

Beschermingsbepalingen bij huur bedrijfsruimte



Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft zich in een arrest van 26 november 2015 (*Maxima Latvija*) voor het eerst uitgelaten over de verenigbaarheid met het kartelverbod van beschermingsconstructies in huurovereenkomsten. In dit artikel gaan wij in op de bestaande Nederlandse rechtspraak met betrekking tot diverse huurrechtelijke beschermingsconstructies en hun verenigbaarheid met het kartelverbod. Daarbij bezien wij wat de gevolgen van het arrest *Maxima Latvija* zijn voor (de houdbaarheid van) die Nederlandse praktijk.

1. Inleiding

Huurders en verhuurders die exploitatie van hun vastgoed rendabel(er) proberen te maken kunnen bijvoorbeeld in de huurovereenkomst bepalingen opnemen om concurrentie van andere huurders of de verhuurder zelf te beperken. Zulke contractuele beschermingsconstructies zijn nietig als zij in strijd zijn met het kartelverbod.¹ Een partij die zich door een overeengekomen beschermingsconstructie in zijn (ver)huur- of gebruiksmogelijkheden beperkt voelt, kan zich op het standpunt stellen dat de betreffende bepaling niet is toegestaan vanwege het kartelverbod.

In een arrest van 26 november 2015 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het HvJ EU) zich voor het eerst uitgelaten over de verenigbaarheid van beschermingsconstructies met het kartelverbod.² De mogelijkheden om binnen de grenzen van het kartelverbod beschermingsconstructies overeen te komen, lijken te worden uitgebreid ten opzicht van de bestaande (Nederlandse) jurisprudentie. Het arrest van het HvJ EU geeft in ieder geval een voor de praktijk bruikbaar toetsingskader om de toelaatbaarheid van beschermingsconstructies te beoordelen.

Contractuele beschermingsconstructies zijn er in allerlei soorten en maten zoals:

- een non-concurrentiebeding;
- een branchebeschermingsbepaling;
- een bestemmingsvereiste;
- een instemmingsvereiste;
- (een) combinatie(s) van beschermingsconstructies.

Hierna zal eerst het toetsingskader van het kartelverbod worden geschetst (paragraaf 2). Daarna zullen verschillende in Nederland gebruikte contractuele beschermingsconstructies worden toegelicht en de wijze waarop nationale rechters en de kartelwaakhond Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) de constructies beoordelen. Daarna bespreken wij het arrest van het HvJ EU en de gevolgen die het arrest naar ons oordeel heeft voor de toelaatbaarheid van beschermingsconstructies. In paragraaf 5 gaan wij in op de moeilijkheden waarop een huurder kan stuiten bij de handhaving van een geldig branchebeschermingsbeding alsmede op zijn mogelijkheden om die te remediëren. Wij sluiten af met de mogelijkheden die de wet biedt om (onrechtmatige) concurrentie te verhinderen bij gebreke van een geldige branchebeschermingsbepaling.

2. Het kartelverbod

2.1. Algemeen

Het kartelverbod verbiedt afspraken die het doel (zogenaaamde doelbeperkingen) of gevolg (zogenaaamde gevolgbepalingen) hebben dat de concurrentie op de relevante markt (merkbaar) wordt beperkt.³ In Nederland wordt het kartelverbod gehandhaafd door de ACM. Ondernemingen kunnen zich in procedures bij de burgerlijke rechter ook bij geschillen over (huur)overeenkomsten beroepen op het kartelverbod. Het Nederlandse kartelverbod is gebaseerd op het Europese kartelverbod dat dezelfde strekking heeft.⁴ Het Nederlandse kartelverbod wordt daarom uitgelegd overeenkomstig het Europese kartelverbod en de jurisprudentie die daarover door het HvJ EU is en wordt gewezen.

Het onderscheid tussen doel- en gevolgbepalingen is van belang omdat de concrete gevolgen van een doelbeperking op de markt niet hoeven te worden onderzocht om een overtreding van het kartelverbod vast te stellen.⁵ Bij gevolgbepalingen moet dit wel worden onderzocht en aangetoond. In nationale jurisprudentie (ook over beschermingsconstructies in huurovereenkomsten) is geoordeeld dat een vastgestelde doelbeperking pas kan leiden tot een overtreding van het kartelverbod als de

* Mr. S. van der Heul en mr. C.W.J. Raaimakers zijn advocaat bij Dirkzwager advocaten & notarissen.

1. Artikel 6 lid 2 Mededingingswet.

2. HvJ EU 26 november 2015, C-345/14, ECLI:EU:C:2015:784 (*Maxima Latvija*).

3. Artikel 6 lid 1 Mededingingswet.

4. Artikel 101 lid 1 Verdrag betreffende de werking van de EU.

5. HvJ EU 13 december 2012, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795, r.o. 37 (*Expedia*).

concurrentiebeperking ook merkbaar is.⁶ Op grond van Europese jurisprudentie stelt de ACM zich in recente beschikkingen op het standpunt dat de merkbaarheid van de concurrentiebeperking vaststaat op het moment dat een doelbeperking is geconstateerd.⁷

Het HvJ EU heeft bepaald dat een afspraak als doelbeperking kwalificeert als zij een zodanig groot risico op negatieve beïnvloeding van de prijs, de hoeveelheid en de kwaliteit van de producten en diensten oplevert dat het overbodig is om aan te tonen dat zij concrete negatieve effecten heeft op de markt.⁸ Uitsluitend afspraken (zoals prijs- en marktverdelingsafspraken) waarvan de ervaring in het verleden heeft geleerd dat zij de concurrentie plegen te beperken kunnen als doelbeperking worden aangemerkt. Ook in dat geval moet echter altijd rekening worden gehouden met de bewoordingen, de doelstellingen en de juridische en economische context van de afspraak.⁹ Hoewel het een factor is die mag worden meegewogen, is de subjectieve bedoeling van partijen dus niet doorslaggevend bij de vaststelling of een afspraak een doelbeperking bevat. Het begrip 'doelbeperking' moet aldus restrictief worden toegepast.¹⁰

2.2. Bagatel

Kartels zijn niet verboden als zij kwalificeren als bagatel. De Mededingingswet onderscheidt er twee:

- iedere overeenkomst waarbij ten hoogste 8 ondernemingen betrokken zijn met een omzet van € 5,5 miljoen (indien zij zich bezighouden met de levering van goederen) of € 1,1 miljoen (als zij zich bezighouden met andere economische activiteiten dan het aanbieden van goederen);
- iedere overeenkomst tussen concurrenten met een gezamenlijk marktaandeel van 10%, mits de overeenkomst de handel tussen lidstaten van de EU niet beïnvloedt.

Op het eerste gezicht lijkt een beroep op een bagatelbepaling niet voor de hand te liggen bij een branchebeschermingsovereenkomst. De gezamenlijke omzet van de exploitant en de huurder zal waarschijnlijk groter zijn dan € 5,5 miljoen respectievelijk € 1,1 miljoen. Bovendien zijn de exploitant en de huurder in de regel geen concurrenten van elkaar.

2.3. Uitzonderingen kartelverbod

Op het moment dat kan wordt bewezen dat een overeenkomst in strijd is met het kartelverbod en geen bagatel is, is de afspraak in principe niet toegestaan. Dat is slechts anders als de onderneming waaraan de kartelinbreuk wordt verweten, kan aantonen dat de afspraak kan profiteren van een uitzondering op het kartelverbod. Afspraken zijn uitgezonderd van het kartelverbod als (kort gezegd) de positieve effecten van de (met het kartelverbod strijdige) afspraak opwegen tegen de negatieve. Hiervan is sprake als de afspraak voldoet aan de voorwaarden uit een (groeps)vrijstelling¹¹ en/of de wettelijke uitzondering.¹²

In Nederland zijn bepaalde branchebeschermingsovereenkomsten bij besluit (hierna: het Vrijstellingsbesluit) van het kartelverbod uitgezonderd.¹³ Het toepassingsbereik van de uitzondering is beperkt tot winkelcentra die recent zijn geopend. Tot de branchebeschermingsovereenkomsten die voor vrijstelling in aanmerking komen, worden namelijk uitsluitend gerekend afspraken die strekken tot het beperken van de toelating tot een winkelcentrum van ondernemingen die rechtstreeks gelijke of gelijksoortige goederen of diensten aan eindgebruikers plegen aan te bieden als reeds in het winkelcentrum gevestigde of zich vestigende ondernemingen. Uit de nota van toelichting lijkt te volgen dat 'winkelcentra' beperkt moet worden uitgelegd, waardoor het Vrijstellingsbesluit niet van toepassing is op bijvoorbeeld de oprichting van gezondheidscentra waarin verschillende gebruikers zich vestigen. Het Vrijstellingsbesluit heeft daarnaast uitsluitend betrekking op de beperking van de activiteiten van toetredende huurders en niet op reeds zittende huurders. Branchebeschermingsovereenkomsten zijn bovendien slechts vrijgesteld gedurende zes jaar na de datum waarop de huur is aangevangen van de eerste zich in het desbetreffende winkelcentrum vestigende onderneming terwijl winkelcentra zoals gedefinieerd in het Vrijstellingsbesluit een (veel) langere exploitatieperiode zullen kennen. Op het Vrijstellingsbesluit kan aldus geen beroep worden gedaan bij bestaande winkelcentra.

Voor een succesvol beroep op de wettelijke uitzondering van artikel 6 lid 3 Mededingingswet (Mw) is cumulatief vereist dat de bij de afspraak betrokken partijen bewijzen dat de afspraak (i) efficiëntievoordelen oplevert, (ii) waarvan een redelijk deel de afnemers (veelal consumenten) ten goede komt, terwijl (iii) de mededingingsbe-

6. Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 17 januari 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BV1682.

7. Zie HvJ EU 13 december 2012, C-226/11, ECLI:EU:C:2012:795 (*Expedia*) en Besluit ACM 31 oktober 2014, zaak 7249 en 7400.

8. HvJ EU 11 september 2014, C-67/13, ECLI:EU:C:2014:2204, r.o. 51 (*Cartes Bancaires*).

9. HvJ EU 13 maart 2013, C-32/11, ECLI:EU:C:2013:160, r.o. 34 (*Allianz Hungária Biztosító*).

10. HvJ EU 11 september 2014, C-67/13, ECLI:EU:C:2014:2204 (*Cartes Bancaires*), r.o. 58.

11. Bijvoorbeeld de Verordening (EU) 1218/2010 van 14 december 2010 betreffende de toepassing van artikel 101 lid 3 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen specialisatieovereenkomsten, Verordening (EU) 316/2014 betreffende de toepassing van artikel 101 lid 3 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht en Verordening (EU) 330/2010 betreffende de toepassing van artikel 101 lid 3 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

12. Artikel 6 lid 3 Mededingingswet.

13. Besluit van 25 november 1997, houdende vrijstelling van branchebeschermingsovereenkomsten in nieuwe winkelcentra van het verbod van mededingingsafspraken (Besluit vrijstelling branchebeschermingsovereenkomsten), *Stcrt.* 1997, 596 verlengd bij besluit van 10 december 2008, tot verlenging van het Besluit vrijstellingen samenwerkingsovereenkomsten detailhandel en van het Besluit vrijstelling branchebeschermingsovereenkomsten, *Stcrt.* 2008, 542.

perkingen noodzakelijk zijn om de voordelen te bereiken, en er (iv) voldoende restconcurrentie overblijft. Hoewel de wettelijke uitzondering niet a priori bepaalde soorten overeenkomsten van haar toepassingsbereik uitzondert, is toepassing ervan op doelbeperkingen op zijn minst genomen problematisch. De Europese Commissie gaat er namelijk van uit dat doelbeperkingen in beginsel niet voldoen aan de eerste twee voorwaarden uit de wettelijke uitzondering.¹⁴

3. Contractuele beschermingsconstructies

3.1. Non-concurrentiebedingen tussen huurder en verhuurder

De minst verstrekende vorm van bescherming wordt geboden door een regulier non-concurrentiebeding waarbij de verhuurder zich ertoe verbindt om zelf geen concurrentie aan de huurder aan te doen. Een non-concurrentiebeding kan worden versterkt door een boete te koppelen aan overtreding ervan. Ook bij de toepasselijkheid van een regulier non-concurrentiebeding staat de huurder echter nog bloot aan (potentiële) concurrentie van derden.

Een situatie waarbij een huurder bescherming wenst tegen concurrentie van zijn verhuurder kan zich in de eerste plaats voordoen bij overeenkomsten met betrekking tot stores-within-stores. Een recent voorbeeld betrof een cateraar die de ziekenhuiswinkel annex coffee corner van het ziekenhuis huurde en met het ziekenhuis was overeengekomen dat het ziekenhuis geen concurrerende activiteiten zou (laten) ontplooiën op het ziekenhuisterrein.¹⁵ Naar het oordeel van de huurder overtrad het ziekenhuis dit beding door in het kader van zijn beleid 'Aangenaam Wachten' gratis koffie uit te delen aan bezoekers van de polikliniek. De huurder spande daarop met succes een kortgedingprocedure aan om de inbreuken op het concurrentiebeding door het ziekenhuis/de verhuurder te laten stoppen.

Het succes dat de huurder in deze procedure behaalde is in lijn met het standaardarrest van de Hoge Raad over een bloemenwinkel die een ruimte huurde in een supermarkt onder de voorwaarde dat de supermarkt niet zelf zou overgaan tot verkoop van concurrerende producten (zie hierover nader paragraaf 6). Onder verwijzing naar het in Nederland toegepaste Europese mededingingsrecht oordeelde de Hoge Raad dat een non-concurrentiebeding in een huurovereenkomst niet wordt getroffen door het kartelverbod als het beding kwalificeert als nevenrestrictie.¹⁶ Een nevenrestrictie is een afspraak die rechtstreeks verband houdt met en noodzakelijk is voor de verwezenlijking van een niet beperkende hoofdtransactie. Om als geldige nevenrestrictie te worden aangemerkt, mag de afspraak echter niet verder gaan dan nodig. Indien daaraan

wordt voldaan, zoals in het geval van de bloemenwinkel, is de voorwaarde toelaatbaar.

Een huurovereenkomst beperkt de concurrentie in principe niet. De vraag is of het non-concurrentiebeding noodzakelijk is om de huurovereenkomst tot stand te doen brengen. Bij stores-within-stores zal die noodzaak vaak gegeven zijn omdat de waarde van het gehuurde waarschijnlijk grotendeels tenietgaat als de verhuurder in dezelfde winkel concurrerende producten aanbiedt. Het feit dat de concurrentiebeperking niet verder mag gaan dan strikt nodig om de hoofdtransactie tot stand te brengen, brengt overigens wel mee dat een non-concurrentiebeding in principe niet kwalificeert als nevenrestrictie indien (i) de concurrentiebeperking voortduurt nadat de huurrelatie is geëindigd en/of (ii) de territoriale werking van het non-concurrentiebeding te ruim is.¹⁷

3.2. Bestemmingsbepaling

Door het overeenkomen van een bestemmingsbepaling kan de verhuurder invloed uitoefenen op de nering die de huurder in het gehuurde mag gaan ontplooiën. Zo kan er worden overeengekomen dat de huurder het gehuurde uitsluitend mag gebruiken voor het aanbieden van bepaalde goederen of het verlenen van bepaalde diensten. Daarmee lijkt de bestemmingsbepaling spiegelbeeldig aan het non-concurrentiebeding.

Hoewel de rechtspraak over de vraag of bestemmingsbepalingen strijdig zijn met het kartelverbod, een wisselend beeld laat zien is het verdedigbaar dat deze bepalingen niet bezwaarlijk zijn indien zij op zichzelf staan en niet gekoppeld zijn aan andere afspraken. De President van de Rechtbank Maastricht oordeelde bijvoorbeeld dat de enkele omstandigheid dat het gebruik van het gehuurde wordt beperkt niet zonder meer de concurrentie beperkt.¹⁸ De president:

'De enkele omstandigheid dat [de huurder, CR] op grond van de huurovereenkomst slechts een beperkt assortiment mag voeren, betekent echter niet dat die overeenkomst er toe strekt dat andere ondernemers die zich op de Woonboulevard te Heerlen (willen) vestigen worden verhinderd om eveneens dat of een gelijksoortig assortiment te voeren.'¹⁹

In een andere zaak werd een bestemmingsbepaling die het gebruik van het gehuurde beperkt, concurrentiebeperking ten doel heeft en tevens kenmerken vertoont van een branchebeschermingsovereenkomst, door de Presi-

14. Mededeling van de Commissie – Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 Verdrag, *PbEU* 2004, C 101.

15. Rb. Oost-Brabant 31 maart 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:1758, *Prg.* 2015/110.

16. HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR2768, *NJ* 2005/214 (*Schuitema*).

17. Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81 lid 3 Verdrag, *PbEU* 2004, C 101 en Mededeling van de Commissie betreffende beperkingen die rechtstreeks verband houden met en noodzakelijk zijn voor de totstandbrenging van concentraties, *PbEU* 2005, C 56.

18. Rb. Maastricht (pres.) 16 augustus 1999, ECLI:NL:RBMAA:1999:AK0979, *WR* 1999/88.

19. Rb. Maastricht (pres.) 16 augustus 1999, ECLI:NL:RBMAA:1999:AK0979, r.o. 3.7, *WR* 1999/88.

dent van de Rechtbank Breda wel in strijd geacht met het kartelverbod en (dus) van rechtswege nietig.²⁰

De bestemmingsbepaling strekt er in het algemeen toe om de waarde van het verhuurde voor de verhuurder te beschermen door een gevarieerd aanbod in het verhuurde te garanderen. In die zin vormt de bestemmingsbepaling het spiegelbeeld van een non-concurrentiebeding. Het is naar ons oordeel ook verdedigbaar dat een bestemmingsbepaling tussen huurder en verhuurder kan worden aangemerkt als nevenrestrictie ten gunste van de verhuurder en (dus) ook om die reden niet noodzakelijkerwijs een mededingingsrechtelijk bezwaar oplevert.

De nakoming van de bestemmingsbepaling kan door de verhuurder ten opzichte van de huurder worden afgedwongen. Tussen hen bestaat immers een contractuele relatie. Als de verhuurder de naleving van een bestemmingsbepaling niet afdwingt, kunnen andere huurders uit het complex uitsluitend uit hoofde van onrechtmatige daad optreden tegen de huurder die in strijd met de bestemmingsbepaling handelt. Een bijkomend probleem is daarbij voor huurders dat zij niet altijd bekend zullen zijn met de inhoud van de overeenkomsten die de verhuurder met andere huurders in het complex heeft gesloten. Door het Hof Amsterdam werd in verband met bestemmingsafspraken die een verhuurder mogelijk met zijn huurders had gesloten, beslist dat de verhuurder inzage moet geven aan de huurders in de diverse huurovereenkomsten met andere huurders uit het complex om zo (op grond van onrechtmatige daad) te kunnen optreden tegen huurders die in strijd met hun contractuele verplichting ten opzichte van de verhuurder handelen.²¹

3.3. Branchebescherming

Om te voorkomen dat een huurder zich uitsluitend op een onrechtmatige daad kan beroepen, ligt het voor hem in de rede om de bestemmingsbepaling te koppelen aan een (branche)bescherming ten laste van de verhuurder. In een branchebeschermingsbepaling verstrekt de verhuurder het recht aan de huurder om binnen dat complex exclusief bepaalde activiteiten te ontplooiën. Branchebescherming kan ook voor de verhuurder aantrekkelijk zijn omdat het hem in staat stelt (aspirant-)huurders te lokken en een hogere huurprijs te bedingen dan zonder branchebescherming. De voordelen van branchebescherming doen zich overigens niet uitsluitend voor in winkelcentra, maar bijvoorbeeld ook in gezondheidscentra. Ook in gezondheidscentra kunnen huurders zich het recht voorbehouden om zich als enige fysiotherapeut, apotheker of andersoortige specialist te vestigen in het centrum.

Een branchebeschermingsbepaling is in ieder geval toegestaan als het beding voldoet aan de voorwaarden uit het Vrijstellingsbesluit. Zoals hiervoor al toegelicht, is het

toepassingsbereik daarvan echter beperkt (zie paragraaf 2.3). Het feit dat niet geprofiteerd kan worden van het Vrijstellingsbesluit, rechtvaardigt op zichzelf niet de conclusie dat het kartelverbod wordt overtreden. Daarvoor is immers (ook) vereist dat de afspraak een doel- of gevolgbepaling bevat (zie hiervoor paragraaf 2.1).

In de nota van toelichting bij het Vrijstellingsbesluit wordt de indruk gewekt dat een branchebeschermingsovereenkomst die niet voldoet aan de voorwaarden uit het Vrijstellingsbesluit een doelbeperking oplevert.²² Zowel de ACM²³ als nationale rechters²⁴ hebben daarna (onder meer met verwijzing naar de nota van toelichting) geoordeeld dat branchebeschermingsovereenkomsten in het algemeen een doelbeperking opleveren. Door de ACM is daarbij mede in overweging genomen de omstandigheid dat een exploitant van een winkelcentrum met alle huurders een beschermingsconstructie was overeengekomen. Een dergelijk cluster van beschermingsconstructies werd door de ACM vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt aangemerkt als afstemming tussen de huurders onderling met de exploitant als intermediair (door middel van de diverse met de exploitant gesloten huurovereenkomsten).²⁵ Zoals hiervoor opgemerkt is het risico aanzienlijk dat een vastgestelde doelbeperking resulteert in een overtreding van het kartelverbod.

Een vergaande vorm van branchebescherming wordt geboden als een of meer huurders op basis van een contractuele bepaling mogen meebeslissen of de overige bedrijfsruimte(n) in het complex aan een bepaalde aspirant-huurder mag (mogen) worden verhuurd. Door de huurder een (al dan niet geclausuleerd) *instemmingsrecht* te geven, kan hij zijn eigen concurrentiepositie en de investering in de huur van zijn (winkel)ruimte beschermen. De ACM heeft besloten dat het hebben van een instemmingsrecht geen doelbeperking oplevert mits het (i) geclausuleerd is, en (ii) niet alle concurrentie uitsluit.²⁶ In de zaak die de ACM heeft beoordeeld, kwam de huurder namelijk geen beroep toe op zijn instemmingsrecht als de verhuurder daardoor ernstig in zijn exploitatiemogelijkheden zou worden belemmerd. Bovendien was overeengekomen dat de huurder zijn toestemming niet zou weigeren indien het de belangen van de verhuurder onevenredig zou schaden. In haar beoordeling heeft de ACM tevens de omstandigheid betrokken dat in het complex al een aantal concurrerende ondernemingen actief was op het moment dat het instemmingsrecht werd verleend.

De ACM heeft zich daarentegen niet uitgelaten over een ongeclausuleerd instemmingsrecht waardoor iedere concurrentie in een complex kan worden beperkt. Omdat een ongeclausuleerde instemmingsbepaling een specifieke

20. Rb. Breda (pres.) 6 februari 1998, ECLI:NL:RBBRE:1998:AK0901, KG 1998/112.

21. Hof Amsterdam 31 oktober 1985, ECLI:NL:GHAMS:1985:AH0992, KG 1986/73.

22. *Stb.* 1997, 596, p. 3.

23. Besluit ACM 30 november 1998, zaak 416 (*Smit Mode Alblasserdam*), Besluit ACM 1 april 1999, zaak 466 (*Bril-In-Mode*), 704-17 (*Deli Palace*), 704-18 (*Le Drugstore*) en 704-19 (*Shirit/Masada*).

24. Rb. Utrecht 21 april 1999, ECLI:NL:RBUTR:1999:ZL0770, WR 1999/71; Rb. Den Haag (pres.) 28 december 1999, ECLI:NL:RBSGR:1999:AK4227, WR 2000/81.

25. Zie Besluit ACM 30 november 1998, zaak 416, punt 25 (*Smit Mode Alblasserdam*).

26. Besluit ACM 31 maart 2001, zaak 479 (*Engels Holding B.V.*).

(vergaande) vorm van branchebescherming is, zou het in lijn zijn met de nota van toelichting bij het Vrijstellingsbesluit en met eerdere jurisprudentie en de beschikkingenpraktijk daarover, dat ook ongeclausuleerde instemmingsbepalingen naar het oordeel van de ACM kwalificeren als doelbeperkingen in de zin van het Nederlandse kartelverbod.

Echter, gelet op het recente arrest van het HvJ EU in de zaak *Maxima Latvija* is de kwalificatie van (ongeclausuleerde) branchebeschermingsovereenkomsten als doelbeperking in veel gevallen te streng.

4. Het arrest *Maxima Latvija*

Maxima Latvija is een Letse onderneming die actief is in de kleinhandel, voornamelijk in voedingswaren, en die supermarkten exploiteert. Zij heeft met winkelcentra in Letland een reeks huurovereenkomsten gesloten voor de verhuur van winkelruimte in die centra. Diverse huurovereenkomsten van Maxima Latvija met verschillende exploitanten van winkelcentra bevatten een beding dat Maxima Latvija (als zogenaamde ankerhuurder) het recht geeft al dan niet in te stemmen met de verhuur door de verhuurder, van niet aan Maxima Latvija verhuurde winkelruimte aan derden. Als ankerhuurder wordt aangemerkt een onderneming die consumptiegoederen aanbiedt en in het betreffende winkelcentrum normalerwijze het grootste deel of een aanzienlijk deel van de oppervlakte van dat centrum bezet.

De Letse mededingingsautoriteit oordeelde in een boetebesluit dat de instemmingsbepalingen in strijd waren met het kartelverbod. De instemmingsbepalingen leverden naar het oordeel van de Letse mededingingsautoriteit een doelbeperking op waardoor nader onderzoek naar de gevolgen op de markt niet meer nodig was om een overtreding van het kartelverbod vast te stellen. Maxima Latvija ging in beroep tegen het boetebesluit. Zij stelde zich primair op het standpunt dat de Letse mededingingsautoriteit ten onrechte de instemmingsbepalingen heeft aangemerkt als doelbeperking. Evenals het Nederlandse kartelverbod moet het Letse kartelverbod in overeenstemming met het Europese kartelverbod worden uitgelegd. De Letse rechter legt de vraag of een instemmingbepaling een doelbeperking oplevert daarom voor aan het HvJ EU.

Het HvJ EU herhaalt dat het begrip ‘doelbeperking’ restrictief moet worden uitgelegd en uitsluitend kan worden toegepast op bepaalde soorten van coördinatie tussen ondernemingen, die de mededinging in die mate nadelig beïnvloeden dat de effecten ervan niet hoeven te worden onderzocht.²⁷ Een (restrictief) aantal afspraken kan naar hun aard worden geacht schadelijk te zijn voor de goede werking van de concurrentie. Die situatie doet zich volgens het HvJ EU *niet* voor bij een instemmingsbepaling tussen een winkelcentrum en een huurder. Daarbij acht het HvJ EU in de eerste plaats van belang dat Maxima

Latvija en de winkelcentra waarmee zij huurovereenkomsten heeft gesloten, geen concurrenten van elkaar zijn. Daarnaast wordt niet iedere concurrentie door de instemmingsbepaling uitgesloten. Weliswaar zou de instemmingsbepaling ertoe leiden dat de toegang van concurrenten van Maxima Latvija tot bepaalde winkelcentra wordt beperkt. De onmogelijkheid van toegang tot een winkelcentrum betekent echter niet noodzakelijkerwijs een beperking op de referentiemarkt, te weten de lokale kleinhandelsmarkt in voedingswaren.²⁸ Gelet op die omstandigheden (en de restrictieve uitleg van het begrip ‘doelbeperking’) heeft de Letse mededingingsautoriteit ten onrechte de instemmingsbepaling als doelbeperking gekwalificeerd.

Omdat de instemmingsbepalingen geen doelbeperkingen zijn, had de Letse mededingingsautoriteit moeten onderzoeken of de instemmingsbepaling een gevolgbeperking oplevert voordat zij had kunnen besluiten dat het kartelverbod was overtreden. Het HvJ EU geeft een aantal bruikbare handvatten voor die beoordeling.

In de eerste plaats moet rekening worden gehouden met alle elementen die bepalend zijn voor de toegang tot de referentiemarkt, teneinde na te gaan of er daadwerkelijke en concrete mogelijkheden zijn voor een concurrent om zich te vestigen in de afzetgebieden waar de winkelcentra, met betrekking tot welke Maxima Latvija een instemmingsbepaling heeft, zich bevinden.²⁹ In dat kader moet worden onderzocht (1) de bezetting van winkelruimte in andere winkelcentra die zich in die gebieden bevinden en (2) de bezetting van andere winkelruimte buiten die winkelcentra. In de tweede plaats moeten de concurrentieverhoudingen op de referentiemarkt worden beoordeeld. Daarbij zijn van belang:³⁰

- het aantal en de grootte van de producenten die op de markt werkzaam zijn;
- de verzadigingsgraad van de markt;
- de getrouwheid van de consument aan bestaande (winkel)merken; en
- de consumptiegewoonten van consumenten.

Inmiddels is het arrest *Maxima Latvija* ook opgepikt door het Gerechtshof 's-Hertogenbosch. Bij (tussen)arrest van 19 januari 2016³¹ heeft dit gerechtshof Jumbo Supermarkten en een vastgoedonderneming ambtshalve gelegenheid geboden om zich uit te laten over de gevolgen van het arrest van het Hof van Justitie voor hun geschil. In eerste aanleg had de Rechtbank Oost-Brabant in lijn met de nationale rechtspraak geoordeeld dat een tussen partijen overeengekomen (branche)beschermingsconstructie een mededingingsbeperkend doel heeft. De aktewisseling is, op het moment van afronding van dit artikel,

27. HvJ EU 26 november 2015, ECLI:EU:C:2015:784, r.o.18 (*Maxima Latvija*).

28. HvJ EU 26 november 2015, ECLI:EU:C:2015:784, r.o. 22 (*Maxima Latvija*).

29. HvJ EU 26 november 2015, ECLI:EU:C:2015:784, r.o. 27 (*Maxima Latvija*).

30. HvJ EU 26 november 2015, ECLI:EU:C:2015:784, r.o. 28 (*Maxima Latvija*).

31. Hof 's-Hertogenbosch 19 januari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:122.

blijkens het roljournaal nog niet voltooid.³² Onze verwachting is dat het Gerechtshof 's-Hertogenbosch na afronding van de aktewisseling in zijn (eind)arrest tot een ander oordeel zal komen dan de Rechtbank Oost-Brabant.

5. Handhaving van een branchebeschermingsbepaling

Huurders moeten zich realiseren dat een geldig doch op zichzelf staand branchebeschermingsbeding een huurder beperkte contractuele bescherming biedt. Indien de verhuurder namelijk in strijd met het beding tóch is overgegaan tot het sluiten van een huurovereenkomst met een concurrerende huurder, is dat een *fait accompli*. De beschermde huurder heeft namelijk geen contractuele relatie met de nieuwe huurder doch uitsluitend met de verhuurder. Bovendien zullen rechters in beginsel geen vonnissen wijzen die onmogelijk kunnen worden nagekomen, hetgeen ook aan de orde is indien nakoming alleen mogelijk is door inbreuk te maken op de rechten van derden (zoals het beëindigen van de met die derde gesloten huurovereenkomst).³³

Mogelijk bestaat er een uitzondering op die hoofdregel als nog geen uitvoering is gegeven aan de overeenkomst tussen de verhuurder en de derde. Interessant is in dit verband de uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Zwolle-Lelystad in een zaak waarin er wel al een huurovereenkomst met een concurrent (kapper) was aangegaan, maar de concurrent nog niet feitelijk de intrek in het gehuurde had genomen.³⁴ De voorzieningenrechter overwoog: 'juridisch is weliswaar sprake van een voldongen feit (de huurovereenkomst met [nieuwe huurder]) maar feitelijk is nog geen sprake van een situatie die zich niet zou lenen voor het treffen van een voorlopige voorziening' en verbood de verhuurder uitvoering te geven aan de huurovereenkomst en ervoor te zorgen dat de nieuwe huurder geen intrek zou nemen in enige winkelruimte in het winkelcentrum. Dat roept het vermoeden op dat wanneer de andere huurder wél al tot feitelijk gebruik zou zijn overgegaan, de zittende huurder dit niet meer met het kort geding had kunnen voorkomen. Los daarvan wringt deze uitspraak natuurlijk met de rechtspositie van deze nieuwe huurder. Die heeft immers een huurovereenkomst die door de verhuurder niet mag worden nagekomen.

Maar zelfs al kan de zittende huurder (in beginsel) niet met succes bewerkstelligen dat de huurovereenkomst met de concurrent wordt beëindigd, met lege handen staat de huurder niet. Sowieso zal de huurder aanspraak kunnen maken op betaling van schadevergoeding door de verhuurder.³⁵ Daarnaast zou de huurder ook van de concurrerende nieuwe huurder schadevergoeding kunnen vorderen. Het profiteren van de wanprestatie van de verhuurder (het in strijd met het exclusiviteitsbeding tóch verhuren)

kan onder omstandigheden namelijk ook een onrechtmatige daad van de nieuwe huurder opleveren. De Hoge Raad hanteert daar echter wel een strenge maatstaf voor: het enkel profiteren van de wanprestatie is onvoldoende. Wil er sprake zijn van onrechtmatig handelen dan zijn bijkomende omstandigheden vereist zoals het op de hoogte zijn van dat beding.³⁶

Gelet op de moeilijkheden om te verhinderen dat uitvoering wordt gegeven aan een in strijd met een branchebeschermingsbepaling gesloten overeenkomst met een derde, is het voor huurders zaak om de verhuurder daarvan te weerhouden. In dat licht is het raadzaam om een boetebepaling op te nemen voor iedere overtreding van het branchebeschermingsbeding. Het spreekt voor zich dat de boete zodanige omvang moet hebben dat zij iedere prikkel van de verhuurder wegneemt om in strijd met de branchebeschermingsbepaling met derden te contracteren.

6. Wettelijke bescherming tegen concurrentie

Maar ook zonder expliciet concurrentiebeding is het mogelijk om op te komen tegen concurrentie door verhuurder of door derden die van de verhuurder huren. De huurder kan daarvoor gebruikmaken van diverse wettelijke grondslagen, zoals de gebrekenregeling van artikel 7:204 BW, dwaling (artikel 6:228 BW) en de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2 en 248 BW).

Het ondervinden van concurrentie zal niet snel als een gebrek in de zin van artikel 7:204 BW kwalificeren. In de eerder aangehaalde zaak³⁷ waarin de verhuurder (supermarkt) de huurder (bloemist) concurrentie aandeed, formuleerde de Hoge Raad het volgende beoordelingskader voor de vraag of er in het specifieke geval sprake is van een gebrek:

'(...) de rechter [zal] onder meer aandacht dienen te schenken aan de wijze waarop en de mate waarin de verhuurder zijn huurder concurrentie aandoet en de belangen die voor beide partijen betrokken zijn bij deze vorm van concurrentie, mede in verband met de eventueel contractueel voorgeschreven bestemming van het gehuurde.'³⁸

Wanneer het niet de verhuurder maar een andere huurder is die de concurrentie aandoet, gaat er specifiek aandacht uit naar de vraag of er een stilzwijgende branchebeschermingsafspraken tussen de zittende huurder en de verhuurder was overeengekomen. In een zaak waarin de zittende huurder (kapper) opkwam tegen de verhuur van bedrijfsruimte aan een andere kapper, oordeelde de rechter dat artikel 7:204 BW uitgaat 'van de redelijke verwachting die eiser als huurder bij het aangaan van de huurovereenkomst mocht verwachten.' En voegde daaraan toe:

32. D.d. 8 maart 2016, de zaak staat thans voor (de eerste maal) voor arrest op 24 mei 2016.

33. Rb. Haarlem (vzr.) 6 september 2005, ECLI:NL:RBHAA:2005:AV1203, NJF 2006/71.

34. Rb. Zwolle-Lelystad 22 maart 2012, ECLI:NL:RBZLY:2012:BW0582.

35. Hof Den Haag 17 januari 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BV1682, WR 2012/46.

36. Vergelijk HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU5682 en HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:740.

37. Zie paragraaf 3.1.

38. HR 17 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR2768, WR 2005/15.

‘Ook in de kappersbranche moet eiser rekening houden met concurrentie van enige omvang. (...) Indien destijds bij het aangaan van de huurovereenkomst tussen partijen een branchebeschermingsafpraak zou zijn gemaakt in de verstreckende door eiser bedoelde vorm, zou deze ook daadwerkelijk in de schriftelijke huurovereenkomst zijn opgenomen.’³⁹

Kortom, branchebeschermingsovereenkomsten komen in de regel niet stilzwijgend tot stand.

In een zaak tussen twee professionele vastgoedbedrijven (ASR Vastgoed en Plus Vastgoed) werd vergelijkbaar geoordeeld. Plus zou een supermarkt gaan exploiteren in de verwachting dat de tweede bedrijfsruimte in het complex door Lidl zou gaan worden geëxploiteerd.⁴⁰ Die verwachting werd vervolgens niet verwezenlijkt: niet Lidl maar Bas van der Heijden ging de ruimte huren. Ook in deze zaak werd aan de huurder tegengeworpen dat hij niet schriftelijk had vastgelegd dat de komst van Lidl voor hem van belang was. Volgens de kantonrechter had dat van hem als professionele partij wel verwacht mogen worden. Van een gebrek in de zin van artikel 7:204 BW was daarom geen sprake. Wél nam de kantonrechter in die zaak aan dat Plus, in de gegeven omstandigheden, had gedwaald omdat ASR aan Plus had moeten berichten dat Lidl dreigde af te haken. ASR wist immers dat Plus ervan uitging dat Lidl zou gaan huren en van ASR mag, als professionele partij die bekend is met de supermarktbranche, verwacht worden dat zij bekend is met de verschillen tussen de diverse supermarkten en dat zij begrijpt dat verhuur aan een ander dan Lidl ‘(...) voor Plus (mogelijk) een andere situatie in het leven riep (...)’.⁴¹

Naast het opkomen tegen concurrentie en het vorderen van schadevergoeding, kan de komst van een concurrent ook reden zijn om de eigen huurovereenkomst te willen beëindigen. Illustratief in dit verband is een zaak uit 2005 waarin een taxibedrijf kantoorruimte huurde en de bovengelegen woning aan een concurrent werd verhuurd die vervolgens vanuit die woning zijn taxibedrijf ging exploiteren.⁴² Het Hof Amsterdam oordeelde dat de zittende huurder niet behoefde te verwachten dat in de woning boven zijn bedrijfsruimte een concurrerende onderneming gevestigd zou worden en óók kon niet van hem worden verwacht dat hij zijn contract zou uitdienen en zijn bedrijf onder de ogen van zijn concurrent zou voortzetten.⁴³ De zittende huurder kreeg zodoende op grond van redelijkheid en billijkheid de mogelijkheid de huurovereenkomst tussentijds op te zeggen.

7. Conclusie: meer ruimte?

Uit het voorgaande volgt dat er in huurovereenkomsten bedingen opgenomen kunnen worden die naar hun inhoud gevolgen kunnen hebben voor de concurrentie en de vestiging van derden in de omgeving van de huurder. Deze beschermingsconstructies kunnen in strijd komen met het kartelverbod. In dat geval zijn zij nietig en kan

er geen beroep op worden gedaan. Er zijn echter diverse mogelijkheden om aan het kartelverbod te ontsnappen. Zo is het mogelijk dat een beschermingsconstructie kwalificeert als nevenrestrictie die noodzakelijk is voor de totstandkoming van een huurovereenkomst die de concurrentie op zichzelf niet beperkt. Bovendien is het niet waarschijnlijk dat een overtreding van het kartelverbod wordt vastgesteld als een doelbeperking ontbreekt.

Het HvJ EU heeft in het arrest *Maxima Latvija* nog eens (naar aanleiding van een beschermingsconstructie) op een rij gezet in welke gevallen er sprake kan zijn van een doelbeperking. Het heeft vervolgens geoordeeld dat een beschermingsconstructie waarbij aan de zittende (anker)huurder een instemmingsrecht wordt gegeven bij de verhuur van winkelruimte in het complex aan derden geen doelbeperking is. Gelet op de restrictieve uitleg van het begrip ‘doelbeperking’, zijn wij van oordeel dat beschermingsconstructies niet snel zullen kunnen worden beschouwd als een doelbeperking. Afhankelijk van de juridische en economische context waarin de beschermingsconstructie wordt overeengekomen kan dat naar ons oordeel slecht anders zijn indien de exploitant als intermediair wordt aangemerkt voor een (stilzwijgende) concurrentiebeperkende afspraak tussen alle huurders.

Als geen doelbeperking kan worden vastgesteld moet door de partij die een beroep doet op het kartelverbod worden aangetoond dat er sprake is van een gevolgbeperking. Zoals door het HvJ EU in het arrest *Maxima Latvija* uiteengezet, is het daarvoor benodigde onderzoek omvangrijk en de bewijslast relatief zwaar. Zonder doelbeperking zal er daarom naar alle waarschijnlijkheid niet snel sprake zijn van een inbreuk op het kartelverbod en zullen beschermingsconstructies geldig zijn.

Bedacht dient te worden dat ook een geldige beschermingsconstructie op zichzelf niet noodzakelijkerwijs voldoende bescherming biedt. De beschermingsconstructie regelt immers slechts de verhouding tussen exploitant en huurder. Indien de exploitant in strijd met een beschermingsbepaling een overeenkomst met een derde sluit, kan het voor een huurder moeilijk zijn om de geldigheid van die overeenkomst nog aan te tasten. Om zulke gevallen zo veel mogelijk te voorkomen, verdient het aanbeveling om een overtreding van een beschermingsbepaling met een contractuele boete te bestraffen.

39. Rb. Breda (ktr. Bergen op Zoom) 25 mei 2001, ECLI:NL:RBBRE:2011:BQ6146, r.o. 3.5, RVR 2011/88.

40. Rb. Dordrecht (ktr.) 14 juli 2011, ECLI:NL:RBDOR:2011:BR3506, RVR 2011/109.

41. Rb. Dordrecht (ktr.) 14 juli 2011, ECLI:NL:RBDOR:2011:BR3506, r.o. 26, RVR 2011/109.

42. Hof Amsterdam 17 februari 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AU0275, WR 2005/84.

43. Hof Amsterdam 17 februari 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AU0275, r.o. 4.9, WR 2005/84.