

Vergaderjaar 1999–2000

26 456

Nieuwe regels omtrent het openbaar vervoer, besloten busvervoer en taxivervoer (Wet personenvervoer 2000)

Nr. 85

BRIEF VAN DE MINISTER VAN VERKEER EN WATERSTAAT

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 8 mei 2000

Hierbij bied ik u, na overleg met mijn ambtgenoot van Economische Zaken, een nota aan, houdende wijzigingen voorgesteld door de regering inzake het bovenvermelde voorstel aan (wijzigingen als bedoeld in artikel 105, tweede lid, van het Reglement van Orde van de Tweede Kamer).

Naast zuiver wetstechnische wijzigingen bevat het voorstel ook een noodzakelijke wijziging van artikel 61 als gevolg van het aangenomen amendement nr. 82.

Tijdens de stemming op 20 april 2000 over de artikelen en amendementen heb ik tegen amendement nr. 82, inmiddels door uw kamer aangenomen, een aantal bedenkingen geuit. Kort gezegd kwam dat amendement erop neer dat door aanbestedende overheden op grond van artikel 61, derde lid, (voorheen artikel 55, derde lid) ontheffing kan worden gevraagd van de gedeeltelijke aanbestedingsplicht, in de periode tussen 2003–2006, indien dit in het belang van de reiziger zou zijn dan wel indien aanbesteding zou leiden tot een economische machtspositie als bedoeld in de Mededingingswet. Daarmee beoogde dit amendement een zekere tijdelijke beleidsvrijheid te creëren in de toepassing van het aanbestedingsinstrument. Nadere beschouwing van de ingevolge het amendement ingevoegde bepaling leert dat die bepaling een aantal ongewenste, en wellicht ook onbedoelde, effecten voor de uitoefening van de ontheffingsbevoegdheid heeft. Deze effecten, die ik hierna kort zal toelichten, hebben betrekking op het toezicht op de marktordening en mededinging in het algemeen en voor het openbaar vervoer in het bijzonder, alsmede op de formulering van de criteria op grond waarvan ontheffing kan worden verleend. Deze effecten maken het vanuit het oogpunt van de systematiek van de wetgeving noodzakelijk om enkele beperkte wijzigingen in het artikel aan te brengen; deze wijzigingen maken een zinvolle en samenhangende toepassing van de ontheffingsbevoegdheid mogelijk.

Het hierboven genoemde effect op het toezicht op de marktordening en mededinging op de OV-markt is gelegen in het volgende. De uitoefening van de bevoegdheid tot ontheffing in het derde lid, onderdeel b, van

artikel 61 kan ertoe leiden dat door de verschillende instanties op verschillende wijze toezicht wordt uitgeoefend op marktordening. Dit kan een verstoring van toezicht in de marktordening en mededinging tot gevolg hebben. De Wet personenvervoer 2000 kende reeds een toezichthoudende taak voor de NMa (niet eerder dan 1 januari 2002) op basis van een krachtens de wet vastgesteld marktaandeel (percentage). Daarnaast oefent de NMa tevens toezicht uit op grond van zijn algemene mededingingstaak, neergelegd in de Mededingingswet. De ontheffing van aanbesteding kan door minister of provinciale staten worden verleend, indien aanbesteding leidt tot een economische machtspositie als bedoeld in de Mededingingswet. De ontheffing vormt daarmee voor provinciale staten en de minister een instrument om toezicht te houden op de marktordening binnen het openbaar vervoer. Het referentiekader voor dit toezicht is niet de voorgestelde Wet personenvervoer 2000 maar de Mededingingswet.

Er bestaat een reële kans dat in de materiële beoordeling van de economische machtspositie door provinciale staten, minister of NMa op grond van de Mededingingswet verschil zal ontstaan. Immers, daar waar de marktmacht op basis van de Wet personenvervoer 2000 gebaseerd wordt op een bepaald marktpercentage, is dat bij een oordeel over de machtspositie in de Mededingingswet niet het geval. De vraag of sprake is van een economische machtspositie op basis van de Mededingingswet is buitengewoon complex. Het antwoord is behalve van het marktaandeel van de onderneming(en) en van de concurrenten, ook afhankelijk van andere omstandigheden die een voorsprong kunnen geven op de concurrenten, zoals financiële reserves en technologische kennis, en van toetredingsbelemmeringen tot de markt. Die combinatie van marktfactoren kan ertoe leiden dat niet op voorhand gezegd kan worden bij welk percentage marktaandeel de conclusie moet worden getrokken dat sprake is van een ongewenste machtsconcentratie. Niet alleen kunnen minister en provinciale staten in de uitvoeringspraktijk tot onderlinge verschillende oordelen komen, ook kan het oordeel van minister of provinciale staten over de economische machtspositie afwijken van het oordeel dat de NMa hieroverelt in de uitoefening van zijn algemene mededingingstaak op grond van de Mededingingswet. Eenduidige toepassing van het materiële criterium als opgenomen in artikel 61, derde lid, onderdeel b, kan dan ook niet op voorhand worden aangenomen.

Dat het risico van uiteenlopende toepassing van de ontheffingsgrond zeer reëel is, wordt nog duidelijker indien wordt bedacht dat artikel 61, derde lid, de toepassing niet in één hand legt, maar bij 13 overheidsorganen (alle provincies en de minister) die onafhankelijk van elkaar een oordeel gaan vormen over specifieke machtsposities. Het moge duidelijk zijn dat de gegeven ontheffing, juist ook vanwege het ingrijpend karakter van de beslissing, via rechterlijke procedures onder grote juridische druk kan komen te staan.

Een tweede ongewenst effect van de wijziging van artikel 61 is gelegen in het toepassen van het criteria vastgelegd in het derde lid, onderdelen a en b. De vaagheid van deze criteria kan in de uitvoeringspraktijk de nodige problemen opleveren. De aanbestedende overheid moet namelijk aantonen dat de aanbesteding leidt tot een economische machtspositie in de zin van de Mededingingswet. Dat kan alleen het geval zijn als de concessieverlener vermoedt dat één of een aantal van vermoedelijke inschrijvers reeds een zodanige positie op de markt heeft die hem of hen in staat stelt om de daadwerkelijke mededinging (dus in casu het mededingen om concessies) op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen door hen de mogelijkheid te geven zich onafhankelijk van hun concurrenten, eindgebruikers en dergelijk te gedragen. Aanbesteding

op zich kan hiertoe naar mijn mening niet leiden en het is moeilijk aan te tonen dat het resultaat van de aanbesteding bij de (winnende) vervoerder tot zo'n gedrag gaat leiden. Ook de grond «belang van de reiziger» zal tot problemen in de toepassing leiden. Anders dan de «economische machtspositie» zijn voor deze ontheffingsgrond geen kenbare materiële criteria, hetgeen zou kunnen leiden tot een diverse uitvoeringspraktijk. Overigens valt te betwijfelen of deze ontheffingsgrond snel tot ontheffing kan leiden. Aangetoond moet worden dat aanbesteding niet in het belang van de reiziger is. De aanvrager zou moeten aantonen dat eerdere aanbestedingen hebben geleid tot voor de reiziger ongewenste resultaten alsmede dat de vervoerder waarmee die slechte ervaringen zijn opgedaan kansrijk zal inschrijven op de aanbesteding waarvoor ontheffing wordt gevraagd.

Ontheffingen op grond van vage criteria die bovendien niet gemakkelijk zijn aan te tonen, lopen het risico in rechte aantastbaar te blijken. Dit kan vervolgens weer leiden tot problemen in de concessieverlening. Ik zal de ontheffingsbevoegdheid die de minister is gegeven dan ook slechts met de grootst mogelijke terughoudendheid kunnen toepassen. Ik verwacht dat, in het belang van de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid, provinciale staten ook deze terughoudendheid in de uitoefening van hun bevoegdheid zullen betrachten.

Alles overwegende is de regering van mening dat het noodzakelijk is om ten behoeve van de rechtseenheid enige waarborgen te treffen ten aanzien van een goede uitvoering van de bevoegdheid in artikel 61, derde lid. Om die reden wordt voorgesteld om in artikel 61 te bepalen dat de directeur-generaal van de NMa een oordeel moet vormen over de vraag of de aanbesteding leidt tot een economische machtspositie in de zin van de Mededingingswet. Dit oordeel is leidend bij de uitoefening van bevoegdheid op grond van artikel 61, derde lid, onderdeel b. Voorts wordt in het voorstel tot wijziging voorgesteld om nadere regels te kunnen stellen bij algemene maatregel van bestuur ten behoeve van de toepassing van het derde lid. Hiermee wordt met name beoogd het criterium vastgelegd in onderdeel a van dat lid nader in te kaderen. Daarbij zal aansluiting worden gezocht bij de criteria in artikel 143. Naar mijn oordeel wordt met de voorgestelde aanpassingen de rechtsgelijkheid en rechtszekerheid bij de toepassing van de ontheffing van de aanbestedingsplicht in voldoende mate gewaarborgd.

De Minister van Verkeer en Waterstaat,
T. Netelenbos