

Onrechtmatige concurrentie?

Mijn oog viel op de uitspraak van de Hoge Raad van 11 november jongstleden met als korte weergave van de inhoud: "*Verbintenissenrecht. Overeenkomst exploitant tankstation met oliemaatschappij. Concurrentie door nabijgelegen tankstation te wijten aan oliemaatschappij?*" Mijn interesse was gewekt. Het blijkt te gaan om een zaak die 11 jaar heeft gelopen en slecht voor de dealer (want deze ondernemer was DoDo en dus - in mijn optiek - geen exploitant) afliep.

In december 1995 sloot de eigenaar van een tankstation in Kapellebrug in Zeeuws Vlaanderen een exclusieve afnameovereenkomst voor 10 jaar met Total. Dat was toen, onder de Europese groepsvrijstelling 1984/83, de toegestane looptijd. Total verstrekke verder een renteloze lening van NLG 400.000,-- waarvan bij iedere 100 liter product 40 (gulden-)cent werd verrekend. Daarvan breidde de ondernemer zijn station uit. Het station ging in juni 1996 open. De vooruitzichten waren goed. Na afname (en betaling) van 100 miljoen liter brandstof bij Total zou de schuld zijn vereffend.

Maar het liep anders. Aan de overkant van de weg lag sinds jaar en dag een Q8-station. De leverancier van dat station - een groothandel - werd in 1998 leverancier van Total-brandstoffen en bood de overbuurman aan om onder het Total-merk te gaan verkopen. Zo geschiedde. De overbuurman ging vervolgens zodanige kortingen geven dat de brandstoffendoorzet van de Total-ondernemer van het eerste uur daarvan stevig te lijden had.

De dealer sprak Total hierop aan, maar Total gaf niet thuis: zij leverde niet aan de overbuurman, en zij zag geen reden om de condities voor de ondernemer te wijzigen. De ondernemer besloot uiteindelijk, vóór het einde van de overeengekomen 10 jaar, het station te verkopen. Er werden met ingang van juni 2004 geen Total-brandstoffen meer afgenomen en ook de resterende lening (er stond nog ruim € 132.000,-- open) werd niet terugbetaald. Total besloot te dagvaarden.

De dealer heeft vervolgens een tegenvordering ingesteld en Total aangesproken tot vergoeding van ruim € 800.000,-- wegens ten onrechte niet genoten inkoopkorting over in totaal ruim 27 miljoen liter (€ 0,03 per liter). Volgens de dealer misbruikte Total haar machtspositie, had zij een marktaandeel van meer dan 30 procent en kon zij daarom niet profiteren van de groepsvrijstelling (inmiddels 2790/1999). De Rechtbank (Middelburg) oordeelde op 11 juli 2007 dat eerst moest worden bekeken of Total een machtspositie had op de relevante markt. Die markt was volgens de Rechtbank de Nederlandse markt voor de bevoorrading van tankstations (en dus niet de lokale consumentenmarkt).

Dat oordeel is door het Gerechtshof Den Haag in maart 2010 (ECLI:NL:GHSGR:2010:BL6410) in orde bevonden. De ondernemer moest bewijzen Total op deze markt een marktaandeel van meer dan 30 procent had. Dat bewijs kon hij niet leveren (want dat had en heeft Total niet). Geen machtspositie, en dus ook geen misbruik daarvan. Tot zover het mededingingsrecht.

De Rechtbank oordeelde in een (tussen-)vonnis van 13 oktober 2010 dat nu Total niet rechtstreeks aan de buurman leverde, Total niet onrechtmatig handelde tegenover de dealer. Interessant is dat de Rechtbank overwoog: 'Dat zou anders zijn geweest indien zou komen vast te staan dat Total aan de exploitant van het tegenover gelegen tankstation hogere kortingen heeft verstrekt'. De kortingen die Total aan de groothandelaar verstrekke - waardoor deze weer hoge kortingen aan de overbuurman kon verstrekken - waren volgens de Rechtbank niet onrechtmatig tegenover de dealer.

Tegen dit oordeel is de dealer (opnieuw) in hoger beroep gegaan bij het Gerechtshof en vervolgens in cassatie bij de Hoge Raad, zonder succes. De dealer krijgt niets en moet de lening met rente vanaf 2004 terugbetalen. Het oordeel van de Rechtbank van 6 jaar geleden was juist en 11 jaar procederen heeft de dealer niets gebracht. Mij deed het denken aan een stelregel die mijn leermeester mr. Leonard Pels Rijcken mij in de vorige eeuw (eind 1999) al meegaf. "Oliemaatschappijen moeten hun afnemers met hetzelfde merk gelijk behandelen." Maar dat betekent dus niet dat wholesale klanten dezelfde inkoopprijzen en kortingen moeten krijgen als DoDo's (en CoDo's dezelfde als DoDo's). Dat zijn immers geen gelijke gevallen.

Het advies van advocaat generaal mr. Van Peursem aan de Hoge Raad is te lezen op rechtspraak.nl: ECLI:NL:PHR:2016:2572.

