



# Branchebeschermingsovereenkomsten, 'bestemmingsbepalingen' en artikel 6 Mededingingswet

Beoordeling door NMa en civiele rechter

mr E. Boerwinkel

Tegelijk met de Mededingingswet is in 1998 ook het Besluit vrijstelling branchebeschermingsovereenkomsten in werking getreden, dat branchebeschermingsovereenkomsten in nieuwe winkelcentra gedurende een beperkte periode aan de toepassing van artikel 6 Mw onttrekt. In dit artikel wordt aandacht besteed aan de beschikkingenpraktijk van de NMa en de civiele rechtspraak met betrekking tot de mededingingsrechtelijke toelaatbaarheid van branchebeschermingsovereenkomsten die niet kunnen profiteren van de generieke vrijstelling van genoemd besluit. Aan de orde komen het (schijnbare) verschil tussen de beoordeling door de civiele rechter en het beleid van de NMa en de mogelijke redenen voor dat verschil in aanpak. Tevens wordt stilgestaan bij de vraag of een branchebeschermingsovereenkomst onder omstandigheden kan worden aangemerkt als (geoorloofde) nevenrestrictie.

## Branchebeschermingsovereenkomst of 'slechts' bestemmingsbepaling?

Alvorens in te gaan op de mededingingsrechtelijke beoordeling van 'branchebeschermingsovereenkomsten' is het van belang dit begrip nader af te bakenen. Het Besluit vrijstelling branchebeschermingsovereenkomsten (hierna:

'het Vrijstellingsbesluit') definieert een branchebeschermingsovereenkomst als 'een overeenkomst tussen een onderneming die eigenaar of beheerder is van een winkelcentrum en een in dat winkelcentrum gevestigde of zich vestigende onderneming, die strekt tot het beperken van de toelating tot dat 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'.

Deze definitie laat ruimte voor twijfel over het soort overeenkomsten dat als branchebeschermingsovereenkomst (in de zin van het Vrijstellingsbesluit) kan worden aangemerkt. Het klassieke voorbeeld van een branchebeschermingsovereenkomst is een afspraak tussen een exploitant/verhuurder van een winkelcentrum<sup>1</sup> en een zich aldaar vestigende onderneming, die inhoudt dat de verhuurder zich verbindt om (potentiële) concurrenten van de 'nieuwkomer' uit het winkelcentrum te weren. Vaak wordt een dergelijke overeenkomst tussen verhuurder en nieuwkomer (hierna aan te duiden als 'klassieke' branchebeschermingsovereenkomst) echter niet voldoende geacht ter bescherming van de zich vestigende ondernemer. Zo'n overeenkomst garandeert immers niet dat andere ondernemingen die reeds in

Mr. E. Boerwinkel is advocaat bij Nysingh advocaten-notarissen N.V. te Zutphen.

<sup>1</sup> Zie voor de afbakening van het begrip 'winkelcentrum' artikel 1(a) van het Besluit vrijstelling branchebeschermingsovereenkomsten en de Nota van Toelichting d.d. 25 november 1997, *Stb.* 1997, 596, p. 5.

het winkelcentrum gevestigd zijn hun assortiment niet zullen wijzigen naar of uitbreiden met producten of diensten die concurreren met het aanbod van de nieuwkomer. Daarom worden naast de aan de verhuurder opgelegde verplichting veelal ook aan de nieuwkomer en aan de overige huurders verplichtingen opgelegd, in de vorm van 'bestemmingsbepalingen'. Bestemmingsbepalingen kunnen de vorm hebben van een verbod (op een bepaald gebruik) of een gebod (verplicht gebruik), maar zijn meestal een combinatie van beide (bijvoorbeeld: 'Het gehuurde is bestemd om te worden gebruikt ten behoeve van detailhandel in brood en banket. Het is verboden het gehuurde een andere bestemming te geven zonder voorafgaande toestemming van Verhuurder').

Zowel in de rechtspraak als in de literatuur is betoogd dat een bestemmingsbepaling op zich niet kan worden aangemerkt als een branchebeschermingsovereenkomst (in mededingingsrechtelijke zin), omdat de handhaving van een 'branchepatroon' door nakoming te eisen van bestemmingsclausules in (individuele) huurovereenkomsten er niet aan in de weg hoeft te staan dat in een winkelcentrum meerdere zaken in dezelfde branche gevestigd zijn.<sup>2</sup> Zo oordeelde de president van de rechtbank te Maastricht in een kort geding tussen (de uitbater van) een woonboulevard en de huurder van een op die woonboulevard gelegen winkelruimte, dat een beding in de huurovereenkomst dat het gehuurde bestemde tot 'detailhandelszaak in het betere klassieke meubel' niet kan worden aangemerkt als branchebeschermingsovereenkomst. Het enkele feit dat de huurder maar een beperkt assortiment mocht voeren betekende immers niet dat het andere ondernemers werd verhinderd een met de huurder concurrerend assortiment te voeren, aldus de president.<sup>3</sup> Zoals Mok terecht opmerkt in zijn noot<sup>4</sup> bij deze uitspraak is het echter niet waarschijnlijk dat de bestemmingsbepaling in kwestie op zich stond: het ligt voor de hand dat aan andere huurders soortgelijke beperkingen waren opgelegd als aan de uitbater van de meubelzaak. Dat ook de president daarvan uitging blijkt uit diens overweging dat het de exploitant van de woonboulevard vrijstaat

*'[...] een evenwichtige brancheverdeling te bewerkstelligen door met verschillende huurders verschillende bestemmingsbepalingen overeen te komen [...]'.*

De vraag onder welke omstandigheden een (stelsel van) bestemmingsbepaling(en) ook zonder te zijn gekoppeld aan een klassieke branchebeschermingsovereenkomst kan worden aangemerkt als overeenkomst met een mededingingsbeperkende strekking blijft in de rechtspraak en beschikkingenpraktijk van de NMa tot op heden onbeantwoord. Duidelijk is dat met het systematisch toepassen van bestemmingsclausules hetzelfde effect kan worden beoogd en bereikt als met een klassieke branchebeschermingsovereenkomst in enge zin. Complicerende factor is echter dat bij een dergelijk stelsel van bestemmingsbepalingen de (eventuele) branchebescherming niet direct voortvloeit uit een enkele overeenkomst tussen twee of meer partijen maar

uit een (potentieel groot) aantal overeenkomsten tussen verschillende partijen, die veelal onafhankelijk van elkaar zullen worden gesloten. Mag de mededingingsbeperkende strekking van een bestemmingsbepaling worden afgeleid uit het bestaan van een stelsel van vergelijkbare overeenkomsten? In zijn besluit in de zaak *Smit Mode Alblasserdam*<sup>5</sup> heeft de d-g NMa zich, zij het zijdelings, uitgelaten over de mededingingsrechtelijke kwalificatie van een stelsel van bestemmingsbepalingen tussen een verhuurder en meerdere huurders. De zaak betrof een ontheffingsverzoek voor een beding in een huurovereenkomst waarin de verhuurder van bedrijfsruimte(n) in een winkelcentrum zich jegens een van zijn huurders, Smit Alblasserdam, verbond om niet dan na overleg met Smit ondernemingen als huurder toe te laten die (deels) hetzelfde branchepakket voerden als Smit. Kortom, een klassieke branchebeschermingsovereenkomst. Voorts bevatte de overeenkomst een bestemmingsbepaling, inhoudende dat het Smit verboden was het gehuurde pand een andere bestemming te geven dan winkel voor dames- en herenmode. De d-g NMa overweegt dat de overeenkomst met Smit de verhuurder ertoe verplicht van de andere huurders te verlangen dat zij toezeggen geen activiteiten te ontplooien die in de huurovereenkomst aan Smit zijn voorbehouden.

*'In de praktijk zal dit een cluster van beperkingen in de door de verhuurder met de individuele huurders te sluiten of gesloten huurovereenkomsten te zien geven die het effect heeft van een horizontale overeenkomst tussen de individuele huurders ter zake van de door hen te ontplooien bedrijfsactiviteiten'*

aldus de d-g NMa,<sup>6</sup> die tot de conclusie komt dat de overeenkomst tussen Smit en de verhuurder ertoe strekt de mededinging te beperken. Hoewel het besluit ziet op een klassieke branchebeschermingsovereenkomst kan uit de geciteerde passage worden afgeleid dat de NMa van mening is dat een stelsel van bestemmingsbepalingen op zich reeds een mededingingsbeperkende overeenkomst kan opleveren; sterker nog: de NMa lijkt van mening dat een dergelijk systeem kan worden gelijkgesteld met een horizontale overeenkomst tussen de huurders onderling. Dit impliceert dat de al dan niet mededingingsbeperkende strekking van een

2 Pres. Rb. Maastricht 16 augustus 1999, WR 1999/88 en (in de hoofdzaak) Rb. Maastricht 16 augustus 2001 WR 2002/7 *Buco Kerkrade / Woonboulevard*, Pres. Rb. Maastricht 20 oktober 1998, WR 1999/72 *Argos Distributors Ltd./MBO-Ruijters B.V.*, Ktr. Gouda 11 januari 2001, WR 2001/44 *Bedrijfspensioenfonds voor de Bouwnijverheid/Chemische Reiniging H.G. van der Linden*. Zie ook E.J. Glansbeek, 'De nieuwe Mededingingswet: einde van bestemmingsclausules in huurcontracten?', WR 1999/10, p. 270-274.

3 Pres. Rb. Maastricht 16 augustus 1999, supra, r.o. 3.7. Zo ook later, in de bodemprocedure, de Rechtbank: Rb. Maastricht 16 augustus 2001, supra.

4 Noot M.R. Mok bij Pres. Rb. Maastricht 16 augustus 1999, *Ondernemingsrecht* 1999/15, p. 432.

5 Besluit 30 november 1998, zaak 416 *Smit Mode Alblasserdam*.

6 Besluit *Smit Mode Alblasserdam*, supra, rnr. 25.

bestemmingsclausule (mede) zal dienen te worden bepaald in het licht van eventuele overeenkomsten met derden die vergelijkbare bedingen bevatten. Verdedigbaar is dat een bestemmingsclausule die deel uitmaakt van een stelsel van vergelijkbare bedingen die, in hun onderlinge samenhang gezien, tot doel hebben de vestiging van concurrerende ondernemingen binnen een winkelcentrum te beperken of te verhinderen, een branchebeschermingsovereenkomst is, zelfs indien de mededingingsbeperkende strekking niet expliciet is vastgelegd in een – overkoepelende – klassieke branchebeschermingsovereenkomst. Mijns inziens dient een dergelijk stelsel van bestemmingsclausules dan ook te worden benaderd op een wijze parallel aan de benadering van branchebeschermingsovereenkomsten in de zin van het Vrijstellingsbesluit.

### Besluit vrijstelling branchebeschermingsovereenkomsten

Het Vrijstellingsbesluit onttrekt branchebeschermingsovereenkomsten aan de toepassing van het verbod van artikel 6, lid 1 Mw gedurende een periode van zes jaar nadat de huur is aangevangen van de eerste onderneming die zich vestigt in een winkelcentrum. Het doel van de vrijstelling is de bij de ontwikkeling van nieuwe winkelcentra betrokken partijen in staat te stellen de investeringsrisico's tijdelijk te verminderen en daardoor de bereidheid tot het ontwikkelen van nieuwe winkelcentra te doen toenemen.<sup>7</sup> Het Vrijstellingsbesluit biedt dan ook alleen soelaas voor afspraken die betrekking hebben op geheel nieuwe winkelcentra; gedeeltelijk vernieuwde of gerenoveerde winkelcentra kunnen niet profiteren van de vrijstelling.<sup>8</sup> Over de vraag of het Vrijstellingsbesluit op concrete overeenkomsten al dan niet van toepassing is, lijkt in de praktijk nauwelijks discussie te bestaan; in de bestaande jurisprudentie en beschikkingenpraktijk is dit althans geen punt van discussie. Interessanter is de beoordeling van branchebeschermingsovereenkomsten die niet onder de generieke vrijstelling vallen.

### Beoordeling niet-vrijgestelde overeenkomsten door civiele rechter en NMa

#### Mededingingsbeperkende strekking?

De Nota van Toelichting bij het Vrijstellingsbesluit vermeldt dat

*'branchebeschermingsovereenkomsten tussen de eigenaar of beheerder van een winkelcentrum en ondernemers in dat winkelcentrum [...] als strekking [hebben] die ondernemers te vrijwaren van vestiging van nieuwe ondernemers, die in de zelfde branche actief zijn. Branchebeschermingsovereenkomsten beperken aldus de mededingingen en zullen over het algemeen onder het verbod van artikel 6 van de wet vallen.'*<sup>9</sup>

Blijkens de Nota van Toelichting kan een branchebeschermingsovereenkomst die niet voldoet aan de criteria van het Vrijstellingsbesluit slechts ontsnappen aan het verbod door een individuele ontheffing (thans: door te voldoen aan de voorwaarden van artikel 6, lid 3 Mw).<sup>10</sup>

Met een beroep op de Nota van Toelichting heeft de NMa zich in haar – schaarse – besluiten met betrekking tot (klassieke) branchebeschermingsovereenkomsten<sup>11</sup> op het standpunt gesteld dat dergelijke overeenkomsten ertoe strekken de mededinging te beperken.<sup>12</sup>

De rechtspraak laat op dit punt een minder eenduidig beeld zien. Tegenover de uitspraken waarin branchebeschermingsovereenkomsten als overeenkomsten met een mededingingsbeperkende strekking worden aangemerkt<sup>13</sup> staat een drietal uitspraken waarin het oordeel anders luidt.<sup>14</sup> Zoals hierna zal blijken heeft de kwalificatie als (al dan niet) strekkingsbeding gevolgen voor de wijze van de beoordeling van branchebeschermingsovereenkomsten door de civiele rechter. Men kan zich afvragen of de kwalificatie van klassieke branchebeschermingsovereenkomsten als niet-strekkingsbeding door de civiele rechter in laatstgenoemde drie zaken terecht is; voor een uitgebreid oordeel daarover is in dit overzichtsartikel echter geen plaats. Wel kan worden opgemerkt dat in de drie genoemde 'afwijkende' uitspraken de nodige bijzondere omstandigheden speelden.

#### Toetsing gevolgen overeenkomst en merkbaarheid door civiele rechter en NMa

In haar besluiten met betrekking tot klassieke branchebeschermingsovereenkomsten komt de NMa niet alleen tot het oordeel dat sprake is van overeenkomsten met een mededingingsbeperkende strekking, maar stelt zij tevens vast dat de betrokken overeenkomsten 'naar hun aard de mededinging beperken'. De NMa komt daardoor niet toe aan een beoordeling van de (eventuele) concrete gevolgen van de overeenkomsten, noch aan de vraag of de mededingingsbeperking merkbaar is. Zij heeft het dan ook in geen van de

7 Nota van toelichting d.d. 25 november 1997, *Stb.* 1997, 596.

8 Nota van toelichting, supra, p. 5-6.

9 Nota van toelichting, supra, p. 3.

10 Nota van toelichting, supra.

11 Het hierna te bespreken besluit in zaak 479 *Engels Holding* betreft geen 'klassieke' branchebeschermingsovereenkomst.

12 Besluit 30 november 1998, zaak 416 *Smit Mode Alblasterdam*, reeds aangehaald, en een viertal besluiten van 1 april 1999 in zaak 466 *Bril-In-Mode* en de zaken 704-17 *Deli Palace*, 704-18 *Le Drugstore* en 704-19 *Shitrit/Masada*. De genoemde zaken betroffen alle ontheffingsverzoeken.

13 Vgl. Pres. Rb. Breda 6 februari 1998, KG 1998/112 *Huijbregts Haarmode VOF/Rino's kapsalon*, zie *M&M* 1998, nr. 2, p. 65 m.nt. W.B.J. van Overbeek; Pres. Rb. Leeuwarden 7 april 1999, kg-nr. 1999/53 *Lindeboom/Albert Heijn*, OR 1999 nr. 12, p. 340 m.nt. M.R. Mok; Pres. Rb. Utrecht 21 april 1999 WR 1999/71 *Lisman & Lisman/Groenwoudt*; Rechtbank Maastricht 7 januari 2004 LJM AO1425 zaaknr. 75264/HAZA 02-513 *Gemeente Heerlen/3W Vastgoed e.a.*

14 Vgl. Hof Arnhem 13 mei 2003, LJM AF9031, zaaknr. 03/003 *Van Someren/Folio Vastgoed*; Rechtbank Leeuwarden 27 februari 2002, LJM AD9641, zaak/rolnr. 45937 HAZA 01-0317 *Winkelcentrum Damwoude*, Pres. Rb. Den Haag 28 december 1999, WR 2000/81, *Witte Foto Shop/St. Bedrijfspensioenfondsvoor de bouw*.

betreffende besluiten nodig geacht zich uit te laten over de relevante markt.<sup>15</sup> Opvallend is dat in de rechtspraak soms juist uitgebreid wordt ingegaan op de mogelijke concrete gevolgen van de betrokken overeenkomsten voor de mededinging op de merkbaarheid van die gevolgen. Dat doet de vraag rijzen of er op dit punt een fundamenteel verschil van benadering bestaat tussen de NMa en de civiele rechter, of een en ander valt te verklaren aan de hand van de aan de NMa of aan de civiele rechter voorgelegde feiten. In dat kader is het interessant de bovengenoemde besluiten van de NMa te vergelijken met een aantal rechterlijke uitspraken met verschillende uitkomsten.

In de aan de NMa voorgelegde ontheffingsverzoeken<sup>16</sup> was steeds sprake van een klassieke branchebeschermingsovereenkomst, waarin een verhuurder van winkelruimte in een winkelcentrum zich jegens een of meerdere huurders ertoe verplichtte geen met de betreffende huurder concurrerende ondernemingen toe te laten. In de zaak *Lisman & Lisman/Groenwoudt's Supermarkt* sprak de rechtbank Utrecht zich uit over een vergelijkbare verplichting van de verhuurder, in het kader van een geschil tussen de verhuurder van winkelruimte (Lisman) en de uitbater van een supermarkt (Groenwoudt) naar aanleiding van de vestiging van een tweede supermarkt in het door Lisman beheerde winkelcentrum (zij het dat de branchebeschermingsverplichting in dit geval was opgelegd door de kantonrechter aan wie de zaak eerder was voorgelegd).<sup>17</sup> De rechtbank oordeelt dat met de aan Lisman opgelegde verplichting tot branchebescherming beoogd wordt de mededinging binnen het winkelcentrum te verhinderen en dat de verplichting in kwestie niet kan profiteren van de bagatelregeling van artikel 7 Mw. De rechtbank verbindt daaraan echter niet zonder meer de conclusie dat de opgelegde verplichting in strijd is met artikel 6 Mw, maar gaat eerst nog in op de stelling van Groenwoudt dat, gelet op het bestaan van een aantal supermarkten in de directe omgeving van het winkelcentrum, die volgens Groenwoudt tot de relevante (geografische) markt moet worden gerekend, geen sprake zou zijn van een merkbare mededingingsbeperking. De rechtbank is het met dit door de begunstigde van de branchebeschermingsverplichting voorgestane criterium voor de beoordeling van de merkbaarheid van de mededingingsbeperking niet eens en stelt, onder verwijzing naar het Vrijstellingsbesluit en de toelichting daarop, vast dat de wetgever met de Mededingingswet moet hebben beoogd om branchebeschermingsovereenkomsten die betrekking hebben op (slechts) de situatie binnen een winkelcentrum in beginsel onder het algemene verbod van artikel 6 Mw te doen vallen. Gelet op de definitie van het begrip 'winkelcentrum' in het Vrijstellingsbesluit kan ook binnen een winkelcentrum sprake zijn van een merkbare beperking van de mededinging, aldus de rechtbank. De beoordeling door de rechtbank verschilt qua uitkomst niet van de beoordeling door de NMa in vergelijkbare zaken. Ook de rechtbank oordeelt dat sprake is van een overeenkomst met een mededingingsbeperkende strekking en leest in (de toelichting op) het Vrijstellingsbesluit de intentie van de wetgever om branchebeschermingsovereenkomsten

binnen een winkelcentrum onder het verbod van artikel 6 Mw te doen vallen. Het verschil tussen de beoordeling door de NMa en die van de rechtbank Utrecht lijkt louter gelegen in de wijze van omgaan met het merkbaarheidsvereiste. De NMa stelt zich – in overeenstemming met haar vaste beschikingspraktijk<sup>18</sup> – op het standpunt dat waar sprake is van een overeenkomst die ertoe strekt de mededinging te beperken, moet worden aangenomen dat de mededinging merkbaar wordt beperkt zonder dat de concrete gevolgen van de overeenkomst in aanmerking behoeven te worden genomen, en dat ten aanzien van een overeenkomst die naar haar aard de mededinging beperkt, de bewijslast wat betreft de merkbaarheid bij de betrokken ondernemingen ligt. De rechtbank daarentegen baseert haar aanname dat sprake is van een merkbare mededingingsbeperking niet op de strekking van de overeenkomst maar op haar interpretatie van de bedoeling van de wetgever. Gelet op de hiervoor geciteerde passages uit de Nota van Toelichting bij het Vrijstellingsbesluit komt de bedoeling van de wetgever om branchebeschermingsovereenkomsten in winkelcentra onder het verbod te laten vallen<sup>19</sup> echter eveneens voort uit de overtuiging dat dergelijke overeenkomsten een mededingingsbeperkende strekking hebben. Een fundamenteel verschil tussen de wijze van beoordelen van de NMa en die van de rechtbank Utrecht lijkt zich derhalve niet voor te doen. Dat zou slechts anders zijn indien de rechtbank (inhoudelijk) zou zijn ingegaan op hetgeen door de huurder was gesteld met betrekking tot de relevante markt.

Opvallend is dat in de overige uitspraken waarin branchebeschermingsovereenkomsten werden aangemerkt als strekkingsbeding de civiele rechter evenmin (inhoudelijk) ingaat op de merkbaarheid van de mededingingsbeperkende afspraken.<sup>20</sup>

Waar klassieke branchebeschermingsafspraken *niet* worden aangemerkt als overeenkomsten met een mededingingsbeperkende strekking, daar geeft de civiele rechter echter wél – soms uitgebreid – een inhoudelijk oordeel over de merkbaarheid.<sup>21</sup> Illustratief is de uitspraak in kort geding inzake *De Witte Foto Shop*.<sup>22</sup> De zaak betrof een geschil tussen de exploitant van een winkelcentrum en de uitbater van de aldaar gevestigde Fotozaak. De huurovereenkomst tussen de exploitant van het winkelcentrum en de Fotozaak bevatte onder meer een beding inhoudende dat het verhuurder niet

15 Besluiten d.d. 30 november 1998, zaak 416 *Smit Mode Alblasserdam* en 1 april 1999 in zaak 466 *Bril-In-Mode* en de zaken 704-17 *Deli Palace*, 704-18 *Le Drugstore* en 704-19 *Shitrit/Masada*, reeds aangehaald.

16 Zaken 416, 466 en 704-17 t/m 704-19, supra.

17 Rechtbank Utrecht 21 april 1999, *WR* 1999/71.

18 Vgl. o.m. besluiten d.d. 30 december 2002 in zaak 2658-344, *Mobiele Operators*, nr. 106, d.d. 17 december 2001 in zaak 381 *Vereniging Belangen Behartiging Schildersbedrijf* (besluit op bezwaar), nr. 24.

19 Behoudens gevallen waarin is voldaan aan de voorwaarden van artikel 6, lid 3 Mw.

20 Vgl. Pres. Rb. Breda 6 februari 1998; Pres. Rb. Leeuwarden 7 april 1999; Rb. Maastricht 7 januari 2004, alle reeds aangehaald.

21 Vgl. Hof Arnhem 13 mei 2003; Rechtbank Leeuwarden 27 februari 2002; Pres. Rb. Den Haag 28 december 1999, alle reeds aangehaald.

22 Pres. Rb. Den Haag 28 december 1999, *WR* 2000/81, *Witte Foto Shop/St. Bedrijfspensioenfonds voor de bouw*, reeds aangehaald.



was toegestaan om andere huurders in het winkelcentrum toestemming te verlenen fotoproducten te verkopen dan wel diensten aan te bieden op het gebied van het ontwikkelen van foto- of filmmateriaal. De komst van een Kruidvatfiliaal in het winkelcentrum was voor de Fotoshop aanleiding zich te beroepen op deze klassieke branchebeschermingsbepaling in de huurovereenkomst. De president van de rechtbank Den Haag oordeelde dat *'tussen partijen niet in geschil [is] dat bestemmingsbepalingen niet de strekking hebben de mededinging te beperken'* maar achtte de stelling van de Fotoshop dat de branchebeschermingsclausule de mededinging niet merkbaar beperkte niet gegrond. Het enkele feit dat de fotozaak stelde te vrezen voor een aanzienlijk omzetverlies duidde er reeds op dat een beroep op het merkbaarheidsvereiste niet kon slagen. De fotozaak was er bovendien niet in geslaagd aannemelijk te maken dat de 'bestemmingsbepalingen' vrij zouden zijn van merkbare mededingingsbeperkende effecten, zodat een beroep op het branchebeschermingsbeding niet kon slagen, aldus de president. Hoewel de president de bewijslast met betrekking tot (het ontbreken) van merkbare effecten van de overeenkomst legt bij de onderneming die zich op het beschermingsbeding beroept, wijkt zijn wijze van beoordelen toch af van die van de NMa in haar – destijds reeds gepubliceerde – besluiten inzake vergelijkbare klassieke branchebeschermingsovereenkomsten, nu hij partijen volgt in hun aanname dat geen sprake is van een strekkingsbeding. Daarmee wordt de deur opengezet voor het beoordelen van branchebeschermingsovereenkomsten aan de hand van hun – potentiële – mededingingsbeperkende effecten en daarmee voor de mogelijkheid dat branchebeschermingsovereenkomsten in de zin van het Vrijstellingsbesluit geacht worden niet onder het verbod van artikel 6 Mw te vallen wegens gebrek aan merkbaar effect. Inmiddels hebben zowel het Hof Arnhem als de Rechtbank Leeuwarden klassieke branchebeschermingsovereenkomsten wegens gebrek aan merkbaar mededingingsbeperkend effect toelaatbaar geacht.<sup>23</sup> Nu blijkens de Nota van Toelichting bij het Vrijstellingsbesluit de wetgever de uitzondering van artikel 6, lid 3 Mw aanmerkt als enige mogelijkheid voor branchebeschermingsovereenkomsten in de zin van het Vrijstellingsbesluit om te ontsnappen aan het verbod van artikel 6, lid 1 Mw, kan men zich afvragen of de civiele rechter terecht de (ruimere) beoordelingsruimte ten aanzien van de merkbaarheid aanwezig acht.<sup>24</sup>

### Beoordeling (geclausuleerd) instemmingsrecht door NMa en civiele rechter

Niet alle overeenkomsten die als branchebeschermingsovereenkomsten (in ruime zin) zouden kunnen worden aangemerkt zijn door de NMa tot overeenkomsten met een mededingingsbeperkende strekking bestempeld. In haar besluit in de zaak *Engels*<sup>25</sup> oordeelde de NMa in het kader van een ontheffingsaanvraag over een huurovereenkomst tussen het Groothandelsgebouw te Rotterdam (verhuurder) en Engels Holding B.V. (huurder) met betrekking tot het door Engels geëxploiteerde café-restaurant in het Groothandelsgebouw. De overeenkomst bepaalde onder meer dat verhuurder

niet dan met toestemming van Engels zou toestaan dat in het Groothandelsgebouw behalve het café-restaurant van Engels en andere ten tijde van het aangaan van de overeenkomst reeds bestaande horecagelegenheden enig ander bedrijf dat zich bezighield met de verkoop van eet- en drinkwaren voor gebruik ter plaatse zou worden gevestigd (of dat de door derden geëxploiteerde bedrijven zouden worden uitgebreid). Voorts was bepaald dat het verbod op het toelaten van met Engels concurrerende ondernemingen slechts gold voorzover de verhuurder daardoor naar zijn oordeel niet ernstig in zijn exploitatiemogelijkheden zou worden belemmerd, en dat Engels haar toestemming niet zou weigeren indien zulks de belangen van de verhuurder onevenredig zou schaden. De NMa oordeelde dat dit 'geclausuleerd instemmingsrecht' geen mededingingsbeperkende strekking had gelet op de daaraan verbonden ontsnappingsclausules en *'het gebruik wat in de praktijk van de clausule wordt gemaakt'*.<sup>26</sup> De NMa nam daarbij in aanmerking dat in het Groothandelsgebouw een aantal andere bedrijven gevestigd was die actief waren op het gebied van eet- en drinkwaren en dat het instemmingsrecht van Engels de vestiging van die bedrijven niet had kunnen belemmeren. Vervolgens stelde de NMa vast dat, zelfs indien sprake zou zijn van een strekkingsbeding, de aan haar voorgelegde overeenkomst de mededinging niet *merkbaar* beperkte, gelet op de overige in en rondom het Groothandelsgebouw aanwezige locaties van waaruit verkoop van eet- en drinkwaren zou kunnen plaatsvinden (en waarop het instemmingsrecht kennelijk niet van toepassing was). Frappant is dat de NMa in *Engels* niet – zelfs niet zijdelings – refereert aan het Vrijstellingsbesluit, terwijl mijns inziens te verdedigen valt dat het instemmingsrecht van Engels op zijn minst een zekere gelijkenis vertoont met een branchebeschermingsovereenkomst, ook al kan het Groothandelsgebouw strikt genomen niet worden aangemerkt als 'winkelcentrum' in de zin van het Vrijstellingsbesluit. Het besluit *Engels* maakt duidelijk dat de NMa haar strikte benadering met betrekking tot klassieke branchebeschermingsovereenkomsten niet zonder meer zal toepassen op vergelijkbare, maar minder vergaande bedingen, zelfs niet indien duidelijk is dat partijen bij de overeenkomst de bedoeling hadden de mededinging op zijn minst enigszins te beperken (want wat is anders de zin van een 'instemmingsrecht' als dat van Engels?). Gelet op de wijze waarop de NMa in *Engels* uitgebreid ingaat op de merkbaarheid en (het gebrek aan) concrete mededingingsbeperkende gevolgen van de betrokken overeenkomst acht zij

23 Hof Arnhem 13 mei 2003; Rb. Leeuwarden 27 februari 2002, beide reeds aangehaald.

24 In geen van de tot op heden gewezen civielrechtelijke uitspraken met betrekking tot branchebeschermingsovereenkomsten wordt aandacht besteed aan de (voormalige ontheffings)criteria van artikel 6, lid 3 Mw. Dit is niet verbazend, aangezien de rechter pas sinds de inwerkingtreding van het derde lid van artikel 6 Mw in augustus 2004 de mogelijkheid heeft deze criteria toe te passen; de toepassing van het voormalige artikel 17 Mw was immers het exclusieve domein van de NMa.

25 Besluit d.d. 31 maart 2001 in zaak 479 *Engels Holding B.V.* (ontheffingsverzoek).

26 Besluit *Engels*, supra, rnr. 29.

een geclausuleerd instemmingsrecht kennelijk in mededingingsrechtelijk opzicht van een geheel andere orde dan de branchebeschermingsovereenkomsten die aan de orde waren in de hiervoor besproken ontheffingszaken. Het is de vraag of dat – vérgaande – onderscheid terecht is. Een instemmingsrecht impliceert immers dat de bevoegdheid om af te zien van branchebescherming bij de huurder ligt. Vreest de huurder daadwerkelijk concurrentiedruk te zullen ondervinden van een zich vestigende concurrent dan kan hij zijn instemming onthouden. Bij het verlenen van een dergelijk instemmingsrecht is bovendien niet bekend in hoeverre de begunstigde zich daarop zal beroepen. Bovendien kan men zich afvragen of de clausulering van het instemmingsrecht in *Engels* mededingingsrechtelijk relevant is, nu het van de belangen van de verhuurder (en niet van het – algemene – belang van de mededinging) afhangt of Engels zich op het instemmingsrecht mag beroepen. Overigens was de NMa niet de eerste die zich uitliet over een aan concurrerende winkeliers toegekend instemmingsrecht. De president van de Rechtbank Alkmaar<sup>27</sup> oordeelde in 1998 met betrekking tot een – ongeclausuleerd – instemmingsrecht voor het vestigen van ‘nieuwkomers’ dat was toegekend aan de vereniging van eigenaren van een klein winkelcomplex<sup>28</sup> dat het instemmingsvereiste een overeenkomst kon zijn die mededingingsbeperking tot doel had. De president was echter van mening dat geen sprake was van een merkbare mededingingsbeperking nu het betrokken winkelcomplex ‘*van het winkelbestand in Alkmaar-Overdie, en zelfs van dat in hun onmiddellijke omgeving, slechts een ondergeschikt deel [uitmaakt].*’

#### Toepassing van artikel 6, lid 3 Mw

In de hiervoor besproken besluiten van de NMa met betrekking tot ontheffingsverzoeken voor ‘klassieke’ branchebeschermingsovereenkomsten luidt het oordeel van de NMa telkens dat aan de voorwaarden voor ontheffing (thans de voorwaarden voor toepasselijkheid van de wettelijke uitzondering van artikel 6, lid 3 Mw) niet is voldaan.<sup>29</sup> Ieder ontheffingsverzoek stuit reeds af op de eerste voorwaarde: ‘verbetering van de productie of van de distributie of bevordering van de technische of economische vooruitgang’. De NMa stelt onder verwijzing naar de Nota van Toelichting bij het Besluit vrijstelling branchebeschermingsovereenkomsten vast dat een dergelijk voordeel over het algemeen slechts optreedt in de beginperiode van de ontwikkeling van nieuwe winkelcentra (met andere woorden: gedurende de zes jaar dat de generieke vrijstelling geldt). Wat de Nota van Toelichting bij het Vrijstellingsbesluit reeds doet vermoeden wordt derhalve door de NMa bevestigd: een branchebeschermingsovereenkomst zal zelden voldoen aan de voorwaarden voor de wettelijke uitzondering van artikel 6, lid 3 Mw. Men kan zich afvragen in hoeverre het voor partijen bij een branchebeschermingsovereenkomst niettemin de moeite waard kan zijn ten overstaan van de civiele rechter een beroep te doen op de wettelijke uitzondering van artikel 6, lid 3 Mw. In dit verband zij eraan herinnerd dat het Vrijstellingsbesluit het karakter heeft van een groeps-

vrijstelling. Met andere woorden: er is sprake van een ‘safe haven’ die beoogt ondernemingen de zekerheid te verschaffen dat branchebeschermingsovereenkomsten onder de in het Vrijstellingsbesluit gestelde voorwaarden buiten de toepassing van het kartelverbod vallen, maar die geen vermoeden van onwettigheid inhoudt voor overeenkomsten die niet voldoen aan de daarin gestelde voorwaarden. Het niet voldoen aan de voorwaarden van het Vrijstellingsbesluit zou voor een branchebeschermingsovereenkomst dus niet zonder meer een ‘doodvonnis’ mogen inhouden. Zoals hiervoor reeds opgemerkt heeft de civiele rechter veelal zijn toevlucht gezocht tot het merkbaarheidsvereiste om de kennelijk in zijn ogen soms al te beperkende werking van het mededingingsrecht op branchebeschermingsafspraken ongedaan te maken. Het is de vraag of de sinds augustus 2004 bestaande directe werking van artikel 6, lid 3 Mw in de toekomst door de civiele rechter zal worden aangegrepen om – anders dan via de merkbaarheid – branchebeschermingsafspraken te behoeden voor nietigheid door te oordelen dat de wettelijke uitzondering op het kartelverbod van toepassing is. Die benadering zou in dogmatisch opzicht wellicht zuiverder zijn en biedt bovendien ruimte voor een meer economische benadering, die past binnen het systeem van Verordening 1/2003 en de gewijzigde Mededingingswet. De toepassing van artikel 6, lid 3 Mw door de civiele rechter vereist echter wel dat de partij die zich op de (geldigheid van de) overeenkomst beroept gemotiveerd stelt, en ook deugdelijk met feiten onderbouwt, dat de overeenkomst voldoet aan de vier voorwaarden voor toepasselijkheid van de wettelijke uitzondering. De betreffende onderneming zal in dat kader dienen te onderbouwen dat dit ook ná de zesjarentermijn van het Vrijstellingsbesluit leidt tot voordelen (ook) voor consumenten, zoals bijvoorbeeld een gevarieerd winkelaanbod, en dat die voordelen niet door een minder beperkend instrument kunnen worden gerealiseerd. Bovendien zal aannemelijk moeten worden gemaakt dat er voldoende restconcurrentie overblijft, bijvoorbeeld in de vorm van in de directe omgeving van het winkelcentrum gevestigde concurrerende ondernemingen. De bewijslast die aldus op een onderneming kan komen te rusten is bepaald niet gering. Ondernemingen die overwegen een branchebeschermingsovereenkomst te sluiten doen er goed aan daarmee rekening te houden bij de self-assessment in het kader van artikel 6, lid 3 Mw.

Ook bestaan er overigens de nodige hindernissen voor de toepassing van artikel 6, lid 3 Mw door de civiele rechter. Men kan zich afvragen of (met name) in het kader van de kortgedingprocedure voldoende ruimte is voor de economische analyse die voor het toepassen van artikel 6, lid 3 Mw vereist is, en of de civiele rechter daarvoor überhaupt vol-

27 Pres. Rb. Alkmaar 10 december 1998, KG nr. 36223 98/431, OR 1999-6 p. 172 m.nt. M.R. Mok.

28 Of sprake was van een ‘winkelcentrum’ in de zin van het Vrijstellingsbesluit is uit de hiervoor (noot 27) aangehaalde samenvatting van het (ongepubliceerde) vonnis niet op te maken.

29 Vgl. besluiten NMa in Zaken 416, 466 en 704-17 t/m 704-19, supra.

doende is toegerust.<sup>30</sup> Indien men uitgaat van de (zeer) beperkende interpretatie van de uitzonderingscriteria in de Nota van Toelichting bij het Vrijstellingsbesluit en op de hiervoor besproken beschikkingenpraktijk van de NMa, heeft de rechter bovendien niet veel ruimte tot het toepassen van de wettelijke uitzondering. Daarbij past echter de kanttekening dat het Vrijstellingsbesluit en de Nota van Toelichting stammen uit het tijdperk vóór de Richtsnoeren verticalen en horizontalen van de Commissie (2000 en 2001) en Verordening 1/2003 en dus van vóór de meer economische benadering van het kartelverbod. In het hiervoor besproken besluit *Engels* valt al een aanzet tot die meer economische benadering door de NMa te ontwaren. Het zal interessant zijn te bezien of NMa en civiele rechter de uitdaging van deze meer individuele benadering van branchebeschermingsovereenkomsten zullen aangaan.

### Branchebeschermingsbeding als nevenrestrictie bij huurovereenkomst?

Met het oog op de mededingingsrechtelijke toelaatbaarheid van branchebeschermingsovereenkomsten is voorts nog interessant het arrest van de Hoge Raad d.d. 17 december 2004 in de zaak *Dunnewind/Schuitema*.<sup>31</sup> Dunnewind exploiteerde in een van de rechtsvoorgangster van Schuitema, A&P, gehuurde ruimte een bloemenshop. De bloemenshop was gevestigd in hetzelfde winkelpand waarbinnen de door A&P (en later door Schuitema)<sup>32</sup> geëxploiteerde supermarkt was gevestigd. Toen bekend werd dat Schuitema in haar C1000-supermarkt een apart verkooppunt voor bloemen en planten wilde vestigen stelde Dunnewind zich (kort gezegd) onder meer op het standpunt dat het Schuitema op grond van afspraken tussen (de rechtsvoorgangster van) Schuitema en Dunnewind, die inmiddels deel uitmaakten van de huurovereenkomst, niet vrijstond in het winkelpand bloemen en planten te verkopen. Tot verweer voerde Schuitema onder meer aan dat een afspraak op grond waarvan zij geen bloemen en planten zou mogen verkopen in het betreffende winkelpand – als daarvan al sprake was – in strijd zou zijn met artikel 6 Mw. Nadat dit verweer door de voorzieningenrechter in eerste instantie was gepasseerd werd de – door Dunnewind gestelde – afspraak in de huurovereenkomst door het Hof in hoger beroep nietig geacht wegens strijd met artikel 6 Mw.<sup>33</sup> De Hoge Raad oordeelde echter, onder verwijzing naar de leer van de nevenrestrictie in het communautaire mededingingsrecht, dat het Hof ten onrechte was voorbijgegaan aan de stelling van Dunnewind dat de (gestelde) mededingingsbeperkende afspraak tussen partijen heeft te gelden als een geoorloofde nevenrestrictie die rechtstreeks is verbonden met, en noodzakelijk is voor de verwezenlijking van, een niet-beperkende hoofdtransactie (de huurovereenkomst) en daaraan evenredig is. Zie ik het goed dan spreekt de Hoge Raad zich niet uit over de vraag of in het voorliggende geval daadwerkelijk sprake was van een geoorloofde nevenrestrictie maar stelt hij slechts vast dat het Hof dit had dienen na te gaan. Het Gerechtshof te Den Haag oordeelde in zijn recen-

te arrest inzake *Badhotel Domburg III*<sup>34</sup> in een vergelijkbaar geschil wel expliciet dat de verplichting van een verhuurder van bedrijfsruimte om zijn huurster niet vanuit hetzelfde pand concurrentie aan te doen moet worden beschouwd als inherent en evenredig aan de hoofdverplichting om huurster het rustig huurgenot te verschaffen. Het mededingingsrecht is op deze verplichting derhalve niet van toepassing, aldus het Hof. Hoewel beide arresten niet zien op klassieke branchebeschermingsovereenkomsten<sup>35</sup> – de overeenkomsten in kwestie betroffen immers niet een winkelcentrum maar een ‘winkel-in-winkel’ situatie – doen zij niettemin de vraag rijzen in hoeverre branchebeschermingsovereenkomsten onder omstandigheden kunnen worden aangemerkt als nevenrestricties bij huurovereenkomsten en op die grond kunnen ontsnappen aan het verbod van artikel 6, lid 1 Mw. De achterliggende gedachte bij het oordeel van de civiele rechter in *Dunnewind/Schuitema* en *Badhotel Domburg* lijkt te zijn dat bij het sluiten van een huurovereenkomst dient te worden voorkomen dat de waarde van het gehuurde door de verhuurder zelf teniet wordt gedaan door zijn huurder concurrentie aan te doen<sup>36</sup> en dat het mededingingsrecht aan dit – gerechtvaardigde – belang niet in de weg kan staan. Gelet op de toelichting bij het Vrijstellingsbesluit, waarin branchebeschermingsovereenkomsten allerminst als accessoire bedingen bij de huurovereenkomst worden aangemerkt, lijkt de wetgever van oordeel te zijn geweest dat klassieke branchebeschermingsovereenkomsten in ieder geval na zes jaar niet (meer) kunnen gelden als nevenrestrictie. Zo bezien gaat het Vrijstellingsbesluit uit van de fictie dat de mededingingsbeperking die voortvloeit uit een branchebeschermingsovereenkomst (slechts) gedurende zes jaar na aanvang van de eerste huurovereenkomst in een winkelcentrum noodzakelijk en evenredig kan worden geacht aan het doel de waarde van het gehuurde aan de huurder te garanderen door hem te vrijwaren van de vestiging van concurrenten. Vooralsnog moet het er dan ook voor worden gehouden dat de arresten *Dunnewind/Schuitema* en *Badhotel Domburg* buiten het specifieke feitencomplex dat in die zaken aan de orde was – de ‘winkel-in-winkel’ situatie – geen consequenties heeft voor de toekomstige beoordeling van branchebeschermingsovereenkomsten door de civiele rechter. Dat doet overigens niets af aan het belang van beide arresten voor de rechts-

30 Vgl. M.C.M. van Dijk, ‘Modernisering van het mededingingsrecht; de civiele rechter is er klaar voor, de partijen ook?’, in *M&M* 2004 nr. 1, p. 4-11.

31 HR 17 december 2004 NJ 2005/214 *Dunnewind/Schuitema*.

32 Schuitema had getracht de huurovereenkomst met Dunnewind te beëindigen maar was in kort geding veroordeeld om het gehuurde aan Dunnewind beschikbaar te blijven stellen.

33 Vgl. Hof Arnhem 13 mei 2003, LJN AF9024, r.o. 4.14-4.16.

34 Hof Den Haag 5 december 2005, LJN AU9647.

35 In zijn conclusie in *Schuitema/Dunnewind* merkt A-G Huydekoper op dat het litigieuze concurrentieverbod slecht spoort met de omschrijving van een branchebeschermingsovereenkomst in artikel 1 sub b van het Vrijstellingsbesluit (vgl. pt. 52 conclusie A-G Huydekoper).

36 Hier valt een parallel te trekken met de leer van de nevenrestrictie bij concentraties.

praktijk, nu het (onder)verhuren van winkelruimte binnen een reeds bestaande (grotere) winkel of warenhuis in toenemende mate lijkt voor te komen. Er kan zich een interessante afbakeningsproblematiek gaan voordoen met het oog op de vraag wanneer sprake is van een 'winkelcentrum' (en dus van een branchebeschermingsovereenkomst in de zin van het Vrijstellingsbesluit) en wanneer van een 'winkel-in-winkel'-situatie. Wat bijvoorbeeld te denken van de situatie waarin aan meerdere (onder)huurders verkoopoppervlak wordt verhuurd in een warenhuis?

## Conclusie

Bij de mededingingsrechtelijke beoordeling van branchebeschermingsovereenkomsten en aanverwante afspraken dient eerst te worden stilgestaan bij de vraag of sprake is van een branchebeschermingsovereenkomst in de zin van het mededingingsrecht of dat 'slechts' sprake is van een opzichzelfstaande bestemmingsbepaling. Verdedigbaar is dat een bestemmingsclausule die deel uitmaakt van een stelsel van vergelijkbare bedingen die, in hun onderlinge samenhang gezien, tot doel hebben de vestiging van concurrerende ondernemingen binnen een winkelcentrum te beperken of te verhinderen, een branchebeschermingsovereenkomst is in de zin van het mededingingsrecht. De mededingingsbeperkende strekking van de bestemmingsclausule volgt dan uit de context waarbinnen deze is overeengekomen.

De wijze van beoordelen van branchebeschermingsovereenkomsten door de NMa vertoont op het eerste gezicht belangrijke verschillen met de beoordeling in de civiele rechtspraak. Bestudering van de relevante beschikkingenpraktijk en rechtspraak leert echter dat de benadering van de NMa en de civiele rechter in zoverre overeenkomt dat branchebeschermingsovereenkomsten met een mededingingsbeperkende strekking zonder meer in strijd worden geacht met het verbod van artikel 6, lid 1 Mw. Het verschil lijkt met name gelegen in de kwalificatie als (al dan niet) strekkingsbeding; daar waar de NMa 'klassieke' branchebeschermingsovereenkomsten steeds aanmerkt als strekkingsbedingen acht de civiele rechter in sommige (vergelijkbare) gevallen een mededingingsbeperkende strekking niet aanwezig. In die gevallen toetst de civiele rechter (soms uitgebreid) of de overeenkomst

merkbaar mededingingsbeperkend is. Hoewel de NMa in het besluit *Engels* nadrukkelijk aandacht besteedt aan de concrete marktomstandigheden rond een branchebeschermingsafspraken kan vooralsnog niet worden geconcludeerd dat de NMa met dit besluit haar beleid ten aanzien van branchebeschermingsovereenkomsten heeft gewijzigd, aangezien de NMa de in *Engels* beoordeelde overeenkomst niet als branchebeschermingsovereenkomst in de zin van het Vrijstellingsbesluit lijkt te hebben beschouwd. Dat een (klassieke) branchebeschermingsovereenkomst kan worden aangemerkt als (geoorloofde) nevenrestrictie ligt gelet op de Nota van Toelichting bij het Vrijstellingsbesluit niet in de rede en lijkt ook niet te volgen uit de arresten *Schuitema/Dunnewind* en *Badhotel Domburg*, die immers zien op een specifieke 'winkel-in-winkel'-situatie.

Voor de praktijk is van belang dat 'klassieke' branchebeschermingsovereenkomsten door de NMa vrijwel zeker als overeenkomsten met een mededingingsbeperkende strekking zullen worden beschouwd. Een beroep op de niet-merkbaarheid van dergelijke overeenkomsten (anders dan in het kader van de bagatelregeling van artikel 7 Mw) heeft dan ook weinig zin, tenzij kan worden aangetoond dat de overeenkomst niet meer dan in geringe mate afbreuk doet aan de mededinging. Gelet op de tot op heden gewezen uitspraken is de civiele rechter soms geneigd te oordelen dat geen sprake is van een strekkingsbeding; in een dergelijk geval is een beroep op het merkbaarheidsvereiste soms succesvol gebleken. Nu de civiele rechter door de directe werking van artikel 6, lid 3 Mw sinds augustus 2004 zelf kan oordelen over de toepasselijkheid van de wettelijke uitzondering op het kartelverbod is voor de praktijk voorts van belang in hoeverre hij deze bevoegdheid in de toekomst zal aangrijpen om – anders dan via de merkbaarheid – branchebeschermingsovereenkomsten voor nietigheid te behoeden. Een dergelijke meer individuele en economische beoordeling vergt echter wel dat ondernemingen een deugdelijk onderbouwd en met de nodige feiten gestaafd beroep doen op de wettelijke uitzondering. Ondernemingen dienen daarmee rekening te houden in het kader van hun self-assessment van de mededingingsrechtelijke toelaatbaarheid van eventueel te sluiten branchebeschermingsovereenkomsten in het kader van artikel 6, lid 3 Mw.