

Vergaderjaar 2004–2005

29 951

Regels met betrekking tot het in gebruik geven van grond ten behoeve van de verkoop van motorbrandstoffen aan wegen in beheer bij het Rijk (Wet tot veiling van bepaalde verkooppunten van motorbrandstoffen)

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 5 oktober 2004 en het nader rapport d.d. 22 december 2004, aangeboden aan de Koningin door de minister van Financiën. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 8 juli 2004, no. 04.002697, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Financiën, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende regels met betrekking tot het in gebruik geven van grond ten behoeve van de verkoop van motorbrandstoffen aan wegen in beheer bij het Rijk (Wet tot veiling van bepaalde verkooppunten van motorbrandstoffen), met memorie van toelichting.

Ter uitvoering van het project Marktwerking, deregulering en wetgevingskwaliteit (MDW) Benzinemarkt (1998) heeft de overheid in de afgelopen jaren met betrokken partijen diverse convenanten gesloten, die in hoofdlijnen strekken tot een vrijwillige beëindiging van de voor onbepaalde tijd tussen de door de huidige gebruikers van een locatie voor een benzinestation en de Staat gesloten overeenkomst. Er zijn twee nagenoeg gelijklopende convenanten gesloten met de Vereniging Nederlandse Petroleum Industrie en de Vereniging Particuliere Rijkswegvergunningen van Tankstations: Convenant alternatief traject «MDW benzine hoofdwegennet» (hierna: «het Convenant»). Met de Vereniging BOVAG en Belangenvereniging Tankstations is het Convenant onderliggende rechtsrelaties gesloten. De kern van dat laatste convenant ligt in de bij dat convenant behorende Bijlage Overgangsregeling Onderliggende Rechtsrelaties. Ter concretisering van deze convenanten zijn met diverse ondernemingen en brancheorganisaties bilaterale convenanten en afspraken gemaakt.

Gedurende de komende periode zullen alle nu in gebruik zijnde locaties openbaar worden geveild, waarna ze voor een nieuwe periode van vijftien jaar in gebruik worden gegeven. De huidige gebruikers ontvangen ter compensatie van de voortijdige beëindiging van de overeenkomst voor onbepaalde tijd de opbrengst van de eerste veiling van hun locatie. De voorgestelde topdeelregeling² moet voorkomen dat de «zittende» partijen hierbij onevenredig worden bevoordeeld. De opbrengst van de volgende veilingen is voor de Staat.

De Raad van State maakt naar aanleiding van het wetsvoorstel een aantal opmerkingen met betrekking tot de hoofd- en nevendoelstellingen, de noodzaak, de veiling, de beoordeling van de overgangsregeling aan de hand van het Europees verdrag voor de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: EVRM), de procedure voor de bepaling van het gemiddeld

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

² De topdeelregeling houdt in dat indien de zittende vergunninghouder het hoogste bod heeft uitgebracht, hij aan de Staat een topdeel afdraagt. Dat topdeel wordt bepaald aan de hand van het verschil tussen het hoogste en een-na-hoogste bod met een maximum van 15% van het hoogste bod.

netto winstaandeel, de neveneffecten en ten slotte de noodremfunctionaliteit. Hij is in het bijzonder in verband met het EVRM van oordeel dat het voorstel nader dient te worden overwogen.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 8 juli 2004, nr. 04 002697, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 5 oktober 2004, nr. W06.04 0334/IV, bied ik U hierbij aan.

Naar aanleiding van het advies van de Raad van State merk ik het volgende op.

1. Doelstellingen

De doelstellingen van het wetsvoorstel zijn gebaseerd op het MDW-project en kunnen worden onderscheiden in hoofd- en neven-doelstellingen.

Als (publieke) hoofddoelstelling van het wetsvoorstel wordt genoemd het vergroten van de prijsconcurrentie op en het verruimen van de toetredingsmogelijkheden tot de markt van de verkoop van motorbrandstoffen langs wegen in beheer bij het Rijk.

Daarnaast kent het wetsvoorstel als neven-doelstelling dat de Staat een vergoeding ontvangt voor de bijdrage die hij levert aan het tot stand brengen van de markt.

a. Neven-doelstelling: vergoeding Staat

In de inleiding van de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat een neven-doel van het wetsvoorstel is om de Staat een vergoeding te geven voor de bijdrage die hij levert aan het tot stand brengen van de markt. In de artikelsgewijze toelichting wordt die vergoeding beschouwd «als een vergoeding voor het verwerven van het recht om een huurovereenkomst te mogen sluiten en voor de gebruikswaarde van de opstellen die op de locatie aanwezig zijn»¹. Uit deze bewoordingen kan worden afgeleid dat de vergoeding uitsluitend is gebaseerd op het eigen, privaatrechtelijke belang van de Staat als eigenaar/verhuurder, en niet op het bevorderen van het publieke belang van marktwerking.

Nu in dit wetsvoorstel het publieke belang van marktwerking en het private belang van de Staat als eigenaar/verhuurder noodzakelijk zijn verbonden, dient buiten twijfel te zijn dat het eigen belang van de Staat ondergeschikt is aan het publieke belang. De Raad adviseert daarom in de memorie van toelichting nader aan te geven waarom het publieke belang een bijzondere vergoeding van de Staat vergt.

b. Opheffen functiescheiding als neven-doelstelling?

Het wetsvoorstel strekt zich ook uit tot regeling van de opheffing van de functiescheiding tussen benzinstations en wegrestaurants. De functiescheiding was het beleidsmatige onderscheid tussen benzinstations en wegrestaurants en is als zodanig vorm gegeven in beleidsregels. Wegrestaurants hebben tot 1 juni 2004 de gelegenheid gehad het perceel grond dat zij gebruiken te veranderen in een locatie door hun overeenkomst met de Staat dienovereenkomstig aan te passen². Voor wegrestaurants die van die gelegenheid geen gebruik hebben gemaakt, is in artikel 9 een bijzondere overgangsregeling neergelegd, die verband houdt met het opheffen van de scheiding van functies van verkooppunt van motorbrandstoffen enerzijds en wegrestaurants anderzijds.

Volgens de memorie van toelichting³ is de opheffing van de functiescheiding niet het hoofdonderwerp van het wetsvoorstel, maar heeft zij er wel degelijk raakvlakken mee. In het recente verleden is ook in de door de Tweede Kamer aangenomen motie Hofstra/Crone⁴ een verband gelegd tussen de veilingen van de benzinstations en de opheffing van de functiescheiding. Om die reden adviseert de Raad dit onderwerp tenminste te presenteren als neven-doelstelling van het wetsvoorstel.

¹ Zie ook de artikelsgewijze toelichting bij artikel 4, tweede tekstblok.

² Stort. 2004, nr. 156, blz. 19; Kamerstukken II 2003/04, 24 036, nr. 294; Kamerstukken II 2001/02, 24 036, nr. 264.

³ Memorie van toelichting, Algemeen, Overige beleidsmatige aspecten.

⁴ Kamerstuk II 2001/02, 24 036, nr. 252.

1. Doelstellingen

a. Neven-doelstelling: vergoeding Staat De Raad meent dat uit de memorie van toelichting kan worden afgeleid dat de vergoeding die de Staat als opbrengst van de veiling ontvangt uitsluitend is gebaseerd op het eigen, privaatrechtelijke belang van de Staat als eigenaar/verhuurder.

Marktwerking op de benzinemarkt langs wegen in beheer bij het Rijk is het hoofddoel van het wetsvoorstel. Zoals in de memorie van toelichting is aangegeven, wordt dit doel bereikt door de termijn van de te verwerven huur rechten te beperken tot 15 jaar en door periodiek eenieder de gelegenheid te geven zo'n huur recht te verwerven. Daarmee worden de toetredingsdrempels tot de benzinemarkt langs wegen in beheer bij het Rijk zo laag mogelijk gemaakt.

Een veiling is het meest objectieve en transparante verdelingsinstrument voor de schaarse huur rechten. Als op een veiling meerdere gegadigden in onderlinge concurrentie bieden op het huur recht van een locatie dan leidt dat tot opbrengsten voor de Staat. Concurrentie om huur rechten en opbrengsten van de Staat liggen in elkaars verlengde, waarbij de opbrengsten voor de Staat slechts een afgeleide zijn van het hoofddoel van het bereiken van marktwerking.

De memorie van toelichting is op dit punt aangepast, zodat duidelijk wordt dat het ontvangen van een vergoeding door de Staat geen op zichzelf staande nevendoelelstelling is, maar een noodzakelijk uitvloeisel van het instrumentarium dat is gekozen om de hoofddoelelstellingen te bereiken.

b. Opheffen functiescheiding als nevendoelelstelling?

Het opheffen van de functiescheiding is door diverse beleidsmaatregelen geëffectueerd. Het wetsvoorstel, en dan in het bijzonder artikel 17 kan gezien worden als het sluitstuk van het beleid om te komen tot het opheffen van de functiescheiding. Daarmee is het opheffen van de functiescheiding een nevendoelelstelling van het wetsvoorstel, zoals de Raad terecht opmerkt. De memorie van toelichting is in deze zin aangepast.

2. Noodzaak en motivering wetgeving

De noodzaak van het wetsvoorstel valt volgens de memorie van toelichting in twee delen uiteen. Enerzijds heeft het kabinet in artikel 9.6 van het Convenant de verplichting op zich genomen te bevorderen dat bij de Staten-Generaal een voorstel van Wet motorbrandstoffenverkoop punten langs rijkswegen wordt ingediend. Daarmee wordt beoogd, «voorzover de aard van de gemaakte afspraken zich hiervoor leent, aan het Alternatieve Traject zoals neergelegd in het Convenant een wettelijke basis te geven». Met dit wetsvoorstel wordt aan die verplichting uitvoering gegeven. Daarmee is volgens de memorie van toelichting duidelijk dat het wetsvoorstel naar reden van bestaan, inhoud en vorm geheel wordt bepaald door het Convenant en door het Convenant onderliggende rechtsrelaties.

Anderzijds wordt wetgeving noodzakelijk geacht daar exploitanten niet gebonden zijn aan de afspraken die in het Convenant en het Convenant onderliggende rechtsrelaties zijn neergelegd.

Daar de verplichting opgenomen in artikel 9.6 van het Convenant geen objectieve noodzaak vormt om tot wetgeving over te gaan, maar slechts een beleidsmatige afspraak is, adviseert de Raad de memorie van toelichting in die zin aan te passen dat de noodzaak om tot wetgeving over te gaan alleen voortvloeit uit de weigering tot medewerking van bepaalde exploitanten. Volgens de toelichting is namelijk gebleken dat vrijwillige medewerking van exploitanten bij de veiling van benzinestations waarbij de exploitatie niet door een van de partijen bij het Convenant zelf ter hand is genomen, in vrijwel geen enkel geval wordt verkregen¹.

2. Noodzaak en motivering wetgeving

De Raad merkt op dat beleidsmatige afspraken op zichzelf niet de noodzaak kunnen vormen om tot wetgeving over te gaan. De memorie van toelichting is op dit punt aangepast, in die zin dat een onderscheid wordt gemaakt tussen de directe aanleiding om te komen tot wetgeving en de noodzaak om tot wetgeving over te gaan. Het eerste vloeit voort uit de afspraken hieromtrent in de verschillende convenanten, het laatste uit de weigering tot medewerking van bepaalde exploitanten.

3. Het middel veiling en de realisering van het flankerend beleid

De veiling zal worden uitgevoerd onder verantwoordelijkheid van de Minister van Financiën. De veiling dient volgens een objectieve, doorzichtige en non-discriminatoire procedure te verlopen. De NMa heeft zich over de bij

¹ Memorie van toelichting, aspecten van de overgangperiode, laatste tekstblok.

eerdere veilingen van tankstations reeds gebruikte reglementen positief uitgelaten. Volgens de NMa zijn de op basis van die reglementen te houden veilingen aan te merken als concurrentiebevorderend. Tevens verwacht de NMa positieve effecten van het flankerend beleid¹. De nog vast te stellen reglementen zullen naar verwachting vrijwel gelijklopend zijn aan de bij de eerdere veilingen reeds gebruikte reglementen.

De memorie van toelichting gaat niet in op de realisering van een van de onderdelen van het flankerend beleid: de reductieverplichting. Met het oog op het verkleinen van het marktaandeel van de grote marktpartijen is afgesproken dat het aantal stations dat onder de vlag van de grote marktpartijen wordt geëxploiteerd, voor 1 januari 2005 met in totaal 50 stations zal zijn afgenomen. Aangezien er – in afwachting van de inwerkingtreding van deze wet – in 2004 niet meer geveild zal worden, moet de reductieverplichting opschuiven tot na de uitgestelde veiling van 2004. Er zijn voor de grote marktpartijen slechts twee mogelijkheden om aan deze reductieverplichting te voldoen: niet bieden of het niet verkrijgen van gebruiksrechten².

De Raad adviseert in de toelichting te verduidelijken hoe tijdens de veiling zal worden gewaarborgd dat de – inmiddels in de tijd opgeschoven – reductieverplichting alsnog zal worden gerealiseerd.

3. Het middel veiling en de realisering van het flankerend beleid

Ter realisatie van de zogenoemde reductieverplichting zijn in de bilaterale overeenkomsten met elk van de betrokken vier grootste marktpartijen afspraken gemaakt over de wijze waarop zij ieder hun deel van de reductieverplichting zouden invullen.³ Een van de methoden om de reductieverplichting op 1 januari 2005 te realiseren, is het tijdens de veiling geen bod uit te brengen op een locatie waar men zelf de «zittende» partij is. Bij de veiling die voorzien was voor het jaar 2004 zouden de vier grootste oliemaatschappijen voldoen aan het resterende gedeelte van hun reductieverplichting. Door het verschuiven van de voor 2004 geplande veiling is deze mogelijkheid om voor 1 januari 2005 te voldoen aan de gehele reductieverplichting komen te vervallen. Om toch de mogelijkheid te behouden om tot volledige realisatie van de reductieverplichting te komen, heeft de Staat met elk van de betrokken oliemaatschappijen afzonderlijke besprekingen gevoerd. De uitkomst daarvan is dat de verschillende bilaterale overeenkomsten met de betreffende oliemaatschappijen zodanig worden aangepast dat het moment waarop zij hun reductieverplichting uiterlijk gerealiseerd moeten hebben, komt te liggen op 4 maanden na de uitgestelde veiling van 2004. In de memorie van toelichting is hierover een passage opgenomen.

4. Overgangsregelingen en EVRM

Artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM beschermt in essentie het eigendomsrecht. De belangrijkste voorwaarde voor de toepasselijkheid van dit artikel is dat er sprake moet zijn van eigendom in de zin van deze verdragsbepaling. Uit de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) blijkt dat in de context van het EVRM het begrip «eigendom» een ruimere betekenis heeft dan het Nederlandse civielrechtelijke begrip «eigendom».

Verder bepaalt artikel 1 van het Eerste Protocol in welke gevallen en onder welke voorwaarden een inbreuk op het recht op ongestoord genot van eigendom gerechtvaardigd is. Die overige voorwaarden kunnen schematisch als volgt worden weergegeven:

- *voldoet de inbreuk aan de eis van «lawfulness»?;*
- *zo ja, dient de inbreuk een legitiem doel in het algemeen belang?;*
- *zo ja, is een behoorlijk evenwicht behouden tussen de eisen van het algemeen belang van de samenleving en de bescherming van de rechten van het individu?*

¹ Dit beleid bestaat uit vier maatregelen: (i) de verplichting voor de vier grootste oliemaatschappijen om hun aantal pompstations langs het hoofdwegennet voor 1 januari 2005 terug te brengen met 50 pompstations; (ii) eventuele opheffing van de functiescheiding op locaties van pompstations voor benzineverkoop en andere economische activiteiten; (iii) een verbod om een motorbrandstoffenkenmerk te voeren dat langs dezelfde rijrichting op de rijksweg binnen 25 kilometer van die locatie reeds wordt gevoerd; en (iv) het hanteren van meer marktconforme gebruiksvergoedingen voor pompstations.

² Kamerstukken II 2003/04, 24 036, nr. 294, blz. 3.

³ Kamerstukken II 2000/01, 24 035, nr. 200.

Een negatief antwoord op één van deze vragen betekent dat artikel 1 van het Eerste Protocol is geschonden. Onder de eerste vraag valt de eis dat de nationale rechtsgrondslag voor de inbreuk voldoende toegankelijk, precies en voorzienbaar is. Deze voorwaarde toetst het EHRM doorgaans nauwgezet. Bij de andere twee vragen laat het EHRM doorgaans een ruime(re) beoordelingsvrijheid aan de verdragsstaat¹. De Raad merkt het volgende op:

a. Ontbreken van schadevergoedingsprocedure

De overheid heeft ooit onvoorwaardelijk toestemming verleend voor het gebruik van bepaalde gronden langs wegen als verkooppunt voor motorbrandstoffen. Eigenlijk kan alleen in elk betrokken geval afzonderlijk worden nagegaan of er voldoende reden is om te spreken van «eigendom» in de zin van het EVRM. De onvoorwaardelijke toestemming zelf kan wellicht niet direct als «eigendom» worden aangemerkt, maar wel via de band van de noodzakelijkheid daarvan voor de bedrijfsvoering en de economische waarde die daar derhalve uit voortvloeit. Bij het bepalen van de uiteindelijke reikwijdte van het «eigendom» kan bovendien het gerechtvaardigd vertrouwen eveneens een belangrijke rol spelen². Verder vallen, tenzij daarover ooit uitdrukkelijk individuele andersluidende afspraken zijn gemaakt, bijvoorbeeld ook de aangebrachte opstallen op die gronden onder dit begrip³. Ook indien de titel betwist zou worden, laat dit onverlet dat artikel 1 van het Eerste Protocol van toepassing is⁴.

Als gevolg van dit wetsvoorstel wordt een inbreuk gemaakt op het recht op ongestoord genot van het «eigendom». Er is geen sprake van regulering in de zin van de tweede paragraaf van artikel 1 van het Eerste Protocol, omdat na de inbreuk de natuurlijke persoon dan wel rechtspersoon die ooit de toestemming heeft verkregen, niet langer rechthebbende is en geen gebruik meer kan maken van zijn «eigendom». De inbreuk die gemaakt wordt ziet dan ook op de ontneming van eigendom als bedoeld in de tweede volzin in de eerste alinea van artikel 1 van het Eerste Protocol.

Voor deze ontneming vormt het wetsvoorstel een voldoende wettelijke basis, omdat de daarin opgenomen nationale rechtsgrondslag voldoende toegankelijk, precies en voorzienbaar is. De inbreuk voldoet derhalve aan het begrip «lawfulness». Verder is het doel van die inbreuk, blijkens het wetsvoorstel, het vergroten van de prijsconcurrentie op en het verruimen van de toetredingsmogelijkheden tot de markt van de verkoop van motorbrandstoffen langs wegen in beheer bij het Rijk; dat laatste kan worden aangemerkt als een legitiem oogmerk van algemeen belang.

Bij een gedwongen eigendomsoverdracht wordt het vereiste «behoorlijk evenwicht» doorgaans bereikt door het vergoeden van de geleden schade. Ook al stelt artikel 1 van het Eerste Protocol niet als eis dat schadevergoeding wordt verleend, een ontneming zonder schadevergoeding is doorgaans niet evenredig en dus in strijd met artikel 1 van het Eerste Protocol. Het wetsvoorstel lijkt ervan uit te gaan dat de geboden langdurige overgangperiode reeds met zich brengt dat bij geen van de hier aan de orde zijnde gevallen van ontneming van «eigendom» een vergoeding behoeft plaats te vinden. Het EHRM staat kritisch tegenover het geheel ontbreken van elke vorm van schadevergoeding, maar aanvaardt wel een zekere «margin of appreciation» waar het gaat om de beantwoording van de vraag of de vergoeding «reasonably related to the value» van het «eigendom» is. Eigenlijk kan ook alleen in elk geval afzonderlijk worden nagegaan of een in een concreet geval door de overheid toe te kennen schadevergoeding in een redelijke verhouding staat tot de waarde van het ontnemen «eigendom».

In het wetsvoorstel wordt geen (aparte) gerechtelijke procedure aangewezen volgens welke de hoogte van de schadevergoeding wordt bepaald. Op grond van de in de memorie van toelichting beschikbare gegevens kan de Raad niet beoordelen of op dit punt is voldaan aan de door het EHRM voorgeschreven eisen.

De Raad is van mening dat de overheid niet zonder meer kan volstaan met een verwijzing naar de opbrengst van de eerste veiling die op grond van artikel 6, derde lid, ten goede komt aan de wederpartij bij de bestaande overeenkomst (de huurder), omdat de zittende vergunninghouder een vergunning heeft voor onbepaalde tijd, en de veiling betrekking heeft op een vergunning voor een periode van 15 jaar, zodat er geen sprake is van objectieve vaststelling van de

¹ Zie in dit verband ook punt 2 van het advies van de Raad inzake de wijziging van het Frequentiebesluit in verband met de wijziging van de regeling voor de verdeling van schaarse frequentieruimte voor commerciële omroep (W10.02.0386, gepubliceerd in bijvoegsel Staatscourant 8 oktober 2002, nr. 193).

² Arrest van 24 juni 2003 in de zaak Stretch tegen Verenigd Koninkrijk (no. 44277/98, EHRC 2003/68).

³ De memorie van toelichting, algemeen, historisch perspectief, laatte tekstblok, wrodt andersw gesuggereerd. Door natrekking zijn de door de gebruikers aangebrachte opstallen eigendom geworden van de Staat, aangezien er nooit een recht van opstal is gevestigd ten behoeve van degenen die de opstallen hebben aangebracht.

⁴ Ontvankelijkheidsbeslissing van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens van 10 juli 1997 in de zaak Panikian e.a. tegen Bulgarije (no. 29583/96, n.g.): «The Commission considers that the applicants had a was null and void ab initio. Thus, for about 35 years they possessed the apartment in question and were considered owners for all legal purposes. Moreover, it would be unreasonable to accept that a State may enact legislation which allows nullification ab initio of contracts or other titles to property and thus escape th responsibility for an interference with property rights under the Convention.»

hoogte van de geleden schade. Ook de compensatieregeling opgenomen in artikel 7b, negende lid, voldoet niet aan die toets.

De Raad adviseert naar aanleiding van het voorgaande om een passende gerechtelijke schadevergoedingsprocedure aan het wetsvoorstel toe te voegen.

b. Voorwaarden voorzien in de algemene beginselen van internationaal recht In de memorie van toelichting¹ wordt gesteld dat eveneens wordt voldaan aan de voorwaarden voorzien in de algemene beginselen van internationaal recht. In het arrest van 22 januari 1986 in de zaak James e.a. tegen Verenigd Koninkrijk (no. 8793/79, A98) heeft het EHRM echter geoordeeld dat deze voorwaarde alleen geldt wanneer de klagers geen onderdaan zijn van de desbetreffende verdragsstaat. De Raad adviseert deze nuancering in de toelichting aan te brengen.

4. Overgangsregelingen en EVRM

a. Ontbreken van schadevergoedingsprocedure De Raad richt zich bij zijn bespreking van de eisen die artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM op de positie van de vergunninghouder. In dit verband is het goed nog eens te wijzen op welke wijze de beëindiging heeft plaatsgevonden van de -in de woorden van de Raad – «onvoorwaardelijke» toestemming die de Staat ooit heeft gegeven aan de vergunninghouders voor het gebruik van een locatie. Zoals de Raad in zijn inleiding juist opmerkt, strekken de verschillende convenanten die tussen diverse partijen gesloten zijn in hoofdlijnen tot een vrijwillige beëindiging van de voor onbepaalde tijd tussen de huidige gebruiker van de locatie van een benzinstation en de Staat gesloten overeenkomst. Aan deze convenantsafspraken is vervolgens in januari 2002 uitvoering gegeven. Alle vergunninghouders hebben met gebruikmaking van een standaardbrief hun overeenkomst voor onbepaalde tijd opgezegd en de Staat heeft met gebruikmaking van een standaardbrief die opzegging bekrachtigd. Het resultaat van deze handelingen is dat alle vergunninghouders nu een overeenkomst voor bepaalde tijd hebben verkregen. De afloopdatum van die overeenkomst voor bepaalde tijd (de datum waartegen is opgezegd) is het moment waarop de betreffende locatie ter veiling wordt gebracht. De facto wordt in de veiling dus een eindige overeenkomst ingebracht. Bovendien moet niet uit het oog verloren worden dat de zittende vergunninghouder zelf kan meebieden op de locatie die geveild wordt. Het is zeker niet uit te sluiten dat hij wederom de huurder wordt van de betreffende locatie. Slechts het topdeel komt dan niet bij hem terug als onderdeel van de veilingopbrengst die dient ter compensatie voor het vrijwillig inleveren van een eindige concessie.

Gelet op de vrijwilligheid van de beëindiging van de rechtsbetrekkingen tussen de vergunninghouders en de Staat, speelt de vraag of er is voldaan is aan de eisen die het EHRM stelt aan een inbreuk op «eigendom» in de zin van het EVRM geen rol.

Met betrekking tot de positie van de exploitanten zouden de door het EHRM voorgeschreven eisen wel een rol kunnen spelen. In dat verband merk ik het volgende op.

De Raad merkt terecht op dat het niet aanbieden van compensatie slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden niet in strijd zal zijn met artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Het al dan niet aanbieden van compensatie speelt een belangrijke rol bij de proportionaliteitstoets van het EHRM. Dit betekent echter niet dat sprake moet zijn van een volledige schadeloosstelling (zie o.a. Lithgow e.a. v. Verenigd Koninkrijk, EHRM uitspraak van 6 juli 1986, Serie A 101, para. 121: «The Court further accepts the Commission's conclusion as to the standard of compensation: the taking of property without payment of an amount reasonably related to its value would normally constitute a disproportionate interference which could not be considered justifiable under Article 1 (P1-1). Article 1 (P1-1) does not, however, guarantee a right to full compensation in all circumstances, since legitimate objectives of »public interest«, such as pursued in measures of economic reform or measures designed to achieve greater social justice, may call for less than reimbursement of the full market value»; zie ook Holy Monasteries v.

¹ Artikelsgewijze toelichting op de artikelen 7 tot en met 7^e.

Griekenland, EHRM uitspraak van 9 december 1994, Serie A 301-A, para 71; Papachelas v. Griekenland, EHRM uitspraak van 25 maart 1999 ECHR 1999-II).

Ten aanzien van de proportionaliteit laat het EHRM de Verdragsstaten een ruime margin of appreciation. In de zaak AGOSI v. Verenigd Koninkrijk (EHRM uitspraak van 24 oktober 1986, Serie A-108) stelde het EHRM: «The State enjoys a wide margin of appreciation with regard both to choosing the means of enforcement and to ascertaining whether the consequences of enforcement are justified in the general interest for the purpose of achieving the object of the law in question». Het uitgangspunt is dat er een «redelijke verhouding» moet bestaan tussen de schade en de hoogte van de compensatie.

Bij de beoordeling van de redelijkheid van de geboden compensatie zal het EHRM ook rekening houden met het risico dat inherent is aan commerciële bedrijfsuitoefening. In de zaak Pine Valley Developments Ltd v. Ierland (EHRM uitspraak van 29 november 1991, Serie A-222) stelde het EHRM: «The applicants were engaged on a commercial venture which, by its very nature, involved an element of risk [...] This being so, the Court does not consider that the annulment of the permission without any remedial action being taken in their favour can be regarded as a disproportionate measure.»

In het onderhavige geval bestaat de compensatie voor de exploitanten uit een periode van 15 jaar waarin zij in staat gesteld worden de exploitatie voort te zetten. Voor een bepaalde categorie van exploitanten, de zogenaamde toegewezen exploitanten, is deze periode zelfs nog langer dan 15 jaar. Indien binnen de periode van 15 jaar (of 19 jaar in bepaalde gevallen) een veiling met betrekking tot de betreffende locatie plaatsheeft, is de (nieuwe) huurder verplicht de exploitant een overeenkomst aan te bieden die hem in staat stelt gedurende de resterende periode een vergelijkbaar inkomen te behalen als in de voorafgaande periode. Bovendien is ook bij de exploitatie sprake van commerciële activiteit, hetgeen een zeker risico in zich draagt.

Voorzover de Raad opmerkt dat er een gerechtelijke procedure moet zijn voor de vaststelling van de schadevergoeding, merk ik op dat het EHRM onder meer in de zaak Bäck v. Finland (EHRM uitspraak van 20 juli 2004) heeft overwogen: « 56. Although Article 1 of Protocol No. 1 contains no explicit procedural requirements, the proceedings at issue must also afford the individual a reasonable opportunity of putting his or her case to the responsible authorities for the purpose of effectively challenging the measures interfering with the rights guaranteed by this provision. In ascertaining whether this condition has been satisfied a comprehensive view must be taken of the applicable procedures.»

Gelet op het bovenstaande, ben ik van mening dat op alle punten is voldaan aan de door het EHRM voorgeschreven eisen.

Opgemerkt moet in dit verband nog worden dat ook overeenkomsten voor onbepaalde tijd onder omstandigheden opzegbaar zijn. In die zin kan derhalve niet gesproken worden van «onvoorwaardelijke toestemming» voor het gebruik van een locatie. Uiteraard is de Staat bij zo'n opzegging gebonden aan de wettelijke voorschriften die daarbij gelden. Voordat uiteindelijk de Convenanten voor het alternatief traject MDW Benzinewet tot stand zijn gekomen, heeft de Staat de mogelijkheden voor opzegging van de bestaande overeenkomsten voor onbepaalde tijd onderzocht en geconcludeerd dat daartoe mogelijkheden bestonden.¹

De memorie van toelichting is aangepast om het hierboven gemaakte onderscheid tussen de vergunninghouder en de exploitant te verduidelijken.

b. Voorwaarden voorzien in de algemene beginselen van internationaal recht
In de toelichting is op dit punt een nuancering aangebracht.

5. Procedure bepaling gemiddeld netto winstaandeel

De toelichting op artikel 7 hinkt, voorzover het gaat om het niet meewerken aan het bepalen van het gemiddeld netto winstaandeel, op twee gedachten. Enerzijds wordt gesteld dat als gevolg van het niet naleven van de verplichting

¹ Zie het Eindrapport werkgroep bestaande contracten, bijlage bij Kamerstukken II, 1998/99, 24 036, nr. 117.

tot medewerking een schatting wordt gemaakt van het gemiddeld netto winstaandeel, hetgeen niet meer is dan wat in artikel 7, zesde lid, is bepaald. Anderzijds wordt gesteld dat het weigeren van de nodige medewerking, als een nalaten in strijd met een wettelijke plicht, een onrechtmatige daad kan opleveren jegens degenen die bij de medewerking belang hebben. Het gaat dan volgens de toelichting om de wederpartij bij de bestaande exploitatie-overeenkomst, de nieuwe huurder en de Staat.

De Raad adviseert het voorstel zo aan te passen dat de Staat, als verantwoordelijke voor een zo goed mogelijk verloop van de veiling, toereikende bevoegdheden heeft voor de bepaling van het gemiddeld netto winstaandeel. Alleen op die manier weten alle betrokkenen wat op dit punt de rechten en plichten zijn en kan onnodige inschakeling van de rechter – ter beantwoording van de vraag of in casu sprake is van een onrechtmatige daad – worden voorkomen.

5. Procedure bepaling gemiddeld netto winstaandeel

De tekst van artikel 9 van het wetsvoorstel laat geen twijfel over de rechten en plichten van alle betrokkenen bij het vaststellen van het gemiddeld netto winstaandeel. Zij zijn verplicht de accountant of accountant-administratieconsulent alle medewerking te verlenen. Anders dan de Raad is de regering van mening dat de Staat toereikende bevoegdheden heeft voor de bepaling van het gemiddeld netto winstaandeel in het geval de gegevens ontbreken en in het geval de medewerking om welke reden dan ook ontbreekt. In dat geval kan de accountant of accountant-administratieconsulent een schatting maken. De uitkomst van die schatting wordt dan als het gemiddeld netto winstaandeel in het biedboek opgenomen.

Het spreekt voor zich dat alle partijen er belang bij hebben zich aan hun wettelijke verplichting tot medewerking te houden. Niettemin is de memorie van toelichting op dit punt aangepast om de suggestie te vermijden dat de bevoegdheden van de Staat aanvulling zouden behoeven van een actie uit onrechtmatige daad.

6. Neveneffecten

In de memorie van toelichting is geen aandacht geschonken aan de mogelijke neveneffecten van het wetsvoorstel. Daarbij valt te denken aan de eventuele uitbreiding van het aantal verkooppunten van motorbrandstoffen door partijen die nu al actief zijn op het onderliggende wegennet of op verwante markten (bijvoorbeeld supermarkten). De Raad adviseert in de toelichting aan deze mogelijke gevolgen van het wetsvoorstel aandacht te schenken.

6. Neveneffecten

De Raad meent dat geen aandacht is besteed aan mogelijke neveneffecten van het wetsvoorstel. Het wetsvoorstel heeft als doel de toetredingsmogelijkheden tot de markt voor motorbrandstoffen langs wegen in beheer bij het Rijk te verruimen. Via de veiling van een locatie hebben ook partijen die nog geen positie hebben op deze markt de mogelijkheid er een te verwerven. In de veilingen die al hebben plaatsgevonden hebben nieuwe partijen locaties verworven.¹ Daarmee hebben zij hun aantal verkooppunten uitgebreid met locaties die zijn gelegen aan wegen die in beheer zijn bij het Rijk. Dit is echter geen neveneffect van het MDW-project Benzinemarkt waarvan dit wetsvoorstel een sluitstuk is, maar een hoofddoel. Door dit wetsvoorstel zal het onderscheid tussen de markt voor motorbrandstoffen langs wegen in beheer bij het Rijk en die langs het onderliggende wegennet verder vervagen, juist vanwege de – door deze wet geschapen – verruiming van de toetredingsmogelijkheden op de eerstgenoemde markt. Het verwerven van verkooppunten langs wegen in beheer bij het Rijk door nieuwe partijen zal leiden tot een meer gevarieerd aanbod en daardoor de marktwerking ten goede komen. Er is geen reden te verwachten dat dit ook gevolgen heeft voor de uitbreiding van het aantal verkooppunten voor motorbrandstoffen buiten de wegen in beheer bij het Rijk. Daarvoor is primair het beleid terzake van provincies en gemeenten relevant.

7. Noodrem

Artikel 23 van het Veilingreglement benzinestations Domeinen 2002 kent de veilingmeester te allen tijde de bevoegdheid toe om de veiling stil te leggen als hij dat nodig acht. Een dergelijke noodremfunctionaliteit is vooral na de veiling van de derde generatie mobiele telefonie-frequenties (UMTS) in beeld

¹ Zie de brief aan de Tweede Kamer van de Minister van Financiën van 23 maart 2004, Kamerstukken II, 2003/04, 24 036 nr. 294 en de marktscan van de NMa.

gekomen. Een dergelijke bevoegdheid kan bij onverwachte gebeurtenissen voor of gedurende de veiling de mogelijkheid bieden de veiling stil te leggen of in extreme gevallen zelfs de vormgeving ervan te veranderen. De Raad adviseert, gezien de ervaringen in 2000 bij de UMTS-veiling, een dergelijke bevoegdheid niet aan de veilingmeester over te laten, maar deze expliciet toe te kennen aan de minister.

7. Noodrem

Artikel 4, vierde lid, van het Veilingreglement benzinstations Domeinen 2002 kent aan de directeur Domeinen van het Ministerie van Financiën de bevoegdheid toe aanwijzingen te geven aan de veilingmeester voor de uitoefening van diens taak. Zo is op adequate wijze gewaarborgd dat de minister via de ambtelijke lijn kan ingrijpen bij onverwachte gebeurtenissen voor of gedurende de veiling. De lessen die uit de ervaringen bij de UMTS-veiling in 2000 getrokken konden worden, zijn daarmee verwerkt in het Veilingreglement benzinstations Domeinen 2002. Belangrijk is daarbij om in het oog te houden dat de UMTS-veiling qua opzet en omvang op een ander niveau ligt dan de relatief eenvoudige veiling van locaties voor verkooppunten van motorbrandstoffen.

8. Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Raad naar de bij het advies behorende bijlage.

8. Redactionele kanttekeningen

De redactionele kanttekeningen zijn overgenomen.

9. Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om aan artikel 14 een lid toe te voegen en op enkele punten de toelichting te verduidelijken. Deze toevoegingen en verduidelijkingen hebben een technisch karakter.

De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De waarnemend Vice-President van de Raad van State,
P. van Dijk*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde (gewijzigde) voorstel van wet en de (gewijzigde) memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Financiën,
G. Zalm

**Bijlage bij het advies van de Raad van State betreffende
no. W06.04.0334/IV met redactionele kanttekeningen die de Raad in
overweging geeft.**

- De vermelding van de citeertitel in het opschrift als volgt wijzigen:
«Wetsvoorstel» vervangen door: Wet.
- Alleen de nummering van bij wijziging ingevoegde artikelen geschiedt door
toevoeging van a, b enzovoort. In dit geval daarom volstaan met een
doorlopende nummering, gecombineerd met de onderverdeling in
paragrafen (aanwijzingen 95, 97 en 236 van de Aanwijzingen voor de
regelgeving (Ar)).
- Gelet op aanwijzing 52 Ar, in artikel 2, eerste lid, «het bepaalde in» laten
vervallen.
- In de memorie van toelichting (slot zevende alinea) de verwijzing naar het
zevende lid van artikel 2 vervangen door een verwijzing naar het zesde lid
van die bepaling.