

De opkomst van shops-in-shops: enig risico onder de Mededingingswet?

MR. J.M.M. VAN DE HEL

Shops-in-shops, ofwel winkels in winkels zijn aan een grote opmars in Nederland bezig. In dit artikel worden de mogelijke mededingingsrechtelijke risico's van deze winkelformule besproken. Hierbij zal met name worden ingegaan op hiermee verband houdende afspraken zoals over exclusiviteit, non-concurrentie of de bestemming van een winkelruimte. De conclusie is dat er aan shops-in-shops en daarmee samenhangende afspraken nauwelijks risico's zijn verbonden. Van een merkbare beperking van de concurrentie zal niet snel sprake kunnen zijn.

Shop-in-shop

Shops-in-shops schieten sinds enige tijd als paddenstoelen uit de grond. Denk hierbij aan de Louis Vuitton- en Nespresso-winkels in de Bijenkorf of aan de afhaalpunten van PostNL bij Albert Heijn. Ook via het internet wordt steeds vaker samengewerkt. Zo bieden webwinkels in toenemende mate virtuele verhuurruimte aan. Via Wehkamp.nl kan bijvoorbeeld kleding bij C&A worden gekocht en via Neckermann.nl zijn vliegvluchten bij Vliegtickets.nl te verkrijgen.

Aan een shop-in-shop zijn grote voordelen verbonden. Consumenten zijn de afgelopen jaren minder merktrouw geworden en kopen bovendien vaker hun producten via internet. Retailers zijn hierdoor gedwongen producten op een andere wijze te verkopen en klanten op nieuwe manieren aan zich te (blijven) binden. Door middel van een shop-in-shop kunnen winkeliers niet alleen een breder of juist exclusiever productaanbod doen, maar ook hun producten via een ander platform aan een breder of specifiek publiek aanbieden. Retailers kunnen hierdoor niet alleen een kostenvoordeel behalen, maar met name ook meer naamsbekendheid en omzet genereren.

Retailers kunnen op uiteenlopende manieren door middel van een shop-in-shop samenwerken. Een retailer kan bijvoorbeeld winkelruimte van een andere retailer (onder)huren en binnen deze winkelruimte zelfstandig zijn producten verkopen. Een voorbeeld is de verkoopafdeling van The Phone House bij de Makro. Een andere

mogelijkheid is dat de retailer binnen zijn eigen winkel een specifieke ruimte voor een bepaald merk inricht en daarin – eventueel samen met de leverancier – de producten verkoopt. Een voorbeeld is de aparte ruimte in de Bijenkorf waarin de exclusieve producten van Fendi worden verkocht.

Voor de mededingingsrechtelijke beoordeling van een shop-in-shop is de wijze waarop de winkeliers zich tot elkaar verhouden en met elkaar samenwerken van doorslaggevend belang. Bedrijven die tot hetzelfde concern behoren, vallen bijvoorbeeld in beginsel buiten de reikwijdte van de mededingingsregels. Zo heeft de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa)¹ in 2003 de klacht van 'fresh fruit shake bar' Shokie's tegen de Nederlandse Spoorwegen (hierna: NS) afgewezen. Shokie's verweet de NS bij de verhuur van bedrijfs- en winkelruimten op treinstations een concurrerende dochteronderneming te bevoordelen.² Ook de wijze waarop de samenwerking contractueel is vormgegeven, is voor de beoordeling van belang. Veel voorkomende contracten zijn (i) een samenwerkingscontract, (ii) een franchisecontract of (iii) een huurcontract. Vaak is sprake van een combinatie, in ieder geval met huur.³ Op deze aspecten wordt hierna ingegaan.

- 1 Per 1 april is de NMa opgegaan in de Autoriteit Consument en Markt.
- 2 Besluit NMa 31 oktober 2003, zaak 2996 (*Shokie's/NS Stations Servex*). Strikt genomen betreft dit geen shop-in-shop, maar een vergelijking – vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt – kan zeker worden gemaakt.
- 3 Bij een shop-in-shop wordt meestal gesproken van een concessieovereenkomst waarin verschillende afspraken zijn vastgelegd en veelal door middel van huur ruimte ter beschikking wordt gesteld tegen een vergoeding. Afspraken over franchise worden vaak separaat gemaakt.

Samenwerkingscontract

Winkeliers kiezen er regelmatig voor een shop-in-shop vorm te geven door middel van een samenwerkingscontract (joint venture). In dit geval bieden zij bijvoorbeeld via een van de twee de producten aan en verdelen de opbrengst. Een voorbeeld is de eerdergenoemde samenwerking tussen The Phone House en de Makro. Het is niet ongebruikelijk dat zo'n samenwerking een exclusief karakter heeft. Ook wordt wel afgesproken dat partijen in de buurt geen concurrerende activiteiten mogen ontplooiën. Indien deze

Als vuistregel kan worden gehanteerd dat een shop-in-shop van concurrerende retailers met een marktaandeel van minder dan 10% doorgaans geen gevaar voor de concurrentie vormt.

constructie wordt gekozen door partijen die niet met elkaar concurreren, zal van een beperking van de concurrentie niet snel sprake kunnen zijn.⁴ Daarbij zijn afspraken over exclusiviteit en non-concurrentie onder omstandigheden inherent aan de samenwerking (mits deze in duur en (geografisch) bereik niet verder gaan dan noodzakelijk).⁵ Daarnaast kan zo'n samenwerking slechts tot een beperking van de concurrentie leiden indien ten minste een van de twee partijen over enige vorm van marktmacht beschikt. Dit komt in de retail niet veel voor. Als vuistregel kan worden gehanteerd dat een shop-in-shop van concurrerende retailers met een marktaandeel van minder dan 10% doorgaans geen gevaar voor de concurrentie vormt.⁶

Franchisecontract

Het komt voor dat een shop-in-shop tevens wordt vormgegeven door middel van franchising. Hierbij zijn allerlei varianten denkbaar. Zo zijn er franchisegevers die zelf een shop-in-shop exploiteren. De franchisegever is in dit geval de exploitant van de in pandige winkel. Dit kan met behulp van eigen personeel of met behulp van het personeel van de (hoofd)winkel. Meestal laat een franchisegever een in pandig verkooppunt door derden exploiteren. Dat is vaak de eigenaar van de winkel waarbinnen het verkooppunt is gevestigd.

In het geval van franchising wordt er meestal een

afsprake gemaakt over exclusiviteit, non-concurrentie en de vestiging(en) van waaruit de formule mag worden geëxploiteerd. Dit vormt vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt niet snel een probleem. Dergelijke afspraken worden in beginsel geacht noodzakelijk te zijn om de intellectuele eigendomsrechten van de franchisegever te beschermen of om de identiteit en reputatie van het franchisenetwerk te behouden.⁷ Daarnaast geldt dat deze afspraken over het algemeen van het kartelverbod zijn vrijgesteld zolang het marktaandeel van de franchisegever en franchisenemer niet meer dan 30% bedraagt.⁸ Een van de voorwaarden is wel dat de franchisenemer vrij is in het bepalen van zijn verkoopprijs. In de praktijk heeft de NMa op dit punt echter een coulante houding aangenomen, omdat een inbreuk hierop niet snel wordt geacht de concurrentie te beperken.⁹ Ook de Nederlandse rechter gaat er in zo'n geval niet snel vanuit dat sprake is van een merkbare beperking van de concurrentie.¹⁰

Huurcontract

Een relatief eenvoudige vorm van samenwerking op het gebied van shop-in-shop is de huur van een in pandige winkelruimte. De winkelruimte wordt dan gehuurd van de eigenaar of de winkelier (in onderhuur). In het geval de verhuurder tevens de zittende winkelier is, is het niet ongebruikelijk dat de verhuurder toezegt zich van concurrerende activiteiten te onthouden. Daarnaast komt het veelvuldig voor dat in het huurcontract een bestemmingsclausule wordt overeengekomen waarin wordt omschreven waarvoor het gehuurde mag en/of moet worden gebruikt (of juist niet). Een andere veelal samenhangende afspraak is dat de huurder wordt gevrijwaard van concurrentie door andere huurders. De mededingingsrechtelijke risico's van deze drie bedingen worden hierna toegelicht.

Non-concurrentiebeding

Indien een retailer een in pandige winkel wil beginnen, zal hij er doorgaans van verzekerd willen zijn dat zijn verhuurder geen concurrerende activiteiten in hetzelfde pand zal verrichten. Vaak komen de verhuurder en de huurder dan ook een non-concurrentiebeding overeen, waarin de verhuurder toezegt zich van concurrentie te onthouden. Uit de arresten *Dunnewind/Schuitema* en *Badhotel Domburg III*,¹¹ blijkt dat een dergelijke afspraak in het geval van

4 Ter illustratie Richtsnoeren Commissie horizontale samenwerkingsovereenkomsten 2001 (oud), randnummer 24.

5 Bijvoorbeeld beschikking Commissie 13 juli 1990, zaak IV/32.009 (*Elopak/Metal Box-Odin*). Daarnaast kan een parallel worden getrokken met de Mededeling Commissie nevenrestricties 2005, randnummer 36 e.v.

6 Art. 7, lid, 2 Mw. Illustratief is ook de Bekendmaking Commissie De-Minimis 2001, randnummer 7, hoewel het Hof Amsterdam heeft geoordeeld dat deze Bekendmaking niet geschikt is voor toepassing op de Mededingingswet (Hof Amsterdam 26 juni 2012, Benschop/BP, LJN BX0258, r.o. 2.13.).

7 Hof van Justitie 28 januari 1986, zaak 161/64 (*Pronuptia*); Richtsnoeren Commissie verticale beperkingen 2010, randnummer 190.

8 Verordening Commissie verticale overeenkomsten 2010, art. 3. Voor een meer uitvoerige uiteenzetting zie M.J. van Joolingen en D.T.A. Noordeloos, *Franchise en mededingingsrecht: een bijzondere verhouding, Contracteren*, 2011, nr. 3, p. 89-96.

9 Zie onder andere de speech van de NMa op het Elseviercongres 'Ontwikkelingen Mededingingsrecht' van 8 oktober 2009, p. 5 e.v., het OESO rapport 'Roundtable on resale price maintenance' van 10 september 2009, p. 177 e.v. en de Sectorscan van de NMa 'Signalen internetverkoop' van juni 2009, p. 4 e.v.

10 Hof Den Bosch 12 februari 2013, LJN BZ1827 (*X/Setpoint*), r.o. 4.17. Illustratief is ook Hoge Raad 18 december 2009, LJN BJ9439 (*Prisma/X*).

11 Hoge Raad 17 december 2004, LJN AR2768 (*Dunnewind/Schuitema*) en

een shop-in-shop inherent en evenredig is aan de hoofdverplichting van een verhuurder om de huurder een rustig huurgenot te verschaffen. De gedachte hierachter lijkt te zijn dat de reden waarom partijen voor een shop-in-shop kiezen anders teniet wordt gedaan, namelijk het doen van een breder of specifiek aanbod teneinde beide meer omzet te genereren. Dit is doorgaans bevorderend voor de concurrentie.

Naar mijn mening zou andersom hetzelfde moeten gelden, namelijk dat het is toegestaan dat een shop-in-shophouder wordt verhinderd met de hoofdwinkelier te concurreren (bijvoorbeeld via een bestemmingsbepaling) of een beding dat voorkomt dat de shop-in-shophouders onderling met elkaar concurreren (zoals bij een branchebeschermingsbepaling). Zowel voor de hoofdwinkelier als andere shop-in-shophouders is de samenwerking zonder wederzijdse afspraken hierover weinig interessant en zal doorgaans niet tot de beoogde voordelen en vergroting van de concurrentie leiden. Een andere conclusie lijkt mij moeilijk te rijmen met de hiervoor genoemde arresten. Als het is toegestaan een verhuurder in het geval van een shop-in-shop te verbieden met de shop-in-shophouder te concurreren dan moet het tenminste ook zijn toegestaan andere shop-in-shophouders te verbieden concurrerende activiteiten te verrichten. Anders zou immers nog steeds afbreuk kunnen worden gedaan aan het huurgenot van de shop-in-shophouder.

Bestemmingsclausule

Indien partijen voor de shop-in-shop een bestemmingsclausule in het huurcontract opnemen, wordt dit doorgaans niet geacht de concurrentie te beperken. Het enkele feit dat een huurder maar een beperkt assortiment mag voeren, betekent nog niet dat het andere winkeliers in de buurt wordt verhinderd een met de huurder concurrerend assortiment te voeren.¹² Daarbij verhindert een bestemmingsclausule de shop-in-shophouder niet om op een andere locatie (in de buurt) een ander (met de hoofdwinkelier concurrerend) assortiment aan te bieden. Dit zou anders kunnen zijn indien de bestemmingsclausule niet op zichzelf staat, maar onderdeel uitmaakt van een stelsel van contracten met samenhangende clausules.¹³ Hiermee kan immers hetzelfde effect worden beoogd of bereikt als met een branchebeschermingsbepaling. Op deze bepaling ga ik hierna nader in.

Branchebeschermingsbepaling

Bij grote winkelruimten is het denkbaar dat de eigenaar (of hoofdwinkelier) en de shop-in-shophouder een branchebeschermingsbepaling overeenkomen. Denk daarbij aan een formule zoals De Woonfabriek waarbij tientallen winkeliers in één grote ruimte verschillende (woon)producten

aanbieden. Dat deze winkeliers tegen concurrerende activiteiten van elkaar willen worden beschermd, ligt voor de hand.

De NMa kwam in het verleden doorgaans eenvoudig tot de conclusie dat een branchebeschermingsbepaling de concurrentie beperkte.¹⁴ Deze visie hing samen met het Besluit vrijstelling branchebeschermingsovereenkomsten.¹⁵ Afspraken over branchering die hierbuiten vielen, achtte de NMa doorgaans in strijd met het kartelverbod. De rechtspraak liet in het verleden een minder eenduidig beeld

Indien partijen voor de shop-in-shop een bestemmingsclausule in het huurcontract opnemen, wordt dit doorgaans niet geacht de concurrentie te beperken.

zien. Zo zijn er uitspraken geweest waarin de branchebeschermingsafspraken in strijd met het kartelverbod werd aangemerkt, maar er zijn ook uitspraken geweest waarin het oordeel anders luidde.¹⁶ Meer recente rechtspraak maakt echter duidelijk dat een branchebeschermingsbepaling alleen onder het kartelverbod valt indien de concurrentie hierdoor merkbaar kan worden beperkt.¹⁷

Wanneer een branchebeschermingsbepaling de concurrentie al dan niet merkbaar kan beperken, is vooralsnog in de rechtspraak en de beschikkingspraktijk van de NMa niet concreet uitgewerkt. Naar mijn mening zal een branchebeschermingsbepaling de concurrentie in ieder geval niet beperken indien er voldoende concurrerende winkeliers in de buurt zijn gevestigd. Tien vergelijkbare concurrenten zou genoeg moeten zijn om van voldoende concurrentie te kunnen spreken.¹⁸ Daarnaast zal een branchebescher-

¹² Hof Den Haag 9 december 2005, LJN AU9647 (*Badhotel Domburg III/X*).

¹³ Pres. Rechtbank Maastricht 16 augustus 1999, LJN AK0979 (*Buco Kerkrade/Woonboulevard*).

¹⁴ Besluit NMa 30 november 1998, zaak 416 (*Smit Mode Alblasserdam*), randnummer 25.

¹⁴ Bijvoorbeeld besluit NMa 30 november 1998, zaak 416 (*Smit Mode Alblasserdam*) en besluit NMa 1 april 1999, zaak 466 (*Bril-In-Mode*). Voor een nadere uiteenzetting verwijs ik naar N. Eeken, 'Branchebeschermingsovereenkomsten en bestemmingsclausules en de Mededingingswet', *WR* 2003, nr. 7, p. 166-175 en E. Boerwinkel, 'Branchebeschermingsovereenkomsten, "bestemmingsbepalingen" en artikel 6 Mededingingswet', *M&M* 2006, nr. 2, p. 36-43.

¹⁵ Besluit van 25 november 1997, *Stb.* 596 en besluit van 10 december 2008, *Stb.* 542. Op grond van dit Besluit zijn brancheringsovereenkomsten in winkelcentra gedurende zes jaar van het kartelverbod vrijgesteld.

¹⁶ Bijvoorbeeld Pres. Rechtbank Breda 6 februari 1998, LJN AK0901 (*Huibregts Haarmode*) en Hof Arnhem 13 mei 2002, LJN AF9031 (*Van Sommeren/Folio Vastgoed*).

¹⁷ Hof Den Haag 17 januari 2012, LJN BV1682 (*Corfu/Ypenburg*). Zie ook de annotatie van N. Eeken in *TvHD*, 2012, nr. 2, p. 110-117. Een ander voorbeeld is Hof Den Bosch 13 februari 2007, LJN AZ9777 (*Gemeente Heerlen/Whizz Croissanterie*).

¹⁸ Ter vergelijking: de Commissie en de NMa meten de mate van marktconcentratie af aan de Herfindahl-Hirschman Index (HHI). De HHI wordt berekend door de som te maken van de gekwadrateerde individuele marktaandeelen van alle ondernemingen op de markt. Een markt met een HHI van 1000 wordt in ieder geval als (zeer) concurrerend geacht. Dit betreft dan een markt met tien vergelijkbare ondernemingen (ieder 10%). Zie Richtsnoeren Commissie horizontale fusies 2004, randnummer 16 e.v.

mingsbepaling de concurrentie ook niet beperken indien er gelijkwaardige locaties (op korte termijn) in de buurt beschikbaar zijn. In principe zou één andere beschikbare locatie al voldoende moeten zijn. Het effect van de branchebeschermingsbepaling is dan nagenoeg nihil.

Tot slot

Of een afspraak in het kader van een shop-in-shop de concurrentie merkbaar kan beperken en daarom

Een branchebeschermingsbepaling zal de concurrentie ook niet beperken indien er voldoende gelijkwaardige locaties in de buurt beschikbaar zijn.

niet is toegestaan, blijft afhankelijk van de (markt) omstandigheden van het geval. De Hoge Raad heeft recent uitdrukkelijk vooropgesteld dat in het mededingingsrecht

vraagstukken van (niet zelden complexe) economische aard centraal staan.¹⁹ Degene die zich op overtreding van de mededingingsregels beroept, dient dit te onderbouwen met de relevante (economische) feiten en omstandigheden. Een partij kan in beginsel niet volstaan met een algemene aanduiding van mededingingsrechtelijke verboden en met de enkele stelling dat deze verboden in het desbetreffende geval zijn geschonden. Winkeliers moeten dus van goede huize komen als ze een beroep doen op de nietigheid van een afspraak wegens strijd met de mededingingsregels.

Over de auteur

Mr. Martijn van de Hel is advocaat en partner bij Boekel De Nerée N.V. en vaste medewerker van dit tijdschrift. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel.

19 Hoge Raad 21 december 2012, LJN BX0345 (ANVR/IATA), r.o. 3.6.1.