie is namelijk allerm minst onduidelijkheid: het Voornemen voor de nieuwe Hoofdrailnetconcessie is onverenigbaar met de Europese verordeningen. Door opzettelijk geen vragen te stellen, kan IenW ook geen onwelgevallig antwoord krijgen en richting Tweede Kamer de schijn ophouden dat de Europese marktorderingsregels nog “onduidelijk” zijn, moeten worden “uitgekristalliseerd” en zeker “nog niet in 2025” kunnen worden gerespecteerd – maar eventueel “misschien wel in 2035”. Deze werkwijze van het Ministerie lijkt moeilijk verenigbaar met de *algemene beginselen van behoorlijk bestuur* en de *actieve informatieplicht* van het Ministerie richting het parlement.

Kortom, wij constateren dat het Nederlandse parlement niet over de informatie beschikt die zij nodig heeft voor besluitvorming over het Voornemen van de voor-vorige Staatssecretaris voor een nieuwe Hoofdrailnetconcessie voor NS. Er is Europeesrechtelijk geen twijfel over dat het gunningsbesluit geen stand zal houden bij het Europese Hof van Justitie. Maar ook inhoudelijk gezien is een nieuwe Hoofdrailnetconcessie hoogst onwenselijk, omdat dit juist de ontwikkeling van het Hoofdrailnet tot 2035 op slot gooit. Voor de borging van de publieke belangen beschikt het Ministerie en parlement over andere (betere) instrumenten waarmee zij hetzelfde kan regelen als in een concessiebeschikking – maar dan voor alle vervoerders.

Het is een gemiste kans dat het tot op heden onmogelijk is om hierover met het Ministerie een gesprek te voeren, nu zij door haar in “het Voornemen” vervatte tunnelvisie richting een nieuwe Hoofdrailnetconcessie niet bereid is om überhaupt de waarschuwingen over het ontbreken van juridische legitimiteit ter harte te nemen, laat staan mogelijk oplossingen en alternatieven te willen overwegen. Pas zeer recent wil de afdeling OV & Spoor voorzichtig praten over open toegang en de mogelijkheden die dit biedt – en juist zeer goed passen bij wat IenW inhoudelijk zou willen. Het blijft echter nog steeds een taboe om toe te geven dat de voorgenomen nieuwe Hoofdrailnetconcessie in strijd is met de Europese marktordering en IenW al per 2025 moet accepteren dat het intercitynet buiten de concessie zal

moeten vallen – en daarmee het conceptueel model van de voorgenomen nieuwe Hoofdrailnetconcessie is weggevallen.

Wij hopen met deze brief de Vaste Kamercommissie voor IenW bewust te maken van de fundamentele misstanden op dit dossier en hopen dat haar leden nu inzien dat er urgentie is om ten aanzien van de voorgenomen nieuwe Hoofdrailnetconcessie nu “aan de noodrem te trekken” en de huidige Staatssecretaris éérst tot herbezinning te bewegen. Bij een oprechte herbezinning, bijvoorbeeld waarbij de Staatssecretaris zich laat informeren door de Europese Commissie over de EU-marktordening, zal de conclusie zijn dat de Staatssecretaris zal moeten toegeven dat het “Voornemen” van haar ambtsvoorganger en de daarin voorgenomen nieuwe Hoofdrailnetconcessie juridisch onhoudbaar is, en het Ministerie nu snel moet handelen om per 2025 een werkbaar alternatief te hebben.

ALLRAIL is altijd bereid om u te helpen met eerlijke informatie over de Europese marktordening en de mogelijkheden die overheden daarin hebben.

Hoogachtend,



Nick Brooks  
Secretaris-Generaal  
*ALLRAIL* vzw



Arthur Kamminga  
Benelux Representative