



VAN VOLLENHOVEN OLIE B.V./D-G NMA

Van Vollenhoven Olie B.V. te Tilburg tegen de d-g NMa, met als derdepartijen de gemeente Venlo en Schreurs Oliemaatschappij B.V.

Rechtbank Rotterdam d.d. 1 augustus 2001

Gemeente Venlo in casu geen onderneming, verwerping van beroep op artikel 3g j° 10 j° 81 en 82 EG

(m.nt. mr P.J. Kreijger)

Inleiding

Deze zaak speelt zich af op de bedrijventerreinen 'Trade Port West I', 'Trade Port West II' en 'Ecopark' ('Trade Port') op het grondgebied van de gemeente Venlo in de nabijheid van de A 67. De bedrijventerreinen, waarop veel transportbedrijven zijn gevestigd, zijn door de gemeente deels verkocht en deels in erfpacht uitgegeven. De gemeente heeft met diverse gegadigden onderhandeld over de aankoop van grond voor een 'truckstop', een tankstation voor vrachtwagens met voorzieningen voor de chauffeurs. Daarbij is het uitgangspunt dat twintig gulden per vierkante meter meer zal worden betaald in ruil voor exclusiviteit voor de truckstop op Trade Port. Uiteindelijk bereikt de gemeente overeenstemming met Schreurs Oliemaatschappij B.V. De vestiging van de truckstop van Schreurs zal gepaard gaan met sluiting van haar vijf brandstofverkoop-punten elders in de gemeente Venlo.

De gemeente Venlo voert op grond van milieu- en veiligheidsoverwegingen als beleid, dat alleen bedrijventerreinen in aanmerking kunnen komen voor (her)vestiging van brandstofverkoop-punten, waarbij het beleid ten aanzien van Trade Port mede is gericht op het tegengaan van, zoals de gemeente het noemt, nodeloos tankverkeer.

Hoewel de gemeente meent dat de door haar aan Schreurs toegezegde exclusiviteit niet langs privaatrechtelijke weg zeker kan worden gesteld en derhalve een bestemmingsplanwijziging noodzakelijk is, hanteert zij vanaf 1 juni 1993 in de verkoop- en erfpachtvoorwaarden terzake van gronden in Trade Port de zogenoemde 'motorbrandstof-clausule' waarin kopers c.q. erfpachters verkoop van motorbrandstoffen aan eindverbruikers wordt verboden.

Aan Schreurs wordt de toezegging gedaan dat de noodzakelijk geachte bestemmingsplanwijziging zal plaatsvinden. Na aandringen van Schreurs neemt de gemeente op 30 augustus 1995 een voorbereidingsbesluit tot een bestemmingsplanwijziging, welke wijziging uiteindelijk per 1 januari 1998 van kracht wordt.

De onafhankelijke brandstoffenleverancier Van Vollenhoven Olie B.V., die met name levert aan 'bedrijfsverzamel-pompen' (brandstofpompen op het eigen terrein van bedrijven die slechts voor een bepaalde kring gebruikers toegankelijk zijn), verzoekt de gemeente om ook een brandstofverkoop-punt voor eindverbruikers op Trade Port te mogen vestigen. De gemeente wijst dit verzoek op 12 januari 1998 af, welke afwijzing aanleiding is voor dit geschil.

De procedure bij de NMa

Van Vollenhoven dient op 13 maart 1998 een klacht in bij de d-g NMa tegen de gemeente Venlo en Schreurs, stellende dat de exclusiviteitsovereenkomst en de (privaatrechtelijke) handhaving daarvan strijdig zijn met artikel 6 en artikel 24 Mw. Bij besluit van 8 december 1998 wijst de d-g NMa de klacht van Van Vollenhoven af. Het tegen dit besluit gerichte bezwaar van Van Vollenhoven wordt door de d-g NMa bij besluit van 9 juli 1999 verworpen. De d-g overweegt – kort gesteld – dat na het tijdstip waarop de gemeente Venlo het voorbereidingsbesluit tot wijziging van het bestemmingsplan nam, niet langer via de motorbrandstof-clausule in de koopovereenkomsten en de erfpachtovereenkomsten zelfstandig rechtsgevolg kon worden gecreëerd. Van Vollenhoven heeft evenmin aangetoond dat de gemeente jegens Schreurs verplicht is om de bestemmingsplanwijziging te handhaven. Of sprake is van de door Van Vollenhoven gestelde exclusiviteitsovereenkomst tussen de gemeente en Schreurs kan derhalve in het midden blijven. Evenmin is er een aanwijzing voor een onderling afgestemde feitelijke gedraging, nu de mededinging op de Nederlandse markt na 1 januari 1998 geen invloed meer kan ondergaan van de na 1 januari 1998 gesloten koop- en erfpachtovereenkomsten met daarin de motorbrandstof-clausule. Het beroep op artikel 24 Mw wordt op dezelfde grond verworpen. De d-g verwerpt

voorts het door Van Vollenhoven gedane beroep op nietigheid van de motorbrandstoffenclausule wegens strijdigheid met de artikelen 86, 81 en 82 EG, omdat deze clausule is opgenomen in het bestemmingsplan dat inmiddels formele rechtskracht heeft verkregen. De d-g laat in het midden of bij de toepassing van de artikelen 88 en 89 Mw kan worden getoetst aan artikel 86 EG.

De rechtbank

In tegenstelling tot de d-g NMa meent de rechtbank dat de op en na 1 juni 1993 gesloten koop- en erfpacht-overeenkomsten na 1 januari 1998 wel mededingingsrechtelijk relevante gevolgen hebben omdat indien het bestemmingsplan wordt aangepast of niet wordt gecontinueerd de motorbrandstoffenclausule nog steeds zal gelden en in rechte afdwingbaar zal zijn. Datzelfde geldt voor een eventuele exclusiviteitsovereenkomst tussen de gemeente en Schreurs. Vervolgens beziet de rechtbank de vraag of de gemeente in deze zaak heeft gehandeld als overheidsorgaan. Daarbij laat de rechtbank in het midden of het door een overheidsorgaan uitgeven van gronden in erfpacht en verkopen van gronden als zodanig als ondernemershandelen dient te worden aangemerkt, nu het geschil is toegespitst op de motorbrandstoffenclausule.

Gelet op de planologische overwegingen die de gemeente steeds (mede) bij haar handelen voor ogen heeft gehad, concludeert de rechtbank dat de gemeente in elk geval mede heeft gehandeld in de uitoefening van haar overheidsprerogatief inzake de ruimtelijke ordening.

Daarbij is niet doorslaggevend dat de overwegingen van de gemeente pas na geruime tijd en na aanmaning door Schreurs in publiekrechtelijke regelgeving zijn vertaald, nu het verband tussen de keuze voor een truckstop en de overwegingen van ruimtelijke en planologische aard wel steeds aanwezig is geweest. Bovendien was de urgentie voor een bestemmingsplan minder groot, aldus de rechtbank, nu sinds 1 juni 1993 de motorbrandstoffenclausule in de koop- en erfpachtovereenkomsten was opgenomen. Evenmin doorslaggevend acht de rechtbank dat de gemeente lijkt te hebben gehandeld met het oogmerk van opbrengstmaximalisatie; het algemeen belang kan dat onder omstandigheden zelfs vergen. Nu de gemeente niet als onderneming heeft gehandeld zijn niet alleen de artikelen 6 en artikel 24 Mw niet van toepassing, maar evenmin de artikelen 81 en 82 EG. Ten slotte verwerpt de Rechtbank het beroep van Van Vollenhoven op de decentrale toepassing van artikel 86 lid 1 j^o 81 lid 1 en 82 EG Verdrag respectievelijk artikel 3 lid 1 g j^o artikel 10 EG j^o artikel 81 en 82 EG, en wel als volgt:

‘Dit beroep stuit reeds af op het feit dat de decentrale toepassing van het communautaire mededingingsrecht is beperkt tot het toezicht op de naleving door ondernemingen en ondernemersverenigingen van de op hen toepasselijke mededingingsregels, en dus geen betrekking heeft op handelen van (organen van) de Lid-Staten als overheidsorgaan.’

In een overweging ten overvloede merkt de rechtbank nog op:

‘Eveneens ten overvloede merkt de rechtbank met betrekking tot de door eiseres gestelde schending van het verbod van artikel 3, eerste lid, aanhef en onder g, EG, in verbinding met artikel 10 EG, in verbinding met artikel 81, eerste lid, EG en artikel 82, eerste lid, EG, op dat zulks niet aan de orde kan zijn, nu hiervoor is vastgesteld dat geen sprake is van handelen in strijd met artikel 81, eerste lid, EG en artikel 82, eerste lid, EG.’

Commentaar

De Mededingingswet is onderdeel van het toetsingskader voor privaatrechtelijke (gebruiks)beperkingen bij gemeentelijke gronduitgifte. De voorvraag in dit verband is steeds: wanneer handelt een gemeente als onderneming? In het besluit op bezwaar inzake de Bloemenmarkt te Amsterdam¹ oordeelde de d-g NMa dat de commerciële exploitatie van grond niet als een overheidsprerogatief maar als een economische activiteit beschouwd moet worden.² Anderzijds handelde de gemeente bij het langs privaatrechtelijke weg vaststellen van, in dat geval, een assortimentsvoorschrift niet als onderneming, nu zij daarbij een algemeen, publiek belang beschermd. In het eerder genoemd besluit³ noemt de d-g NMa nog, de omstandigheid dat assortimentsvoorschriften niet rechtstreeks kunnen worden afgedwongen op basis van het (toekomstig) bestemmingsplan. Voorzover de d-g NMa dit als doorslaggevend beschouwde, lijkt mij dit moeilijk verenigbaar met het arrest van de Hoge Raad inzake de Kunst- en Antiekstudio Lelystad uit 1991⁴, waarin de HR uitmaakte dat de Wet op de ruimtelijke ordening niet in de weg staat aan het hanteren door gemeenten van beperkende voorwaarden in koopovereenkomsten ter zake van grond, ook als diezelfde beperkingen wel via een bestemmingsplan zouden kunnen worden opgelegd.

De rechtbank bevestigt met haar uitspraak de reeds door Maasdam en Van de Meent⁵ ten aanzien van de NMa-praktijk getrokken conclusie dat (privaatrechtelijke) voorwaarden verbonden aan gronduitgifte voorwerp van toetsing kunnen zijn onder de Mededingingswet. Overigens toetste de d-g NMa in de besluiten inzake de klachten van

1 Zaak 10, Bloemenmarkt Amsterdam, besluit op bezwaar d.d. 23 juli 1999.

2 Zie ook het NMa-besluit d.d. 4 mei 2000 in zaak 1010, BNA – Gemeente Den Haag en NMa-besluit d.d. 6 april 2001, zaak 58 BNA – Gemeente Utrecht.

3 Randnummer 50.

4 HR 8 juli 1991, NJ 1991, 691 (MS) en AB 1991, 659 (FHvdB).

5 Y.A. Maasdam, G.W.A. van de Meent, NMa beslist over gebruik ‘architectenlijstjes’ door gemeenten, Bouwrecht nr. 2, 2001, p. 99-101. Zie ook de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van dezelfde datum in de zaak van de Bloemenmarkt te Amsterdam (Meded 99/1874-SIMO). In het commentaar door D.J.M. de Grave in Actualiteiten Mededingingsrecht 8, oktober 2001, pp. 214 - 219, wordt nader ingegaan op de mededingingsrechtelijke toetsing van (gemeentelijk) overheidsoptreden.

de BNA tegen de gemeenten Den Haag en Utrecht, na geconcludeerd te hebben dat de gemeenten bij de gronduitgifte handelen als onderneming, de gehanteerde 'architectenlijstjes' direct aan artikel 6 Mw. Hij toetste hier zonder aan de hand van het doel en aard van dergelijke lijsten uitdrukkelijk te motiveren waarom het hanteren daarvan geen 'overheidsprerogatief' is.⁶ Hoewel dit bij architectenlijstjes wellicht minder voor de hand ligt, is naar mijn mening toch de benadering van de rechtbank, waarin achtergrond en oogmerk van de concrete aan de orde zijnde beperking worden getoetst, te prefereren. Zeker wanneer bedacht wordt dat beperkende voorwaarden bij gronduitgifte belangrijke en veelgebruikte beleidsinstrumenten zijn.⁷

De rechtbank moest voorts oordelen over het beroep van Van Vollenhoven op de decentrale toepassing van het communautaire mededingingsrecht ex artikel 88 en 89 Mw, alsmede het beroep op de artikelen 3 lid 1 g, 10, 81/82 EG en artikel 86 lid 1 en 82 EG. Nu lijkt de rechtbank niet te onderkennen dat Van Vollenhoven hier twee afzonderlijke rechtsgronden aanvoert; weliswaar noemt de rechtbank beide gronden in de hiervoor geciteerde overweging, maar zij behandelt in de dragende overweging van de uitspraak slechts het beroep op de artikelen 88 en 89 Mw, de decentrale toepassing van het communautaire mededingingsrecht. Waar gaat het om bij deze decentrale toepassing? Artikel 84 EG bepaalt dat, totdat op grond van artikel 83 EG de verordeningen tot toepassing van de artikelen 81 en 82 EG zijn vastgesteld, de autoriteiten van de lidstaten beslissen over de toelaatbaarheid van mededingingsregelingen en over het misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt, in overeenstemming met het nationale recht en in artikelen 81 EG, met name lid 3 en 82 EG neergelegde bepalingen. Deze bepaling van – in wezen – overgangsrecht is sinds het inwerkingtreden van Vo. 17 alleen nog van belang voor het beperkte niet door Vo. 17 bestreken terrein. Daarnaast bepaalt artikel 9 lid 3 van Vo. 17 dat zolang de Commissie geen procedure heeft ingeleid ex artikel 2, 3 of 6 van Vo. 17, de autoriteiten van de lidstaten overeenkomstig artikel 84 EG bevoegd blijven artikel 81 lid 1 en 82 EG toe te passen. Artikel 84 EG noch Vo. 17 wijst evenwel een speciale autoriteit in de afzonderlijke lidstaten aan. Reeds in 1974 heeft het Hof van Justitie overwogen dat de nationale rechterlijke instanties niet behoren tot de in artikel 9 van Vo. 17 bedoelde instanties, maar dat hun bevoegdheid tot toepassing van de artikelen 81 en 82 EG voortvloeit uit de rechtstreekse werking daarvan.⁸ Artikel 9 lid 3 ziet uitsluitend op die instanties wier bevoegdheid uit artikel 84 voortvloeit, welke instanties 'eveneens', dus naast de nationale rechterlijke instanties, de bevoegdheid tot toepassing van de artikelen 81 en 82 EG krijgen. Overigens schaarde het Hof ook 'de rechterlijke instanties welke in sommige Lid-Staten inzonderheid zijn belast met de toepassing van het nationale mededingingsrecht of de controle op de wettigheid van de toepassing daarvan door de administratieve overheid' onder de in artikel 9 lid 3 bedoelde autoriteiten. Een interessante vraag in dit verband

is of, en zo ja in hoeverre, de rechtbank te Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven onder deze definitie vallen. De wetgever heeft in artikel 88 Mw in ieder geval de d-g NMa als 'nationale autoriteit' aangewezen voor de zeer beperkte categorie van gevallen waarin diens optreden op die basis aan de orde zou kunnen zijn.⁹

De rechtbank komt mijns inziens terecht tot de conclusie dat de vorenbedoelde decentrale toepassing van het communautaire mededingingsrecht geen betrekking heeft op het handelen van organen van de lidstaten als overheidsorgaan. Die decentrale toepassing is immers beperkt tot de uitdrukkelijk tot 'ondernemingen' gerichte artikelen 81 lid 1 en 82 EG. Opmerkelijk is echter dat de rechtbank op die grond *en passant* ook het beroep van Van Vollenhoven op artikel 10 EG in combinatie met de mededingingsbepalingen lijkt te passeren.¹⁰ Want hoewel de artikelen 81 en 82 dan wel gericht zijn tot ondernemingen, is sinds het arrest van het Hof van Justitie inzake INNO/ATAB¹¹ vaste rechtspraak dat uit artikel 10 EG in combinatie met de mededingingsbepalingen de verplichting voor de lidstaten voortvloeit om geen maatregelen te nemen of te handhaven die het nuttig effect ontnemen aan de mededingingsbepalingen van het Verdrag. Deze norm spreekt nu juist de lidstaten aan in hun hoedanigheid van overheid. In de hierboven geciteerde overweging ten overvloede herhaalt de rechtbank haar misvatting door te stellen dat de schending van het verbod van artikel 10 EG niet aan de orde 'kan' zijn, nu zij even daarvoor heeft vastgesteld dat geen sprake is van handelen in strijd met artikel 81 lid 1 en 82 EG-Verdrag. De rechtbank stelt dit vast *enkel* op grond van de overweging dat de gemeente niet handelde als onderneming, hetgeen nu net niet in de weg staat aan de toepassing van artikel 10 EG.¹² Door in de dragende motivering van de uitspraak niet op het beroep op artikel 10 EG in te gaan, lijkt de rechtbank bovendien impliciet de directe werking van deze bepaling te miskennen.

Het is overigens nog maar de vraag of Van Vollenhoven er erg veel mee zou zijn opgeschoten indien de rechtbank wel, zoals zij had behoren te doen, was ingegaan op

6 Deze benadering verschilt van de wat meer genuanceerde benadering in de zaak van de Bloemenmarkt te Amsterdam, waar de d-g concludeerde dat weliswaar enerzijds van commercieel handelen sprake kon zijn, maar dat anderzijds de concrete, in het kader van dat commercieel handelen gehanteerde, clausele weer tot de 'overheidsprerogatieven' kon behoren.

7 Hetgeen mede redengevend was voor de beslissing van de Hoge Raad in het arrest inzake de Kunst- en Antiekstudio Lelystad.

8 Arrest van 30 Januari 1974, zaak 127/73, BRT/SABAM, Jur. 1974, p. 51.

9 Zie M.R. Mok, Kartelrecht I, 1998, p. 307-310.

10 Weliswaar behandelt de rechtbank dit beroep even verderop in de uitspraak meer expliciet, maar niet valt in te zien hoe de rechtbank een dergelijk essentieel beroep kon passeren in een kennelijk niet als dragend bedoelde overweging 'ten overvloede'.

11 Arrest van 16 november 1977, zaak 13/77, Jur. 1977, p. 2115.

12 Uiteraard is de tot de overheid gerichte norm die voortvloeit uit de combinatie van de artikelen 10, 81 en 82 EG niet van toepassing indien in het gegeven geval de artikelen 81 en/of 82 EG niet van toepassing zijn (zie ook L. Hancher en F.M. du Pré, annotatie bij de arresten Ohra, Reiff en Meng, paragraaf 8, SEW 1994, p. 693-700). Daarover stelt de rechtbank echter niets vast.

diens beroep op artikel 10 EG in combinatie met de mededingingsbepalingen. In de jurisprudentie van het Hof van Justitie zijn tot nu toe slechts een beperkt aantal categorieën van overheidshandelen onder deze norm gesanctioneerd. Het gaat dan om het opleggen dan wel het begunstigen of versterken van mededingingsbeperkende overeenkomsten tussen ondernemingen, dan wel het delegeren van de verantwoordelijkheid tot interventie op economisch gebied.¹³ Van dat alles lijkt in dit geval geen sprake te zijn. Overigens is een dergelijk beroep tot nu toe niet erg kansrijk gebleken, noch in de Nederlandse rechtspraak¹⁴ noch in de Europese rechtspraak¹⁵. Het beroep op artikel 86 lid 1 EG in combinatie met artikel 82 EG lijkt al evenmin kansrijk. Als aan Schreurs al een exclusief recht in de zin van artikel 86 lid 1 EG is verleend waarmee Schreurs een machtspositie op de relevante markt verkrijgt (nog daargelaten dat ook voor de marktafbakening onvoldoende gegevens voorhanden lijken), dan dient bovendien nog te worden aangetoond dat de verschaffing van die machtspositie zal leiden tot misbruik daarvan. Het enkel verlenen van een dergelijk recht is nog niet in strijd met artikel 82 EG.¹⁶

Overigens, indien de gemeente wel als ondernemer gehandeld zou hebben, zou het beroep op artikel 81 EG en/of artikel 6 Mw mogelijk zijn gestrand op, bijvoorbeeld, het merkbaarheidsvereiste, zoals ook de BNA bij de NMa overkwam bij haar klachten tegen de gemeenten Utrecht en Den Haag. Hoewel Van Vollenhoven wellicht niet, in tegenstelling tot de door de BNA vertegenwoordigde architecten, in heel Nederland werkzaam kan zijn, gaat het hier wel om een enkel industrieterrein, zodat de vraag rijst in hoeverre de exclusiviteit van Schreurs op enkel dat industrieterrein de mededinging op de hier relevante markt merkbaar beïnvloeden kan.

Zeker nu ter bevordering van mededingingsrechtelijke deskundigheid gekozen is voor concentratie van rechtspraak bij de Rechtbank Rotterdam is het – hoe weinig het Van Vollenhoven ook schelen zal – te hopen dat deze rechtbank een volgende gelegenheid zal aangrijpen om haar dogmatische vergissing te herstellen.

13 Zie o.a. HvJ EG 21 september 1988, zaak 267/86, Van Eyke/ASPA, Jur. 1988, p. 4769.

14 Zie paragraaf 7 van het Nederlandse rapport voor het XIXe FIDE-congres van J.W. de Zwaan, *The Netherlands (judiciary and authorities) and Article 10 of the EC-Treaty*, SEW 2000, nr. 4, p. 132 e.v.

15 Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, 2001, paragraaf 10-103.

16 Vergelijk HvJ EG 5 oktober 1994, zaak C-323/93, La Crespelle, Jur. 1994, p. I-5077.