

Meer Marktwerking Benzinemarkt

Een onderzoek naar de juridische randvoorwaarden voor enige voorstellen van de tweede Kamer teneinde de marktwerking tussen benzinestations langs de snelweg te bevorderen

***Prof. Dr. L.W. Gormley
Dr. Mr. H.H.B. Vedder***

Oktober 2009



Inhoud

Meer Marktwerking Benzinemarkt.....	1
Inhoud	2
1. Inleiding	3
1.1 Aanleiding voor het onderzoek	3
1.2 Leeswijzer	4
2. Het MDW-traject benzinemarkt	5
2.1 Een kort historisch overzicht	5
2.2 Het MDW-traject in de praktijk	6
3. Het juridisch kader voor het MDW traject benzinemarkt.....	9
4. Juridisch kader voor enige voorstellen van de Tweede Kamer	12
4.1 Algemeen juridisch kader	12
4.2 Juridisch kader voor enige voorstellen	13
Samenvatting.....	32



1. Inleiding

1.1 Aanleiding voor het onderzoek

In het kader van een in 1997 opgestart MDW-traject¹ hebben sinds 2002 onder meer veilingen van benzinestations langs snelwegen plaatsgevonden teneinde meer marktwerking te verkrijgen. Deze marktwerking zou moeten leiden tot lagere brandstofprijzen doordat er meer concurrentie op de markt voor brandstof distributie zou plaatsvinden. Één van de aspecten van deze marktwerking betreft de prijsconcurrentie ten aanzien van brandstoffen. De veilingen vinden hun grondslag onder meer in de Wet tot veiling van bepaalde verkooppunten van motorbrandstoffen (Benzinewet), die op zijn beurt weer stoelt op een stelsel van convenanten.

In januari 2008 zijn de eerste veilingen geëvalueerd op verzoek van het kabinet, met als uitkomst dat het effect van de veilingen op de prijsconcurrentie niet bewezen kan worden. Naar aanleiding hiervan heeft de Tweede Kamer een aantal voorstellen en verzoeken ingediend die zouden moeten resulteren in meer marktwerking, zoals het toevoegen van nieuwe locaties voor benzinepompen en het beschikbaar stellen van informatieborden waarop de tarieven van de eerstvolgende aanbieders zijn vermeld (zie hoofdstuk 3 voor de opsomming van deze verzoeken en voorstellen). Deze verzoeken en voorstellen zijn vrijwel allen niet overgenomen door het kabinet, dat zich daarbij beroept op de juridische problemen die deze voorstellen en verzoeken met zich mee zouden brengen.

Naar aanleiding van deze discussie met het kabinet, besloot de Tweede Kamer zelf onderzoek te doen naar de juridische houdbaarheid van verschillende maatregelen om marktwerking tussen benzinestations te verbeteren.² Met de uitkomsten van dit onderzoek wordt de Kamer in de mogelijkheid gesteld de bezwaren van het kabinet te toetsen.

Omdat de Tweede Kamer zelf onvoldoende juridische expertise in huis heeft om bovengenoemd onderzoek uit te voeren, is besloten dit onderzoek te laten uitvoeren door externe, onafhankelijke juridische experts. In juli 2009 is de opdracht tot uitvoering van dit onderzoek verleend aan de Rijksuniversiteit Groningen. Het onderzoek is uitgevoerd door Prof. Dr. L. W. Gormley en Dr. Mr. H.H.B. Vedder en is in oktober 2009 afgerond.³ Dit onderzoek is volledig onafhankelijk uitgevoerd door de beide onderzoekers. Zij zijn door twee belangenverenigingen, NVPI en VPR, benaderd met het aanbod dat deze

¹ MDW staat voor marktwerking, deregulering en wetgevingskwaliteitoperatie.

² Zie Presidium, brief d.d. 4 juni 2009. *Marktwerking, deregulering en wetgevingskwaliteit; Brief Presidium met een voorstel van de vaste commissie voor EZ voor extern onderzoek naar maatregelen ter bevordering van de marktwerking tussen benzinestations langs de snelweg*. TK 2008-2009, 24036, nr. 364

³ Naar aanleiding van een bijeenkomst met enige leden van de Tweede Kamer op donderdag 1 oktober is het rapport op een aantal punten aangevuld.



desgewenst informatie zouden kunnen leveren.⁴ De NVPI heeft de onderzoekers een historisch overzicht van de MDW benzinemarkt toegestuurd. Waar van dit overzicht gebruik is gemaakt zal dit uitdrukkelijk in dit rapport worden vermeld.

De methodologie van dit onderzoek is als volgt. Allereerst is het juridisch kader met betrekking tot de benzinemarkt en de te onderzoeken voorstellen van de Tweede Kamer in kaart gebracht. Waar een juridische hiërarchie bestaat binnen dit juridisch kader wordt dit aangegeven. Ten slotte wordt aan de hand van dit kader en de daarvoor geldende juridische procedures aangegeven welke uitlegging van dit kader mogelijk is met betrekking tot de gedane voorstellen en in meerdere of mindere mate voor de hand ligt. Hiervoor wordt gebruik gemaakt van diverse rechtsgeleerde bronnen, zoals verdragsteksten, wetten en rechterlijke uitspraken, die worden verantwoord in de voetnoten.

1.2 Leeswijzer

Dit onderzoek begint met een kort overzicht van de historie en de praktijk van het onderhavige MDW-traject. Naar aanleiding daarvan wordt het juridisch kader voor de veilingen van de benzinestations in kaart gebracht. Daarna worden de individuele voorstellen (A-P) besproken voor wat betreft het toepasselijke juridische raamwerk en de verenigbaarheid van de voorstellen met dit raamwerk. Het onderzoek wordt afgesloten met een samenvatting van de bevindingen.

⁴ NVPI staat voor Nederlandse Vereniging Petroleum Industrie. VPR staat voor Vereniging Particuliere Rijkswegvergunningen van Tankstations.



2. Het MDW-traject benzinemarkt

Voor een goed begrip van het MDW-traject benzinemarkt is het noodzakelijk om een kort historisch overzicht van dit traject op te nemen. Dit historische overzicht maakt duidelijk dat het juridisch kader voor het MDW-traject terug te voeren is op meerdere onderling verweven documenten en bovendien het resultaat is van intensieve onderhandelingen tussen de overheid en de betrokken industrie. Na dit historisch overzicht zal een korte uiteenzetting van het functioneren van het MDW-traject totnogtoe worden gegeven, omdat dit noodzakelijk is om het toepasselijke recht in kaart te brengen.

2.1 Een kort historisch overzicht

Zoals in de inleiding al aangegeven is het onderhavige MDW-traject aangevangen in 1997, als onderdeel van de meer algemene Marktwerking, deregulering en wetgevingskwaliteitsoperatie.⁵ De directe aanleiding hiervoor was gelegen in aanwijzingen dat de Nederlandse benzinemarkt⁶ gebrekkig functioneert en dat dit gebrek aan marktwerking wordt veroorzaakt door de structuur van deze markt.⁷ Deze structuur werd gekenmerkt door de aanwezigheid van (slechts) vier ondernemingen en hoge toetredingsbarrières voor nieuwe ondernemingen op de markt. Naar aanleiding van overleg tussen de tweede kamer en het kabinet is besloten het MDW-traject in overleg met de spelers op de benzinemarkt vast te stellen, mede in verband met het feit dat het MDW-traject zou resulteren in het openbreken van de eeuwigdurende concessies,⁸ met alle juridische consequenties van dien. De onderhandelingen tussen het kabinet en de partijen op de benzinemarkt⁹ hebben in 2000 geresulteerd in het Convenant Alternatief traject MDW Benzine Hoofdwegenet.¹⁰ Ter uitvoering van de afspraken in dit convenant zijn twee andere convenanten gesloten op 8 november 2001, te weten het Convenant Veiling en gebruiksvergoeding en het Convenant Onderliggende

⁵ Zie met name TK 1997-1998 24 036, nrs. 70, 79 en 85.

⁶ In de praktijk gaat het niet alleen om benzine, maar om alle motorbrandstoffen, en met name de verkoop aan eindgebruikers. In dit rapport zal worden aangesloten bij de algemeen gebruikte termen.

⁷ TK 1997-1998 24 036, nr. 85, p. 1.

⁸ Voor een overzicht van de achtergrond van de eeuwigdurende concessies zie TK 2008-2009 24 036, nr. 362, p. 10 e.v.

⁹ Het gaat hier om de Ministers van Economische Zaken, Financiën en Verkeer en Waterstaat en de BOVAG (Bond van Garagehouders), Beta (Belangenvereniging Tankstations), de VNPI, BP Nederland, Esso Nederland, Kuwait Petroleum (Nederland), Shell Nederland Verkoopmaatschappij, Texaco Nederland, TOTALFINAELF Nederland en de VPR.

¹⁰ Convenant gesloten op 13 april 2000, aangeboden aan de Tweede Kamer bij brief van 30 mei 2000 van de Minister van Financiën.



rechtsrelaties.¹¹ Deze drie convenanten vormen de basis voor de Wet tot veiling van bepaalde verkooppunten van motorbrandstoffen (algemeen bekend en in dit onderzoek aangeduid als Benzinewet), die tezamen met de zogeheten Bilaterale overeenkomsten¹² zou moeten leiden tot meer marktwerking in de benzinemarkt.¹³ De Benzinewet van 2005 dient dus ter uitvoering van de convenanten, en met name de op het rijk rustende verplichting om een wettelijke basis te geven aan de in het convenant neergelegde afspraken.¹⁴

Kort gezegd voorziet dit stelsel van convenanten en Benzinewet in een veiling van alle benzinestations langs de rijkswegen. Inmiddels hebben de eerste veilingen plaatsgevonden en zijn de effecten van de veiling op de marktwerking geëvalueerd.¹⁵ Naar de mening van de Tweede Kamer zijn de resultaten van de onderhavige MDW-operatie teleurstellend, doordat het effect van de veiling op de concurrentie niet bewezen kan worden.¹⁶ Mede naar aanleiding hiervan is besloten nader onderzoek te laten doen naar de juridische haalbaarheid van enige voorstellen die tot meer marktwerking zouden moeten leiden.

2.2 Het MDW-traject in de praktijk

Het doel van het MDW-traject was het verbeteren van de marktwerking op de Nederlandse benzinemarkt door middel van een verandering van de structuur van deze markt. De verbeterde marktwerking zou moeten resulteren in meer concurrentie en lagere prijzen op de markt voor de verkoop van motorbrandstoffen. Met name is ervoor gekozen de eeuwigdurende concessies te vervangen door vijftienjarige huurcontracten die verdeeld worden door middel van veilingen. Deze veilingen worden georganiseerd

¹¹ Aangeboden aan de Tweede Kamer bij brief van 8 november 2001, TK 2001-2002 24 036, nr. 235 en TK 2001-2002 24 036, nr. 249.

¹² Deze overeenkomsten bevatten de precieze uitwerking van het veilingschema per maatschappij. Daarnaast bevatten ze voor de vier grote benzinemaatschappijen (in alfabetische volgorde: BP, Esso, Shell en Texaco) een reductieverplichting op grond waarvan zij ongeveer 50 benzinestations moeten afstoten voor 1 januari 2005, zie hierover brief van 4 februari 2005 van de Minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer, antwoord op vraag 9.

¹³ Wet van 16 juni 2005, Stb. 2005, 324. Inwerkingtreding op 29 juni 2005, Stb. 2005, 354. Op grond van de Benzinewet zijn drie regelingen vastgesteld: Regeling toelating veiling benzinestations langs rijkswegen (Stcrt. 2005, 143, rectificatie in Stcrt. 2005, 150), Regeling vaststelling netto winstaandeel exploitant verkooppunt van motorbrandstoffen (Stcrt. 2005, 143, rectificatie in Stcrt. 2005, 147 en 150) en de Regeling veiling benzinestations langs rijkswegen (Stcrt. 2005, 142, rectificatie in Stcrt. 2005, 150, gewijzigd door Stcrt. 2007, 34).

¹⁴ Art. 9(6) Convenant Alternatief traject MDW benzine hoofdwegennet

¹⁵ Deze evaluatie vond plaats bij rapport van het SEOR/ ECRI van januari 2008, aangeboden aan de Tweede Kamer bij brief van 19 juni 2008, TK 2007-2008 24 036, nr. 347

¹⁶ TK 2008-2009, 24 036, nr. 364, p. 2.



gedurende een periode van 22 jaar. Tegelijk met de eerste veilingen¹⁷ hebben de vier grote benzinemaatschappijen in het kader van de reductieverplichting ongeveer vijftig benzinestations afgestoten.¹⁸ Het doel van de reductieverplichting in combinatie met de opheffing van de eeuwigdurende concessies en de veiling van de huurrechten van tankstations is het terugdringen van toetredingsbarrières, zodat nieuwe toetreders actief kunnen worden op de markt en de marktwerking wordt verbeterd met lagere prijzen tot gevolg. Omdat het opheffen van de eeuwigdurende concessies kan worden aangemerkt als ontnemen van eigendom in de zin van het eerste Protocol bij het EVRM (Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens) is besloten dat de concessiehouder moet worden gecompenseerd voor dit verlies. Dit vindt plaats doordat de veilingopbrengst van de eerste veiling van een tankstation ten goede komt aan de betrokken concessiehouder.¹⁹ Wanneer de concessiehouder een veiling wint, dan dient deze in het kader van een zogeheten topdeelregeling een percentage van het winnende bod af te dragen aan de overheid.²⁰ Deze topdeelregeling beoogt te voorkomen dat de concessiehouder een onevenredig voordeel heeft ten opzichte van andere bidders bij een veiling.

Als een benzinestation eenmaal voor de eerste keer geveild is, dat wil zeggen vanaf 2017 tot en met 2023, is de overgangsfase afgelopen en komt de veilingopbrengst niet langer ten goede aan de concessiehouders, maar aan de staat. In de veilingen die vanaf 2017 worden georganiseerd zullen dus zowel stations door het eerst worden geveild, als stations waarvan het vijftienjarig huurcontract afloopt.²¹ De gedachte achter de overgangsfase is dat de concessiehouders voldoende gecompenseerd zijn voor het verlies van de eeuwigdurende concessies indien zij éénmaal de opbrengst van het vijftienjarig huurrecht hebben kunnen incasseren.²² Ook de regeling inzake het zogeheten netto winstaandeel, waarmee de nieuwe huurder de zittende exploitant van een benzinestation een zeker nettowinstaandeel garandeert en daarmee diens verlies compenseert, komt dan te vervallen. Met het aflopen van de overgangsfase in 2023 loopt tevens de geldigheid van de convenanten af.

Ieder jaar stelt de Minister van Financiën de lijst vast van de te veilen stations in de komende periode van zeven en een halve jaren. Per te veilen benzinestation wordt een

¹⁷ De eerste veiling vond plaats in 2002. Op dit moment hebben zeven veilingen plaatsgevonden. De uitslag van de laatste veiling is te vinden op: http://www.domeinen-oz.nl/informatie/nieuwsberichten/verhuurd__tien_benzinestations_langs_rijkswegen.

¹⁸ Zie voetnoot 11 hierboven.

¹⁹ Artikel 7(3) Benzinewet.

²⁰ Artikel 7(4) Benzinewet. Dit topdeelpercentage bedroeg eerst 15%, maar is bij de wijziging van de Regeling veiling benzinestations langs rijkswegen, Stcrt. 2007, 34, gewijzigd in het thans geldende percentage van 30%.

²¹ Een station waarvan het vijftien jarig huurcontract in 2002 werd geveild zal immers in 2017 weer geveild moeten worden.

²² Indien een zittende concessiehouder zelf de hoogste bidder is zal hij geen compensatie ontvangen in de vorm van het winnende bod, maar verkrijgt hij het huurrecht voor een bedrag dat gelijk is aan het topdeelpercentage.



zogeheten biedboek opgesteld. Dit biedboek bevat informatie die de bidders in staat zou moeten stellen de waarde van een te veilen benzinestation in te schatten.²³ Afgelopen veilingronden laten zien dat de vier grote benzinemaatschappijen aan hun reductieverplichting hebben voldaan en dus meebieden op te veilen stations. Daarbij is het zogeheten gebiedscriterium van belang. Op grond van dit criterium mogen binnen een afstand 25 kilometer in dezelfde rijrichting niet twee tankstations worden geëxploiteerd onder dezelfde vlag.

De afgelopen veilingen laten zien dat behalve (grote) benzinemaatschappijen ook nieuwkomers meebieden. Deze nieuwkomers zijn vaak grote benzinemaatschappijen die deel uitmaken van multinationale concerns met vestigingen in meerdere lidstaten van de EU. Verder heeft een aantal van de grote benzinemaatschappijen op dit moment nog concessies.

²³

Zie echter Janssen, M., Maasland, E., Geest, S. van der & Varkevisser, M., Evaluatie Benzineveiling, SEOR/ECRI rapport dd januari 2008, p. 50.



3. Het juridisch kader voor het MDW traject benzinemarkt

In het korte overzicht hierboven in paragraaf 2 is het juridisch kader al deels aan de orde gekomen. Dit kader bestaat uit:

- A) De Benzinewet, met de volgende onderliggende ministeriële regelingen:
 - A.1 Regeling toelating veiling benzinestations langs rijkswegen
 - A.2 Regeling vaststelling netto winstaandeel exploitant verkooppunt van motorbrandstoffen
 - A.3 Regeling veiling benzinestations langs rijkswegen

Aan de Benzinewet liggen de volgende convenanten ten grondslag:

- B) Convenant Alternatief traject MDW benzine hoofdwegennet²⁴
 - B.1 Convenant Veiling en gebruiksvergoeding
 - B.2 Convenant Onderliggende Rechtsrelaties

Deze convenanten binden de overheid en de wederpartijen gedurende de looptijd, dat wil zeggen tot 2024, wanneer de laatste veiling heeft plaatsgevonden van een benzinestation dat nog een concessie heeft.

De achtergrond van dit juridische kader brengt echter nog andere juridische randvoorwaarden met zich mee. Zo vormt de veiling van benzinestations die een exclusieve concessie hebben een inmenging in het recht op ongestoord genot van eigendom die valt onder artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Daarmee maakt deze regeling eveneens deel uit van het juridisch kader.

Verder dient alle optreden van de overheid ten opzichte van ondernemingen verenigbaar te zijn met de interne marktregels, en met name de mededingingsregels, van het EG-verdrag, voor zover dit verdrag van toepassing is. Het EG-verdrag is van toepassing op alle optreden van de overheid, die in het kader van het EG-verdrag wordt aangeduid als lidstaat, dat een effect kan hebben op de handel tussen de lidstaten. Dit effect hoeft niet daadwerkelijk te zijn, en evenmin is er een (kwantitatieve) ondergrens vereist voor het effect op de intracommunautaire handel. Aangezien de deelnemers aan de benzineveilingen internationaal opererende ondernemingen zijn of deel uitmaken van dergelijke ondernemingen, en aangezien de veilingen ook openstaan voor bieders uit andere lidstaten, kan een effect op de intracommunautaire handel zeker niet worden uitgesloten. De organisatie van de veilingen of een wijziging in de organisatie van de

²⁴ In feite zijn er twee, vrijwel gelijkkluidende convenanten gesloten, één met de Vereniging Nederlandse Petroleum Industrie, VNPI, en één met de Vereniging Particuliere Rijkswegvergunningen van Tankstations, VPR. Deze worden hieronder gelijk behandeld.



veilingen kan de deelname immers minder aantrekkelijk maken voor een bieder uit een andere lidstaat. Verder geldt voor de toepasselijkheid van de Europese mededingingsregels dat hier een effect op de intracommunautaire handel ook wordt aangenomen wanneer een mededingingsbeperking zich op het grondgebied van één lidstaat afspeelt.²⁵

Daarmee gelden voor alle overheidsoptreden op de benzinemarkt de randvoorwaarden zoals die voortvloeien uit de interne marktbepalingen van het EG-verdrag. Deze interne marktbepalingen bestaan uit:

- C) De vrij verkeersbepalingen²⁶
 - C.1 Artikel 28 – 30 EG inzake het vrije verkeer van goederen
 - C.2 Artikel 43 EG inzake de vrijheid van vestiging
 - C.3 Artikel 49 EG inzake het vrije verkeer van diensten
 - C.4 Artikel 56 - 58 EG inzake het vrije verkeer van kapitaal en betalingen

- D) De mededingingsbepalingen²⁷
 - D.1 Artikel 81 EG inzake het verbod van mededingingsbeperkende afspraken
 - D.2 Artikel 82 EG inzake het verbod om misbruik te maken van een machtspositie
 - D.3 Artikel 10 *juncto* 81 EG dat de lidstaten verbiedt maatregelen te nemen die het nuttig effect aan artikel 81 EG kunnen ontnemen
 - D.4 Artikel 86 EG inzake het verlenen van bijzondere of exclusieve rechten
 - D.5 Artikel 87 EG inzake staatssteun

Bij deze vrijverkeersbepalingen is het belangrijk te verzekeren dat elke vorm van discriminatie tegen producten of (natuurlijke of rechts-)personen uit andere Lid-Staten wordt vermeden. In het bijzonder let het Hof van Justitie op de toegang tot de markt, wat niet moeilijker moet worden voor producten uit andere Lidstaten dan voor producten uit Nederland. Regels die betrekking hebben op de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten moeten, ook al zijn zij van gelijke toepassing op Nederlandse personen en

²⁵ Zaak 8/72, *Vereniging van Cementhandelaren*, Jur. 1972, 977, r.o. 29-31 en Gevoegde zaken C-295/04 tot en met C-298/04, *Manfredi*, Jur. 2006, I-6619, r.o. 40-52.

²⁶ Het vrije verkeer van werknemers (art. 39 EG) is hier buiten beschouwing gelaten omdat een direct verband tussen deze vrijheid en ingrijpen in de benzinemarkt niet voor de hand ligt. Omdat voor de zogeheten fundamentele vrijheden eenzelfde stramen geldt, zie zaak C-55/94, *Gebhard*, Jur. 1995, I-4165, r.o. 37, en F. Amtenbrink en H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 355 e.v., zal de eventuele toepasselijkheid van deze bepaling niet tot een andere uitkomst leiden.

²⁷ De Concentratiecontroleverordening, Vo. 139/2004, Pb. 2004 L 24/1, is hier buiten toepassing gelaten omdat deze alleen ziet op concentraties (fusies, overnames en structurele samenwerking) die ondernemingen aangaan.



die van andere EU-Lid-staten, geen ontmoediging of belemmering vormen voor het gebruik van de vrijheden.

Naast de interne marktbepalingen uit het EG-verdrag dient rekening te worden gehouden met het Nederlandse mededingingsrecht. Alhoewel dit niet rechtstreeks van toepassing is op overheidsingrijpen in de marktverhoudingen,²⁸ hebben deze regels wel een zeker indirect effect op het optreden van de overheid. De betrokkenheid van de NMa bij de totstandkoming van het huidige juridische kader laat dit ook zien.

Ten slotte zijn meer in het algemeen op de relaties tussen overheid en onderdanen (zowel natuurlijke als rechtspersonen) algemene beginselen van toepassing zoals het evenredigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

²⁸ Het thans aanhangige wetsvoorstel markt en overheid, TK 2007-2008 31 354, nr. 2, zal hier verandering in brengen.



4. Juridisch kader voor enige voorstellen van de Tweede Kamer

4.1 Algemeen juridisch kader

Voor alle hieronder nader te behandelen maatregelen geldt dat elke maatregel die zou nopen tot een aanpassing die in strijd is met de convenanten kan worden aangemerkt als handelen in strijd met deze convenanten. Deze convenanten binden de overheid tot 2024.²⁹ Alhoewel wij dit niet hebben kunnen verifiëren, wekken de stukken in dit verband de indruk dat de convenanten het resultaat zijn van een intensief en moeizaam onderhandelingsproces.³⁰ In combinatie met de aanzienlijke financiële en economische belangen³¹ die hiermee gemoeid zijn is het zeer aannemelijk dat een (mogelijk) handelen in strijd met de convenanten of het opzeggen of ontbinden van de convenanten zal resulteren in juridische procedures tegen de Staat der Nederlanden. Gelet op de hieronder nader in kaart te brengen verschillende juridische gronden die ten grondslag kunnen liggen aan deze procedures dient rekening te worden gehouden met procedures die tot aan de hoogste Nederlandse rechter gevoerd kunnen worden. Daarbij kan niet worden uitgesloten dat prejudiciële vragen moeten worden gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap,³² of dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zal worden aangezocht.

Verder kan in het algemeen worden gesteld dat het stelsel van convenanten, bilaterale afspraken en de Benzinewet grotendeels de resultante is van overleg tussen overheid en marktpartijen met het oog op het voorkomen van juridische procedures, in het bijzonder op grond van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM.³³ Over de toepasselijkheid van deze bepaling op de onderhavige problematiek is hieronder, bij A., meer informatie opgenomen. De conclusie daar is dat Artikel 1 Eerste Protocol van toepassing is op deze MDW operatie. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat (langdurige) onduidelijkheid over de inmenging in het ongestoorde genot van het eigendom een schending van artikel 1 Eerste Protocol kan opleveren.³⁴ Indien wordt gehandeld in strijd met de convenanten en bilaterale overeenkomsten zal dit resulteren in een dergelijke langdurige periode van onzekerheid ten aanzien van het eigendom.

²⁹ Art. 14(1)(a) juncto 16 Convenant Alternatief traject MDW benzine hoofdwegenet.

³⁰ Vgl. TK 2000-2001, 24 036, nr. 211, p. 7 en Handelingen TK 72-4695, en met name de karakterisering door Minister Zalm.

³¹ Het feit dat het de totale veilingopbrengst (de som van alle geboden bedragen) meerdere tientallen miljoenen Euro's bedraagt is een indicator van de economische waarde die de benzinemaatschappijen hieraan hechten.

³² Dit kan door middel van een prejudiciële procedure op grond van artikel 234 EG.

³³ TK 1997-1998 24 036, nr. 85, p. 3.

³⁴ EHRM 5 januari 2000, *Beyeler*, r.o. 114-122.



4.2 Juridisch kader voor enige voorstellen

Het gaat om de onderstaande specifieke maatregelen:

A. Aanscherping van het veilingsysteem. Daartoe behoort de ‘topdeelregeling’: als een oliemaatschappij op een veiling de eigen locatie binnenhaalt, betaalt de maatschappij aan de Staat het verschil tussen het hoogste (eigen) bod en het op een na hoogste bod, maar nooit meer dan 30% van het hoogste bod. Dit percentage kan verhoogd worden naar 100%, zodat de ongelijkheid tussen gevestigde maatschappijen en nieuwkomers verkleind wordt;

Dit voorstel beoogt de ongelijkheid tussen de huidige concessiehouders en nieuwkomers op de markt te verkleinen. Ten aanzien van deze verkleining merken wij op dat een verhoging van het topdeelpercentage naar 100%, gelet op de grote verschillen tussen het winnende bod en het op een na hoogste bod bij de laatste veilingen, niet noemenswaardig zal bijdragen aan het gelijktrekken van de positie van de concessiehouders en nieuwkomers. De netwerkeffecten voor de concessiehouder zijn schijnbaar dermate groot dat dit resulteert in een waarde die enkele keren hoger is dan de waarde die door een nieuwkomer, zonder netwerk, wordt toegekend aan een tankstation.³⁵

Een verhoging van het topdeelpercentage tot boven de 30% zal een wijziging van de Benzinewet vereisen, nu artikel 7, lid 4, van deze wet uitdrukkelijk aangeeft dat het percentage ‘niet meer dan 30 procent van het hoogste bod’ mag bedragen.

Bovendien kunnen de partijen bij de convenanten geacht worden te hebben ingestemd met een topdeelpercentage van 30% als een voor het rijk en concessiehouders ‘acceptabele’ wijze om de doelstellingen van de MDW operatie te bereiken.³⁶ Schijnbaar vormt het maximum topdeelpercentage van 30% een in de ogen van de zittende concessiehouders redelijke balans tussen de wens van het rijk meer marktwerking tot

³⁵ Een netwerkeffect bestaat indien de waarde van een verzameling groter is dan de som der delen. Bij benzinestations geldt dat bepaalde klanten bereid zijn relatief meer te betalen en meer merktrouw vertonen indien er een fijnmazig netwerk van tankstations van een bepaald merk is. Ook de meest recente veiling laat hetzelfde beeld zien, doordat het winnende bod van een zittende concessiehouder ongeveer twee keer zo hoog is als het op één na hoogste bod (met als uitschieter het tankstation Hellevliet waarbij het bod van zittende concessiehouder Shell met 21 miljoen ruim zes keer hoger is dan het eerstvolgende bod.

³⁶ Derde gedachtestreepje uit de preambule van het Convenant Alternatief Traject MDW benzine hoofdwegenet. Gelet op het feit dat de opzeggingsclausule in artikel 14.3.d van dit Convenant niet is ingeroepen kunnen de partijen worden geacht hiermee ingestemd te hebben.



stand te brengen³⁷ en de wens van de zittende concessiehouders gecompenseerd te worden voor het verlies van de eeuwigdurende concessies. Een hoger topdeelpercentage houdt in dat een zittende concessiehouder die het hoogste bod uitbrengt in een veiling van een ‘eigen’ tankstation een hoger bedrag aan de staat zal moeten betalen. Dit heeft daarmee een effect op de balans.

Deze wijziging zal in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel, omdat hiermee een onderscheid wordt gemaakt tussen zittende concessiehouders die voorafgaand aan de wijziging van het topdeelpercentage naar een percentage van meer dan 30% een ‘eigen’ tankstation hebben gewonnen en zittende concessiehouders die na de wijziging een ‘eigen’ tankstation winnen. Deze laatste groep zal immers een hoger bedrag moeten betalen aan de staat, waarmee de concurrentiepositie van deze groep wordt verzwakt. Het is onmogelijk te zeggen hoe de verdeling van de zittende concessiehouders over beide groepen zal zijn.

De topdeelregeling in de Benzinewet heeft zijn grondslag in artikel 4.4 van het Convenant Alternatief traject MDW benzine hoofdwegennet en de passende invulling die daaraan zou worden gegeven blijktens het Convenant Veiling en gebruiksvergoeding.³⁸ Daarbij is het uitgangspunt ‘zoveel mogelijk te voorkomen dat de deelnemer aan de veiling voor een Nieuwe Concessie, die tot beëindiging van de Oude Concessie de houder daarvan was, als deelnemer aan de veiling onevenredig voordeel uit zijn positie als houder van de Oude Concessie kan putten’. Dit is ingevuld in het Convenant Veiling en gebruiksvergoeding door de toezegging dat bij de keuze van de topdeelregeling ‘zal worden aangesloten bij de economische gedachtegang dat een zittende partij bij zijn biedgedrag een afweging zal maken tussen het behoud van de waarde die de concessie voor hem vertegenwoordigt door de pogen de concessie zelf te behouden tegenover de incassering van de waarde die de hoogste van de overige bidders in de veiling voor de concessie over zal hebben’. Het is duidelijk dat de Convenanten als zodanig geen maximum topdeelpercentage bevatten, zodat een verhoging van dit percentage niet in strijd is met de Convenanten. Bovendien is het is duidelijk dat een verhoging van het topdeelpercentage naar een percentage boven de 30% meer tegemoet komt aan de in het Convenant neergelegde uitgangspunt dat een onevenredig voordeel voor de zittende concessiehouder moet worden voorkomen. Zoals hierboven al is aangegeven vormt een maximum topdeelpercentage van 30% in ieder geval regeling die voorkomt dat de zittende concessiehouder een onevenredig voordeel verkrijgt. Op voorhand is niet duidelijk of dat ook geldt voor een hoger topdeelpercentage. Een adere methode om dit probleem te benaderen is vanuit de discussie over de vraag of de veilingen symmetrisch of asymmetrisch moesten zijn. Het is duidelijk dat een asymmetrischte veiling, dus met een handicap voor de zittende concessiehouders, voor deze laatste onaanvaardbaar is.

³⁷ Waarbij wordt voorkomen dat de zittende concessiehouder een onevenredig voordeel heeft, artikel 4.4 Convenant Alternatief Traject MDW benzine hoofdwegennet.

³⁸ Brief van 2 november 2001 van de Minister van Financiën, p. 3.



Tegelijkertijd heeft de thans geldende constructie ook asymmetrische elementen ten nadele van toetreders doordat de zittende concessiehouder, bij ontstentenis van de topdeelregeling, het huurrecht zou kunnen verkrijgen zonder daadwerkelijke kosten.³⁹ Om deze asymmetrie op te heffen is de topdeelregeling ingevoerd, maar het uitgangspunt van de Convenanten lijkt te zijn dat de veilingen zo symmetrisch mogelijk moeten zijn, waarbij de zittende concessiehouder wel wordt gecompenseerd voor het verlies van zijn eeuwigdurende concessie.

Alhoewel het uitgangspunt bij de topdeelregeling is te voorkomen dat de zittende concessiehouder een onevenredig voordeel geniet, dient niet uit het oog te worden verloren dat in dit voordeel tevens een nadeel voor de zittende concessiehouder verwerkt is doordat deze een eeuwigdurende concessie verliest en daarvoor een huurovereenkomst voor de duur van maximaal 15 jaar voor terug kan kopen. Verhoging van het maximale topdeelpercentage houdt in dat een zittende concessiehouder een groter deel van het verschil tussen zijn eigen bod en het eerstvolgende bod zal moeten afdragen aan de staat. Daarmee zal de zittende concessiehouder die ‘zijn eigen concessie’ terugkoopt in een veiling hiervoor meer kosten maken (bij een topdeelpercentage van 100% zullen de kosten gelijk zijn aan het eigen bod) in de vorm van een afdracht aan de staat. Deze hogere kosten doen afbreuk aan de compensatie van de zittende concessiehouder die zijn eeuwigdurende concessie verliest.

De compensatie voor deze eigendomsontneming dient te geschieden met inachtneming van artikel 1 van het eerste Protocol bij het EVRM. Uit de rechtspraak van het EHRM kan worden afgeleid dat het begrip eigendom ruim wordt geformuleerd, zodat eeuwigdurende concessies eveneens als eigendom kunnen worden aangemerkt. In *Tre Traktörer* bracht het Hof een vergunning om alcohol te mogen schenken in een restaurant onder de werkingssfeer van artikel 1 Eerste Protocol omdat deze vergunning een economische waarde vertegenwoordigde, terwijl de intrekking van de vergunning de waarde en *goodwill* van het restaurant aantastte.⁴⁰ Het uitgangspunt van artikel 1 Eerste Protocol is een ongestoord genot van het eigendom, en het Hof lijkt dan ook niet altijd even geïnteresseerd in een precieze afbakening van de drie vormen van inmenging in het eigendomsrecht waarnaar artikel 1 Eerste Protocol verwijst.⁴¹ Of de ontneming van de eeuwigdurende concessies dan ook als *ontneming* of *regulering* moet worden aangemerkt kan dan ook in het midden blijven, aangezien er hoe dan ook sprake is van een inmenging.⁴² Het recht op een ongestoord genot van het eigendom is niet absoluut en kan

³⁹ De zittende concessiehouder zou dus probleemloos exorbitant hoge bedragen kunnen bieden die hij vervolgens aan zichzelf zou moeten betalen.

⁴⁰ Vgl. EHRM 29 april 1999, *Tre Traktörer*, r.o. 53. Zie verder HR 30 november 1994, NJ 1995, 668, onder 3.8.

⁴¹ Barkhuijzen, T. Emmerik, M.L. van & Ploeger, H.D., *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 61.

⁴² Vgl. EHRM 23 september 1982, *Sporrong en Lönnroth*, r.o. 61.



bij wet worden ingeperkt. Daarvoor moet voldaan zijn aan drie vereisten. Ten eerste moet de inperking bij wet voorzien zijn teneinde te voldoen aan het rechtszekerheidsbeginsel en willekeur tegen te gaan.⁴³ Ten tweede moet er een algemeen belang zijn dat de inmenging rechtvaardigt, waarbij het Hof de lidstaten een aanzienlijke beoordelingsruimte toestaat.⁴⁴ Ten derde moet de inmenging evenredig zijn, gelet op het algemeen belang en de inmenging in het eigendomsrecht. In dit kader onderzoekt het Hof of rekening is gehouden met de belangen van degene(n) in wiens eigendomsrechten de inmenging plaatsvindt en of een redelijke schadevergoeding is geboden.

Toegepast op de onderhavige problematiek lijkt er sprake van een algemeen belang, zeker wanneer in aanmerking wordt genomen dat het Hof de lidstaten op dit punt een ruime beoordelingsmarge gunt, zoals blijkt uit de volgende standaardoverweging: ‘The Court, finding it natural that the margin of appreciation available to the legislature in implementing social and economic policies should be a wide one, will respect the legislature’s judgment as to what is “in the public interest” unless that judgment be manifestly without reasonable foundation’.⁴⁵ Bovendien geldt dat, zelfs al kan verschillend worden gedacht over het al dan niet bestaan van een algemeen belang, het Hof alleen onderzoekt of de staat redelijkerwijze van mening kon zijn dat er sprake is van een dergelijk belang.⁴⁶ Dat houdt in dat, zelfs indien men van mening kan verschillen over het antwoord op de vraag of er voldoende marktwerking is op de onderhavige markt, de staat redelijkerwijze van oordeel zou kunnen zijn dat er onvoldoende marktwerking is en dat dit niet in het belang is van de consumenten.⁴⁷ Het invoeren van meer marktwerking waardoor lagere brandstofprijzen zouden moeten worden gerealiseerd, vormen doelstellingen van het nationale economische beleid die niet als kennelijk onredelijk kunnen worden betiteld.

Met een wettelijk kader in de vorm van de Benzinewet, dat bovendien zijn grondslagen vindt in convenanten die met de zittende concessiehouders zijn onderhandeld, is de inmenging bij wet voorzien, zodat aan het vereiste van *lawfulness* is voldaan. Bovendien vormt de betrokkenheid van de zittende concessiehouders bij de totstandkoming van de Benzinewet een redelijke garantie dat de inmenging evenredig is. De zittende

⁴³ Vgl. EHRM 9 juni 2005, *Baklanov*, r.o. 39 – 47. Dit wordt wel het vereiste van *lawfulness* (rechtmatigheid) genoemd.

⁴⁴ Vgl. EHRM 22 januari 2004, *Jahn*, r.o. 80.

⁴⁵ EHRM 21 februari 1986, *James*, r.o. 46.

⁴⁶ Vgl. EHRM 21 februari 1986, *James*, r.o. 47 – 49, waar het bestaan van een algemeen belang door de verzoeker werd ontkend, en het Hof erkent dat men van mening kan verschillen over het bestaan van een algemeen belang. Verder erkent het Hof dat de argumenten van verzoeker niet zonder grond zijn. Evenwel is de conclusie dat het parlement niet kennelijk onredelijk in de overtuiging leefde dat er sprake was van een sociale onrechtvaardigheid.

⁴⁷ De staat zou zich hier kunnen baseren op de onderzoeksrapporten die ten grondslag liggen aan de onderhavige MDW operatie, zie TK 1997-1998 24 036, nr. 85, p. 1, alsmede de resultaten van de NMa Benzinescans.



concessiehouders hebben immers ingestemd met de regeling waarbij de veilingopbrengst ten goede komt aan de zittende concessiehouder in geval er een vlagwisseling plaatsvindt en een topdeelregeling, zonder maximumpercentage, als redelijke compensatie. Nu geen van de partijen bij het convenant de vaststelling van het maximum topdeelpercentage op 30% in artikel 7, lid 4, van de Benzinewet heeft aangemerkt als afwijking die een opzegging rechtvaardigt in de zin van artikel 14, lid 3, onder d van het Convenant Alternatief traject MDW-benzine hoofdwegennet, kan worden aangenomen dat de zittende concessiehouders hiermee hebben ingestemd. Hiermee ontstaat in ieder geval een vermoeden dat deze regeling in de mening van de partijen voldoet aan het evenredigheidsbeginsel. Hiermee biedt de inachtneming van de convenanten een redelijke zekerheid dat er geen strijd zal zijn met artikel 1 van het Eerste Protocol.

Het is onduidelijk of de evenredigheidseis in Artikel 1, Eerste Protocol zich verzet tegen het verhogen van het topdeelpercentage. Uit de rechtspraak van het Hof kan worden afgeleid dat volledige schadevergoeding niet vereist is op grond van artikel 1 Eerste Protocol, maar dat er wel een redelijke verhouding moet zijn tussen de inmenging en de compensatie.⁴⁸ Ervan uitgaande dat de winnende biedingen tijdens de laatste veilingen een redelijke indicator vormen van de economische waarde van het huurrecht gedurende 15 jaar van een tankstation, zal de economische waarde van een eeuwigdurende concessie vele malen hoger zijn.⁴⁹ Een vermindering van de compensatie kan dus door partijen worden gezien als onevenredige inbreuk op het eigendomsrecht, die kan worden aangevochten voor de Nederlandse rechter en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

Naar onze mening staat een verhoging van het topdeelpercentage naar een percentage van meer dan 30% op gespannen voet met het gelijkheidsbeginsel en artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Als gevolg daarvan kan niet worden uitgesloten dat een verhoging van het topdeelpercentage tot juridische procedures zal leiden.

B. Het verkorten van de duur van de nieuwe huurovereenkomsten (is met 15 jaar erg lang);

Het verkorten van de duur van de nieuwe huurovereenkomsten naar een periode van minder dan 15 jaar is in ieder geval in strijd met artikel 5 van het Convenant Alternatief traject MDW benzine hoofdwegennet en de bilaterale overeenkomsten.⁵⁰ Door de

⁴⁸ EHRM 8 juli 1986, *Lithgow* e.a, r.o. 121, zie verder EHRM 9 december 1994, *Holy Monastries*, r.o. 71

⁴⁹ Exacte uitspraken kunnen hierover niet worden gedaan; externe factoren zoals de opkomst van nieuwe brandstoffen, aandrijfmechanismen of vervoersmodaliteiten kunnen immers een aanzienlijke invloed hebben op de winst die met de verkoop van motorbrandstoffen kan worden gegenereerd.

⁵⁰ N.b. Artikel 3, lid 4, Benzinewet verzet zich niet tegen een korte duur, aangezien deze voorschrijft dat de huurovereenkomst 'ten hoogste vijftien jaren' bedraagt.



verkorte huurperiode zullen éénmaal geveilde locaties na een kortere periode weer geveild moeten worden, hetgeen wellicht in strijd zou zijn met de door de convenantpartijen gewenste geografische spreiding en gelijkmatige verdeling naar doorzetvolume.⁵¹ De zittende concessiehouders zullen immers bij de onderhandeling over de volgorde van veilen van ‘hun’ locaties rekening hebben gehouden met de noodzaak zoveel mogelijk het netwerkeffect van hun tankstations te behouden. Daarbij zullen zij ervan uitgegaan zijn dat zij vrijkomende tankstations zouden kunnen huren voor een periode van vijftien jaren.

Bovendien kan het strijdig zijn met artikel 1, Eerste Protocol bij het EVRM, doordat de kortere duur van het huurrecht zich zal vertalen in een lagere waarde. De eventuele compensatie voor de zittende concessiehouder in de vorm van de veilingopbrengst voor ‘zijn’ tankstation zal dus dalen, waarmee mogelijk eerder sprake is van een onevenredige ingreep in het eigendomsrecht.⁵²

C. Het opnemen van zo veel mogelijk relevante informatie in het ‘biedboek’. Het kabinet heeft inmiddels toegezegd een kleine stap te zetten. Interessant daaraan is dat de Benzinewet bepalingen bevat met betrekking tot het biedboek. Het zou interessant zijn om te weten waarom het kabinet wat betreft het biedboek wel een stap wil zetten die mogelijk in strijd is met de Benzinewet, terwijl het kabinet andere maatregelen die evenzeer in strijd kunnen zijn met de Benzinewet en de convenanten niet wil nemen;

De tweede vraag, naar de beweegredenen van het kabinet, kan door ons niet worden beantwoord omdat wij geen inzicht hebben in deze beweegredenen en dit bovendien geen juridische vraag is.

Wat betreft de eerste vraag kan worden begonnen met de vaststelling dat er in de Convenanten en de Benzinewet geen regels zijn gevonden die zich met zoveel woorden verzetten tegen het opnemen van zoveel mogelijk informatie. De Benzinewet beperkt zich wat betreft de inhoud van het biedboek tot de regel dat het biedboek het gemiddelde netto winstaandeel en, indien van toepassing, de bestaande exploitatieovereenkomst vermeldt.⁵³ Verder is in het Convenant Veiling en gebruiksvergoeding vastgelegd dat het biedboek ‘de informatie bevat die essentieel is om tijdens de veiling een verantwoord bod te kunnen uitbrengen’.⁵⁴ Welke informatie ‘essentieel’ is, kan niet in abstracto door ons worden beoordeeld, aangezien dit een bedrijfskundige afweging inhoudt die bovendien voor de verschillende biedende partijen verschillend kan uitpakken.⁵⁵ Wel geldt dat het

⁵¹ Zie TK 2001-2002 24 036, nr. 235, p. 3.

⁵² De verdere vereisten die artikel 1, Eerste Protocol stelt worden hierboven bij A. behandeld.
⁵³ Respectievelijk 9, lid 1, en artikel 10 Benzinewet.

⁵⁴ Brief van 2 november 2001 van de Minister van Financiën, p. 4.

⁵⁵ Vgl. Janssen, M., Maasland, E., Geest, S. van der & Varkevisser, M., Evaluatie Benzineveiling, SEOR/ECRI rapport dd januari 2008, p. 49 e.v. voor een overzicht van de meningen van de partijen over de informatie in het biedboek.



opnemen van meer informatie, in combinatie met een hogere mate van betrouwbaarheid van de informatie de deelnemers aan een veiling beter in staat stelt de waarde van een tankstation te bepalen.

Hoewel het vanuit het veilingperspectief dus verstandig is om zoveel mogelijk informatie op te nemen in het biedboek, geldt tevens dat bepaalde informatie bedrijfsvertrouwelijk is, en dat de uitwisseling c.q. openbaarmaking daarvan op mededingingsrechtelijke consequenties kan stuiten. In een marktsituatie als die op de Nederlandse markt voor motorbrandstoffenverkoop langs autowegen, waar een hoge concentratiegraad bestaat,⁵⁶ kan de uitwisseling van bedrijfsvertrouwelijke informatie resulteren in parallel gedrag van de ondernemers.⁵⁷ De uitwisseling van bedrijfsvertrouwelijke informatie door ondernemingen onderling kan in strijd zijn met kartelverbod in artikel 81 EG, doordat onderlinge afstemming van het marktgedrag wordt vergemakkelijkt.⁵⁸ Hierbij is relevant dat het ging om een oligopolide markt met een hoge concentratiegraad. De uitgewisselde informatie betrof de verkoop van dealers in een bepaald gebied, terwijl deze informatie systematisch en met korte intervallen werd verstrekt en alleen ingezien kon worden door de grote aanbidders.

De informatie in een biedboek verschilt wezenlijk van de soort informatie die de aanleiding vormde voor de hierboven genoemde zaak. Weliswaar zijn gegevens over doorzet (al dan niet gedifferentieerd naar brandstofsoort en kaarthouders) en shopomzet in beginsel bedrijfsvertrouwelijk, zij worden alleen per locatie en eens in de vijftien jaar openbaar gemaakt. Daarmee komt dus geen bedrijfsvertrouwelijke informatie beschikbaar op het niveau van de oliemaatschappijen. Ook op het niveau van de individuele tankstations zal deze informatie niet kunnen worden gebruikt voor het faciliteren van onderlinge afstemming, omdat daarvoor ook inzage in deze gegevens van de andere tankstations vereist is. Dit geldt *a fortiori* nu deze informatie alleen bij een veiling van een tankstation beschikbaar wordt en bovendien het exacte veilingsschema niet verder dan zeven en een half jaar in het voren beschikbaar is.⁵⁹ Daarmee is voor een tankstationhouder ook niet bekend wanneer de informatie inzake een concurrerend tankstation beschikbaar zal komen indien dit niet binnen de aankomende zeven en een

⁵⁶ NMa Benzinescan 2005 / 2006, p. 12, 13.

⁵⁷ Dit wordt oligopolide interdependentie genoemd, zie hierover ook Janssen, M., Maasland, E., Geest, S. van der & Varkevisser, M., Evaluatie Benzineveiling, SEOR/ECRI rapport dd januari 2008, p. 51.

⁵⁸ HvJEG zaak C-7/95 P, *John Deere*, r.o. 85 – 90. N.b. dat het Hof hier aangeeft dat dit het geval zal zijn op markten die oligopolistische kenmerken vertonen. Zie hierover verder zaak C-8/08, *T-Mobile*, r.o. 34.

⁵⁹ N.b. dat Janssen, M., Maasland, E., Geest, S. van der & Varkevisser, M., Evaluatie Benzineveiling, SEOR/ECRI rapport dd januari 2008 op p. 55 adviseren het veilingsschema volledig vrij te geven. In abstracto kan niet worden aangegeven hoeveel tijd ten minste zou moeten verstrijken tussen de veiling van twee concurrente tankstations opdat wordt voorkomen dat de informatie kan worden gebruikt voor onderlinge afstemming.



half jaar wordt geveild. Bovendien worden zij alleen openbaar gemaakt voor alle deelnemers aan een veiling, zodat de informatie niet alleen aan een gesloten groep ondernemingen ten goede komt. In dit verband is het wellicht gewenst om het biedboek tegen zo laag mogelijke kosten ter beschikking te stellen, zodat de toegankelijkheid van de informatie optimaal gewaarborgd is. Naar onze mening zal het opnemen van meer informatie dus niet leiden tot een vergemakkelijking van onderlinge afstemming van marktgedrag.⁶⁰

Mocht dit anders zijn dan kan de overheid eventueel een inbreuk op de zogeheten nuttig effect doctrine of nieuwe norm (artikel 10 *juncto* 81 EG) worden verweten, doordat zij het totstandbrengen van een mededingingsbeperking in strijd met artikel 81 EG vergemakkelijkt.⁶¹ Naar onze mening is dit echter niet waarschijnlijk aangezien de afstemming in strijd met artikel 81 EG niet zozeer door de informatie in het biedboek mogelijk wordt gemaakt, maar veeleer doordat ondernemingen naar aanleiding van deze informatie uit eigen beweging en in strijd met de Mededingingswet besluiten om verdere of meer informatie onderling uit te wisselen. Dit kan de Nederlandse overheid bezwaarlijk worden aangerekend.

Het opnemen van meer informatie in de biedboeken is onzes inziens mogelijk en niet in strijd met de Benzinewet, de Convenanten of de Europese mededingingsregels.

D. Het voor 2024 toevoegen van nieuwe locaties aan bestaande wegen en het terugdringen van de vergunningprocedures voor nieuwe benzinepompen tot maximaal één jaar;

Het toevoegen van nieuwe locaties zou in strijd zijn met artikel 7.1 van het Convenant Alternatief traject MDW benzine hoofdwegen. In de praktijk houdt dit in dat, behalve de in bijlage 1 genoemde locaties, alleen langs nieuwe of omgebouwde rijkswegen nieuwe locaties mogen worden toegevoegd. Het toevoegen van nieuwe locaties, ook indien hierbij het gebiedscriterium in acht wordt genomen, zal afbreuk doen aan de waarde van bestaande locaties. Een relatief vaste vraag naar brandstof zal dan immers door een groter aantal aanbieders worden bediend waardoor schaalvoordelen afnemen.⁶² Deze waardedaling zal, zeker indien een nieuwe locatie in de nabijheid van een recent geveilde locatie wordt gevestigd, aanleiding kunnen geven tot juridische procedures op grond van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Voor een nadere analyse van dit punt wordt verwezen naar punt A. hierboven.

⁶⁰ Vgl. TK 2008-2009 24 036, nr. 362, p. 20.

⁶¹ Vgl. HvJEG zaak C-35/96, *CNSD*, r.o. 53 e.v. en met name r.o. 55 en 56 waar wordt beschreven hoe de Italiaanse overheid de leden van een beroepsgroep dwingt tot het opstellen van een tariefregeling in strijd met artikel 81 EG.

⁶² Het is dan ook maar de vraag of dit tot lagere brandstofprijzen zal leiden.



Het terugdringen van de termijnen voor vergunningperiodes voor nieuwe benzinepompen tot een termijn van niet meer dan één jaar stuit in het algemeen niet op juridische bezwaren. Zowel de Benzinewet als de onderliggende convenanten bevatten op dit punt geen bepalingen. Evenwel kan een dergelijk korte procedure op omgevingsrechtelijke bezwaren stuiten, als daardoor niet wordt voldaan aan, bijvoorbeeld, Europeesrechtelijke verplichtingen.⁶³

E. Het invoeren van een nieuwe reductieverplichting (dat is een verplichting voor de grootste oliemaatschappijen om een aantal locaties af te stoten);

Het invoeren van een nieuwe reductieverplichting komt neer op een nieuwe inmenging in het recht op ongestoord genot van eigendom, en zal daarmee moeten worden beoordeeld op de verenigbaarheid met artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Hierop is de bovenstaande analyse (zie voorstel A.) van toepassing. Als gevolg hiervan zal een eventuele nieuwe reductieverplichting moeten voldoen aan de vereisten die artikel 1 Eerste Protocol stelt aan inmenging in het eigendomsrecht. Dat houdt in dat de inmenging bij wet moet zijn voorzien in het kader van een doelstelling van algemeen belang terwijl het evenredigheidsbeginsel gerespecteerd moet worden. Met name ten aanzien van de evenredigheid bestaan enige twijfels over de houdbaarheid van een nieuwe reductieverplichting. Duidelijk zal aangetoond moeten worden dat de reductieverplichting noodzakelijk is om de doelstelling van algemeen belang te halen. Gelet op het beperkte effect van de voorgaande reductieverplichting op de brandstofprijzen zal duidelijk moeten worden gemaakt waarom en in welke omstandigheden een nieuwe reductieverplichting wel zal voldoen aan deze doelstelling. Verder zal ook een nieuwe reductieverplichting moeten voorzien in enige compensatie van de zittende c.q. grootste oliemaatschappijen. Deze kan tot stand komen in het kader van nieuwe onderhandelingen, zoals die ook ten grondslag hebben gelegen aan de convenanten en de Benzinewet. Daarnaast kan deze compensatie ook plaatsvinden in een separaat traject, waarbij de economische waarde van de aan de reductieverplichting onderhevige tankstations objectief wordt vastgesteld, waarna deze waarde wordt gecompenseerd. Bij adequate compensatie zal artikel 1 van het Eerste Protocol zich niet verzetten tegen een maatregel als de invoering van een nieuwe reductieverplichting. Indien geen (adequate) compensatie wordt verleend kunnen de oliemaatschappijen juridische stappen ondernemen en op grond van artikel 1 van het Eerste Protocol compensatie eisen. Het is op dit moment niet te overzien welke kosten hiermee gemoeid zijn. Omdat iedere Nederlandse rechter deze bepaling kan toepassen kan een eventueel geschil op korte termijn en met minimale proceskosten worden afgedaan. Indien rechtsmiddelen worden ingesteld zullen de proceskosten hoger zijn en eventueel kan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens worden aangezocht.

⁶³ Zo vallen LPG-tankstations onder bepaalde voorwaarden onder het Besluit externe veiligheid inrichtingen, dat weer dient ter implementatie van de zogeheten Seveso II Richtlijn.



Hoewel de Benzinewet en de convenanten zich niet met zoveel woorden verzetten tegen het invoeren van een nieuwe reductieverplichting geldt wel dat het stelsel van afspraken in de convenanten en de bilaterale overeenkomsten uitgaat van een MDW operatie die bestaat uit een eenmalige reductieverplichting die wordt gevolgd door veilingen op niet-discriminerende en transparante wijze worden vormgegeven. De niet-discriminerende vormgeving van de veilingen brengt immers met zich mee dat de oliemaatschappijen op gelijkwaardige wijze kunnen meebieden in de veilingen indien zij aan hun reductieverplichting hebben voldaan.⁶⁴ Een nieuwe reductieverplichting druist daarmee in tegen de gedachte achter het stelsel van afspraken, en kan ook op grond daarvan leiden tot juridische procedures, nu de overheid gebonden is aan de convenanten.⁶⁵

Het mededingingsrecht kan alleen in zeer extreme gevallen leiden tot een met een nieuwe reductieverplichting vergelijkbaar ingrijpen in het bedrijfsproces van private ondernemingen. Zo is het mogelijk om een onderneming die een machtspositie verkrijgt als gevolg van een fusie te verplichten om bedrijfsonderdelen af te stoten.⁶⁶ Voor zover wij kunnen beoordelen is er op de Nederlandse markt voor brandstof distributie geen sprake van deze extreme marktsituatie.

F. Een verbod om de 50 locaties die i.v.m. de oude reductieverplichting door de dominante maatschappijen reeds zijn afgestoten, terug te kopen;

Een verbod op het terugkopen van al in het kader van de reductieverplichting afgestoten locaties is in strijd met het stelsel van afspraken neergelegd in de Bilaterale overeenkomsten en het Convenant Alternatief traject MDW benzine hoofdwegennet, en in het bijzonder artikel 4.1 van dit convenant. Deze bepaling schrijft voor dat de veiling via een ‘openbare, objectieve, doorzichtige en non-discriminatoire procedure’ moet plaatsvinden. Het moge duidelijk zijn dat het opleggen van deze bijzondere verplichting aan alleen de vier oliemaatschappijen met een reductieverplichting in strijd is met de vereiste non-discriminatoire procedure. Een eventueel argument ontleend aan de ongelijkheid tussen de vier oliemaatschappijen met een reductieverplichting en nieuwkomers doet onzes inziens geen opgeld nu deze ongelijkheid al wordt bestreken door de topdeelregeling. Het sterke verzet van deze oliemaatschappijen tegen een asymmetrische veiling, doet vermoeden dat deze zich even sterk zullen verzetten tegen de

⁶⁴ Daarnaast kan in de bilaterale overeenkomsten tussen de Staat der Nederlanden en de oliemaatschappijen met zoveel worden bepaald zijn dat de reductieverplichting eenmalig is. Omdat wij geen inzage hebben gehad in deze documenten kunnen wij dit niet vaststellen.

⁶⁵ Laatste gedachtestreepje van de preambule bij het Convenant Alternatief traject MDW benzine hoofdwegennet.

⁶⁶ Dit is mogelijk op grnd van Verordening 139/2004, zie bijvoorbeeld zaak M.190, *Nestlé / Perrier*. Zie verder bekendmaking inzake corrigerende maatregelen. Pb. 2001 C 68/3.



eventuele invoering van de asymmetrische (want alleen voor deze ondernemingen geldende) regel.⁶⁷

Dit verbod verdraagt zich verder slecht met het gelijkheidsbeginsel, omdat de invoering op dit moment, nadat veilingen hebben plaatsgevonden, erin kan resulteren dat bepaalde ondernemingen zwaarder worden getroffen dan anderen. Het kan immers niet worden uitgesloten dat een bepaalde onderneming een onder de reductieverplichting afgestoten tankstation al heeft gekocht op een veiling, terwijl een andere onderneming dit nog niet gedaan heeft.

Dit verbod zou verder een belemmering van het vrije dienstenverkeer of het vestigingsrecht kunnen opleveren. Dit geldt met name voor buitenlandse ondernemingen die al benzinestations langs de hoofdwegennet in hun bezit hebben, en die door deze maatregel worden belemmerd in hun vrijheid de dienstverlening of vestiging uit te breiden. Het feit dat Nederlandse ondernemingen ook worden getroffen betekent dat, hoewel de maatregel niet discriminatoir is, het nog steeds markttoegangbeperkend is voor de buitenlandse ondernemingen.⁶⁸

G. Een groeistop voor de vier grote oliemaatschappijen om andere bedrijven/particulieren meer kans te geven;

Ook dit voorstel is in strijd met het stelsel van afspraken neergelegd in de Bilaterale overeenkomsten en het Convenant Alternatief traject MDW benzine hoofdwegennet, en in het bijzonder artikel 4.1 van dit convenant. Bovendien staat het op gespannen voet met de aan deze MDW operatie ten grondslag liggende marktwerking omdat hiermee zeer fors wordt ingegrepen in de vrije marktwerking.

Verder kan een groeistop worden gezien als een verregerende vorm van regulering van eigendom in de zin van artikel 1 Eerste Protocol,⁶⁹ zodat de vereisten van deze bepaling (zie hierboven onder A.) van toepassing zijn.

Ten slotte kan een groeistop markttoetredingsbelemmerende effecten hebben. Het Europeesrechtelijke kader hiervoor is hierboven onder F. nader in kaart gebracht.

H. Verkorten van de overgangperiode;

Het verkorten van de overgangperiode, dat wil zeggen de periode waarin nog tankstations voor de eerste keer worden geveild, is in strijd met het Convenant Alternatief

⁶⁷ Zie TK 2001-2002 24 036, nr. 249, p. 2.

⁶⁸ Zaak C-15/93 Bosman HvJEG Jurispr 1995, blz I-492 1 (arrest van 15 december 1995).

⁶⁹ Vgl. EHRM 19 december 1989, r.o. 42 – 44, waar een beperking van de maximale huur werd aangemerkt als regulering van eigendom.



traject MDW benzine hoofdwegenet.⁷⁰ Bovendien is niet geheel duidelijk hoe de overgangperiode verkort kan worden, c.q. wat de praktische effecten daarvan zijn. In ieder geval hangt de overgangperiode samen met het veilingschema, dat op zijn beurt weer het resultaat is van de Bilaterale Overeenkomsten. Een verkorting van de overgangperiode komt dus neer op een versnelling van het tempo waarin de locaties voor de eerste keer worden geveild, of op het vervroegd opheffen van de regel op grond waarvan bij een eerste veiling de opbrengst ten goede komt aan de zittende concessiehouder. Deze laatste consequentie zal in strijd zijn met artikel 1 Eerste Protocol, omdat er dan een inmenging in het ongestoorde genot van het eigendom plaatsvindt zonder enige compensatie. Bovendien zal het in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel omdat een verschil zal ontstaan tussen de positie van een zittende concessiehouder wiens locatie al geveild is en de concessiehouder wiens locatie nog geveild moet worden.

Het versnellen van het veilingtempo zal soortgelijke effecten hebben als het verkorten van de huurperiode (zie boven onder B.), en dus op vergelijkbare bezwaren stuiten.

I. Het verplicht vermelden van informatie over benzineprijzen op navigatiesystemen;

Deze materie is niet geregeld in de Benzinewet of de daaraan ten grondslag liggende convenanten en bilaterale overeenkomsten. Deze verzetten zich dan ook niet tegen het verplicht vermelden van informatie over benzineprijzen op navigatiesystemen. Wij gaan ervan uit dat het hierbij gaat om actuele brandstofprijzen, waarbij in het midden wordt gelaten of het gaat om netto- of brutoprijzen (d.w.z. met of zonder kaartkorting). Bij de precieze organisatie van deze verplichting zal rekening moeten worden gehouden met het mogelijke effect van een meer transparante brandstofprijs op het marktgedrag. Zoals hierboven al werd aangegeven kan toegenomen transparantie op een oligopolide markt resulteren in onderling afgestemde gedragingen.⁷¹ Wanneer een overheid de uitwisseling van deze informatie verplicht stelt dan zou dat de afstemming kunnen vergemakkelijken, en daarmee tot een schending van de nuttig effect doctrine (artikel 10 *juncto* 81 EG)⁷² kunnen leiden.⁷³ Van belang is dat de openbaarmaking van de prijzen plaatsvindt op een wijze die de andere tankstations niet in staat stelt, anders dan door zelf met

⁷⁰ Artikel 3.1 van het Convenant Alternatief traject MDW benzine hoofdwegenet bepaalt dat de veiling gelijkmatig verspreid over een periode van 22 jaar zal plaatsvinden.

⁷¹ Een voorbeeld hiervan is barometrisch prijsleiderschap, waarbij de prijsstelling door de marktleider, in dit geval Shell, wordt gezien als indicator van de stand van de markt zodat de andere marktpartijen volgen en hun prijsstelling aanpassen aan die van de marktleider.

⁷² Het gaat hier om de plicht voor overheden om niet het nuttig effect aan artikel 81 EG te ontnemen, bijvoorbeeld door kartelvorming te stimuleren. Zie verder: F. Amtenbrink en H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008, p. 401 e.v.

⁷³ Deze situatie verschilt met die inzake het opnemen van bedrijfsvertrouwelijke informatie in het biedboek doordat het hier actuele informatie betreft die bovendien niet vanuit slechts één partij openbaar wordt gemaakt, maar in het algemeen wordt gedeeld.



navigatieapparatuur de prijzen vast te stellen, kennis te nemen van de prijzen.⁷⁴ In die omstandigheden is het immers niet de verplichte openbaarmaking van de prijzen die de totstandkoming van een kartel oplegt of versterkt.

Hoe dit verder praktisch wordt vormgegeven is voor ons niet te overzien, zodat wij evenmin uitspraken kunnen doen over de verenigbaarheid van deze regelingen met het juridisch kader.⁷⁵

J. Het oprekken van het gebiedscriterium bij veilingen (een maatschappij mag nu niet bieden op een station als hij binnen een bepaalde afstand een soortgelijk station heeft);

Het gebiedscriterium is opgenomen in artikel 1 van het Convenant Alternatief traject MDW benzine hoofdwegenet en houdt in dat binnen 25 kilometer van een locatie in de rijrichting geen tweede locatie met het zelfde merk mag worden gevoerd. De achtergrond hiervan is dat de verschillende merken elkaar afwisselen, en dat er niet een serie opeenvolgende tankstations van één merk mag zijn. Het oprekken van het gebiedscriterium zou een afwijking van artikel 1 van het Convenant Alternatief traject MDW benzine hoofdwegenet inhouden. Deze afwijking kan bovendien een inmenging in het eigendomsrecht inhouden, doordat het in bepaalde gevallen neerkomt op een verdere beperking van het aantal tankstations waarop een bepaalde onderneming mag bieden, waaronder een ‘eigen’ tankstation dat de onderneming graag zou willen behouden.

K. Een verbod op loyaliteitsprogramma's, zoals spaarzegels, kortingskaarten en tankpassen (die de netwerkeffecten verder versterken);

De Benzinewet en de Convenanten bevatten geen bepalingen ten aanzien van loyaliteitsprogramma's, en staan dus evenmin in de weg aan een verbod van dergelijke programma's.

Loyaliteitsprogramma's zijn toegestaan op grond van het mededingingsrecht. Het opstellen van een loyaliteitsprogramma met een klantenbindend effect is een wezenlijk onderdeel van de instrumenten die een onderneming tot zijn beschikking heeft om te kunnen concurreren. In het mededingingsrecht geldt dan ook dat alleen in uitzonderlijke omstandigheden wordt ingegrepen in dit soort loyaliteitsprogramma's. Thans is dit alleen mogelijk indien de onderneming die een dergelijk programma hanteert beschikt over een economische machtspositie.⁷⁶ Voor zover wij kunnen overzien beschikt geen van de

⁷⁴ Een onderneming zou nu ook langs concurrente tankstations kunnen rijden om de prijzen vast te stellen.

⁷⁵ Het gaat hier om het regelen van de juridische verhouding tussen de tankstations, navigatiesoftware fabrikanten en de overheid.

⁷⁶ Vg. Bijvoorbeeld GvEA zaak T-203/01, *Michelin II*, r.o. 55 en 56.



oliemaatschappijen op dit moment over een economische machtspositie.⁷⁷ Eventueel zou onderzocht kunnen worden of de oliemaatschappijen beschikken over een collectieve economische machtspositie waarvan zij misbruik maken door de loyaliteitsprogramma's. Hiervoor zal moeten worden aangetoond dat er tussen de oliemaatschappijen zodanige banden bestaan dat deze als collectief kunnen optreden. Dergelijke banden kunnen juridisch, maar ook economisch zijn. In dat laatste geval is een economische beoordeling, en met name een beoordeling van de structuur van de markt vereist.⁷⁸ Het uitvoeren van dit economisch onderzoek ligt buiten onze expertise.

L. Een verbod op adviesprijzen;

Adviesprijzen zijn toegestaan in de verticale relatie tussen een oliemaatschappij en een benzinestation. Overeenkomsten tussen een oliemaatschappij en een benzinestation kunnen vallen onder het kartelverbod ex artikel 81, lid 1, EG, maar profiteren veelal van zogeheten groepsvrijstellingsvoordeel. Dit houdt in dat het verbod van 81, lid 1, EG buiten toepassing wordt verklaard voor overeenkomsten die voldoen aan de voorwaarden van de groepsvrijstellingsverordening. Ter zake van het soort overeenkomsten tussen oliemaatschappijen en benzinestations geldt Verordening 2790/1999.⁷⁹ Artikel 2, lid 1, juncto artikel 3 zullen veel overeenkomsten tussen oliemaatschappijen en benzinestations profiteren van het groepsvrijstellingsvoordeel.⁸⁰ Artikel 4, onder a, ontnemt het groepsvrijstellingsvoordeel aan overeenkomsten die verticale prijsbinding beogen. Hierop geldt echter een uitzondering voor adviesprijzen, mits deze prijzen niet ten gevolge van door een van de partijen uitgeoefende druk of gegeven prikkels hetzelfde effect hebben als een vaste prijs of minimumprijs. Van dergelijke druk is ons niets bekend, zodat de adviesprijzen zoals die op dit moment worden gehanteerd in overeenstemming zijn met de Groepsvrijstelling.

Indien de Nederlandse overheid adviesprijzen, ook bij ontstentenis van druk die tot gevolg heeft dat de prijzen hetzelfde effect hebben als vaste prijzen of minimumprijzen, zou willen verbieden dan kan dit alleen op grond van artikel 7 van Verordening 2790/1999.⁸¹ Hiervoor is vereist dat de Nederlandse markt alle kenmerken van een afzonderlijke geografische markt vertoont. Verder moeten de overeenkomsten waarop de

⁷⁷ De NMa Benzinescan 2005/2006 gaat uit van een marktaandeel van minder dan 25% (anno 2005) voor de grootste oliemaatschappij. Uit overweging 32 van de preambule bij de Concentratiecontrole verordening kan worden afgeleid dat marktaandelen onder de 25% in de praktijk geen mededingingsproblemen zullen opleveren. Op dit moment is 39,7% het laagste marktaandeel waarbij het bestaan van een economische machtspositie is gevonden, zie GvEA zaak T-219/99, *British Airways*, r.o. 183 en 225.

⁷⁸ HvJEG gevoegde zaken C-395/96 P en C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge Transports*, r.o. 41 – 45.

⁷⁹ Pb. 1999 L 336/21.

⁸⁰ Geen van de oliemaatschappijen heeft immers een marktaandeel van meer dan 30%, vgl. NMa Benzinescan 2005/2006, p. 10.

⁸¹ Deze procedure vindt haar nationale evenknie in artikel 13, lid 2, van de Mededingingswet.



groepsvrijstelling van toepassing is met de voorwaarden van artikel 81, lid 3, EG onverenigbare gevolgen hebben op de Nederlandse markt. Artikel 7 kan alleen door de bevoegde autoriteit worden toegepast en in casu is dat de Nederlandse Mededingingsautoriteit. Er zijn redenen om aan te nemen dat de Nederlandse markt alle kenmerken vertoont van een afzonderlijke geografische markt. Zo is de concentratiegraad op de Nederlandse markt hoger dan op de markten in ons omringende landen en is er een aantal factoren dat een hogere kale brandstofprijs zou kunnen verklaren.⁸² Uit de beschikkingenpraktijk van de Commissie inzake een identiek criterium in de Concentratiecontroleverordening kan worden afgeleid dat voor het vinden van een afzonderlijke geografische markt bij voorkeur wordt uitgegaan van lokale (sub-nationale) markten.⁸³

Of de adviesprijzen in Nederland tot met artikel 81, lid 3, onverenigbare gevolgen leiden is onduidelijk. Uit de NMa Benzinescan blijkt dat de adviesprijzen niet altijd worden gevolgd, maar dat met name in de randstad adviesprijzen wel worden gevolgd.⁸⁴ Dit kan overigens wel wijzen op het bestaan van een sub-nationale geografische markt voor brandstof distributie langs autosnelwegen in de randstad.

Naar onze mening zijn er redenen om aan te nemen dat de Nederlandse markt voor brandstofverkoop langs autosnelwegen karakteristieken heeft van een afzonderlijke geografische markt. Het is dan aan de NMa om te onderzoeken of de mededingingsomstandigheden op deze markt zodanig zijn dat het groepsvrijstellingsvoordeel moet worden ingetrokken. De NMa benzinescan 2005/2006 bevat aanwijzingen dat er geen optimale concurrentie plaatsvindt op deze markt.⁸⁵ Ingrijpen van de NMa is evenwel alleen mogelijk indien kan worden aangetoond dat de adviesprijzen die profiteren van het groepsvrijstellingsvoordeel tot mededingingsproblemen leiden. Anders gezegd zal de NMa moeten aantonen dat het ontnemen van het groepsvrijstellingsvoordeel aan een categorie van overeenkomsten de met artikel 81(3) onverenigbare gevolgen zal opheffen. Het is onduidelijk of dit kan worden aangetoond.

In verband met een verbod op adviesprijzen dient rekening te worden gehouden dat dit alleen relevant is voor CODO en DODO tankstations, aangezien bij COCO en COCA⁸⁶

⁸² NMa Benzinescan 2005/2006, p. 12 en 27.

⁸³ Het gaat hier om het criterium dat wordt gebruikt bij de beslissing over de verwijzing van een concentratiezaak naar de nationale mededingingsautoriteiten op grond van artikel 4, lid 4, en artikel 9, lid 2, van Verordening 139/2004, Pb. 2004 L 24/22. Een voorbeeld van een naar de nationale mededingingsautoriteiten verwezen concentratie in de brandstof distributiesector is zaak M.2389, *Shell / DEA*, zie persbericht IP/01/1222.

⁸⁴ NMa Benzinescan 2005/2006, p. 23.

⁸⁵ De NMa Benzinescan 2005/2006, p. 4.

⁸⁶ CODO staat voor Company Owned, Dealer Operated, de oliemaatschappij is dan eigenaar van het tankstation en bepaalt de benzineprijs. DODO staat voor Dealer Owned, Dealer Operated, het



geen sprake zal zijn van een overeenkomst tussen als zelfstandige economische entiteiten opererende oliemaatschappijen en benzinstations.⁸⁷ De verkoper van de benzine maakt dan immers onderdeel uit van de oliemaatschappij en kan niet zelfstandig zijn beleid bepalen. Onzes inziens kan bij een COCO of COCA exploitatie geen verbod van adviesprijzen worden doorgevoerd, omdat daarmee zou worden ingegrepen in de prijsstelling die binnen een onderneming plaatsvindt.⁸⁸

Naast ingrijpen op grond van artikel 7 van Verordening 2790/1999 kunnen adviesprijzen eventueel ook worden verboden als misbruik van een collectieve economische machtspositie. Hiervoor gelden de randvoorwaarden die hierboven onder K. in kaart zijn gebracht.

M. Neerzetten van prijsvergelijkingspalen (bij alle tankstations, met conform de moties de prijzen van de eerstvolgende vier pompen), zoals de NMA in de benzinescan 2005/2006 geadviseerd heeft;

Het neerzetten van prijsvergelijkingspalen stuit niet op bezwaren vanuit de Benzinewet en de onderliggende convenanten, aangezien die op dit punt geen bepalingen bevatten. Prijsvergelijkingspalen kunnen eenzelfde effect hebben op de concurrentie als het verplicht vermelden van deze informatie op navigatiesystemen, zodat de analyse hierboven onder i. van toepassing is. Naar onze mening zijn er geen mededingingsrechtelijke bezwaren, zolang het publiceren van de prijzen de betrokken ondernemingen maar geen mogelijkheid biedt inzage te krijgen in elkaars prijzen anders dan door de prijsvergelijkingspalen te bekijken. Dit pleit voor prijsvergelijkingspalen die niet op het terrein van de tankstations zijn geplaatst, maar veeleer langs de weg of bij parkeerplaatsen zonder tankstations.

Voor wat betreft het plaatsen van prijspalen langs de weg zijn de Richtlijnen Bewegwijzering van toepassing.⁸⁹ Deze hanteren als uitgangspunt dat alleen essentiële informatie ten behoeve van de verkeersveiligheid en oriëntatie van de weggebruiker wordt weergegeven. Informatie over de (relatieve) prijzen van brandstoffen passen niet binnen dit uitgangspunt. De huidige Richtlijnen Bewegwijzering verzetten zich tegen

tankstation is dan eigendom van de exploitant die dan zelf zijn prijzen vaststelt. COCO staat voor Company Owned, Company Operated en de oliemaatschappij is dan eigenaar van het station en stelt zelf de prijzen vast. COCA, ten slotte, staat voor Company Owned, Commissioned Agency. Hierbij exploiteert de exploitant de winkel en de oliemaatschappij de pomp, waarbij de oliemaatschappij de prijzen vaststelt.

⁸⁷ Zie hierover zaak C-217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, r.o. 38 – 46. Zie voor de gedetailleerde toepassing van deze regel op de feiten r.o. 47 – 63.

⁸⁸ Men zou ook kunnen zeggen dat in deze exploitatievormen geen adviesprijzen worden vastgesteld, maar veeleer verkoopprijzen.

⁸⁹ Laatstelijk vastgesteld in 2005, Stcrt 2005, 133, p. 16. De Richtlijnen zijn te bestellen via www.crow.nl.



dergelijke borden. Of aanpassing van de Richtlijnen Bewegwijzering mogelijk is, is voor ons niet te beoordelen aangezien hieraan een verkeerskundige analyse ten grondslag ligt die buiten onze expertise valt.

Het plaatsen van prijspalen op verzorgingsplaatsen langs de autosnelwegen wordt gereguleerd door het beleid ten aanzien van voorzieningen op verzorgingsplaatsen langs rijkswegen.⁹⁰ Ook dit beleid verzet zich tegen dit soort prijspalen, aangezien reclame niet op het doorgaande wegverkeer gericht mag zijn. Of aanpassing van dit beleid mogelijk is, is voor ons niet te beoordelen aangezien ook hier een verkeerskundige analyse vereist is die buiten onze expertise ligt.

De Wet beheer rijkswaterstaatswerken verzet zich niet tegen het plaatsen van prijspalen.⁹¹ Zo het plaatsen van prijspalen al een vergunning behoeft op grond van artikel 2 van deze wet dan kan deze worden verleend. De Wegenverkeerswet verzet zich evenmin tegen het plaatsen van prijspalen, aangezien deze wet niet ziet op de inrichting van wegen of het terrein aan weerszijden van de weg.⁹² Indien het Bouwbesluit al van toepassing is op prijspalen, dan geldt dat uit het bouwbesluit hoogstens eisen inzake de veiligheid en constructie van prijspalen kunnen voortvloeien.⁹³ Deze verzetten zich, voor zover wij dat kunnen overzien, niet noodzakelijkerwijs tegen prijspalen. Of milieuwetgeving zich verzet tegen prijspalen hangt af van de beantwoording van de vraag of deze deel uitmaken van de inrichting. Indien een prijspaal op het terrein van een benzinstation wordt geplaatst dan zal dit waarschijnlijk het geval zijn. Alsdan zal aan de hand van de vergunning op grond van de Wet milieubeheer moeten worden vastgesteld welke voorwaarden gelden voor het plaatsen van een prijspaal. Een prijspaal buiten een tankstation kan naar onze mening niet worden aangemerkt als inrichting in de zin van de Wet milieubeheer, en valt daarmee buiten dit wettelijk kader. Of er bestemmingsplannen en andere lokale regels, zoals provinciale milieuverordeningen, zijn die zich verzetten tegen het plaatsen van prijspalen kan in het kader van dit onderzoek niet worden nagegaan. Vooropgesteld wordt echter dat zo dergelijke regels zich al uitspreken over het plaatsen van prijspalen, ontheffingen of vergunningen kunnen worden verleend.

N. Het op borden of de prijspalen verwijzen naar de prijzen van benzinstations op het onderliggende wegennet, zodat er meer concurrentie komt tussen stations langs het hoofdwegennet en langs onderliggende wegen;

Hiervoor gelden dezelfde juridische randvoorwaarden als voor het voorstel onder M.

⁹⁰ Stert. 2004, nr. 56, p. 19.

⁹¹ Stb. 1996, 645, later gewijzigd.

⁹² Stb. 1994, 475. Hetzelfde geldt voor het Reglement verkeersregels en verkeerstekens, Stb. 1990, 459, aangezien de prijspaal niet als verkeersteken kan worden aangemerkt.

⁹³ Vgl. art. 2 Woningwet, dat de grondslag vormt van het bouwbesluit, Stb. 1991, 493.



Indien wordt overgaan tot het plaatsen van prijspalen dan zal verzekerd moeten worden dat deze toegankelijk zijn voor alle aanbieders van motorbrandstoffen, danwel dat de beperking van de toegang plaatsvindt door middel van een objectieve, transparante en niet-discriminerende methode. Hierbij kan worden gedacht aan een veiling van het recht gedurende een bepaalde periode de prijzen bekend te mogen maken. Onzes inziens is het met het niet-discriminerende karakter verenigbaar als tankstations langs rijkswegen hun prijzen verplicht moeten aangeven op de prijspalen, terwijl tankstationhouders langs andere wegen geld zouden moeten bieden voor de mogelijkheid de prijzen langs deze weg bekend te maken. Beide categorieën ondernemingen bevinden zich immers in objectief verschillende situaties.

O. Een verbod op steunsystemen, zodat oliemaatschappijen pomphouders niet langer financieel kunnen steunen om concurrenten uit de markt te drukken;

Deze maatregel stuit niet op bezwaren op grond van de Benzinewet of de onderliggende convenanten, aangezien deze op dit punt geen regels bevatten. Het voorstel stuit evenmin op mededingingsrechtelijke bezwaren in de zin dat een verbod van steunsystemen op zichzelf kan resulteren in een handelen in strijd met artikel 81 of 82 EG⁹⁴ of de nuttig effect doctrine. Wel dient dit verbod in overeenstemming te zijn met de van toepassing zijnde groepsvrijstellingsverordening, zodat de procedure van artikel 7 van Verordening 2790/1999 gevolgd moet worden. Daarmee zijn de randvoorwaarden zoals die hierboven bij L. in kaart zijn gebracht, hier evenzeer relevant.

In dit verband dient wel te worden opgemerkt dat de NMa in dit verband in het kader van een procedure op grond van artikel 13, lid 2, van de Mededingingwet tot de conclusie is gekomen dat onvoldoende inzichtelijk is in welke mate de steunsystemen een effect hebben op de prijsconcurrentie. In de afweging van de onduidelijkheid met het ingrijpende karakter van de maatregel is de NMa tot de slotsom gekomen dat voor toepassing van artikel 13, lid 2, toentertijd geen ruimte zou zijn.⁹⁵ Thans geldt dat de inschatting van de NMa dat ‘de markt voorzichtig in beweging komt’, in ieder geval voor wat betreft de brandstof distributie langs autosnelwegen wellicht minder voor de hand ligt. De NMa beroept zich in dit verband onder meer op de resultaten van de eerste veiling, waarbij vier van de negen locaties zijn overgegaan in nieuwe handen. Latere veilingen laten minder vlagwisselingen zien.⁹⁶

P. Het nemen van alle bovengenoemde maatregelen, maar dan na de overgangperiode (na 2024);

⁹⁴ Dit geldt evenzeer voor artikel 6 respectievelijk 24 van de Mededingingswet.

⁹⁵ Brief van 6 maart 2003, beschikbaar via www.nmanet.nl.

⁹⁶ Ook de conclusie van Janssen, M., Maasland, E., Geest, S. van der & Varkevisser, M., Evaluatie Benzineveiling, SEOR/ECRI rapport dd januari 2008, p 11 bevestigt het beeld dat de veilingen niet tot veel meer prijsconcurrentie zullen leiden.



Na het verstrijken van de overgangsperiode zijn de convenanten niet langer bindend, zodat deze niet langer als juridische randvoorwaarde fungeren. Ook zal met het verstrijken van de overgangsperiode de inmenging in het recht op ongestoord genot van het eigendom door de opheffing van de eeuwigdurende concessies voldoende gecompenseerd zijn. Evenwel kunnen de voorstellen onder E., F. en G. nog steeds op bezwaren stuiten op grond van artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM, zoals bij de analyse van deze voorstellen ook al is aangegeven. Voor de overige voorstellen heeft het verstrijken van de overgangstermijn geen effecten op de juridische randvoorwaarden.



Samenvatting

Gedurende de overgangsfase (tot 2024) is de staat gebonden aan de Convenanten en de Bilaterale overeenkomsten. Elke maatregel in strijd met dit stelsel van maatregelen brengt, gelet op de grote belangen, een serieus risico op juridische procedures met zich mee. Deze procedures zouden gevoerd kunnen worden op grond van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM, het gelijkheidsbeginsel en op grond van wanprestatie door de overheid doordat zij verplichtingen op grond van de Convenanten niet nakomt. Geadviseerd wordt dan ook niets te veranderen aan de veilingopzet en het veilingsschema en de verdere randvoorwaarden van de veiling zoals die neergelegd zijn in de Convenanten. Een uitzondering hierop vormt de informatie in het biedboek. Het is naar onze mening mogelijk om meer informatie op te nemen in het biedboek. Hiermee brengen voorstellen A, B, D, E, F, G, H en J aanzienlijke juridische risico's met zich mee. Voorstel C brengt onzes inziens deze risico's niet met zich mee. Het is niet duidelijk hoe effectief dit zal zijn gelet op de netwerkeffecten die een bepaalde lokatie voor een zittende concessiehouder relatief meer waardevol maakt.

Voorstellen inzake het gedrag van de oliemaatschappijen en tankstations dienen rekening te houden met de interne marktbepalingen en met name de mededingingsregels. Dit houdt in dat een aantal maatregelen alleen genomen kan worden indien wordt aangetoond dat de praktijken die worden bestreken door de maatregelen een negatief gevolg hebben voor de mededinging. Dit zal moeten worden aangetoond door de Nederlandse Mededingingsautoriteit. Voor de implementatie van voorstellen L en O is dus vereist dat de NMa de procedure tot intrekking van het groepsvrijstellingsvoordeel gebruikt. In dit verband kan niet gegarandeerd worden dat de NMa tot de conclusie komt dat intrekking van het groepsvrijstellingsvoordeel mogelijk en noodzakelijk is. Met betrekking tot voorstel K geldt dit evenzeer.

Voorstellen inzake het gedrag van de consumenten (I, M en N) dienen plaats te vinden binnen de randvoorwaarden van het mededingingsrecht. Deze houden met name in dat de bekendmaking van de prijsinformatie zodanig moet plaatsvinden dat deze informatie niet uitgewisseld mag worden tussen de tankstations of oliemaatschappijen. Wanneer deze kennis kunnen nemen van de prijzen van concurrenten door navigatieapparatuur aan te schaffen of langs de prijspalen te rijden dan zal dit op zich geen schending van de mededingingsregels opleveren. Wel kan het verder afbreuk doen aan de prijsconcurrentie doordat verdere prijstransparantie kan resulteren in een situatie met oligopolistische interdependentie en supracompetitieve prijzen. Verder dienen de regels inzake informatieverstrekking langs snelwegen te worden aangepast.

Het is, kortom, volgens ons mogelijk om meer informatie op te nemen in het biedboek. Dit zal toetreders beter in staat stellen de waarde van een te veilen tankstation in te



schatten. Wat betreft voorstellen K, L en O geldt dat deze een oordeel van een mededingingsautoriteit vereisen. Of deze van oordeel zullen zijn dat de maatregelen vereist en noodzakelijk (evenredig) zijn, is onzeker. Voorstellen I, M en N zijn, binnen randvoorwaarden, zeker in te voeren, maar ook hier is niet voorshands duidelijk of zij een positief effect zullen hebben op de prijsconcurrentie.