

---

Nr. R2

Rb. Breda 6 februari 1998, nrs. 57401/KG ZA 98-44 en  
57400/KG ZA 98-45

Huijbregts Haarmode v.o.f. (procureur Mr M.C.J. Oonk-Pallandt) / V.o.f. Rino's Kapsalon (procureur mr M.B. van der Hoek); Stichting Pensioenfonds TDV (procureur mr M.C.J. Oonk-Pallandt en advocaat mr T.A. Phijffer) / V.o.f. Rino's Kapsalon (procureur mr M.B. van der Hoek)

Bagatelvoorziening, merkbaarheid, overgangsrecht, branchebeschermingsovereenkomst (m.nt. W.B.J. van Overbeek)

---

### Feiten

In winkelcentrum De Burcht te Breda bevinden zich twee kapsalons tegenover elkaar: Huijbregts Haarmode en Rino's Kapsalon. Het winkelcentrum dateert uit de jaren zeventig. In artikel 20 lid 3 van zijn huurcontract met de rechtvoorgangster van Pensioenfonds TDV had kapper Huijbregts bedongen dat in De Burcht geen andere kappers zouden worden geaccepteerd, 'behoudens de continuïteit van de huidige herenkapsalon Rino's Haarmode'. In artikel 8 lid 2 van het huurcontract met kapper Rino stond dat het gehuurde bestemd was om te worden gebruikt als herenkapsalon met het verbod op eenzijdige wijziging daarvan.

Verder staat feitelijk vast dat kapper Rino in elk geval eind 1997, in strijd met artikel 8 lid 2 van zijn huurcontract, dames kapte en daarvoor ook reclame maakte.

### Kort geding

Kennelijk zijn beide kappers eind 1997 met elkaar in de clinch geraakt. Kapper Huijbregts vond in elk geval,

enkele dagen voordat de Mededingingswet in werking trad, dat het afgelopen moest zijn met het kappen van dames door kapper Rino. Kennelijk was de verhuurder, het pensioenfonds, het daarmee eens, want beiden spanden in december 1997 een kort geding aan tegen kapper Rino, waarin zij vorderden dat laatstgenoemde voortaan nog slechts heren zou kappen.

Huijbregts beriep zich op artikel 20 lid 3 van zijn huurcontract en stelde dat Rino zich jegens hem onrechtmatig gedroeg door willens en wetens in strijd met artikel 8 lid 2 van zijn huurcontract met het pensioenfonds ook dames te kappen. Het pensioenfonds stelde dat Rino's Haarmode wanpresteerde door aldus te handelen. Daardoor zou zij bovendien artikel 20 lid 3 van het huurcontract met kapper Huijbregts niet kunnen nakomen.

### Oordeel

De president wees de vorderingen van beide eisers af in twee vrijwel identieke vonnissen, voorzover bekend de eerste uitspraken over artikel 6 Mw. De door hem gevolgde redenering is als volgt. Artikel 20 lid 3 uit het huurcontract tussen kapper Huijbregts en het pensioenfonds is een branchebeschermingsovereenkomst in de zin van artikel 1b van het Besluit vrijstelling branchebeschermingsovereenkomsten.<sup>1</sup> De vrijstelling is niet toepasselijk, aangezien de eerste huurovereenkomst in winkelcentrum De Burcht al veel langer dan zes jaar geleden voor het eerst is aangegaan. Artikel 20 lid 3 is derhalve nietig wegens strijd met artikel 6 Mw. Uit de vrijstelling volgt immers dat branchebeschermingsovereenkomsten strijdig met die bepaling zijn. De bagatelvoorziening neergelegd in artikel 7 is niet toepasselijk, omdat de omzet van de betrokken partijen hoger is dan 2 miljoen gulden.

Kapper Rino mocht volgens de president derhalve, net als kapper Huijbregts, niet alleen heren maar ook dames kappen.

### Commentaar

De president heeft, daartoe gestimuleerd doordat Huijbregts tegelijkertijd met het pensioenfonds procedeerde en doordat beide partijen artikel 20 lid 3 uit het huurcontract met Huijbregts naar voren brachten, twee gelijke vonnissen gewezen in twee – eigenlijk – ongelijke zaken.

### Zaak Huijbregts/Rino

Juist is de conclusie van de president dat artikel 20 lid 3 in het huurcontract met Huijbregts een branchebeschermingsovereenkomst is. Het Besluit vrijstelling branchebeschermingsovereenkomsten staat echter slechts gedurende de beginperiode van een winkelcentrum een zekere branchebescherming toe, teneinde de investeringsrisico's te verminderen.<sup>2</sup> Aangezien winkelcentrum De Burcht al ouder was dan zes jaar, de maximaal toegestane periode voor branchebeschermingsovereenkomsten,<sup>3</sup> kon kapper Huijbregts zich dus niet beroepen op de vrijstelling.

De vraag die vervolgens dient te worden beantwoord is of de onderhavige branchebeschermingsovereenkomst strijdig is met artikel 6 Mw. De president komt hier met een wat wonderlijke *a-contrario*-redenering. Hij leidt uit het bestaan van de vrijstelling voor branchebeschermingsovereenkomsten af dat artikel 6 geschonden is. Als dat niet het geval zou zijn, zo lijkt hij te redeneren, was een vrijstelling immers niet nodig geweest. Dit is niet juist.

Naar het oordeel van de wetgever 'zullen branchebeschermingsovereenkomsten over het algemeen onder het verbod van artikel 6 van de wet vallen'.<sup>4</sup> Dit kan echter geen automatisme zijn. De rechter zal moeten vaststellen dat de mededinging op de betrokken relevante (lokale) markt merkbaar beperkt is. Dit uit het Europese recht bekende<sup>5</sup> 'merkbaarheidsvereiste' is door de wetgever uitdrukkelijk genoemd als een van de – weliswaar niet in de wet opgenomen, maar desalniettemin noodzakelijke – voorwaarden voor toepassing van artikel 6 Mw.<sup>6</sup> De president kon derhalve niet zomaar voorbijgaan aan de stelling van de advocate van Huijbregts dat in de nabije omgeving ten minste tien andere kappers waren gevestigd. Zo heeft de minister van Economische Zaken niet lang geleden onder de Wet economische mededinging nog een branchebeschermingsovereenkomst aanvaard die een lokale pizzabakker parten speelde, omdat op de relevante markt voor kant en klare warme eetwaren in de gemeente Beuningen voldoende effectieve concurrentie overbleef.<sup>7</sup>

Wellicht was de president van oordeel dat de vraag of de mededinging merkbaar was beperkt niet relevant is omdat artikel 20 lid 3 de strekking heeft de mededinging te beperken. Ook de Europese Commissie is inmiddels van oordeel dat merkbaarheid geen criterium is indien de mededinging opzettelijk wordt belemmerd.<sup>8</sup> Inzicht in zijn redenering geeft de president hier echter niet.

Hoe dan ook, de vaststelling dat artikel 6 Mw geschonden was, had vooralsnog geen consequentie mogen hebben, gelet op de overgangsregel neergelegd in artikel 100 lid 1 Mw.<sup>9</sup> Daarin is bepaald dat artikel 6 niet geldt tot 31 maart 1998 (welk uitstel nog langer geldt voor overeenkomsten die voordien bij de NMa zijn aangemeld) voorzover de betrokken afspraak op 31 december 1997 niet strijdig was met de WEM. Branchebeschermingsovereenkomsten waren niet generiek onverbindend en van geval tot geval bekeken. Ze waren derhalve pas dan strijdig met de

1 Besluit van 25 november 1997, Stb. 596.

2 NvT, p. 4; zie M.R. Mok, TVVS 1998, nr. 98/1, p. 19.

3 Art. 2 Besluit vrijstelling branchebeschermingsovereenkomsten.

4 NvT, p. 3.

5 HvJ EG zaak 5/69 (Völk/Vervaeke), Jur. 1969, p. 295.

6 MvT, Kamerstukken 24 707, nr. 3, p. 14 en advies Raad van State en Nader Rapport, Kamerstukken 24 707A, p. 5.

7 Stcrt. 1997, 146, p. 5. Eerder al leidde zulks tot HR 10 mei 1996, NJ 1996, 536, besproken door J.P. Jordaans in Bb 14 augustus 1996/nr. 17.

8 Zie par. 11 van de Bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die niet onder art. 85 lid 1 EG-Verdrag vallen, PbEG nr. C372, 9 december 1997, p. 13.

9 Zie o.m. M.R. Mok, TVVS 1997, nr. 97/12, p. 377.

WEM nadat de minister ze in strijd met het algemeen belang had verklaard.<sup>10</sup>

Verder kunnen wel vraagtekens worden geplaatst bij de vaststelling van de president dat artikel 7 Mw (de bagatelvrijstelling) niet toepasselijk was omdat de gezamenlijke omzet van de betrokken ondernemingen hoger was dan twee miljoen gulden.<sup>11</sup> Daarbij heeft hij rekening gehouden met de omzet van het pensioenfonds. Maar is dat wel terecht? Artikel 7 is niet duidelijk over wat wordt bedoeld met het begrip 'betrokken onderneming'. Duidelijk is echter dat het de bedoeling van de wetgever was om buiten het verbod van artikel 6 te houden afspraken die uit een oogpunt van mededinging van duidelijk ondergeschikte betekenis zijn vanwege de geringe marktmacht van de aangesloten ondernemingen.<sup>12</sup> Het pensioenfonds is uiteraard niet actief op de (diensten)markt van het knippen van haren. Daarom is het de vraag of het pensioenfonds als een 'betrokken onderneming' kan worden beschouwd. Wat dat betreft is overigens artikel 30 Mw, de evenknie op het gebied van concentraties, duidelijker. Daarin is bijvoorbeeld bepaald dat bij het verwerven van zeggenschap over delen van een onderneming, alleen gekeken wordt naar de omzet van het verworven deel en van de verwervende onderneming. De omzet van de vervreemder, die dus niet langer op die relevante markt actief is, telt niet mee.<sup>13</sup> Overigens zal in veel gevallen artikel 7 Mw niet toepasselijk zijn omdat er meer dan acht winkeliers bij de branchebescherming zijn betrokken.<sup>14</sup>

#### Zaak Pensioenfonds/Rino

Het pensioenfonds ageerde primair op grond van artikel 8 lid 2 van het huurcontract met Rino's Kapsalon. Het gaat hierbij om een in veel huurcontracten – ook ten aanzien van solitaire panden – voorkomende bestemmingsclausule. De vraag of dergelijke clausules strijdig zijn met artikel 6 Mw blijft eigenlijk onbeantwoord. De president haakt immers ook in dit vonnis gemakshalve aan bij artikel 20 lid 3 uit het huurcontract met Huijbregts omdat het pensioenfonds daar zelf ook naar had verwezen.

Een bestemmingsclausule valt doorgaans niet binnen het bereik van het begrip branchebeschermingsovereenkomst. Doel van bestemmingsclausules is doorgaans te voorkomen dat de beleggingswaarde wordt aangetast (denk aan seksshop, horeca, gokhal, e.d.). Door de opstelling van het pensioenfonds en de gecombineerde actie met kapper Huijbregts was hier echter duidelijk dat het wel degelijk de bedoeling was de (concurrerende) activiteiten van Rino als dameskapper te beperken.

Bestemmingsclausules kunnen onder omstandigheden weliswaar de mededinging beperken, maar dat zal over het algemeen toch niet snel het geval zijn.

10 Zo is nog op 10 december 1997 de branchebescherming voor het winkelcomplex Middenwaard te Heerhugowaard in strijd met het algemeen belang verklaard, Stcrt. 1997, 243, p. 8.

11 Zie art. 7 lid 1 sub b.2 Mw.

12 NvT, Kamerstukken 24 707, nr. 3, p. 15.

13 Art. 30 lid 2 Mw.

14 Zie art. 7 lid 1 sub b.1 Mw.