

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit als bedoeld in artikel van de Mededingingswet.

Nummer 187/23

Betreft zaak: Amsterdam Schiphol Pijpleiding

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit tot afwijzing van een aanvraag tot ontheffing als bedoeld in 17 artikel van de Mededingingswet.

INLEIDING

1. Op 24 maart 1998 heeft de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna "d-g NMa") een aanvraag ontvangen van Amsterdam Schiphol Pijpleiding C.V. (hierna "ASP") om buiten toepassingsverklaring dan wel ontheffing te verlenen van artikel 6 van de Mededingingswet (hierna: Mw) als bedoeld in artikel 17 Mw met betrekking tot de Samenwerkingsovereenkomst "Amsterdam Schiphol Pijpleiding", van 21 april 1997 (hierna: de Samenwerkingsovereenkomst).

FEITELIJKE ACHTERGROND

Partijen

2. ASP is een commanditaire vennootschap die tot stand is gebracht op basis van de Samenwerkingsovereenkomst. Ten tijde van de indiening van de Samenwerkingsovereenkomst waren partij: Fina Nederland B.V. (hierna: Fina), Shell Pipeline Company B.V.(hierna: Shell), Texaco Nederland B.V. (hierna: Texaco), Total Nederland N.V.(hierna: Total) en Koninklijke Luchtvaart Maatschappij N.V. (hierna: KLM). In 1999 is Den Norske State Oljeselskap S.A. (hierna: Norske State) toegetreden tot de Samenwerkingsovereenkomst. Voorts is in het kader van de fusie in 1999 tussen Total en Fina, TotalFina Nederland B.V. (hierna: TotalFina) toegetreden als rechtsopvolger van Total en Fina. Shell, Texaco en TotalFina, Norske State en KLM bieden kerosine aan op de Luchthaven Schiphol.
3. Partij bij de Samenwerkingsovereenkomst is voorts Aircraft Fuel Supply B.V. (hierna: AFS). AFS beheert en onderhoudt de voorraad tanks en het pijpleidingensysteem op de Luchthaven Schiphol. Tot haar activiteiten behoren voorraadbeheer, het toezicht op kwaliteitseisen die

aan kerosine worden gesteld, alsmede het gebruik, inclusief onderhoud, van het ondergrondse pijpleidingensysteem op de Luchthaven Schiphol. Ten tijde van de ontvangst van de aanvraag waren 11 ondernemingen (aanbieders van o.a. kerosine) in gelijke mate aandeelhouder van AFS.

Achtergrond

4. In Rotterdam, Vlissingen, Antwerpen en Amsterdam zijn een tiental raffinaderijen en opslagbedrijven vanwaar de kerosine wordt vervoerd naar de Luchthaven Schiphol. De totale behoefte aan kerosine op de Luchthaven Schiphol bedroeg in het jaar 1997 ca. 3,4 miljoen m³ en bedroeg in 1999 ca. 3,8 miljoen m³.
5. De aanvoer van kerosine naar Schiphol vond tot eind 1997 op twee manieren plaats. Ten eerste werd de kerosine door binnenvaartschepen, met name via de (oostelijke) Ringvaart door de Haarlemmermeer naar de Luchthaven Schiphol getransporteerd. Eind jaren tachtig en begin jaren negentig zijn er van overheidswege diverse bezwaren gerezen tegen de aanvoer van kerosine per binnenschip. Deze aanvoermodaliteit kon in zijn toenmalige omvang dan ook niet meer worden gehandhaafd.
6. Ten tweede werd (en wordt) het transport van kerosine uitgevoerd door de Defensie Pijpleiding Organisatie (hierna: DPO). DPO exploiteert een pijpleiding (hierna: DPO-leiding) welke loopt tussen het Rotterdamse havengebied en Schiphol. De totale capaciteit van de DPO-leiding bedraagt maximaal 3,6 miljoen m³ op jaarbasis. Vanwege technische redenen is de maximale capaciteit echter in feite niet meer dan 2,9 miljoen m³ op jaarbasis.
7. Ingevolge een gezamenlijke overeenkomst met het Ministerie van Defensie hebben de op de Luchthaven Schiphol actieve oliemaatschappijen zich verplicht jaarlijks minimaal 1,8 miljoen m³ kerosine door de DPO-leiding te doen vervoeren, zulks in verband met een rendabele exploitatie daarvan.
8. Om toch te kunnen voorzien in de toenemende totale behoefte aan kerosine op Schiphol hebben Fina, Shell, Texaco, Total en KLM besloten gezamenlijk een nieuwe pijpleiding aan te leggen vanuit het Amsterdamse havengebied naar Schiphol. Teneinde te komen tot een efficiënte aanleg en exploitatie van de nieuwe pijpleiding hebben partijen gezamenlijk een nieuwe onderneming, ASP, opgericht.
9. In ASP-verband is een nieuwe leiding aangelegd en in werking gesteld. De transportcapaciteit van de ASP leiding bedraagt minimaal [vertrouwelijk] miljoen m³ en maximaal [vertrouwelijk] miljoen m³ op jaarbasis. De investeringskosten bedroegen circa EUR [vertrouwelijk] miljoen (NLG [vertrouwelijk]miljoen).

De Samenwerkingsovereenkomst

10. De Samenwerkingsovereenkomst betreft de oprichting van ASP, een commanditaire vennootschap naar Nederlands recht. Thans zijn de commanditaire vennoten TotalFina (aandeel: [vertrouwelijk]%), KLM (aandeel: [vertrouwelijk]%), Shell (aandeel: [vertrouwelijk]%), Texaco (aandeel: [vertrouwelijk]%) en Den Norske State (aandeel: [vertrouwelijk]%) en met als beherend vennoot ASP Beheer B.V. i.o. (aandeel:[vertrouwelijk]%).
11. ASP is aangevangen op 21 april 1997 en is aangegaan voor onbepaalde tijd. Geen der vennoten kon eerder uit ASP treden dan op 21 april 2002.
12. ASP heeft ingevolge de Samenwerkingsovereenkomst ten doel het exploiteren van een onderneming, verband houdend met de opslag en het transport van kerosine via het Amsterdamse havengebied naar de luchthaven Schiphol en voorts het verrichten van al hetgeen met het vorenstaande verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn.
13. Iedere vennoot heeft het recht op het uitbrengen van het aantal stemmen in de Vergadering van Vennoten, dat pro rata correspondeert met zijn deelname in ASP. Alle besluiten in de Vergadering van Vennoten worden in beginsel genomen met een gekwalificeerde meerderheid van 90% van de geldig uitgebrachte stemmen.
14. Op grond van artikel 6.1 van de Samenwerkingsovereenkomst berust het dagelijks bestuur van ASP bij de door de beherend vennoot benoemde General Manager (hierna: GM). De commanditaire vennoten hebben geen bemoeienis met de dagelijkse gang van zaken.
15. ASP heeft geen enkele bemoeienis met de commerciële condities waaronder kerosine wordt geleverd aan de afnemers en de onderhandelingen dienaangaande. ASP faciliteert uitsluitend het transport van kerosine vanaf de terminalfaciliteit van Oiltanking Amsterdam B.V., waarmee ASP een overeenkomst is aangegaan, naar de Luchthaven Schiphol.
16. AFS is medeondertekenaar van de Samenwerkingsovereenkomst aangezien partijen de medewerking van AFS behoeven voor de ontvangst van kerosine en de vaststelling van de per onderneming, vennoot of niet-vennoot, aangevoerde hoeveelheden kerosine alsmede de kwaliteit daarvan. (Een onderneming die kerosine aanvoert via een pijpleiding wordt "doorzetter" genoemd.)
17. Nieuwe vennoten kunnen toetreden tot ASP na een unaniem besluit daartoe van de Vereniging van Vennoten. Nieuwe vennoten kunnen alleen als zodanig toetreden indien zij

beschikken over een op hun naam gestelde concessie van de Luchthaven Schiphol en tevens aandeelhouder zijn van AFS.

18. ASP kan niet-vennoten een doorzetfaciliteit aanbieden. Hiertoe sluiten niet-vennoten een Doorzetovereenkomst met ASP. In de Doorzetovereenkomst zijn bepaalde voorwaarden neergelegd waaraan niet-vennoten moeten voldoen. Zo worden er onder meer kwaliteitseisen gesteld aan de door de niet-vennoot voor doorzet van aangeboden kerosine.

Non-concurrentiebeding en doorzetverplichting

19. In de Samenwerkingsovereenkomst is bepaald dat *“het ieder van de Vennoten direct dan wel indirect is verboden gedurende het bestaan van de Vennootschap alsmede gedurende vijf jaar na zijn defungeren als Vennoot van de Vennootschap, tenzij hij zelf de zaken van de Vennootschap voortzet, deel te nemen in, of betrokken te zijn bij, of overeenkomsten aan te gaan met een onderneming welke activiteiten ontplooit die rechtstreeks concurreren met de activiteiten van de Vennootschap. Dit verbod geldt niet voor de gebruikmaking van de DPO-leiding.”*
20. Verder is in de Samenwerkingsovereenkomst een doorzet-verplichting neergelegd waarin wordt bepaald dat: *“Ieder der Vennoten zich zal verplichten om de volledige aanvoer van kerosine naar de Luchthaven Schiphol via de Vennootschap te doen verzorgen, onder aftrek van zijn aandeel in de 1.800.000 m³ per jaar van de thans geldende DPO overeenkomsten [...]”*

VERLOOP VAN DE PROCEDURE

21. Op 17 mei 1999 en op 1 oktober 1999 heeft de d-g NMa vragen aan verzoekster gesteld. De antwoorden daarop zijn op 3 juni 1999 respectievelijk 2 november 1999 ontvangen.
22. Op 5 oktober 1999 heeft een gesprek plaatsgevonden met ASP. Daarin is namens ASP onder meer de rol van de overheid met betrekking tot het verminderen en tenslotte het staken van het vervoer van kerosine per binnenvaartschip uiteengezet.
23. Op 15 november 1999 heeft de d-g NMa vragen gesteld aan diverse luchtvaartmaatschappijen met betrekking tot de toevoer en afname van kerosine. De antwoorden daarop zijn binnen de gestelde termijn ontvangen.
24. In de Staatscourant met nummer 229 van d.d. 26 november 1999 is mededeling gedaan van het ontheffingsverzoek. Daarbij zijn belanghebbenden opgeroepen hun zienswijze schriftelijk of mondeling naar voren te brengen. Het verzoek en de daarop betrekking hebbende stukken hebben gedurende vier weken ter inzage gelegen ten kantore van de NMa. Er hebben zich

naar aanleiding van de inzage geen belanghebbenden gemeld.

25. Gezien het prioriteitenbeleid van de d-g NMa, heeft de behandeling van dit dossier vertraging opgelopen. Hierbij wordt verwezen naar artikel 100 lid 1 Mw. Het verbod van artikel 6 Mw is gedurende betreffende periode niet van toepassing geweest op de betrokken overeenkomst. Partijen bij ASP hebben derhalve niet het risico gelopen een boete te verkrijgen voor de betrokken overeenkomst. Laatstelijk heeft in januari jl. contact plaatsgevonden over de (feitelijke) stand van zaken die thans aan de orde zijn.

ARGUMENTEN VAN ASP

26. ASP ziet de in de aangemelde Samenwerkingsovereenkomst geformaliseerde samenwerking als noodzakelijk en onvermijdelijk en tevens als de economisch enig haalbare optie en derhalve niet als een mededingingsafpraak. Mede op aandrang van de overheid hebben deze ondernemingen een bijzondere infrastructuur (te weten: een pijpleiding) helpen organiseren die een veilige en constante toevoer mogelijk maakt van een essentieel product (te weten: kerosine) naar de Luchthaven Schiphol.
27. ASP stelt dat het voorts is uitgesloten dat de betrokken ondernemingen elk een eigen pijpleiding zouden laten aanleggen. Dit zou economisch onverantwoord zijn en hiervoor zouden nimmer de vereiste vergunningen worden afgegeven.
28. De restrictieve afspraken die zijn gemaakt in het kader van de Samenwerkingsovereenkomst, te weten de doorzetverplichting en het non-concurrentiebeding, zijn volgens ASP onmisbaar teneinde de noodzakelijke financiering door derden (banken) zeker te stellen en zijn naar hun aard niet mededingingsbeperkend.
29. In dit verband wijst ASP op het beperkte karakter van het overeengekomen non-concurrentiebeding. De afspraak van non-concurrentie betreft niet de gebruikmaking van de enig andere aanbieder van de dienst, te weten de eerder genoemde DPO-leiding. Voorts bindt de afspraak uitsluitend de vennoten en de toekomstige vennoten van ASP. Het non-concurrentiebeding ziet niet op ondernemingen die een doorzetovereenkomst sluiten met ASP.
30. Wat betreft de doorzetverplichting wijst ASP op de noodzaak om tot een rendabele exploitatie te komen van onderhavige pijpleiding, waarin alle partijen investeren. Een doorzetverplichting is een voor transacties als de onderhavige noodzakelijk en proportioneel beding en derhalve niet mededingingsbeperkend.

BEOORDELING

Inleiding

31. Alvorens aan de beoordeling wordt toegekomen of de gemeenschappelijke onderneming voldoet aan de voorwaarden voor ontheffing van het verbod van artikel 6 Mw, dient eerst te worden nagegaan of er sprake is van een gemeenschappelijke onderneming met het karakter van een concentratie dan wel met het karakter van een samenwerkingsverband, en als dat laatste het geval is, of (het verbod van) artikel 6 Mw van toepassing is.
32. Op grond van artikel 27, lid c Mw moet de totstandkoming van een GO die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult, en die er niet toe leidt dat de oprichtende ondernemingen hun marktgedrag coördineren, worden aangemerkt als een concentratie. Dit betreft cumulatieve voorwaarden. Indien aan deze voorwaarden voldaan is, is (het verbod van) artikel 6 Mw, niet van toepassing. Wanneer deze voorwaarden niet (volledig) zijn vervuld, is sprake van een samenwerkingsverband. Hieronder wordt daar nader op ingegaan.

Gemeenschappelijke onderneming

33. Onder een gemeenschappelijke onderneming (hierna: GO) in de zin van het concentratietoezicht wordt een entiteit verstaan waarin de participerende ondernemingen c.q. aandeelhouders gezamenlijke zeggenschap uitoefenen.¹ Van gezamenlijke zeggenschap is sprake indien de aandeelhouders overeenstemming moeten bereiken over belangrijke beslissingen betreffende de onderneming waarin zij zeggenschap hebben (de GO).² Met belangrijke beslissingen wordt onder andere geduid op de benoeming van de bestuurders, de vaststelling van de begroting, bedrijfsplannen, investeringen en dergelijke.
34. Voor gezamenlijke zeggenschap is kenmerkend dat de mogelijkheid van een patstelling aanwezig is indien overeenstemming tussen de aandeelhouders ontbreekt over belangrijke c.q. strategische beslissingen. In een dergelijke patstelling zullen de aandeelhouders gezamenlijk een akkoord moeten bereiken over het bepalen van het commerciële beleid van de gemeenschappelijke onderneming en kan niet bij gewone meerderheid van stemmen worden besloten.

¹ Mededeling van de Commissie inzake het onderscheid tussen gemeenschappelijke ondernemingen met het karakter van een concentratie of een samenwerkingsverband in de zin van Verordening nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (Pb EG 1994, C 385/1).

² Mededeling van de Commissie betreffende het begrip "concentratie" in Verordening nr. 4064/89 van de Raad betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (PbEG. 1998, C 66/5).

35. In het onderhavige geval kan ASP als GO worden aangemerkt. Immers, voor het merendeel van de belangrijke besluiten die ten aanzien van ASP worden genomen is een gekwalificeerd meerderheidsvereiste van 90% van de aandeelhoudersstemmen van toepassing. Aangezien KLM en Shell respectievelijk [vertrouwelijk]% en [vertrouwelijk]% van de aandelen bezitten, hebben zij de mogelijkheid om individueel strategische beslissingen te blokkeren en daarmee een patstelling te veroorzaken.

Coördinatiegevaar

36. Wanneer twee of meer moederondernemingen in belangrijke mate werkzaam zijn op een aangrenzende markt en die aangrenzende markt in vergelijking met die van de GO een grote economische betekenis heeft, kan de samenwerking in het kader van de GO tot een coördinatie van de moederondernemingen op die aangrenzende markt leiden.
37. In casu blijft een aantal van de oprichtende ondernemingen van de GO actief op de aangrenzende markt, te weten de markt voor het aanbieden van kerosine. Hierdoor kan niet worden uitgesloten dat zij hun marktgedrag coördineren.

Samenwerkingsverband

38. Uit het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat niet alle voorwaarden opgenomen in artikel 27, lid c Mw zijn vervuld. Immers, er kan niet worden uitgesloten worden dat de oprichtende ondernemingen via de GO hun marktgedrag coördineren. ASP kan derhalve niet als een concentratie worden aangemerkt. Er is sprake van een GO met het karakter van een samenwerkingsverband die op haar verenigbaarheid met artikel 6 Mw moeten worden beoordeeld.

Artikel 6 Mededingingswet

39. Artikel 6 Mw luidt:
- “ 1. Verboden zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemingsverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst;*
- 2. De krachtens het eerste lid verboden overeenkomsten en besluiten zijn van rechtswege nietig.”*

Overeenkomst tussen ondernemingen

40. De partijen bij de Samenwerkingsovereenkomst kunnen worden aangemerkt als ondernemingen in de zin van artikel 6 jo. 1, sub f, Mw. De Samenwerkingsovereenkomst is te kwalificeren als een juridisch bindende overeenkomst naar burgerlijk recht en is derhalve aan te merken als een overeenkomst in de zin van artikel 6 jo. 1, sub e, Mw.

Markt

41. Teneinde de concurrentieverhouding tussen de samenwerkende ondernemingen te kunnen beoordelen, moet de markt waarop de samenwerking rechtstreeks betrekking heeft, worden afgebakend. In dit geval wordt de marktafbakening echter in het midden gelaten. Gezien de uiteindelijke beoordeling kan worden uitgegaan van de meest enge markt. Dit geldt zowel voor de product- als voor de geografische markt.
42. Gezien het bovenstaande dienen in casu twee markten in beschouwing te worden genomen. Allereerst dient als markt te worden aangemerkt de markt waarop de Samenwerkingsovereenkomst direct op van toepassing is. Dit is de markt voor het aanbieden van een transportmodaliteit voor kerosine naar de Luchthaven Schiphol (in casu via pijpleidingen). Voorts dient de markt waarop de moederondernemingen nog actief blijven in aanmerking genomen te worden. Gelet op het voorgaande en gelet op de specifieke kenmerken van kerosine, vormt het aanbod van kerosine op de Luchthaven Schiphol eveneens een aparte markt.

Beperking van de mededinging

43. Shell, TotalFina, Texaco, KLM en Norske State zijn allen actief als aanbieder van kerosine en zijn derhalve als concurrenten te beschouwen. Voor de beoordeling van onderhavige samenwerking dienen de door de Europese Commissie gepubliceerde richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 EG-verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (hierna: de richtsnoeren) derhalve als leidraad.³
44. Als gevolg van de oprichting van een GO kan de mededinging met derden worden aangetast. Ten eerste kan de samenwerking tussen de oprichtende ondernemingen de keuzemogelijkheden van hun leveranciers of afnemers in meer of mindere mate beperken. Vervolgens kan deze samenwerking ook in meer of mindere mate de toegang tot de markt

³ Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, PB C 3 van 6 januari 2001.

belemmeren voor potentiële concurrenten of de groei van bestaande concurrenten op deze markt afremmen.

45. Daarbij kan de oprichting van een GO de mededinging tussen de oprichters beperken wanneer zij op dezelfde markt als die van de GO aanwezig (kunnen) zijn en derhalve elkaars actuele of potentiële concurrenten vormen. Door de oprichting van de GO bestaat dan het risico dat de moederondernemingen onderling hun marktgedrag zullen coördineren en de mededinging wordt beperkt. Deze situatie kan ook ontstaan indien de moederondernemingen zich wel terugtrekken van de markt waarop hun GO opereert, maar aanwezig blijven op naburige markten of markten die zich stroomopwaarts of stroomafwaarts bevinden ten aanzien van de markt waarop de GO opereert.
46. Aangezien in dit geval geen sprake is van “hard-core” mededingingsbeperkingen, moeten, indachtig de richtsnoeren, de gevolgen van de Samenwerkingsovereenkomst op betreffende markten worden onderzocht.

Aanbieden van een transportmodaliteit voor het vervoer van kerosine naar de Luchthaven Schiphol

47. Het doel van de onderhavige samenwerking ligt in het gezamenlijke transport van kerosine naar de Luchthaven Schiphol. Alle bij de Samenwerkingsovereenkomst betrokken partijen waren voorheen niet actief op de markt voor het aanbieden van een transportmodaliteit voor het vervoer van kerosine naar de Luchthaven Schiphol. Voor de oprichting van ASP werd door partijen gebruik gemaakt van de DPO-leiding of van binnenvaartschepen.
48. Met de wens van de overheid tot het terugdringen en uiteindelijk beëindigen van het transport per binnenvaartschip van kerosine naar de Luchthaven Schiphol ontstond er de noodzaak, mede gelet op de grote vraag naar kerosine op de Luchthaven Schiphol, voor een alternatieve, efficiënte en milieuvriendelijke transportmogelijkheid voor kerosine naar de Luchthaven Schiphol.
49. Na het wegvallen van de mogelijkheid om de kerosine per binnenvaartschip naar de Luchthaven Schiphol te transporteren bleef er nog maar één aanbieder van deze dienst over, te weten DPO, welke feitelijk onvoldoende capaciteit bood. Met de oprichting van ASP is de keuzemogelijkheid van de vragers naar deze dienst weer vergroot. Hierdoor is het aannemelijk dat de samenwerking leidt tot een verbetering van de concurrentieverhoudingen op de markt voor het aanbieden van een transportmodaliteit voor het vervoer van kerosine naar de Luchthaven Schiphol. Immers, ook de niet-vennoten van ASP hebben de mogelijkheid om door middel van een Doorzetovereenkomst gebruik te maken van de door ASP aangeboden diensten. Voorts kunnen ondernemingen (bijv. Norske State) toetreden tot de

Samenwerkingsovereenkomst (en de commanditaire vennootschap).

50. Ten aanzien van het non-concurrentiebeding en de doorzetverplichting wordt het volgende opgemerkt.
51. Het non-concurrentiebeding loopt door gedurende vijf jaar na het opzeggen van de Samenwerkingsovereenkomst door een van de vennoten. Echter, zoals verwoord in de Samenwerkingsovereenkomst, geldt dit verbod niet voor het gebruik van de enige andere transportpijp, de DPO-leiding. Bij uittreding kan deze leiding derhalve gebruikt worden als transportmodaliteit. Voorts is door partijen aangegeven dat het non-concurrentiebeding onverlet laat dat een dochteronderneming van een der vennoten soortgelijke activiteiten gaat ontplooiën. De vennoot kan in dat geval verplicht worden ASP te verlaten. Voorts wordt de mogelijkheid voor de voormalige vennoot om daaropvolgend een Doorzetovereenkomst met ASP aan te gaan, onverlet gelaten.
52. Hierbij wordt in aanmerking genomen dat verwacht wordt dat de capaciteit van beide pijpleidingen voldoende is voor de komende twintig jaar. Voorts wordt hier aangegeven dat de DPO-leiding niet in handen is van een concurrent en derhalve het gebruik van deze transportmodaliteit (behalve door capaciteitsgebrek) zeer waarschijnlijk niet wordt tegengegaan.
53. Partijen hebben ten aanzien van de doorzetverplichting voldoende aannemelijk gemaakt dat dit niet tot gevolg heeft dat sprake is van uitsluiting van derden. Immers, de doorzetverplichting laat de contractueel afgesproken doorzet van kerosine door de DPO-leiding onverlet, zodat een andere keuzemogelijkheid blijft bestaan. Voorts laat de doorzetverplichting onverlet dat derden gebruik kunnen maken van de ASP-leiding.
54. Derhalve is het aannemelijk dat, in dit specifieke geval, het non-concurrentiebeding en de doorzetverplichting geen negatieve mededingingsrechtelijke gevolgen heeft.

Aanbod van kerosine op de Luchthaven Schiphol

55. Een aantal van de oprichtende partijen blijft actief op de aangrenzende markt, te weten de markt voor aanbod van kerosine op de Luchthaven Schiphol. Derhalve moet worden bezien of er mogelijk sprake kan zijn van coördinatie van marktgedrag en derhalve van een beperking van de mededinging tussen de oprichters op deze markt.
56. In casu bestaat de samenwerking tussen de concurrenten uit het aanbieden van een transportfaciliteit voor kerosine. Zoals uit de Samenwerkingsovereenkomst blijkt is ASP Beheer B.V. aangewezen als beherend vennoot. De overige partijen treden op als

commanditaire vennoten. Het dagelijks bestuur van ASP ligt bij de door de beherend vennoot benoemde GM. De commanditaire vennoten hebben geen bemoeienis met de dagelijkse gang van zaken.

57. De vennoten komen in de regel eenmaal per jaar tijdens de Vergadering van Vennoten bij elkaar. Tijdens deze vergadering kunnen belangrijke besluiten ten aanzien van ASP worden genomen waarbij wordt beslist met een gekwalificeerde meerderheid van 90% van de geldig uitgebrachte stemmen.
58. Voorts is niet gebleken dat ASP enige bemoeienis heeft met de commerciële condities waaronder kerosine wordt geleverd aan de afnemers en de onderhandelingen dienaangaande. ASP heeft geen enkele betrokkenheid bij aan- en verkooptransacties. ASP faciliteert uitsluitend het transport van kerosine vanaf de terminalfaciliteit van Oiltanking naar de Luchthaven Schiphol.
59. Uit de door partijen verstrekte informatie blijkt dat de doorzetkosten circa [vertrouwelijk]% van de totale kosten van de inkoopkosten ex raffinaderij vormen. Gelet op het geringe deel van de totale kosten die partijen gemeenschappelijk hebben, is het derhalve niet aannemelijk dat er een zodanige kostenuniformering optreedt dat dit de mededinging op de markt voor kerosine op merkbare wijze beperkt.
60. Gelet op de organisatiestructuur van ASP, de frequentie waarop de vennoten in de regel bij elkaar plegen te komen en het zeer geringe percentage gelijke kosten, is het niet aannemelijk dat de oprichting van ASP leidt tot een merkbare beperking van de mededinging op de markt voor kerosine en valt de overeenkomst tot oprichting van ASP derhalve niet onder de reikwijdte van het kartelverbod van artikel 6 Mw.

Artikel 17 Mw

61. Gezien bovenstaande conclusie, hoeft niet nader te worden ingegaan op artikel 17 Mw.

BESLUIT

62. De aanvraag om ontheffing in de zin van artikel 17 Mw wordt afgewezen aangezien de overeenkomst tot oprichting van ASP geen inbreuk maakt op artikel 6 Mw.

Datum: 12 maart 2003

w.g. drs. R.J.P. Jansen
Wvd. directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit, Juridische Dienst, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag