

Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 2247 / 44

Betreft zaak: Griffioen/ De Boer Unigro

Besluit van de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit tot ongegrondverklaring van het bezwaar van V.O.F. Griffioen-Van Nes gericht tegen zijn besluit van 10 augustus 2001.

I. Het verloop van de procedure

1. Op 1 december 2000 heeft de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) een aanvraag van V.O.F. Griffioen-Van Nes (hierna: Griffioen) om toepassing van artikel 56, eerste lid, Mededingingswet (hierna ook: Mw) ontvangen.
2. De aanvraag betreft artikel 9 van een Samenwerkingsovereenkomst die op 1 februari 2000 is gesloten tussen de supermarktketen De Boer Unigro Groothandel B.V. (hierna: De Boer) en Griffioen, exploitant van een supermarkt. Deze overeenkomst loopt af op 31 december 2002. In artikel 9, eerste lid, van de Samenwerkingsovereenkomst is de verplichting opgenomen voor Griffioen om, indien deze de exploitatie van de onderneming wil beëindigen, de onderneming c.q. bedrijf¹ en het bedrijfspand te koop dan wel te huur aan te bieden aan De Boer. Deze aanbiedingsverplichting geldt zowel bij het verstrijken van de duur waarvoor de Samenwerkingsovereenkomst is aangegaan als bij tussentijdse beëindiging van de overeenkomst.

¹ Blijkens art. 9, lid 1, van de Samenwerkingsovereenkomst wordt hieronder verstaan: de inventaris, bouwkundige voorzieningen, voorraden en goodwill van de door Griffioen geëxploiteerde supermarkt.

3. In het tweede lid van artikel 9 van de Samenwerkingsovereenkomst is het zogenoemde matchingsrecht opgenomen. Indien Griffioen en De Boer niet binnen drie weken na de in het vorige punt genoemde aanbieding tot overeenstemming zijn gekomen over de overdracht van de onderneming en het bedrijfspand, is Griffioen gerechtigd derden uit te nodigen schriftelijk een bod te doen. De Boer krijgt inzicht in de biedingen en heeft - kort gezegd - het recht het hoogste bod te evenaren ("matchen").
4. Bij besluit van 10 augustus 2001 (hierna: het bestreden besluit) heeft de d-g NMa het verzoek om toepassing van artikel 56, eerste lid, Mw afgewezen.
5. Griffioen heeft bij brief van 21 september 2001, en derhalve tijdig, bezwaar gemaakt tegen voornoemd besluit.
6. Op 22 januari 2002 zijn Griffioen en De Boer ten kantore van de NMa gehoord. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt dat op 4 maart 2002 aan de gemachtigden van betrokken ondernemingen is toegezonden.

II. Het bestreden besluit

7. In het bestreden besluit heeft de d-g NMa geoordeeld dat artikel 9 van de Samenwerkingsovereenkomst met daarin de verplichting het bedrijfspand te koop dan wel te huur aan te bieden aan De Boer de mogelijkheid open laat dat een andere supermarktformule in het bedrijfspand wordt geëxploiteerd. Derhalve strekt de overeenkomst er niet toe de mededinging te beperken.
8. Naar het oordeel van de d-g NMa kan de beantwoording van de vraag of sprake is van een bepaling die een mededingingsbeperkend effect heeft in het midden worden gelaten. De d-g NMa acht het niet opportuun om ter zake nader onderzoek te doen. Hierbij is in aanmerking genomen dat Griffioen reeds in 1998 heeft gekozen voor een civielrechtelijke actie waarbij tevens een beroep is gedaan op de Mededingingswet. In het kader daarvan is Griffioen tot een minnelijke schikking gekomen met De Boer. Onderhavige Samenwerkingsovereenkomst is de weerslag van deze minnelijke schikking.

III. De gronden van bezwaar

9. In het bezwaarschrift is - kort en zakelijk - weergegeven dat de aanbiedingsverplichting die is vervat in artikel 9 van de Samenwerkingsovereenkomst, in strijd is met artikel 6, eerste lid, Mw omdat deze ertoe strekt de mededinging te beperken. Hiertoe voert Griffioen de volgende gronden aan.

10. Griffioen beroept zich op het besluit genomen door de d-g NMa in zaak 985/ *Hafkamp en Erma/ Vendex*. Daarin werd geoordeeld dat het aan de orde zijnde non-concurrentiebeding de strekking had elke concurrentie op de markt voor winkellocaties uit te sluiten en zodoende de concurrentie op de markt voor de verkoop van dagelijkse consumptiegoederen te beperken. Deze mededingingsbeperkende strekking werd versterkt door een recht van eerste aankoop. De in onderhavige zaak in de Samenwerkingsovereenkomst opgenomen aanbiedingsverplichting en het matchingsrecht hebben volgens Griffioen eveneens tot doel om een locatie voor te behouden en zodoende concurrentie te weren.
11. Volgens Griffioen is als gevolg van de Samenwerkingsovereenkomst de exploitatie van een andere supermarktformule in het bedrijfspand niet mogelijk. Op grond van artikel 14 van de Samenwerkingsovereenkomst dient Griffioen gedurende de looptijd van de overeenkomst de Super de Boer-formule te hanteren. Ook wanneer de looptijd van de Samenwerkingsovereenkomst is verstreken, blijft de aanbiedingsverplichting gelden.
12. Voorts stelt Griffioen dat de strekking van de aanbiedingsverplichting door het matchingsrecht wordt versterkt. Griffioen stelt dat de verwachting dat De Boer in elk geval altijd gebruik zal maken van het matchingsrecht, gerechtvaardigd is.
13. Griffioen is van mening dat sprake is van een merkbare mededingingsbeperking. Hiertoe voert zij aan dat (i) in de zaak nr. 166/ *Vendex-KBB* een afzonderlijke relevante markt voor winkellocaties werd onderscheiden die lokaal werd afgebakend. Gezien de sterke positie van Laurus N.V. (moedermaatschappij van De Boer) op de markt voor winkellocaties in Lunteren, heeft de aanbiedingsprocedure een merkbare invloed; (ii) in de zaak 985/ *Hafkamp en Erma - Vendex Food Groep* de litigieuze bepalingen in hun lokale context werden beoordeeld zonder dat acht werd geslagen op netwerkeffecten; (iii) de aanbiedingsprocedure een in de branche gebruikelijke procedure is; (iv) de markt voor winkellocaties een schaars karakter heeft.
14. Voorts zijn naar de mening van Griffioen de aanbiedingsverplichting en het matchingsrecht niet automatisch van de werking van artikel 6, eerste lid, Mw vrijgesteld ingevolge Verordening 2790/ 1999.² De aanbiedingsverplichting en het matchingsrecht hebben geen betrekking op de voorwaarden waaronder Griffioen de goederen van De Boer aanbiedt. Bovendien zijn zij niet noodzakelijk ter bescherming van de overgedragen know-how dan wel ter bescherming van de gemeenschappelijke identiteit en reputatie van de formule "Super de Boer".

² Verordening 2790/ 1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3 van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

15. Ten slotte voert Griffioen aan dat, aangezien aanbiedingsverplichtingen gebruikelijk zijn in de supermarktbranche, een onderzoek naar de mededingingsrechtelijke gevolgen van dergelijke verplichtingen het algemeen belang dient.

IV. Beoordeling van het bezwaar

16. Ingevolge artikel 6, eerste lid, Mw zijn onder meer verboden overeenkomsten tussen ondernemingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.
17. Blijkens de wetsgeschiedenis van de Mededingingswet sluit artikel 6, eerste lid, Mw zoveel mogelijk aan bij artikel 81, eerste lid, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (hierna: EG).
18. Allereerst dient te worden nagegaan, of artikel 9 van de Samenwerkingsovereenkomst ertoe strekt de mededinging te beperken. Wanneer eenmaal is gebleken dat een overeenkomst tot doel heeft de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen, behoeft geen acht meer te worden geslagen op de concrete gevolgen van de overeenkomst.³
19. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap (hierna: HvJEG) hebben overeenkomsten die de markt te verdelen, de afzet controleren of de verkoopprijzen vaststellen, tot doel de mededinging te beperken.⁴
20. Anders dan Griffioen stelt, strekt artikel 9 (aanbiedingsverplichting en matchingsrecht) naar het oordeel van de d-g NMa er niet toe de mededinging te beperken. Daartoe wordt op het volgende gewezen.
21. De Samenwerkingsovereenkomst heeft een looptijd van 1 februari 2000 tot en met 31 december 2002. Ná het verstrijken van de duur van de Samenwerkingsovereenkomst is Griffioen, blijkens artikel 14 van de Samenwerkingsovereenkomst, niet langer verplicht om de Super de Boer-formule in het betreffende pand te hanteren. Ter hoorzitting heeft De Boer bevestigd dat Griffioen de mogelijkheid heeft om na afloop van de Samenwerkingsovereenkomst - per 31 december 2001 - in het pand onder een andere (concurrerende) formule, een supermarkt te exploiteren.

³ Voor toepasselijkheid van het kartelverbod is uitdrukkelijk niet vereist dat zowel doel als de gevolgen van de overeenkomst mededingingsverstoring zijn. De twee voorwaarden hebben een alternatief karakter. Zie arrest van het HvJEG, 17 juli 1997, C-219/95 P, *Ferriere Nord SpA t. Commissie*, Jur. 1997, I-4411, ow. 12-16. Zie ook Besluit van de d-g NMa van 12 januari 2000, zaak 75// *Chilly Basiliacum t. G-Star/Secon-Groep*, ow. 90.

⁴ GvEA, 15 september 1998, T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, *European Night Services*, Jur. 1998, II-3141, ow. 136.

22. Artikel 9 van de Samenwerkingsovereenkomst sluit voor concurrerende supermarktketens niet de mogelijkheid uit de onderneming en het pand van Griffioen te kopen c.q. te huren. Op grond van art. 9, eerste lid, van de Samenwerkingsovereenkomst is Griffioen verplicht de onderneming en het pand aan te bieden aan De Boer onder - kort gezegd - opgave van de prijs en de overige voorwaarden *waaronder Griffioen wenst te vervreemden*, dan wel te verhuren. Indien De Boer binnen drie weken niet ingaat op het aanbod, is Griffioen vrij derden uit te nodigen een bieding te doen,⁵ waarbij hij het bedrijf en het pand vervolgens dient aan te bieden aan De Boer op voorwaarden die - kort gezegd - overeenstemmen met de meest gunstige bieding die Griffioen zou hebben ontvangen. Indien De Boer deze voorwaarden niet zou accepteren ("matchen"), is Griffioen vrij het bedrijf en het pand aan de betreffende derde te verkopen.⁶ Indien Griffioen van mening zou zijn, dat hij van derden geen bieding met betrekking tot het bedrijf en het pand heeft ontvangen die hij zou willen aanvaarden, behoeft hij het bedrijf en het pand niet op dat moment aan de De Boer aan te bieden.⁷
23. Uit het vorige punt blijkt, dat concurrerende supermarktketens niet zijn uitgesloten om het bedrijf en het pand te verwerven c.q. te huren, noch worden uitgesloten om hun supermarktformule in het betreffende pand (te laten) hanteren⁸. In het licht hiervan en het bepaalde in punt 22 (hiervóór), concludeert de d-g NMa dat artikel 9 van de Samenwerkingsovereenkomst er niet toe strekt de mededinging te beperken.
24. Gelet op het voorgaande faalt tevens het beroep - wat daar overigens ook van zij - op zaak 985/ *Hafkamp en Erma/ Vendex* (zie hiervóór, punt 10). In onderhavige zaak wordt - anders dan in *Hafkamp en Erma/ Vendex* - niet uitgesloten dat in het aan de orde zijnde pand een met De Boer concurrerende supermarktformule wordt geëxploiteerd. Voorts zij erop gewezen, dat - anders dan in onderhavige zaak - in *Hafkamp en Erma/ Vendex* aan de orde was een overeenkomst tussen ondernemingen die in een horizontale relatie tot elkaar stonden:

⁵ Samenwerkingsovereenkomst, art. 9, lid 2.

⁶ *Id.*, art. 9, lid 3, eerste zin.

⁷ *Id.*, art. 9, lid 6, eerste zin; de aanbiedingsprocedure van art. 9, lid 1, Samenwerkingsovereenkomst dient in dat geval opnieuw te worden doorlopen, indien Griffioen op enig moment alsnog/wederom het bedrijf en pand zou willen verkopen/verhuren (*id.*, art. 9, lid 6, tweede zin).

⁸ Een concurrerende supermarkt kan zijn producten onder zijn supermarktformule in het betreffende pand aanbieden na afloop van de Samenwerkingsovereenkomst (zie punt 21); dit kan in de situatie dat Griffioen eigenaar van het bedrijf en het pand is (hangende de aanbiedingsprocedure van art. 9, of na afloop van de aanbiedingsprocedure van art. 9 in het geval van art. 9, lid 6 (zie voetnoot 7 en bijbehorende tekst)), of in het geval dat deze concurrerende supermarkt eigenaar van het bedrijf en het pand is geworden (na het uitbrengen van een bod dat door Griffioen wordt aanvaard en niet door De Boer wordt geëvenaard (art. 9, lid 3)).

Schuitema, dat de supermarktformule C-1000 voert,⁹ en Laurus, dat de supermarktformules Super De Boer, Edah en Konmar voert.¹⁰ In wezen kwam de overeenkomst in *Hafkamp en Erma/Vendex* erop neer, dat de ene partij bij de overeenkomst van de andere partij bij de overeenkomst - haar (potentiële) concurrent - geen directe concurrentie zou ondervinden door vestiging van een supermarkt.¹¹

25. In het licht van het voorgaande kan artikel 9 van de Samenwerkingsovereenkomst (aanbiedingsverplichting en matchingsrecht) niet worden aangemerkt als een bepaling die naar zijn aard de mededinging beperkt. Derhalve zou, om te kunnen beoordelen of sprake is van strijd met artikel 6, eerste lid, Mw een nader onderzoek naar de concrete gevolgen van artikel 9 van de Samenwerkingsovereenkomst moeten plaatsvinden.
26. De stelling van Griffioen in dit verband dat aanbiedingsverplichtingen gebruikelijk zijn in de branche is door Griffioen niet nader onderbouwd. Het betoog van Griffioen dat een mededingingsrechtelijk onderzoek derhalve het algemeen belang zou dienen, wordt door de d-g NMa niet gevolgd. In het onderhavige geval hecht de d-g NMa bovendien belang aan het volgende.
27. In deze zaak zijn de individuele belangen van twee partijen bij een overeenkomst in het geding die reeds in het kader van een civielrechtelijke procedure aan de orde kunnen worden gesteld (zoals in casu is geschied). Griffioen wenst de onderneming en het bedrijfspand te verkopen. Hierbij streeft Griffioen ernaar een marktconforme prijs te verkrijgen voor de overdracht. Volgens Griffioen staan de aanbiedingsverplichting en het matchingsrecht hieraan in de weg. In 1998 heeft Griffioen bij de civiele rechter in onderhavige zaak een kort geding aangespannen hetgeen een minnelijke schikking en uiteindelijk een gewijzigde Samenwerkingsovereenkomst tot gevolg heeft gehad (de onderhavige Samenwerkingsovereenkomst). In een civielrechtelijke procedure is het aan partijen om eventuele strijdigheid van een overeenkomst met artikel 6, eerste lid, Mw naar voren te brengen. Het is niet aan de d-g NMa om te beoordelen of Griffioen deze mogelijkheid ten volle heeft benut.
28. Gezien de specifieke omstandigheden van onderhavige zaak, heeft de d-g NMa aan een onderzoek naar de mededingingsrechtelijke gevolgen van de betreffende bepaling geen prioriteit gegeven. Hetgeen door Griffioen in bezwaar is aangevoerd, dwingt niet tot een ander oordeel. Aan de vraag of de aanbiedingsverplichting en het matchingsrecht al dan niet van de werking van artikel 81, eerste lid, EG vrijgesteld zijn ingevolge Verordening 2790/ 1999

⁹ Besluit in zaak 985/ *Hafkamp en Erma/Vendex*, d.d. 1 maart 1999, ow. 39.

¹⁰ *Id.*, voetnoot 1 en ow. 41.

¹¹ *Id.*, m.n. ow. 38 en 39.

en mogelijk van de werking van artikel 6, eerste lid, Mw, wordt gezien het voorgaande niet toegekomen.

29. Gelet op het voorgaande dient het bezwaar van Griffioen ongegrond te worden verklaard.

V. Besluit

30. De d-g NMa verklaart het bezwaar gericht tegen het bestreden besluit ongegrond.

Datum:

A.W. Kist
Directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit een beroepschrift indienen bij de arrondissementsrechtbank te Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam.