

Column

Hoe merkbaar moet het zijn?

Paul Glazener*

Het komt regelmatig voor dat de civiele rechter een beroep op het mededingingsrecht afwijst omdat een procespartij niet heeft voldaan aan zijn stelplicht en bewijslast. Meestal gaat het dan om de merkbaarheid van de mededingingsbeperking. De rechter verlangt van de partij die zich op het mededingingsrecht beroept dat hij voldoende inzicht geeft in ‘de voor de beoordeling essentiële feiten en omstandigheden, zoals een zorgvuldige marktafbakening, de relevante marktstructuur en de marktkenmerken, alsmede het daadwerkelijk functioneren van de relevante markt(en) en van het effect daarop van de gestelde inbreuken’.¹ Dat is geen eenvoudige opgave. Klagen bij ACM dan maar? ACM is, anders dan de civiele rechter, zelf in staat marktonderzoek te doen. Bij ACM dreigt een klager echter weggeprioriteerd te worden, omdat ACM vindt dat zij zich met belangrijker zaken bezig moet houden dan privaatrechtelijke geschillen. Op deze manier dreigt een belangrijk hiaat in de handhaving van het mededingingsrecht te ontstaan. Is de civiele rechter niet te streng? Of zou ACM een grotere rol moeten spelen?

Om vast te stellen of een overeenkomst of gedraging de mededinging kan beperken is het lang niet altijd nodig om de markt af te bakenen, de marktstructuur in kaart te brengen, marktaandeelen te berekenen, enzovoort. Dat is alleen maar nodig om vast te stellen of sprake is van een *merkbaar* mededingingsbeperking. Waarom moet een mededingingsbeperking eigenlijk ‘merkbaar’ zijn? Neem nu het recente voorbeeld van de Koninklijke Nederlandse Kaatsbond (KNKB). De KNKB schreef voor dat bij wedstrijden kaatshandschoenen van een door de KNKB

erkende fabrikant gebruikt moeten worden.² KNKB had drie fabrikanten erkend. Deze fabrikanten hadden dus het alleenrecht op de productie van wedstrijdhandschoenen, en daarmee hadden zij het grootste deel van de productie van kaatshandschoenen in handen. Een wedstrijdkaatser die niet met een ‘erkende’ handschoen wilde spelen, en zich beklaagde over het reglement van de KNKB, werd door de rechter naar huis gestuurd omdat hij onvoldoende had gesteld c.q. bewezen om het bestaan van een merkbare mededingingsbeperking aan te nemen.³ Wat is de rechtvaardiging voor het stellen van deze eis? Toegegeven: de productie van kaatshandschoenen is voor de Nederlandse economie niet van wezenlijke betekenis. Maar verplichte winkelnering verstoort de marktwerking. Het mededingingsrecht is mede bedoeld om aan zulke marktverstoringen een einde te maken.

Het merkbaarheidsvereiste vindt zijn oorsprong in het Unierecht. Omdat de regering bij de totstandkoming van de Mededingingswet vooropgesteld heeft dat zo veel mogelijk zou worden aangesloten bij de Unierechtelijke bepalingen over het mededingingsrecht, wordt aangenomen dat het merkbaarheidsvereiste ook geldt in het Nederlandse mededingingsrecht. Daar kan het eerste vraagteken bij worden geplaatst. Het merkbaarheidsvereiste in het Unierecht kan niet los gezien worden van het veel ruimere toepassingsgebied van het Unierecht – in 28 landen – en het oogmerk van het Verdrag de integratie van de economieën van de lidstaten te bevorderen. Op Europese schaal kan een overeenkomst een zo geringe betekenis hebben dat aan dit oogmerk geen afbreuk wordt gedaan. Het merkbaarheidsbegrip kan ook worden gezien als een uitdrukking van het Unie-

* Mr P. Glazener is advocaat bij Allen & Overy te Amsterdam.

1. HR 21 december 2102, NJ 2013, 155, m.nt. M.R. Mok.

2. Volgens de uitspraak zou de KNKB met ingang van 2016 een regeling gaan toepassen waarbij eisen zouden worden gesteld aan de handschoenen, en andere producenten deze dus ook zouden kunnen gaan maken. De uitspraak heeft echter betrekking op de periode daarvoor.

3. Vzr. Rb. Noord Nederland 13 mei 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:2475.

rechtelijke subsidiariteitsbeginsel.⁴ In het Nederlandse mededingingsrecht spelen dergelijke overwegingen niet. Het Nederlandse mededingingsrecht kent bovendien zijn eigen bagateldrempels, in artikel 7 Mededingingswet (Mw).

Ik kan er echter niet omheen dat het vaste rechtspraak is dat het merkbaarheidsvereiste ook in Nederlandse verhoudingen van toepassing is. Er is nog wel het onderscheid tussen strekking en gevolg: een overeenkomst of gedraging is krachtens artikel 6 Mw verboden als zij *'ertoe strekt of ten gevolge [heeft]* dat de mededinging wordt beperkt. Als een partij zich erop beroept dat een overeenkomst tot *gevolg* heeft dat de mededinging wordt beperkt, zal hij die gevolgen moeten aantonen. Die partij heeft los van de merkbaarheid al een zware stelplicht en bewijslast. Maar bij een *'strekking* beding' kunnen die gevolgen buiten beschouwing blijven. De eis dat ook bij een strekkingsbeding moet worden aangetoond dat een overeenkomst merkbare gevolgen voor de mededinging heeft,⁵ vindt geen steun in het recht. Niet in het Unierecht, zoals het Hof van Justitie heeft bevestigd in het *Expedia*-arrest,⁶ en zeker niet in het Nederlandse recht. Er is immers geen enkele grond om in het Nederlandse recht strengere eisen te stellen aan de merkbaarheid dan in het Unierecht.

Als uitsluitend *hard core* kartelafspraken als strekkingsbedingen worden gezien, dan biedt dit een procespartij die zich op het mededingingsrecht beroept weinig soelaas. Zo beperkt hoeft dit begrip echter niet te worden uitgelegd. Strekkingsbedingen zijn bedingen die los van hun gevolgen de mededinging kunnen beperken. Anders gezegd: zij worden verondersteld altijd mededingingsbeperkende gevolgen te hebben. Dus de procespartij kan zich beperken tot de stelling dat een beding onder alle omstandigheden de mededinging zal beperken. Terug naar de kaatshandschoenen: de erkenningsregeling van de KNKB was een niet objectief gerechtvaardigde marktafsluiting en dus een verboden strekkingsbeding, zonder dat de markt en de positie van de betrokken ondernemingen op die markt in kaart hoefde te worden gebracht. Of neem het voorbeeld van een concurrentiebeding, waar een beroep op het mededingingsrecht ook vaak strandt op het merkbaarheidsvereiste: na ommekomst van een bepaalde duur is het concurrentiebeding niet langer gerechtvaardigd ter bescherming van de *goodwill* en geheime kennis die de koper bij de overname heeft verkregen, en heeft het uitsluitend tot doel om de markt af te schermen voor een nieuwe

toetreder. De mededingingsbeperking is dan een gegeven en merkbaarheid hoeft niet meer te worden aangetoond.

Ten slotte zijn er de regels inzake stelplicht en bewijslast. Volgens de in het Nederlandse recht geldende 'gematigde' objectiefrechtelijke theorie wordt bij de verdeling van stelplicht en bewijslast in beginsel aangehaakt bij de materiële rechtsregel, waaruit volgt dat bepaalde feiten leiden tot het ingeroepen rechtsgevolg. Een partij die zich op de nietigheid van een overeenkomst op grond van artikel 6 lid 2 Mw beroept, zal dus moeten stellen en bewijzen dat die overeenkomst de mededinging beperkt. Moet hij nu ook stellen en bewijzen dat de overeenkomst *merkbaar* de mededinging beperkt? Uit het *Expedia*-arrest volgt mijns inziens dat merkbaarheid geen positief vereiste is bij strekkingsbedingen. Als de rechter daar echter nog over twijfelt,⁷ dan zal hij de bewijslast in ieder geval kunnen matigen. Als op grond van de strekking van het beding aannemelijk is dat het de mededinging beperkt, kan de rechter de tegenpartij belasten met het bewijs dat partijen zo'n zwakke positie op de betrokken markt innemen dat het beding geen merkbare mededingingsbeperking oplevert.

En ACM? Die zou wat meer richting kunnen geven, door minder weg te prioriteren.

4. Zie art. 5 van het Verdrag inzake de werking van de Europese Unie.
 5. Althans dat 'de (...) overeenkomst vanwege de zwakke positie van betrokkenen op de desbetreffende relevante markt de concurrentie niet in mededingingsrechtelijke relevante mate beperkt' (zie o.a. CBB 12 augustus 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN3895 (*T-Mobile*)), wat in feite op hetzelfde neer komt.
 6. HvJ EU 13 december 2012, zaak C-226/11, *Expedia*, NJ 2013, 253, m.nt. M.R. Mok. In dit arrest overwoog het Hof van Justitie dat een overeenkomst die de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en een mededingingsbeperkende strekking heeft, naar haar aard en los van elk concreet gevolg ervan een merkbare beperking van de mededinging vormt. Zie ook HvJ EU 26 november 2015, zaak C-345/14, *Maxima Latvija*, ECLI:EU:C:2015:784.

7. Dat deed het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in zijn arrest van 22 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5188 (*Batavus*).