

Oneerlijke handelspraktijken



seo economisch onderzoek

Amsterdam, januari 2013
In opdracht van Ministerie van Economische Zaken

Onerlijke handelspraktijken

Voldoet bestaande (zelf)regulering?

Barbara Baarsma
Nicole Rosenboom

A decorative horizontal line art graphic consisting of several overlapping, jagged, grey lines that create a complex, abstract pattern across the width of the page.

seo economisch onderzoek

“De wetenschap dat het goed is”

SEO Economisch Onderzoek doet onafhankelijk toegepast onderzoek in opdracht van overheid en bedrijfsleven. Ons onderzoek helpt onze opdrachtgevers bij het nemen van beslissingen. SEO Economisch Onderzoek is gelieerd aan de Universiteit van Amsterdam. Dat geeft ons zicht op de nieuwste wetenschappelijke methoden. We hebben geen winstoogmerk en investeren continu in het intellectueel kapitaal van de medewerkers via promotietrajecten, het uitbrengen van wetenschappelijke publicaties, kennisnetwerken en congresbezoek.

SEO-rapport nr. 2013-04

ISBN 978-90-6733-685-7

Copyright © 2013 SEO Amsterdam. Alle rechten voorbehouden. Het is geoorloofd gegevens uit dit rapport te gebruiken in artikelen en dergelijke, mits daarbij de bron duidelijk en nauwkeurig wordt vermeld.

Hoofdpunten

Bestaande wetgeving en zelfregulering zijn onvoldoende om oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan. Aanvulling van bestaande instrumenten met een gedragscode, kenniscentrum, alternatieve geschilbeslechting, naming & shaming en/of naming & faming kan helpen om oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan. Aanvullende wetgeving met bijvoorbeeld een wetsartikel dat misbruik van economische afhankelijkheid verbiedt of het instellen van een marktaandeeldrempel van minder dan 50 procent bij het vaststellen van dominantie, zullen naar verwachting niet effectief zijn in het tegengaan van oneerlijke handelspraktijken.

Bestaande wetgeving en zelfregulering zijn onvoldoende om oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan. Dit heeft meerdere oorzaken. Ten eerste, voor zowel wetgeving als zelfregulering geldt dat leveranciers bevreemd zijn hun commerciële relatie met de afnemer op het spel te zetten als zij klagen of een procedure voor geschiloplossing met een neutrale derde willen inroepen. Wat betreft het burgerlijk recht zorgen de open normen voor onduidelijkheid over wat wel en niet in strijd is met de wet. Als derde is het duur om een juridische procedure te starten en kan de procedure een lange looptijd hebben. Voor het mededingingsrecht specifiek geldt dat het geen oplossing biedt voor oneerlijke handelspraktijken van afnemers zonder een economische machtspositie. Artikel 24 Mw is daarmee al ontoereikend om oneerlijke handelspraktijken door alle afnemers tegen te gaan. Daarnaast is het lastig om een economische machtspositie en het misbruik hiervan vast te stellen.

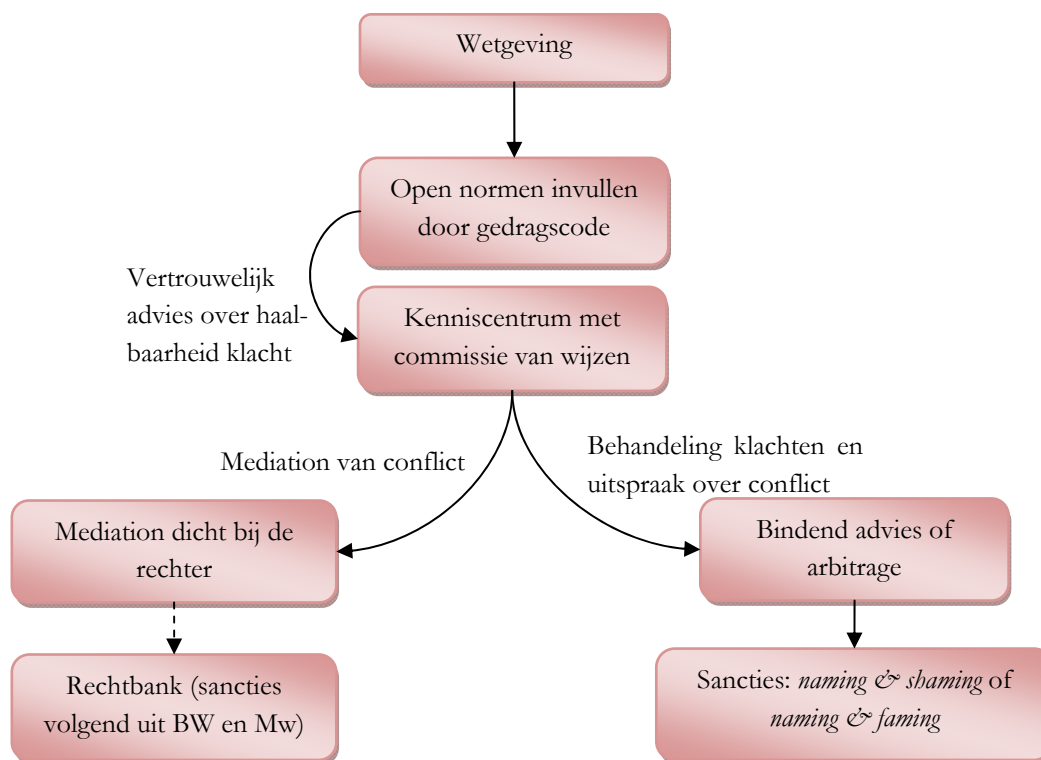
Ook bestaande zelfreguleringsinstrumenten bieden onvoldoende soelaas. Er bestaat reeds zelfregulering, maar deze ziet niet toe op de voedingsmiddelensector (bindend advies) of betreft niet oneerlijke handelspraktijken (keurmerken).

Bovenstaande problemen kunnen worden opgelost door aanvulling met zelfregulering (zie Figuur 1). Door het gezamenlijk opstellen van een gedragscode worden de open normen uit het burgerlijk recht ingevuld in principes. Omdat de gedragscode door partijen gezamenlijk wordt opgesteld, zal het minder bedreigend zijn hierover te klagen als een leverancier vindt dat een afnemer zich niet aan de code houdt. Leveranciers zullen met andere woorden minder bevreemd zijn hun anonimiteit op te geven dan in het geval zonder de gezamenlijke afspraken. Uiteraard zal de vrees nooit helemaal verdwijnen. Daarom is het van belang dat er een neutrale instantie komt, een kenniscentrum, die vertrouwelijk advies kan geven aan leveranciers. Op deze manier kunnen leveranciers bij het kenniscentrum informeel nagaan of een klacht over de vermeende oneerlijke handelspraktijken kans maakt omdat deze mogelijk in strijd is met de wet of gedragscode. Een onderdeel van het kenniscentrum, een zogenoemde commissie van wijzen, kan vervolgens een klacht behandelen en hier een bindende uitspraak over doen door als bindend adviseur of arbiter op te treden. Er kunnen ook externen worden ingehuurd om als neutrale derde in deze geschiloplossingstrajecten te fungeren. Een andere optie is om de commissie van wijzen te laten optreden als mediator of door te verwijzen naar een externe mediator en zo de partijen te begeleiden in het vormen van een oplossing voor het conflict. Dit heeft als voordeel dat de partijen meer invloed hebben op de oplossing vergeleken met een bindende uitspraak door een bindend adviseur of arbiter. Dit versterkt mogelijk het gevoel dat een eerlijke oplossing wordt bereikt. Mediation kan als geprefereerde optie in de code worden opgenomen.

Afhankelijk van de bevoegdheden die het kenniscentrum heeft, kan het nalevinginformatie van afnemers publiceren. Deze *naming & shaming* heeft een sanctionerende werking. Een positievere benadering is *naming & faming* waarbij juist de afnemers die zich wel aan de gedragscode houden, genoemd worden.

In het buitenland zijn wetsartikelen ingevoerd tegen misbruik van economische afhankelijkheidsposities. Het vaststellen van zo'n positie en het misbruik hiervan blijkt in de praktijk lastig te zijn. Daarnaast zal de handhaving van dit artikel door de NMa gelijk zijn aan de huidige handhaving van artikel 24 Mw. Deze handhaving is niet effectief aangezien leveranciers die anoniem willen klagen geen rechtsmiddelen hebben om de NMa te bewegen een onderzoek te starten. Daarnaast duren de procedures doorgaans lang waardoor het lang duurt voordat er een oplossing voor het conflict is.

Figuur 1 Bestaande wetgeving aangevuld met verschillende zelfreguleringsinstrumenten



Bron: SEO Economisch Onderzoek

Inhoudsopgave

Hoofdpunten	i
1 Inleiding	1
2 Oneerlijke handelspraktijken	3
2.1 Introductie	3
2.2 Casuïstiek levensmiddelenmarkt	5
3 Bestaande regelgeving	7
3.1 Overzicht regelgeving	7
3.2 Is deze regelgeving voldoende?	19
3.3 Conclusie.....	24
4 Zelfregulering	25
4.1 Wat is zelfregulering?	26
4.2 Bestaande zelfregulering.....	27
4.3 Aanvulling zelfregulering	31
4.4 Handhaving zelfregulering.....	35
4.5 Is zelfregulering voldoende?	36
5 Internationale quickscan	39
5.1 Buitenlandse regelgeving.....	39
5.2 Gedragscode.....	47
5.3 Conclusie buitenlandse ervaring	51
6 Samenvatting en conclusie	53
Literatuur	59

1 Inleiding

In verschillende sectoren worden ondernemingen geconfronteerd met oneerlijke handelspraktijken. Een belangrijk pijnpunt voor leveranciers is het eenzijdige wijzigen van bestaande afspraken. Is bestaande (zelf)regulering voldoende om oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan? Kan dit worden aangevuld met (zelf)regulering en kan er worden geleerd van ervaringen uit het buitenland?

In september 2012 kwam naar buiten dat Albert Heijn twee procentpunt extra betalingskorting van haar leveranciers eist. Als reactie hierop kwam protest van onder meer de vakbonden voor varkenshouders, akkerbouw en melkveehouders.¹ Oneerlijke handelspraktijken in onder andere de levensmiddelen-, agrofood-, mode-, schoeisel- en textielsector zijn ook in de politiek onderwerp van gesprek. Onderzoek over de aard en omvang van inkoopmacht, onderzoek naar de verschillende opties voor zelfregulering en geschilbeslechting, Kamervragen en moties zijn recente uitingen van de politieke bezorgdheid over oneerlijke handelspraktijken.² Het *High Level Forum for a Better Functioning Food Supply Chain*, ingesteld door de Europese Commissie onderzoekt of er op Europees niveau door middel van *principles of good practice* iets gedaan kan worden aan oneerlijke handelspraktijken. Opgemerkt moet worden dat er in deze discussie geen eenduidige definitie van oneerlijke handelspraktijken wordt gebruikt. Of een handelspraktijk eerlijk of oneerlijk is, is niet op grond van objectieve criteria te bepalen.

De Tweede Kamer heeft in september 2012 de Minister van Economische Zaken verzocht om actie te ondernemen.³ Op 26 september 2012 heeft de minister de Tweede Kamer toegezegd te zullen onderzoeken of de bestaande regelgeving en de zelfregulering die wordt nagestreefd, voldoende zijn om oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan.⁴ Dit rapport geeft de resultaten van dit onderzoek.

Oneerlijke handelspraktijken komen in meerdere sectoren en in verschillende vormen voor. Hoofdstuk 2 bespreekt enkele voorbeelden hiervan. Als casuïstiek wordt in dit onderzoek het voorbeeld van de levensmiddelensector met daarbinnen Albert Heijn gehanteerd.⁵ Deze wordt ook toegelicht in hoofdstuk 2.

Dit onderzoek wordt uitgevoerd door middel van een tweetrapsraket. Bij de eerste stap wordt gekeken of de huidige wet- en regelgeving voldoende mogelijkheden biedt om oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan. Hoofdstuk 3 analyseert daartoe de bestaande regelgeving om oneer-

¹ NRC, 15 september 2012, Albert Heijn komt terug van eenzijdige korting leveranciers.

² EIM (2009); Tisco (2012); Brief van de Minister van Economische Zaken d.d. 17 december 2009; Brief van de Minister van Economische Zaken d.d. 7 oktober 2010; Kamervragen vergaderjaar 2012-2013, nr. 438.

³ Plenaire vergadering Tweede Kamer, 5e vergadering, 26 september 2012.

⁴ Tweede Kamer, Handelingen II 2012/13, 26 september 2012.

⁵ Omdat SEO geen inzage heeft gehad in het contract (de contracten) waar deze casus betrekking op heeft, kan hier geen uitspraak worden gedaan over de vraag of in dit geval daadwerkelijk sprake is van een oneerlijke handelspraktijk.

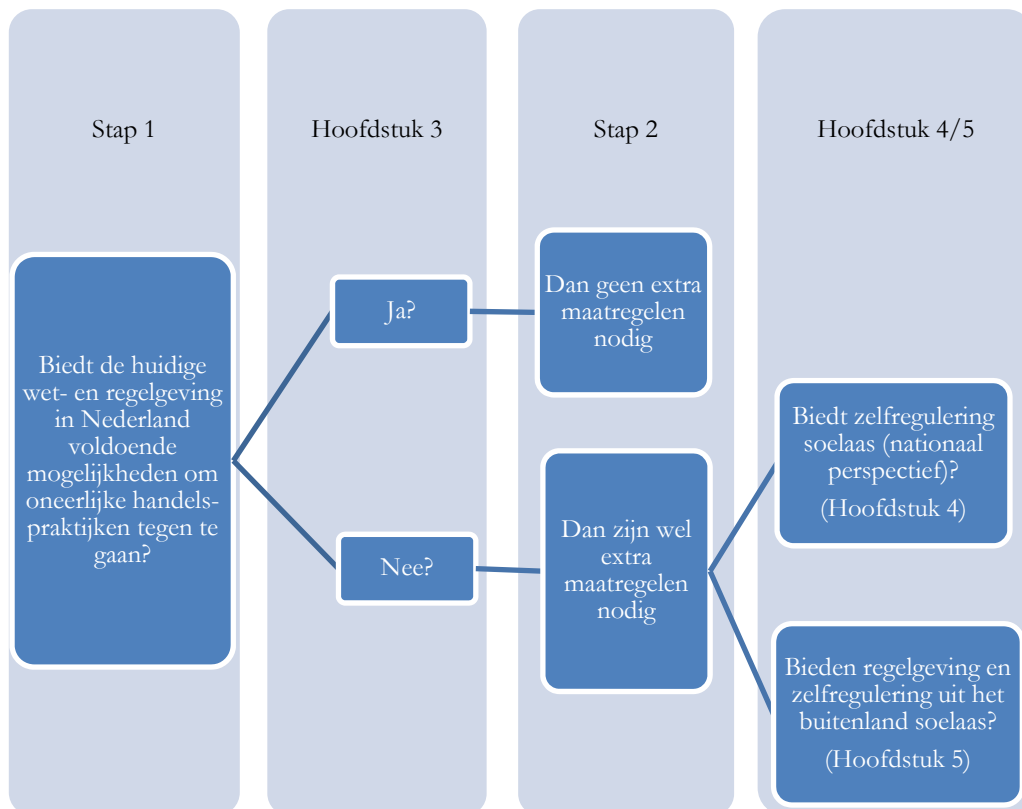
Het is niet de bedoeling Albert Heijn als zwart schaap neer te zetten. Het hanteren van een casus maakt het antwoord of bestaande regelgeving voldoende is, tastbaarder. De casus van Albert Heijn is gekozen vanwege de recente gebeurtenis ervan. Daarnaast zijn ook andere casussen bekend, ook in de retail (bijvoorbeeld Jumbo).

lijke handelspraktijken aan te pakken. Dit omvat het burgerlijk recht en de Mededingingswet. In datzelfde hoofdstuk wordt onderzocht of dit aanbod van rechtsmiddelen in de praktijk vermeende oneerlijke handelspraktijken door afnemers tegengaan. Eventuele drempels die het gebruik van deze instrumenten in de praktijk in de weg kunnen staan, worden ook besproken.

De tweede stap wordt genomen als de huidige wet- en regelgeving onvoldoende soelaas biedt. In dat geval kunnen de mogelijkheden om oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan, worden aangevuld met zelfregulering (hoofdstuk 4) of met maatregelen uit andere landen (hoofdstuk 5). Eén van de vormen van zelfregulering die in hoofdstuk 4 wordt besproken, is een gedragscode eerlijke handelspraktijken. Het hoofdstuk analyseert vanuit een nationaal perspectief of deze aanvulling voldoende zou zijn om oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan. De ervaringen uit het buitenland, beschreven in hoofdstuk 5, zijn zowel andere regelgeving als zelfregulering. Hierbij gaat het onder meer om een aanvulling op de Mededingingswet, een gedragscode en het aanstellen van een ombudsman. Van deze mogelijkheden wordt bekeken of dit gewenste aanvullingen zouden zijn op het Nederlandse systeem. De bestaande regelgeving, de mogelijkheden tot zelfregulering en de buitenlandse ervaring is onderzocht door middel van desk research en enkele diepte-interviews.

Hoofdstuk 6 van dit rapport geeft een samenvatting van de bestaande regelgeving en zelfregulering, de knelpunten hiervan, de mogelijkheden van aanvullende zelfregulering en de buitenlandse ervaring met regelgeving en zelfregulering. In de hoofdpunten wordt geconcludeerd of, en zo ja welke, aanvullingen wat betreft zelfregulering of overheidsregulering, ervoor zorgen dat het Nederlandse systeem toereikend is om oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan.

Figuur 1.1 Structuur van dit rapport



2 Oneerlijke handelspraktijken

Er is geen sluitende juridische definitie van oneerlijke handelspraktijken. Het eenzijdig wijzigen van afspraken vormt het grootste pijnpunt voor leveranciers. Een inmiddels berucht voorbeeld is de verbodiging van de betalingskorting die Albert Heijn doorvoerde om de leveranciers mee te laten betalen voor de uitbreiding van het aantal winkels.

2.1 Introductie

Dat leveranciers en afnemers onderhandelen over de contractvoorwaarden zoals onder meer de prijs, aanlevertermijn, hoeveelheid en betalingstermijn, is de normaalste zaak van de wereld. Bij voldoende concurrentie aan beide zijden van de markt kan de onderhandelingsdynamiek de markt beter laten werken. Zo werkt effectieve concurrentie innovatiebevorderend en stimuleert het ondernemingen efficiënt te opereren. Stevig onderhandelen door een afnemer leidt bovendien tot een lagere prijs voor consumenten, mits de afnemers onderling voldoende concurreren.

In de commerciële relatie van afnemer en leverancier kunnen conflicten voorkomen over bepaalde voorwaarden of er kan sprake zijn van ontevredenheid over de geleverde prestatie van één van de partijen. Onderling overleg kan deze conflicten oplossen, maar soms is er sprake van hoogoplopende conflicten. Voorbeelden hiervan zijn onredelijke contractvoorwaarden zoals exorbitante boeteclausules, onbeperkte aansprakelijkheid voor de leverancier en het onvoorwaardelijk moeten accepteren van de inkoopvoorwaarden zonder te kunnen onderhandelen over eigen verkoopvoorwaarden. Leveranciers ondervinden de meeste problemen van het eenzijdig wijzigen van de afspraak door de afnemer. Zo kan de afnemer, eventueel met terugwerkende kracht, de prijs verlagen, de betalingstermijn verlengen of, zoals in het voorbeeld van Albert Heijn, de betalingskorting verhogen (zie paragraaf 2.2).⁶

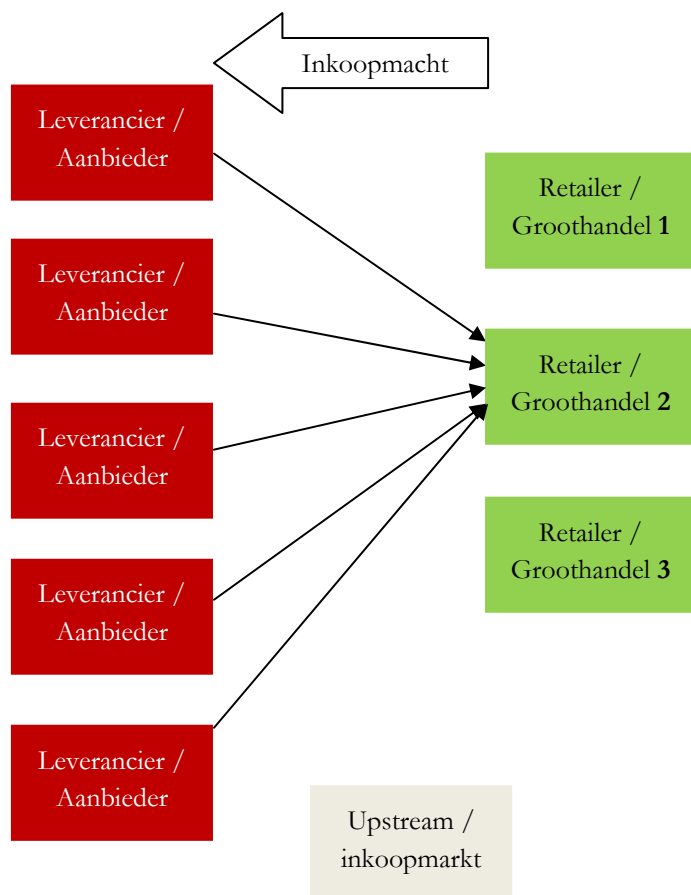
In de discussie over oneerlijke handelspraktijken worden deze praktijken ook wel de excessen van inkoopmacht genoemd.⁷ Maar wat houdt inkoopmacht nu precies in? Het begrip inkoopmacht wordt in de media en door belangengroepen op verschillende manieren gebruikt: als kenschetsing van een marktstructuur of als typering van het gedrag van een afnemer van producten of diensten. Figuur 2.1 toont een marktstructuur waarin veel aanbieders leveren aan een enkele afnemer. Inkoopmacht wijst op een marktstructuur waarin een groot aantal aanbieders een groot deel van hun afzet aan een enkele afnemer levert (in de figuur afnemer 2). Op de korte termijn kan de aanbieder niet aan andere afnemers leveren (afnemers 1 en 3 bestaan niet, of hebben geen vraag naar de producten van de aanbieder), terwijl andersom de afnemer wel zonder een individuele aanbieder kan.

Een ander gebruik van het begrip ‘inkoopmacht’ verwijst naar gedragingen van afnemers, zoals het verlangen van kortingen, het beëindigen van contracten, het hanteren van *take-it or leave-it* contracten (slikken of stikken) en het verlangen van productspecificaties.

⁶ Tisco (2012).

⁷ Brief van de Minister van Economische Zaken d.d. 7 oktober 2010.

Figuur 2.1 Inkoopmacht: structuur en gedrag



Bron: SEO Economisch Onderzoek

In de (politieke) discussie ligt de nadruk veelal op oneerlijke handelspraktijken die voorkomen in een situatie waarin een afnemer inkoopmacht heeft. Maar het is ook mogelijk dat een leverancier oneerlijke handelspraktijken hanteert ten opzichte van een afnemer. In deze situatie zal de leverancier veelal verkoopmacht hebben. Dit onderzoek richt zich op oneerlijke handelspraktijken door een afnemer.⁸

Uit het EIM-rapport uit 2009 en het Tisco-rapport uit 2012 kwamen verschillende vormen van oneerlijke handelspraktijken naar voren zoals ze werden ervaren door leveranciers en soms ook door afnemers. Box 2.1 geeft een overzicht van de genoemde praktijken. Ook handelspraktijken tijdens de onderhandelingen kunnen als oneerlijk worden beschouwd. Zo kan een afnemer druk uitoefenen op de leverancier om bepaalde voorwaarden te accepteren of worden afspraken alleen mondeling gemaakt en niet schriftelijk vastgelegd. Bij deze praktijken is het lastig voor een leverancier om actie te ondernemen aangezien het aantonen van de oneerlijkheid van de praktijken moeizaam is.

⁸ De argumentatie uit dit rapport is in grote lijnen hetzelfde voor verkoopmacht en oneerlijke handelspraktijken van leveranciers. De voorbeelden van wat een oneerlijke handelspraktijk is, zullen wel anders zijn. Een bespreking van verkoopmacht valt buiten de scope van dit onderzoek.

Box 2.1 Voorbeelden oneerlijke handelspraktijken

- Eenzijdige wijziging van afspraken, al dan niet met terugwerkende kracht:
 - het niet betalen van de afgesproken prijs;
 - een inhouding op een factuur (5 procent wegens verbouwing, het vieren van een jubileum etc.);
 - eenzijdig de betalingstermijn verlengen (van 60 naar 90 dagen, van 90 naar 120 dagen).
- Gebruik van onredelijke voorwaarden:
 - een voor de leverancier erg ongunstige prijs;
 - een beding op grond waarvan leveranciers kortingen op facturen moeten geven voor acties, promoties, winkelaanpassingen en productbederf;
 - een beding op grond waarvan afnemers eenzijdig een langere betalingstermijn kunnen bedingen;
 - een beding op grond waarvan afnemers onredelijke eisen stellen ten aanzien van de door hen te leveren prestaties, zoals bijvoorbeeld het leveren op een exact tijdstip;
 - hoge boetebedingen;
 - een garantie voor de afnemer dat de leverancier niet voor een gunstigere prijs aan concurrent levert, zonder de producenten eerst tegen deze meer gunstige prijs eerst aan de afnemer aan te bieden;
 - een verbod op verpanding van vorderingen.

Bron: Tisco (2012)

2.2 Casuïstiek levensmiddelenmarkt

De food- en agrisector wordt door EIM (2009) aangemerkt als een sector waaruit regelmatig klachten en signalen komen over een ongelijke verhouding tussen afnemer en leverancier, ten nadele van de leverancier. Door de relatief machtige positie van supermarkten komt de onderhandelingspositie van de leveranciers onder druk te staan en leidt de onderhandeling tot niet aanvaardbare condities.⁹ Daarnaast komt het in de levensmiddelenmarkt, waaronder de food- en agrisector, voor dat afnemers iets willen veranderen aan het contract met de leverancier. Voorbeelden hiervan zijn Albert Heijn en Jumbo. Zo verhoogde Albert Heijn in september 2012 de betalingskorting over de factuurwaarde. Zie Box 2.2 voor een uitleg over deze verhoging. Jumbo kwam met een brief aan haar leveranciers, waarin zij werden verzocht om een eenmalige betaling te doen van 1,25 procent over de gezamenlijke factuurwaarde van Jumbo en C1000, de zogenaamde Hallo-Jumbo bijdrage.¹⁰

Box 2.2 De verhoging van de betalingskorting door Albert Heijn

*“Albert Heijn heeft in een brief aan zijn leveranciers extra korting geëist.”*¹¹ Dit bericht kwam 11 september 2012 naar buiten. De supermarktketen groeit door de aankoop van extra winkels. De leveranciers profiteren van deze volumegroei waardoor het bedrijf het gepast vindt dat de leveranciers hier ook aan bijdragen. Albert Heijn stelt daarom de betalingskorting over de factuurwaarde te verhogen met twee procentpunt.¹² Hierdoor betaalt de supermarkt een prijs die twee pro-

⁹ EIM (2009)

¹⁰ Algemene Nederlandse Vereniging van Eierhandelaren (2012).

¹¹ *Volkscrant*, 11 september 2012, Albert Heijn eist extra korting van leveranciers.

¹² Brief Albert Heijn aan leveranciers, 3 september 2012.

centpunt lager ligt dan afgesproken. Dit is een voorbeeld van het eenzijdig wijzigen van afspraken, een van de mogelijke uitingen van oneerlijke handelspraktijken.

Als reactie op de handelspraktijk hebben de vakbonden voor varkenshouders, akkerbouw en melkveehouders actie gevoerd. Ook heeft zo'n 10 procent van de leveranciers contact gezocht met de supermarkt.¹³ De supermarkt heeft haar excuses aangeboden over de brief. Wel gaf de directeur, de heer Van der Laan, op de leveranciersdag aan dat de winkel vasthoudt aan de inhoud van de brief. De verhoging van de betalingskorting zal tijdens de één-op-één onderhandelingen besproken worden.¹⁴ Ondanks deze reacties bleek begin december 2012 dat Albert Heijn de korting alsnog bij sommige leveranciers heeft ingehouden.^{15&16}

Bron: SEO Economisch Onderzoek, op basis van voetnoten.

Er is een aantal wetsartikelen dat leveranciers bescherming kan bieden tegen oneerlijke handelspraktijken. De stap naar de rechter kan zowel genomen worden door een individuele leverancier als door meerdere leveranciers samen. Een collectieve actie behoort in geval van oneerlijke handelspraktijken ten opzichte van meerdere leveranciers tot mogelijkheden. Ook de Mededingingswet biedt een aangrijpingspunt om deze praktijken tegen te gaan. Hiervoor dient wel aangetoond te zijn dat de afnemer een economische machtspositie bezit en hier misbruik van maakt. Albert Heijn is de grootste supermarktketen in ons land en zal daarom eerder aangemerkt worden als economisch dominant (al is de positie van de supermarktketen in het verleden door de NMa nog niet aangeduid als een economische machtspositie¹⁷), maar het misbruik machtspositieartikel biedt minder bescherming tegen handelspraktijken van kleinere supermarktketens.¹⁸

De mogelijkheden binnen het burgerlijk recht, de Mededingingswet en zelfregulering worden in de volgende hoofdstukken besproken.

¹³ *Trouw*, 15 september 2012, Albert Heijn komt terug van eenzijdige korting leveranciers.

¹⁴ *Distrifood* (2012c).

¹⁵ *FD*, 3 december 2012, Albert Heijn zet zijn leveranciers na excuses alsnog voor het blok.

¹⁶ Nogmaals zij benadrukt dat SEO geen inzage heeft gehad in de contracten waar deze casus betrekking op heeft. Er kan in dit rapport dan ook geen uitspraak worden gedaan over de vraag of in dit geval daadwerkelijk sprake is van een oneerlijke handelspraktijk.

¹⁷ NMa besluit 7432 Ahold – Jumbo Activa, 26 juli 2012 “Het marktaandeel van Ahold op de (mogelijke) gehele Nederlandse markt voor de verkoop van *dagelijkse consumptiegoederen via supermarkten komt hiermee op circa [30-40]%*.” Gezien deze marktaandelen en aanwezigheid van concurrenten “*is er geen reden om aan te nemen dat de concentratie de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt op significante wijze zou kunnen belemmeren*” met name als het resultaat van het in het leven roepen of het versterken van een economische machtspositie.

¹⁸ *Distrifood* (2012a) en Hoofdbedrijfschap Detailhandel.

3 Bestaande regelgeving

Welke mogelijkheden bieden het Burgerlijk Wetboek en de Mededingingswet om oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan? Leveranciers kunnen zowel individueel als collectief actie ondernemen. Is de bestaande regelgeving voldoende? Beroep op het burgerlijk recht brengt grote risico's voor de leveranciers met zich mee, omdat daardoor de relatie met de afnemer op het spel kan komen te staan. Ook de Mededingingswet geeft weinig houvast, omdat het bestaan en misbruik van een economische machtspositie in de praktijk maar moeizaam zijn aan te tonen.

Dit hoofdstuk beschrijft de mogelijkheden die de huidige wetgeving biedt om oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan. De definitie van oneerlijke handelspraktijken is niet ingevuld met voorbeelden uit wetgeving. Wel ziet regelgeving toe op een deel van de oneerlijke handelspraktijken die door leveranciers ervaren worden (zie Box 2.1). Deze regelgeving betreft het burgerlijk recht (paragraaf 3.1) en het mededingingsrecht (paragraaf 3.2).

Veel conflicten over handelspraktijken worden opgelost doordat de leverancier en afnemer met elkaar in gesprek gaan en opnieuw onderhandelen over de als oneerlijk ervaren praktijk. Vanwege mogelijke aanwezigheid van onderhandelingsmacht van de afnemer, kunnen niet alle conflicten via onderhandeling worden opgelost. Pas als die onderlinge gesprekken en onderhandelingen niet tot het gewenste resultaat leiden voor (één van) beide partijen, wordt gesproken van een oneerlijke handelspraktijk en kan wetgeving voor de benadeelde partij handvatten bieden om deze praktijk tegen te gaan.

3.1 Overzicht regelgeving

Deze paragraaf geeft de mogelijkheden weer die het burgerlijk recht biedt om oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan (paragraaf 3.1.1). In de inleiding worden de verschillende onderwerpen kort beschreven, alvorens per wetsartikel dieper in te gaan op de werking en voorbeelden waarvoor het kan worden gebruikt. Elke bespreking van een wetsartikel bevat een box met daarin kort het relevante stuk wettekst. De volgende wetsartikelen uit het BW worden behandeld:

- tekortkoming van verplichtingen;
- redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 2);
- onvoorziene omstandigheden;
- misbruik van omstandigheden;
- algemene voorwaarden;
- betalingstermijn;
- artikel 6:162 BW;
- battle of forms;
- collectieve actie;
- schadevergoeding.

Paragraaf 3.1.2 gaat in de op de mogelijkheden die de Mededingingswet biedt, meer specifiek het verbod op misbruik van een economische machtspositie en het kartelverbod.

3.1.1 Burgerlijk recht

Inleiding

Het burgerlijk recht kent verschillende wetsartikelen waarop een leverancier zich kan beroepen in een niet opgelost conflict over oneerlijke handelspraktijken. Deze paragraaf bespreekt zowel de mogelijkheden voor individuele leveranciers als de mogelijkheden om collectief een procedure te starten.

Het eenzijdig wijzigen van gemaakte afspraken tussen leverancier en afnemer is zoals gezegd een belangrijk pijnpunt voor leveranciers. In principe geldt ‘afpraak is afspraak’ en is het eenzijdig wijzigen van de overeenkomst een wanprestatie. Bij deze handelspraktijk, ook wel contractbreuk of tekortkoming genoemd, kan een beroep worden gedaan op artikel 6:74 BW.

Indien de overeenkomst een clausule bevat waarin het eenzijdig aanpassen is toegestaan, is er geen sprake van wanprestatie. Wel kan op grond van artikel 6:248 lid 2 BW de toepassing van de mogelijkheid tot eenzijdig wijzigen worden aangevochten. Een overeenkomst kan daarnaast eenzijdig worden aangepast in het geval van onvoorziene omstandigheden. Hiervoor kan een onderneming zich beroepen op artikel 6:258 BW.

Ook wanneer er geen sprake is van eenzijdig wijzigen van de gemaakte afspraken kan er een conflict ontstaan tussen afnemer en leverancier. Conflicten over de inhoud van een overeenkomst tussen afnemer en leverancier kunnen worden opgelost met artikel 3:44 BW of artikel 6:233 sub a BW. Dit eerste artikel kan worden ingeroepen als de overeenkomst door bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen. Het tweede artikel biedt houvast in een conflict over de algemene voorwaarden van de overeenkomst. Indien de inhoud van deze voorwaarde voor één van de partijen onredelijk bezwarend is, kan deze partij een beroep doen op artikel 6:233 sub a BW.

Conflicten over betalingstermijnen kunnen makkelijker worden opgelost met de recente implementatie van de Europese richtlijn voor betalingsachterstanden in het Burgerlijk Wetboek. De maximale betalingstermijnen waarbinnen een afnemer een leverancier moet betalen, zijn hiermee vastgelegd in de Nederlandse wetgeving.

Een laatste wetsartikel waarmee een verklaring voor recht kan worden verkregen of waardoor oneerlijke handelspraktijken worden teruggedraaid, verboden of anderszins worden tegengegaan, gaat over onrechtmatig handelen. Een leverancier kan artikel 6:162 BW gebruiken indien een afnemer in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid handelt. Op grond van dit artikel kan ook een schadevergoeding worden gevorderd. Er is sprake van een open norm in de beoordeling van maatschappelijke onzorgvuldigheid.¹⁹

Naast deze mogelijkheden voor individuele ondernemingen, kunnen ondernemingen hun vorderingen bundelen tot een collectieve actie. Brancheorganisaties kunnen via artikel 3:305a bij de rechter collectieve acties instellen wegens oneerlijke handelspraktijken van afnemers. Het vorderen van collectieve schadevergoeding is niet mogelijk. Dit kan individueel gedaan worden via

¹⁹ Verheij (2005).

onder meer artikel 6:162 of 6:74 BW. Een alternatief is om via artikel 3:305a BW een verklaring voor recht te vorderen, vervolgens een overeenkomst met de afnemer te maken over de te betalen schade en deze bindend te laten verklaren via de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM).

Tekortkoming van verplichtingen

Een afnemer en leverancier onderhandelen over de voorwaarden van hun overeenkomst. In principe kan de overeenkomst niet eenzijdig aangepast worden tijdens de looptijd van het contract. Als één van de partijen zijn verplichtingen niet, niet tijdig of niet behoorlijk nakomt, kan de ander (de schuldeiser) via artikel 6:74 BW een procedure starten. Afhankelijk van de situatie kan nakoming van de verplichtingen alsnog worden uitgevoerd. Volgens ditzelfde wetsartikel heeft een schuldeiser ook recht op schadevergoeding als niet-nakoming van de overeenkomst aan zijn zakenpartner kan worden toegerekend.²⁰

Box 3.1 Artikel 6:74 BW

1. Iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis verplicht de schuldenaar de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend.
2. Voor zover nakoming niet reeds blijvend onmogelijk is, vindt lid 1 slechts toepassing met inachtneming van hetgeen is bepaald in de tweede paragraaf betreffende het verzuim van de schuldenaar.

Artikel 6:248 lid 2

In principe geldt ‘afpraak is afspraak’. Indien één van de partijen een onderdeel van de overeenkomst wil aanpassen, zal de wederpartij daar daarom tijdens onderhandelingen mee in moeten stemmen. Is de wederpartij daar niet toe bereid, dan heeft de eerste partij de mogelijkheid een procedure te starten. Via artikel 6:248 lid 2 BW is het mogelijk om een contractuele afspraak uit de overeenkomst buiten werking te stellen. Een rechter kan een overeengekomen regel niet van toepassing verklaren. Via deze route is het dus mogelijk om een reeds afgesproken regel eenzijdig te annuleren. Dit zal een rechter alleen doen indien de regel “*in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar*” is (artikel 6:248, lid 2 BW). Deze open norm wordt ingevuld door onder meer omstandigheden zoals aard, inhoud en strekking van de overeenkomst, de wederzijdse belangen en de wijze waarop de afspraak tot stand is gekomen. Deze maatstaf is erg streng en de rechter is terughoudend in het buiten toepassing verklaren van een regel.²¹ In het geval dat de rechter vindt dat de regel onredelijk en onbillijk is, kan hij de regel aanpassen. Zo heeft een rechter tijdens een procedure een onredelijk korte opzegtermijn aangepast.²²

Het eenzijdig aanpassen van een overeenkomst is mogelijk als er in de overeenkomst een clausele is opgenomen waarin wijzigen is toegestaan. Echter, artikel 6:248 BW kan ook gebruikt worden om deze aanpassingsclausule buiten werking te stellen. Hiervoor geldt dat het toepassen van de aanpassingsclausule onredelijk en onbillijk moet zijn in de gegeven omstandigheden.²³

²⁰ Nevi.

²¹ Tisco (2012)

²² Van Doorn, de Hoon & Liauw-a-Joe (2012).

²³ Tisco (2012).

Box 3.2 Artikel 6:248 lid 2 BW

2 Een tussen partijen als gevolg van de overeenkomst geldende regel is niet van toepassing, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Onvoorziene omstandigheden

Een laatste wijze waarop een overeenkomst tussen afnemer en leverancier eenzijdig kan worden aangepast is in het geval van onvoorziene omstandigheden. Indien één van de partijen de overeenkomst niet wil aanpassen, kan een rechter dit op grond van artikel 6:258 BW doen of kan hij de hele overeenkomst ontbinden. De onvoorziene omstandigheden moeten dusdanig zijn “*dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten*”.²⁴ Er heerst nog onduidelijkheid over de precieze invulling hiervan en het beroep op dit artikel wordt heel spaarzaam toegekend.²⁵

Box 3.3 Artikel 6:258 BW

1. De rechter kan op verlangen van een der partijen de gevolgen van een overeenkomst wijzigen of deze geheel of gedeeltelijk ontbinden op grond van onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten. Aan de wijziging of ontbinding kan terugwerkende kracht worden verleend.
2. Een wijziging of ontbinding wordt niet uitgesproken, voor zover de omstandigheden krachtens de aard van de overeenkomst of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komen van degene die zich erop beroept.
3. Voor de toepassing van dit artikel staat degene op wie een recht of een verplichting uit een overeenkomst is overgegaan, met een partij bij die overeenkomst gelijk.

Misbruik van omstandigheden

Tot nu toe is besproken wat een onderneming kan doen als zij geconfronteerd wordt met een eenzijdige wijziging of zelf (een onderdeel van) de overeenkomst wil veranderen. In de casuïstiek van oneerlijke handelspraktijken gaat het dan veelal om het verhogen van betalingskorting, het verlengen van de betalingstermijn en andere handelspraktijken door de afnemer. In de sectoren waar oneerlijke handelspraktijken voorkomen, zoals levensmiddelen, agrofood, mode, textiel en schoeisel is veelal ook sprake van verschil in machtspositie tussen afnemer en leverancier. Zo zijn er in de agrofoodsector slechts enkele grote supermarkten, tegenover vele relatief kleine leveranciers. De mogelijke afhankelijkheid van leveranciers kan ertoe leiden dat zij druk voelen om akkoord te gaan met bepaalde voorwaarden van een afnemer. Wanneer dit het geval is, kunnen leveranciers een beroep doen op artikel 3:44 BW. Lid 4 spreekt expliciet over een afhankelijkheidsrelatie.

Een overeenkomst kan worden vernietigd “*wanneer zij door bedreiging, door bedrog of door misbruik van omstandigheden is tot stand gekomen*” (3:44 BW, lid 1). Het beroep van een leverancier zal pas slagen indien de leverancier de overeenkomst, die in belangrijke mate door de afnemer is bepaald, wel

²⁴ Artikel 6:258 BW lid 1.

²⁵ Tisco (2012).

moest tekenen om uit een benarde situatie bevrijd te worden.²⁶ Anders gezegd, er moet sprake zijn van een economische dwangpositie.²⁷ Een beroep op artikel 3:44 lid 4 BW is zelden succesvol.²⁸ Daarnaast is de uitkomst van een succesvolle procedure dat de overeenkomst wordt vernietigd. Dit zal in veel gevallen niet overeenkomen met de belangen van de leverancier. Namelijk, als stopzetting van de overeenkomst commercieel mogelijk is, was de druk om de overeenkomst te tekenen ook minder hoog geweest.

Box 3.4 Artikel 3:44 BW

1. Een rechtshandeling is vernietigbaar, wanneer zij door bedreiging, door bedrog of door misbruik van omstandigheden is tot stand gekomen.
2. Bedreiging is aanwezig, wanneer iemand een ander tot het verrichten van een bepaalde rechtshandeling beweegt door onrechtmatig deze of een derde met enig nadeel in persoon of goed te bedreigen. De bedreiging moet zodanig zijn, dat een redelijk oordelend mens daardoor kan worden beïnvloed.
3. Bedrog is aanwezig, wanneer iemand een ander tot het verrichten van een bepaalde rechtshandeling beweegt door enige opzettelijk daartoe gedane onjuiste mededeling, door het opzettelijk daartoe verzwijgen van enig feit dat de verzwijger verplicht was mede te delen, of door een andere kunstgreep. Aanprijzingen in algemene bewoordingen, ook al zijn ze onwaar, leveren op zichzelf geen bedrog op.
4. Misbruik van omstandigheden is aanwezig, wanneer iemand die weet of moet begrijpen dat een ander door bijzondere omstandigheden, zoals noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid, bewogen wordt tot het verrichten van een rechtshandeling, het tot stand komen van die rechtshandeling bevordert, ofschoon hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvan zou behoren te weerhouden.
5. Indien een verklaring is tot stand gekomen door bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden van de zijde van iemand die geen partij bij de rechtshandeling is, kan op dit gebrek geen beroep worden gedaan jegens een wederpartij die geen reden had het bestaan ervan te veronderstellen.

Algemene voorwaarden

Afnemers en leveranciers onderhandelen veelal alleen over de kernvoorwaarden van de overeenkomst (mondeling of schriftelijk). Van belang zijn vooral de prijs, eventueel de hoeveelheid, de betalingstermijn en de betalingskorting. Afnemers hanteren vaak algemene voorwaarden die voor meerdere overeenkomsten gelden. Indien de inhoud van een algemene voorwaarde onredelijk bezwarend is, kan een onderneming een beroep doen op artikel 6:233 sub a BW. Een succesvol beroep zorgt ervoor dat de betreffende voorwaarde wordt weggestreept. Hiermee geldt deze voorwaarde ook in de toekomst niet meer.²⁹

De maatstaf ‘onredelijk bezwarend’ is een open norm. Voor de bescherming van consumenten is deze norm ingevuld met concrete praktische bepalingen die als onredelijke bezwarendheid worden aangemerkt of waar dit wordt vermoed. Deze bepalingen kunnen een reflexwerking hebben

²⁶ HR 2 november 1979, NJ 1980, 429 (*Brandwijk/Brandwijk*). Zie ook Stolp.

²⁷ Van Doorn, et al. (2012).

²⁸ Stolp, Vermogensrecht (losbl.), art. 44 lid 4.

²⁹ Dit in tegenstelling tot een geslaagd beroep op artikel 6:248 lid 2 BW. Hierbij mag in de concrete aan de orde zijnde situatie de afspraak worden weggedacht (Van Doorn, et al. 2012).

op partijen die - net als consumenten - klein zijn. Daarom kunnen kleine leveranciers in hun beroep op artikel 6:233 sub a BW verwijzen naar de bepalingen voor consumenten.³⁰ Een voorbeeld is een prijsverlaging door de afnemer binnen drie maanden na het sluiten van het contract aangezien dit veel gelijkenis vertoont met artikel 6:236 sub i BW. Grotere leveranciers hebben deze mogelijkheid niet.³¹

Box 3.5 Artikel 6:233 sub a BW

Een beding in algemene voorwaarden is vernietigbaar
a: indien het, gelet op de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de voorwaarden zijn tot stand gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk bezwarend is voor de wederpartij;

Betalingstermijn

De Europese Commissie heeft een richtlijn opgesteld om betalingsachterstanden bij handelstransacties te bestrijden.³² Deze richtlijn legt vast dat de maximale betalingstermijn in principe 60 dagen is.³³ Wanneer er geen termijn is afgesproken, geldt automatisch een termijn van 30 dagen. Als deze termijnen worden overschreden mag de leverancier rente heffen.³⁴ De artikelen uit het burgerlijk recht die met de implementatie van de richtlijn zijn aangepast, betreffen regelend recht. Dit houdt in dat de leverancier en afnemer in onderling overleg kunnen afwijken van hetgeen is vastgelegd in het besluit. De vergoeding voor invorderingskosten is echter als dwingend recht opgenomen in artikel 6:96, lid 4 BW. De vergoeding is daarmee ten minste € 40, hier kan niet van worden afgeweken.³⁵ De implementatie van de Europese richtlijn voor betalingsachterstanden is op 11 december 2012 door de Eerste Kamer goedgekeurd. Publicatiedatum van de nieuwe wet is 18 december 2012.³⁶

³⁰ Staat de bepaling jegens de consument gehanteerd op de zwarte lijst (art. 6:236 BW), dan wordt de afspraak hoe dan ook als onredelijk bezwarend aangemerkt. Staat de bepaling op de grijze lijst (art. 6:237 BW), dan wordt de afspraak vermoed onredelijk bezwarend te zijn en is het aan de wederpartij van de consument om het tegendeel aan te tonen (Van Doorn, et al. 2012).

³¹ Rechtspersonen die recent hun jaarrekening hebben geopenbaard of partijen bij wie 50 of meer personen werkzaam zijn op het moment dat ze geconfronteerd worden met de algemene voorwaarde. Conform art. 6:235 BW zijn zij uitgesloten van een beroep op de vernietigbaarheid van algemene voorwaarden in art. 6:233 BW.

³² Richtlijn 2011/7/EU van het Europees Parlement en de Raad.

³³ Tenzij in de overeenkomst uitdrukkelijk anders is afgesproken en mits dat geen onbillijk beding jegens de schuldeiser oplevert.

³⁴ Wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en enkele andere wetten in verband met de implementatie van Richtlijn 2011/7/EU.

³⁵ Memorie van toelichting bij Wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en enkele andere wetten in verband met de implementatie van Richtlijn 2011/7/EU, 33 171.

³⁶ Wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en enkele andere wetten in verband met de implementatie van Richtlijn 2011/7/EU.

Box 3.6 **Wet van 13 december 2012 tot wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en enkele andere wetten in verband met de implementatie van Richtlijn 2011/7/EU van het Europees Parlement en de Raad van 23 februari 2011 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties (PbEU L48/1)**

In artikel 119a worden, onder vernummering van het vierde tot en met zesde lid tot het zesde tot en met achtste lid, twee leden ingevoegd, luidende:

4. De termijn bedoeld in lid 2 onder c bedraagt niet meer dan 30 dagen vanaf de datum van ontvangst van de prestatie, tenzij partijen uitdrukkelijk een langere termijn overeenkomen en deze termijn niet kennelijk onbillijk is jegens de schuldeiser, mede gelet op:
 - a. de vraag of de schuldenaar objectieve redenen heeft om af te wijken van de 30 dagen termijn;
 - b. de aard van de prestatie; en
 - c. elke aanmerkelijke afwijking van goede handelspraktijken.
5. Partijen kunnen een uiterste dag van betaling overeenkomen van ten hoogste 60 dagen, tenzij zij uitdrukkelijk een langere termijn van betaling in de overeenkomst opnemen en deze termijn niet kennelijk onbillijk is jegens de schuldeiser, mede gelet op:
 - a. de vraag of de schuldenaar objectieve redenen heeft om af te wijken van de 60 dagen termijn;
 - b. de aard van de prestatie; en
 - c. elke aanmerkelijke afwijking van goede handelspraktijken.

Artikel 6:162 BW

Een oneerlijke handelspraktijk door een afnemer kan een onrechtmatige handeling zijn tegenover de leverancier. De leverancier kan dit op grond van artikel 6:162 BW door de rechter laten beoordelen. Bij een succesvol beroep kan hiermee een schadevergoeding, een verklaring voor recht, een verbod of rectificatie gevorderd worden. Het is lastig aan te geven wanneer er precies sprake is van een onrechtmatige daad aangezien er weinig jurisprudentie is voor business to business contracten.³⁷ Daarnaast is er sprake van een open norm in de vaststelling van een onrechtmatige daad.³⁸

Box 3.7 **Artikel 6:162 BW**

1. Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden.
2. Als onrechtmatige daad worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.
3. Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.

Battle of forms

Een afnemer en een leverancier hanteren beide algemene voorwaarden, respectievelijk inkoopvoorwaarden en verkoopvoorwaarden. Verschillen in deze voorwaarde kwalificeren niet als on-

³⁷ Van Doorn, et al. (2012).

³⁸ Op basis van diepte-interviews.

eerlijke handelspraktijken maar onduidelijkheid over wiens voorwaarden van toepassing zijn, kan wel tot een conflict leiden. In het geval van zo'n conflict biedt artikel 6:225 lid 3 BW duidelijkheid. In principe zijn de verkoopvoorwaarden van de leverancier van toepassing op de overeenkomst. Echter als de afnemer deze verkoopvoorwaarden uitdrukkelijk afwijst, kunnen de inkoopvoorwaarden van de afnemer als geldend worden gezien.

Box 3.8 Artikel 6:225 BW

1. Een aanvaarding die van het aanbod afwijkt, geldt als een nieuw aanbod en als een verwerping van het oorspronkelijke.
2. Wijkt een tot aanvaarding strekkend antwoord op een aanbod daarvan slechts op ondergeschikte punten af, dan geldt dit antwoord als aanvaarding en komt de overeenkomst overeenkomstig deze aanvaarding tot stand, tenzij de aanbieder onverwijld bezwaar maakt tegen de verschillen.
3. Verwijzen aanbod en aanvaarding naar verschillende algemene voorwaarden, dan komt aan de tweede verwijzing geen werking toe, wanneer daarbij niet tevens de toepasselijkheid van de in de eerste verwijzing aangegeven algemene voorwaarden uitdrukkelijk van de hand wordt gewezen.

Collectieve actie

Tot nu toe zijn de mogelijkheden voor individuele ondernemingen besproken. Een groot nadeel van individueel procederen in het kader van oneerlijke handelspraktijken is dat de leverancier niet anoniem blijft voor de afnemer. Dit wordt verder besproken in paragraaf 3.2.1. Anonimiteit is in een collectieve actie in sommige situaties wel mogelijk (zie hierna). Daarnaast biedt een collectieve actie mogelijkheden voor ondernemingen die de stap naar de rechter niet individueel willen zetten.

Op grond van artikel 3:305a BW kunnen verenigingen (waaronder brancheorganisaties) bij de rechter een collectieve actie instellen wegens oneerlijke handelspraktijken van afnemers. De vereniging heeft een eigen toegang tot de rechter. Daarom hoeft de identiteit van de leden niet bekendgemaakt te worden. Wel moet de vereniging haar vordering ondersteunen met bewijs. Bij onredelijk bezwarende algemene voorwaarden volstaat het mogelijk om de voor alle leveranciers geldende algemene voorwaarden te overhandigen. In deze situatie blijven de leveranciers anoniem. Bij onredelijkheid van inkoopvoorwaarden die niet voor alle leveranciers gelden zal het lastig zijn om de anonimiteit van de leverancier te waarborgen. In dit voorbeeld zullen er brieven of contracten aan en van de specifieke leverancier aangeleverd moeten worden en is de identiteit van de leverancier bij de afnemer bekend.³⁹

Via het genoemde artikel 3:305a BW kunnen dezelfde vorderingen worden ingesteld als via de individuele route zoals hiervoor beschreven. Alleen het vorderen van een schadevergoeding is niet mogelijk via dit artikel. Wel kan een verklaring voor recht worden verzocht waarmee ondernemingen individueel het schadevergoedingstraject kunnen vervolgen (zie volgende paragraaf).

³⁹ Brief Minister van Economisch Zaken, d.d. 7 oktober 2010.

Box 3.9 Artikel 3:305a BW

1. Een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid kan een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt.
2. Een rechtspersoon als bedoeld in lid 1 is niet ontvankelijk, indien hij in de gegeven omstandigheden onvoldoende heeft getracht het gevorderde door het voeren van overleg met de gedaagde te bereiken. Een termijn van twee weken na de ontvangst door de gedaagde van een verzoek tot overleg onder vermelding van het gevorderde, is daartoe in elk geval voldoende.
3. Een rechtsvordering als bedoeld in lid 1 kan strekken tot veroordeling van de gedaagde tot het openbaar maken of laten openbaar maken van de uitspraak, zulks op een door de rechter te bepalen wijze en op kosten van de door de rechter aan te geven partij of partijen. Zij kan niet strekken tot schadevergoeding te voldoen in geld.
4. Een gedraging kan niet ten grondslag worden gelegd aan een rechtsvordering als bedoeld in lid 1, voor zover degene die door deze gedraging wordt getroffen, daartegen bezwaar maakt.
5. Een rechterlijke uitspraak heeft geen gevolg ten aanzien van een persoon tot bescherming van wiens belang de rechtsvordering strekt en die zich verzet tegen werking van de uitspraak ten opzichte van hem, tenzij de aard van de uitspraak meebrengt dat de werking niet slechts ten opzichte van deze persoon kan worden uitgesloten.

Schadevergoeding

Individuele leveranciers die schade hebben geleden als gevolg van oneerlijke handelspraktijken kunnen een schadevergoeding eisen. Zoals hiervoor besproken kan dit onder meer op grond van artikel 6:162 en 6:74 BW.

Een afnemer die schade veroorzaakt bij meerdere leveranciers via dezelfde oneerlijke handelspraktijken kan via een collectieve actie, een schikking en daaropvolgend een bindende verklaring verplicht worden om schade te vergoeden. Deze route ziet er als volgt uit.

Via artikel 3:305a BW kan collectief een verklaring voor recht worden gevorderd. Hiermee verklaart de rechter, afhankelijk van het wetsartikel waarop de procedure is gegrond, bijvoorbeeld dat er sprake is van een onrechtmatige daad. Nu zijn twee situaties mogelijk; de ondernemingen stappen met deze verklaring individueel naar de rechter, of de vereniging probeert via een schikking met de afnemer tot een overeenkomst over de te betalen schade te komen.

In de eerste situatie kunnen individuele ondernemingen met deze verklaring hun schade laten vaststellen. Voor het vergoeden van schade moet het causale verband worden vastgesteld tussen de onrechtmatige daad en de schade voor iedere individuele onderneming.⁴⁰ Dit kan niet door middel van een collectieve uitspraak.⁴¹

In de tweede situatie wordt de rechter pas bij het traject betrokken als de vereniging een overeenstemming heeft bereikt met de afnemer. Als het om veel gedupeerde leveranciers gaat, kan het in het voordeel van de afnemer zijn om dit in één keer af te handelen in plaats van via vele individu-

⁴⁰ De invulling van de vereisten van causaal verband, eigen schuld en relativiteit zijn per geval anders.

⁴¹ Bosters (2008).

ele rechtszaken die anders kunnen volgen. Om allemaal losse procedures tegen de aangeklaagde partij te voorkomen, kan bij het Gerechtshof te Amsterdam een verzoek ingediend worden om een overeenkomst algemeen verbindend te verklaren op grond van de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM).⁴² Dit is vastgelegd in artikel 7:907 BW.⁴³ Lid 2 van dit artikel bevat de elementen die moeten zijn beschreven in de overeenkomst. Hieronder valt ook een omschrijving van de groep van personen die door de stichting of vereniging wordt vertegenwoordigd. Artikel 1013, lid 1 uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geeft het volgende aan: “*Het verzoekschrift waarmee het verzoek, bedoeld in artikel 907, eerste lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek wordt ingeleid, vermeldt: a. de namen en de woonplaatsen van de verzoekers; [...] c. de namen en de woonplaatsen van de aan de verzoekers bekende personen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten, waarbij zij zich kunnen houden aan de laatste hun bekende woonplaatsen.*” Het lijkt er daarom op dat de anonimiteit van de leveranciers niet gewaarborgd is bij een procedure via de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM).

Leveranciers die niet akkoord gaan met de overeenstemming kunnen dat ongeveer een jaar lang met een zogenaamde opt-out-verklaring kenbaar maken.

Box 3.10 Wet collectieve afwikkeling massaschade – Artikel 7:907 BW

1. Een overeenkomst strekkende tot vergoeding van schade die is veroorzaakt door een gebeurtenis of gelijksoortige gebeurtenissen, gesloten door een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid met één of meer andere partijen, die zich bij deze overeenkomst hebben verbonden tot vergoeding van deze schade, kan door de rechter op gezamenlijk verzoek van de partijen die de overeenkomst hebben gesloten verbindend worden verklaard voor personen aan wie de schade is veroorzaakt, mits de stichting of vereniging de belangen van deze personen ingevolge haar statuten behartigt. Onder personen aan wie de schade is veroorzaakt worden mede begrepen personen die een vordering ter zake van deze schade onder algemene of bijzondere titel hebben verkregen.
2. De overeenkomst bevat in ieder geval:
 - a. een omschrijving van de groep dan wel groepen van personen ten behoeve van wie de overeenkomst is gesloten, naar gelang van de aard en de ernst van hun schade;
 - b. een zo nauwkeurig mogelijke aanduiding van het aantal personen dat tot deze groep of groepen behoort;
 - c. de vergoeding die aan deze personen wordt toegekend;
 - d. de voorwaarden waaraan deze personen moeten voldoen om voor die vergoeding in aanmerking te komen;
 - e. de wijze waarop de vergoeding wordt vastgesteld en kan worden verkregen;
 - f. de naam en de woonplaats van degene aan wie de in artikel 908 leden 2 en 3 bedoelde schriftelijke mededeling kan worden gedaan.

⁴² Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM). Deze wet biedt de mogelijkheid om een overeenkomst die voorziet in de afwikkeling van een groot aantal gelijksoortige vorderingen tot schadevergoeding - een massaschade - en die is gesloten tussen een organisatie die de belangen van de gedupeerden behartigt en de aansprakelijke partij of partijen, door de rechter verbindend te laten verklaren voor de gehele groep van gedupeerden (Memorie van toelichting bij wet tot wijziging WCAM).

⁴³ De Nederlandse Wet collectieve afwikkeling massaschade (2008).

De motie Dijkma vraagt om aanpassing van WCAM en BW om schade collectief te verhalen.⁴⁴ Artikel 3:305a BW zou hiervoor moeten worden aangepast. Zoals besproken weerhoudt artikel 3:305a lid 3 het vorderen van collectieve schadevergoeding. Volgens de Minister van Veiligheid en Justitie is het echter niet voldoende om dit lid te schrappen.⁴⁵ De WCAM zelf ziet niet toe op de toekenning van schade, enkel op het bindend verklaren van een overeenstemming tussen de schade aanrichter en de eisers. Kortom, alleen het verwijderen van artikel 3:305a lid 3 BW maakt het alsnog niet mogelijk om anoniem schade te verhalen.

Na aanvaarding van deze motie op 8 november 2011 is in december van datzelfde jaar een wetsvoorstel tot aanpassing van WCAM in de Tweede Kamer ingediend. Het wetsvoorstel beoogt de collectieve afwikkeling van massaschades verder te vergemakkelijken.⁴⁶ Op dit moment is er echter geen wetsvoorstel ter implementatie van de motie aanhangig.

Box 3.11 Motie Dijkma

De motie van het lid Dijkma c.s. verzoekt de regering om de Kamer voor 1 februari 2012 een brief te sturen met daarin een stappenplan om te komen tot de toekenning van het recht voor representatieve belangenorganisaties om schade collectief te verhalen, door de WCAM (Wet collectieve afwikkeling massaschade) en het Burgerlijk Wetboek op dit punt per 1 januari 2013 aan te passen.

Bron: Zie voetnoot ⁴⁷

3.1.2 Mededingingsrecht

Het uitoefenen van oneerlijke handelspraktijken door een grote afnemer kan een inbreuk zijn van artikel 24 van de Mededingingswet.⁴⁸ Dit artikel verbiedt misbruik van een economische machtspositie. Om een inbreuk van de wet vast te stellen, dient vastgesteld te zijn dat de afnemer een economische machtspositie heeft. Uit Europese jurisprudentie volgt dat er bij een marktaandeel van 50 procent of meer, een veronderstelling van een dominante positie is.⁴⁹ Dat wil niet zeggen dat afnemers met een marktaandeel van minder dan 50 procent geen economische machtspositie kunnen hebben. In de Europese zaak van British Airways is een machtspositie vastgesteld bij een marktaandeel van 39,7 procent.⁵⁰ Anderzijds is het niet zo dat er over afnemers met een marktaandeel van meer dan 50 procent altijd wordt geconcludeerd dat ze een economische machtspositie hebben. Dit wordt in de economische context bekeken waardoor lage toetredingsdrempels, sterke concurrenten of klanten van de afnemer met inkoopmacht ertoe kunnen leiden dat een afnemer met een hoog marktaandeel geen economische machtspositie heeft.

Naast het hebben van een economische machtspositie moet er ook sprake zijn van misbruik door de afnemer. In het Europese wetsartikel is dit als volgt geformuleerd: “*het rechtstreeks of zijdelings*

⁴⁴ Motie Dijkma, 8 november 2011.

⁴⁵ “Het enkel schrappen van artikel 3:305a lid 3 zou er toe leiden dat in een collectieve actie procedure waarin schadevergoeding in geld wordt gevorderd, de vordering wordt afgewezen omdat de belangen zich niet voor bundeling lenen. Om tot een collectieve schadevergoedingsactie te komen, is het schrappen van het derde lid van artikel 3:305a BW dus niet voldoende, maar dient te worden voorzien in een alternatief.” Brief van Minister van Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer, d.d. 26 juni 2012.

⁴⁶ Brief van minister van Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer, d.d. 26 juni 2012.

⁴⁷ Brief van minister van Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer, d.d. 26 juni 2012.

⁴⁸ Of artikel 102 VWEU, het Europese equivalent.

⁴⁹ Case C-62/86, AKZO Chemie BV v. Commission [1991].

⁵⁰ Case T-219/99, British Airways plc v. Commission [2003].

*opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden*⁵¹. Scherp onderhandelen is niet automatisch een misbruik van een economische machtspositie. Voorbeelden van misbruik zijn niet in de Mededingingswet opgenomen maar volgen uit de, vooral Europese, jurisprudentie.

Naast artikel 24 Mw kunnen afnemers in strijd met artikel 6 Mw handelen. Kort gezegd, verbiedt artikel 6 overeenkomsten tussen ondernemingen die de mededinging beperken. Als supermarkten bijvoorbeeld de lengte van hun betalingstermijnen onderling afstemmen, of dat nu met een overeenkomst is of als gevolg van het overnemen van elkaars gedrag, kan sprake zijn van overtreding van het kartelverbod.⁵² Leveranciers zouden een dergelijke onderlinge afstemming op horizontaal niveau bij de NMa kunnen melden. Dit artikel ziet toe op afstemming tussen concurrenten over concurrentieparameters, maar doet geen uitspraak over de (on)eerlijkheid van de overeengekomen betalingstermijnen.

De NMa houdt toezicht op artikel 24 en 6 van de Mededingingswet, of de Europese equivalent, respectievelijk artikel 102 en 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Deze toezichthouder kan zelf actie ondernemen als zij een vermoeden heeft van misbruik van een dominante positie. Leveranciers kunnen ook klachten indienen bij de NMa. Dit is een alternatief voor een juridische procedure via het burgerlijk recht. Een formele klacht heet een besluitaanvraag en kan niet anoniem geschieden. De NMa beoordeelt of ze naar aanleiding van de klacht onderzoek gaat doen naar de vermeende overtreding van de Mededingingswet. De beslissing om wel of geen onderzoek te gaan doen, wordt veelal eerst met de klager (de leverancier) besproken. Die kan beslissen de klacht terug te trekken als de NMa aan geeft de klacht af te zullen wijzen of er geen prioriteit aan te zullen geven. Op die manier voorkomt de leverancier dat de klacht officieel in de vorm van een besluit op de website van de autoriteit geplaatst wordt en dat zijn identiteit bij (ook) de afnemer bekend wordt. Voor zaken die de NMa inhoudelijk afwijst, is veelal onderzoek en contact met de beklagde nodig. De beklagde is dan (mogelijk) wel op de hoogte van de identiteit van klager. Als de NMa de besluitaanvraag afwijst of er geen prioriteit aan geeft, heeft de klager wel het recht hiertegen in beroep te gaan.⁵³ Als de leverancier anoniem wil blijven, kan hij een anonieme tip geven. De leverancier heeft dan geen rechten als de NMa geen actie onderneemt naar aanleiding van de tip. In de praktijk kan deze informele weg wel leiden tot een onderzoek van de NMa.

Als de NMa handelspraktijken van een afnemer gaat onderzoeken, al dan niet op eigen initiatief of via een klacht, volgt er een besluit waarin de NMa wel of geen inbreuk van artikel 24 Mw concludeert. Indien een afnemer zijn economische machtspositie heeft misbruikt, kan de NMa hier een boete van 10 procent van de betrokken omzet voor opleggen. Daarnaast kunnen leidinggevenden van de afnemer een persoonlijke boete van maximaal € 450.000 opgelegd krijgen. Tot slot kan de NMa een last onder dwangsom⁵⁴ of een bindende aanwijzing⁵⁵ opleggen.⁵⁶

⁵¹ Artikel 102 VWEU.

⁵² Artikel 6, lid 1 van de Mededingingswet.

⁵³ NMa (2012a).

⁵⁴ Een last onder dwangsom dient ertoe een overtreding ongedaan te maken dan wel een herhaling van een overtreding te voorkomen.

⁵⁵ “Een dergelijke aanwijzing strekt ertoe om degene tot wie zij zich richt een verplichting op grond van de wet op te leggen dan wel de aard en omvang van een reeds op de betrokkene rustende verplichting op bindende wijze af te bakenen.” CBB 28 maart 2003, LJN AF7150, overweging 5.

⁵⁶ NMa (2012b).

Box 3.12 Artikel 24 en 6 Mededingingswet**Artikel 24**

1. Het is ondernemingen verboden misbruik te maken van een economische machtspositie.
2. Het tot stand brengen van een concentratie als omschreven in artikel 27 wordt niet aangemerkt als het misbruik maken van een economische machtspositie.

Artikel 6

1. Verboden zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst.
2. De krachtens het eerste lid verboden overeenkomsten en besluiten zijn van rechtswege nietig.
3. Het eerste lid geldt niet voor overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen
 - a. beperkingen op te leggen die voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn, of
 - b. de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten de mededinging uit te schakelen.
4. Een onderneming of ondernemersvereniging die zich op het derde lid beroept, bewijst dat aan dat lid is voldaan

3.2 Is deze regelgeving voldoende?

In paragraaf 3.1 is een overzicht gegeven van de mogelijkheden binnen het burgerlijk recht en het mededingingsrecht. Vooral het burgerlijk recht bevat meerdere wetsartikelen op grond waarvan, in beginsel, een leverancier naar de rechter kan stappen om oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan. Maar zorgt dit aanbod van mogelijkheden er ook in de praktijk voor dat leveranciers een beroep doen op deze mogelijkheden? Deze paragraaf bespreekt de drempels tot de stap naar de rechter voor zowel het burgerlijk recht als mededingingsrecht.

3.2.1 Burgerlijk recht

In de praktijk wordt weinig gebruikgemaakt van de rechtsmiddelen die het BW biedt om oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan. Een knelpunt bij het nemen van juridische stappen van een leverancier tegen een afnemer is de afhankelijkheidsrelatie. Dat geldt des te meer als leveranciers voor een groot deel van hun afzet afhankelijk zijn van de supermarkt. De reactie van een leverancier op de actie van Albert Heijn geeft de lastige positie waar deze zich in bevindt, goed weer. *“Het is vrij brunt om dit zo mede te delen’, aldus een leverancier, die anoniem wil blijven omdat bij binnenkort met Albert Heijn de onderhandelingen voor 2013 in gaat.”*⁵⁷

⁵⁷ FD, 11 september 2012, Albert Heijn laat fabrikant betalen voor eigen expansie.

Ook uit onder meer de diepte-interviews volgt dat de voornaamste reden hiervoor is dat leveranciers de commerciële relatie met de afnemer niet op het spel willen zetten.⁵⁸ Sterker nog, het onderzoek van Tisco toont aan dat de *“angst om te klagen, om de handelsrelatie te verliezen en de toekomst van het eigen bedrijf te riskeren weerhoudt ondernemers om oneerlijke handelspraktijken bij de handelspartner aan te kaarten.”* Aangezien leveranciers al huiverig zijn om het gesprek met de afnemer aan te gaan over hun klacht, is een niet-anonieme procedure voor de rechter als individuele leverancier ook geen reële stap.

De oplossing voor de ineffectiviteit van de besproken wetgeving bij het tegengaan van oneerlijke handelspraktijken ligt niet in het mogelijk maken van anonieme juridische procedures voor individuele ondernemingen. De aangeklaagde partij (i.c. een afnemer) heeft immers het recht om te weten wie hem aanklaagt. Een anonieme procedure is daarom niet wenselijk. Wel betekent de vrees van leveranciers om hun anonimiteit te verliezen als zij via het burgerlijk recht een procedure starten, dat de huidige wetgeving niet voldoet bij het tegengaan van oneerlijke handelspraktijken en dat daarom een tweede trap in de analyse nodig is. Een oplossing is bijvoorbeeld het instellen van een instantie waar klachten vertrouwelijk gemeld en behandeld worden (zie hoofdstuk 4).

In de casuïstiek van de levensmiddelensector hebben veel leveranciers een afhankelijkheidsrelatie met één of meerdere supermarkten. Voor veel producten geldt dat een supermarkt keus heeft uit meerdere leveranciers waarnaar het bedrijf kan overstappen. Beëindiging van de verkoopovereenkomst met de betreffende supermarkt betekent voor veel leveranciers het verlies van een aanzienlijk deel van hun afzet. Levering aan een andere supermarkt brengt mogelijk hoge kosten met zich mee doordat verpakking-, transport- en communicatiesystemen zijn ingericht naar de wensen van de huidige supermarkt.

Naast het risico op beëindiging van de overeenkomst zijn leveranciers bang voor represailles door de afnemer. Zo zijn ze bang dat hun producten onderin de schappen belanden, ze niet meer mee mogen doen met voordeelacties voor consumenten of geen bonus meer ontvangen bij extra afzet. Door deze vrees zullen leveranciers niet snel individueel actie ondernemen. Bij vermeende oneerlijke handelspraktijken van een supermarkt die betrekking hebben op een grote groep leveranciers kunnen leveranciers makkelijker anoniem blijven. Bij de verhoging van de betalingskorting door Albert Heijn was er veel media-aandacht waarin ook het standpunt van leveranciers naar voren kwam. Het is bij zo'n grootschalige verhoging voor de supermarkt lastig te achterhalen welke leveranciers zich tot de media wendden. Bij vermeende oneerlijke handelspraktijken gericht op één leverancier is dit heel anders en kan de media niet worden ingezet als drukmiddel vanwege het verlies van anonimiteit.

Een tweede reden waarom leveranciers onvoldoende gebruikmaken van de rechtsmiddelen uit het burgerlijk recht is de onduidelijkheid over wat wel en niet is toegestaan. Tisco geeft aan dat het voor het eenzijdig wijzigen van de afspraken duidelijk is wanneer een afnemer in strijd met de wet handelt en wanneer niet.⁵⁹ Maar voor veel andere problemen biedt het burgerlijk recht geen

⁵⁸ Dit wordt ondersteund door de brief van de Minister van Economische Zaken aan de Eerste Kamer van 23 november 2012. De brief van de Minister van Economische Zaken is op basis van onder meer het EIM-onderzoek uit 2009.

⁵⁹ *“het eenzijdig wijzigen van afspraken [...] is over het algemeen niet toegestaan als er geen contractuele clause is waar deze wijzigingsbevoegdheid uit af te leiden is”* (Tisco, 2012).

“*glasbeldere spelregels*”⁶⁰. Dit komt doordat er voor veel artikelen een open norm geldt. Open normen zoals redelijkheid en billijkheid, maatschappelijke onzorgvuldigheid, onredelijk bezwarend en onrechtmatige daad zijn opgenomen om de rechter de ruimte te geven het recht aan te passen aan de ontwikkelingen in de maatschappij en de diversiteit van mogelijk te berechten situaties.⁶¹ Het verlaagt echter ook de rechtszekerheid.⁶² Er heerst namelijk onduidelijkheid over hoe deze norm zal worden ingevuld door de rechter en wanneer een beroep succesvol zal zijn. Dit vormt een drempel tot de stap naar de rechter. Normaliter kan duidelijkheid worden verschaft door jurisprudentie maar doordat leverancier huiverig zijn de stap naar de rechter te zetten, is er weinig jurisprudentie op het gebied van oneerlijke handelspraktijken.

Open normen kunnen via wetgeving of gedragscodes worden ingevuld. Een voorbeeld van het invullen van de open norm is de EU-richtlijn over betalingsachterstanden. Voordat deze richtlijn bestond, waren leveranciers aangewezen op onder meer artikel 6:74 en 6:233, sub a BW indien afnemers een betalingstermijn hanteerden die volgens de leverancier onredelijk was of de termijn eenzijdig wijzigden. Met de implementatie van de EU-richtlijn over betalingsachterstanden hebben leveranciers meer houvast gekregen om naar de rechter te stappen bij een te lange betalingsstermijn. Het Nederlands recht dat voortkomt uit de richtlijn schrijft nu duidelijk voor wat de maximale betalingstermijn mag zijn. Hierdoor hoeft de rechter de open norm niet meer in te vullen maar kan hij kijken naar wat de richtlijn en het bijbehorend Nederlands recht voorschrijft.⁶³ De mogelijkheid van het invullen van een open norm door middel van een gedragscode is beschreven in hoofdstuk 4.

Specifiek voor bepaalde wetsartikelen geldt dat de rechter een beroep van een leverancier gericht op oneerlijke handelspraktijken zelden zal toekennen. Dit is het geval bij artikel 6:248 BW waarmee een regel uit de overeenkomst buiten werking gesteld kan worden. Ook een beroep op 6:258 BW zal alleen bij extreme onvoorziene omstandigheden zoals oorlog, natuurramp, wetswijziging of uitzonderlijke geldontwaarding geaccepteerd worden.⁶⁴ Tot slot biedt artikel 6:233 BW alleen mogelijkheden voor kleine leveranciers. Ondernemingen met meer dan 50 werknemers kunnen geen beroep doen op vernietiging van algemene voorwaarden.

Voor juridische procedures in het algemeen geldt dat de kosten hoog kunnen oplopen en het veel tijd kost voordat een rechter uitspraak doet.

Tot slot is het de vraag of wat de rechter, bij gegronde verklaring van het beroep van de leverancier vordert, wel overeenkomt met wat de leverancier als oplossing van het conflict wenst. Met andere woorden, komt het door de leverancier gewenste resultaat wel overeen met wat een rechter op basis van het BW kan bieden? Zo kan bij een inbreuk van artikel 6:74 BW onder bepaalde omstandigheden naleving van de overeenkomst gevorderd worden. Een regel uit de overeen-

⁶⁰ Tisco (2012).

⁶¹ Memelink, P. (2009).

⁶² Verheij (2005).

⁶³ De Minister van Economische Zaken stelt in haar brief aan de Tweede Kamer dat het probleem van de late betalingen voor een groot deel voortkomt uit het gebrek aan kredietverlening aan het bedrijfsleven. Hierdoor zijn ondernemingen genoodzaakt om betaaltermijnen aan hun leveranciers te verlengen. Hoewel de EU-richtlijn mogelijkheden biedt, ligt de belangrijkste oplossing daarom volgens haar meer in het stimuleren van kredietverlening aan het bedrijfsleven. Brief Minister van Economische Zaken d.d. 17 december 2009.

⁶⁴ Tisco (2012).

komst kan op grond van artikel 6:248, lid a BW niet van toepassing verklaard worden en op grond van sommige artikelen kan een schadevergoeding geëist worden. Maar dit voorkomt niet dat een afnemer een jaar later het contract dusdanig wijzigt dat de handelspraktijken niet in strijd zijn met het burgerlijk recht. Om dit te voorkomen moet de supermarkt prikkels krijgen om zich langdurig aan duidelijke regels te houden. Dit wordt verder besproken in hoofdstuk 4.

De beschreven drempels tot de stap naar de rechter zorgen ervoor dat leveranciers geen individuele actie ondernemen als ze geconfronteerd worden met oneerlijke handelspraktijken. De volgende reactie op de verhoging van de betalingskorting door Albert Heijn toont dit goed aan. De leverancier in kwestie zegt *“gevreesd te hebben dat de winkelketen naar een concurrent zou stappen en de korting daarom geslikt te hebben”*.⁶⁵

Brancheverenigingen kunnen ter bescherming van de rechten van hun leden een collectieve actie starten. In sommige branches zijn de leden van de vereniging echter heterogeen. Door verschillen tussen de leden in omvang en daarmee onderhandelingspositie kan het voor een branchevereniging lastig zijn een collectieve actie op te zetten.

Een collectieve actie lost het probleem van anonimiteit bovendien slechts deels op. In de eerste instantie zijn de leveranciers die collectief via artikel 3:305a BW een procedure starten anoniem. Indien echter specifieke documenten ter onderbouwing van het beroep ingediend moeten worden, kan het zijn dat de anonimiteit niet meer gewaarborgd is. Daarnaast is het niet mogelijk om collectief ook schade te verhalen.

3.2.2 Mededingingsrecht

Een procedure op grond van de Mededingingswet kan via de NMa of de civiele rechter lopen. Voor beide routes geldt dat de afnemer moet beschikken over een economische machtspositie. Artikel 24 Mw biedt daarom geen oplossing voor oneerlijke handelspraktijken van afnemers zonder een economische machtspositie. Bij een marktaandeel van 50 procent of meer wordt verondersteld dat er sprake is van een economische machtspositie. Vervolgens kan dit door de afnemer weersproken worden. Het aantonen van een machtspositie bij een marktaandeel van minder dan 50 procent is mogelijk, maar voor de NMa en klagende partij meer bewerkelijk omdat er dan geen sprake is van een automatische veronderstelling.

Pas als er een dominante positie is vastgesteld, is misbruik hiervan in strijd met de wet. De tweede stap is het aantonen van het misbruikelijk gedrag. Hard onderhandelen is daarbij niet automatisch misbruik. Zoals ook de Minister van Economische Zaken als antwoord op Kamervragen aangaf, is het in de praktijk lastig om misbruik van een economische machtspositie aan te tonen.⁶⁶ Daarnaast zijn er weinig NMa besluiten over artikel 24 Mw, waaraan duidelijkheid over vormen van misbruik ontleend kan worden. Hierdoor is het onduidelijk welke handelspraktijken de NMa als eerlijk en oneerlijk beschouwt. Daarenboven zal het in het specifieke geval van supermarkten niet eenvoudig zijn om misbruik aan te tonen zo lang er op de verkoopmarkt aan consumenten voldoende concurrentie bestaat tussen supermarkten onderling. De NMa zal eventueel misbruik immers vanuit het perspectief van de gevolgen voor de consument beschouwen en als er op dat

⁶⁵ FD, 3 december 2012, Albert Heijn zet zijn leveranciers na excuses alsnog voor het blok.

⁶⁶ Kamervragen 2012-2013, 438.

niveau voldoende concurrentie is om inkoopvoordelen door te spelen aan de consument, dan is misbruik moeilijker hard te maken.

Via de NMa

Leveranciers kunnen een besluitaanvraag indienen bij de NMa waarin zij de toezichthouder vragen om onderzoek te doen naar misbruik van machtspositie door een bepaalde afnemer. Als de NMa besluit om geen onderzoek te starten, kan de leverancier hier beroep tegen aantekenen. Een belangrijk nadeel hiervan is dat een besluitaanvraag niet anoniem kan. Hierdoor heeft ook deze route te maken met drempels voor leveranciers. Ook hier geldt dat dit geen reden is om de anonimiteit dan maar in te voeren in procedures, maar is het wel aanleiding om in de volgende hoofdstukken aanvullende (zelf)regulerende instrumenten te onderzoeken om oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan.

Leveranciers die anoniem willen blijven kunnen de NMa tippen over oneerlijke handelspraktijken, maar hebben geen rechtsmiddelen als de NMa besluit niks te doen met de tip. In de praktijk heeft deze informele en anonieme weg wel geleid tot vooronderzoeken door de NMa.

De NMa kan, in tegenstelling tot de civiele rechter, op eigen initiatief een onderzoek starten. In de periode 2005-2009 heeft de NMa minstens 76 klachten ontvangen.⁶⁷ Mogelijk zitten hier dubbele klachten bij, tegen hetzelfde bedrijf. In diezelfde periode heeft zij 18 onderzoeken gedaan. Hieruit kwam één besluit waarin de NMa een inbreuk van artikel 24 Mw vaststelt.⁶⁸ Dit toont aan hoe moeizaam artikel 24 Mw in de Nederlandse praktijk werkt.

Een onderzoek door de NMa en de eventueel daaruit volgende besluiten, beroepen en bezwaren kunnen een lange looptijd hebben. Hierdoor kan het lang duren voordat er iets aan het probleem gedaan wordt. Zo loopt een recente zaak (in de postmarkt) al sinds oktober 2007 en momenteel loopt een bezwaar bij de rechtbank tegen het besluit van de NMa om de klacht af te wijzen.⁶⁹ Daarnaast is de uitkomst onzeker.

Via civiele rechter

Een beroep op artikel 24 Mw via de civiele rechter brengt soortgelijke kosten als procedures op grond van het burgerlijk recht met zich mee. Een andere drempel is, net als bij burgerlijk recht, dat de leverancier niet anoniem kan blijven. Hierdoor zullen veel leveranciers afzien van deze route om hun zakelijke relatie met de afnemer niet op het spel te zetten. Desalniettemin zijn er in de periode 2005-2009 42 zaken naar de civiele rechter gebracht op grond van artikel 24 Mw.⁷⁰ Dit zijn zeer waarschijnlijk niet allemaal zaken over oneerlijke handelspraktijken.

⁶⁷ Van der Noll, Baarsma, Rosenboom, van der Voort, with contributions from: VerLoren van Themaat and Albers (both Houthoff Buruma) and Schinkel (University of Amsterdam) (2011). Geen data voor 2006.

⁶⁸ Van der Noll et al. (2011). Het gaat hierbij om een besluit als bedoeld in artikel 62 Mw. Dit besluit (CR Delta) is later door de rechtbank vernietigd.

⁶⁹ In beginsel is het mogelijk dat de NMa een voorlopige voorziening (voorschot op de eindbeslissing of een tijdelijke regeling tot de eindbeslissing er is) treft of een last onder dwangsom oplegt. Dit bespoedigt het moment waarop duidelijk is wat de uitkomst van een procedure wordt.

⁷⁰ Van der Noll et al. (2011).

3.3 Conclusie

In potentie biedt het burgerlijk recht veel handvatten om oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan, maar bieden deze in de praktijk onvoldoende soelaas. De belangrijkste reden is dat individuele bedrijven vrezen hun relatie met de afnemer onder druk te zetten. Ook bij een collectieve actie bestaat dit gevaar aangezien anonimiteit niet volledig gewaarborgd kan worden. Bovendien is het in de praktijk moeilijk om ongelijksoortige leveranciers samen te laten werken in een zaak. Daarnaast geeft de open norm die bij veel wetsartikelen geldt, onduidelijkheid over wat wel en niet in strijd is met de wet. Door de eerder genoemde drempels voor leveranciers is er weinig jurisprudentie die duidelijkheid kan verschaffen over de open normen. Hierdoor is de rechtszekerheid in het geding. Deze open norm kan worden ingevuld door wetgeving of zelfregulering. De hoge kosten en lange looptijd van een juridische procedure zijn ook nadelig voor toepassing in de praktijk. Tot slot is het de vraag of de uitspraak waarin het beroep van de leverancier door de rechter wordt geaccepteerd, wel overeenkomt met de wens van de leverancier. De uitspraak verschaft dan wel duidelijkheid over de handelspraktijk maar het gevolg van de uitspraak – onder meer vernietiging van de overeenkomst of bepaling - is niet altijd in het belang van de leverancier. Een uitspraak ziet vaak toe op een specifiek contract en is daarmee geen waarborg voor een duurzame oplossing.

Ook de Mededingingswet ziet er op papier geschikt uit als instrument om oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan. Maar ook nu is de praktijk weerbarstig. Artikel 24 Mw richt zich alleen op ondernemingen met een economische machtspositie. Niet alleen is het vaststellen hiervan lastig, in veel gevallen zal er ook geen sprake zijn van een economische machtspositie waardoor een leverancier zich niet op dit artikel kan beroepen. Het artikel biedt hiermee geen oplossing voor oneerlijke handelspraktijken van afnemers zonder een economische machtspositie. Daarnaast is, na het vaststellen van zo'n positie het aantonen van misbruik hiervan moeilijk. Tot slot zijn de doorlooptijden doorgaans te lang om effectief te zijn voor een leverancier en heeft een leverancier geen rechtsmiddelen om de NMa te bewegen een onderzoek te starten als het een anonieme klacht heeft ingediend.

De analyse van bestaande wetgeving leert dat met name vanwege de vrees om de anonimiteit te verliezen en de relatie met de handelspartner op het spel te zetten de wetgeving niet effectief kan worden ingezet tegen oneerlijke handelspraktijken. Daarom is het zinvol om de tweede stap in de tweetrapsraket (zie Figuur 1.1) te zetten. Hoofdstuk 4 kijkt daarom welke mogelijkheden de voorgenomen zelfregulering biedt en of er wellicht aanvulling nodig is met andere zelfregulering-afspraken (vanuit Nederlands perspectief). Hoofdstuk 5 kijkt tot slot welke mogelijkheden in wetgeving en zelfregulering bestaan of worden overwogen in het buitenland en die bruikbaar zijn in de Nederlandse context.

4 Zelfregulering

Bestaande zelfregulering (zoals keurmerken) lost oneerlijke handelspraktijken niet afdoende op. Bestaande alternatieve geschiloplossing zien niet specifiek op oneerlijke handelspraktijken en op de voedingsmiddelensector. Het kan onder bepaalde voorwaarden wel effectief zijn om afspraken om oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan, te handhaven. Via een gedragscode kunnen open normen worden ingevuld en komt er meer duidelijkheid. Effectieve handhavingmechanismen zijn wel nodig om naleving te garanderen.

Hoofdstuk 3 heeft de bestaande regelgeving van het burgerlijk recht en de Mededingingswet beschreven. Hieruit volgt dat in beginsel leveranciers verschillende mogelijkheden hebben om de stap naar de rechter te zetten. In de praktijk zal de stap naar de rechter vrijwel nooit gezet worden vanwege de afhankelijkheidspositie van de leveranciers. Deze ondernemingen vrezen voor het voortbestaan van hun zakelijke relatie en zien daarom af van een procedure. Daarnaast bevat het burgerlijke recht veel open normen die tot onduidelijkheid over de toepassing en uitkomst van de procedure leiden. Hierdoor zijn leveranciers nog minder geneigd om naar de rechter te stappen.

De vervolgvraag in dit onderzoek is of naast de bestaande overheidsregelgeving de reeds bestaande zelfregulering voldoende kan zijn om oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan. Zo niet, of bestaande zelfregulering kan worden aangevuld met andere zelfregulering. Het antwoord op de eerste vraag is negatief, maar op de tweede vraag positief. Bestaande zelfregulering in de vorm van alternatieve geschiloplossing wordt op dit moment onvoldoende effectief ingezet om oneerlijke handelspraktijken het hoofd te kunnen bieden. Daar staat tegenover dat alternatieve geschilbeslechtende instrumenten onder andere voorwaarden wel effectief kunnen zijn om afspraken om oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan, te handhaven. Daarnaast kan zelfregulering een rol spelen in het invullen van de open normen uit bestaande regelgeving. Leveranciers en afnemers kunnen in onderling overleg overeenkomen wat zij als goede en slechte handelspraktijken zien en dit bijvoorbeeld in een gedragscode vastleggen.⁷¹

Een voordeel van zelfregulering is dat het sneller tot stand kan komen en aangepast kan worden dan wetgeving. Het opstellen en aanpassen van wetgeving is doorgaans een lang bureaucratisch proces. Partijen zullen daarnaast ook eerder geneigd zijn om mee te werken aan zelfregulering die zij zelf opstellen en ook kan de spontane naleving hoger zijn.⁷²

Het probleem van de afhankelijke positie van leveranciers is hiermee nog niet opgelost. Afhankelijk van de vorm van zelfregulering moeten leveranciers alsnog de afnemer aanspreken op zijn gedrag. Zelfregulering die bijvoorbeeld een neutrale instantie omvat die klachten vertrouwelijk behandelt of vertrouwelijk advies geeft over de handelspraktijken, biedt meer hulp bij oneerlijke handelspraktijken.

⁷¹ Enige terughoudendheid is vereist indien er gesproken wordt over concurrentieparameters. Zo kan het zijn dat afspraken over bijv. de betalingstermijn in strijd zijn met artikel 6 Mw.

⁷² Baarsma, Felsö, van Geffen, Mulder, & Oostdijk (2003) en Baarsma, Koopmans, Mulder, de Nooij & Zijdeveld (2004).

Een aangrenzend probleem is de handhaving. Zelfregulering is alleen effectief als partijen zich er ook aan houden. Hiervoor is handhaving noodzakelijk. De volgende paragraaf bespreekt onder meer een vorm van zelfregulering in combinatie met een rol van de overheid. De handhaving hoeft niet per definitie vanuit de overheid te komen, maar kan ook via alternatieve geschilbeslechting (mediation, arbitrage of bindend advies) en instrumenten als *naming & shaming* tot stand komen. Er hoeft niet gekozen te worden voor één zelfreguleringsinstrument. Een combinatie is zeker denkbaar, bijvoorbeeld een gedragscode gekoppeld aan een instantie waar klachten over inbreuk van die code anoniem behandeld worden, met als sluitstuk alternatieve geschiloplossing om het dure en lange traject van een juridische procedure te voorkomen. Op deze manier bieden de principes uit de code invulling van de open normen, de anonieme klachtenbehandeling biedt garantie voor anonimiteit en de alternatieve geschiloplossing ziet toe op het oplossen van de conflicten tussen afnemers en leveranciers. Als dit onvoldoende werkt kan *naming & shaming* nog worden toegepast om overtreders van de gedragscode bekend te maken en zo te prikkelen zich wél aan de code te houden.

Kortom, aanvulling van bestaande (zelf)regulering met zelfregulering biedt mogelijkheden om oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan, maar de effectiviteit hiervan is afhankelijk van de vorm van zelfregulering en de handhaving hierop. Dit hoofdstuk gaat daarom in op wat zelfregulering precies is (paragraaf 4.1), de reeds bestaande vormen van zelfregulering (paragraaf 4.2) en of aanvulling met extra zelfregulering helpt om oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan (paragraaf 4.3).

4.1 Wat is zelfregulering?

*“Zelfregulering houdt in dat maatschappelijke partijen in bepaalde mate zelf verantwoordelijk zijn voor het opstellen en/of uitvoeren en/of handhaven van de regels.”*⁷³ Vrije zelfregulering betekent dat private partijen gezamenlijk regels opstellen, hierop toezien en handhaven. Overheidsregulering (wetgeving) daarentegen houdt in dat deze taken bij de overheid liggen. Tussen deze twee extremen ligt een spectrum aan combinatievormen (zie Figuur 4.1). De mate van overheidsbetrokkenheid neemt toe in de richting van de pijl in de figuur. Marktpartijen kunnen overgaan tot zelfregulering als zij overheidsregulering verwachten. Door zelfregulering op te stellen, kunnen zij mogelijk voorkomen dat de overheid strengere regels invoert. Als er geen sprake is van zulke dreiging en als er geen publieke belangen in het geding zijn, kunnen private partijen er alsnog voor kiezen om zelfregulering in te voeren.⁷⁴ In dit geval spreken we van vrije zelfregulering.

In het geval van oneerlijke handelspraktijken is vrije zelfregulering doorgaans een optie, omdat er geen publieke belangen in het geding zijn. Een publiek belang bestaat op het moment dat de markt faalt en de overheid nodig is om bij te sturen (waarbij de kosten van dat ingrijpen niet hoger zijn dan de baten van de correctie van het marktfalen). Zo lang er op supermarktniveau voldoende concurrentie bestaat, zal er niet snel sprake zijn van een publiek belang. Mogelijk dat oneerlijke handelspraktijken op lange termijn ten koste zouden kunnen gaan van de kwaliteit, diversiteit en continuïteit van het aanbod van leveranciers. Op basis van de op dit moment be-

⁷³ Baarsma et al. (2003).

⁷⁴ De overheid moet echter metatoezicht uitoefenen wanneer publieke belangen in het geding zijn. Met de term metatoezicht wordt bedoeld de algemene alertheid, het ontvangen van signalen uit de samenleving en het reageren op deze signalen.

schikbare kennis is er echter geen reden om aan te nemen dat dit een reëel gevaar is. Dat komt doordat een leverancier die verdwijnt (al dan niet als gevolg van oneerlijke handelspraktijken) wordt opgevolgd door een andere leverancier (in Nederland of het buitenland).

De overheidsbetrokkenheid in zelfregulering kan tot uiting komen als een doelstelling vanuit de overheid. Wanneer de overheid het doel van de regulering formuleert maar het aan marktpartijen overlaat hoe dit in te vullen, is er sprake van ‘geconditioneerde zelfregulering’ (of eigenlijk: wettelijk geconditioneerde zelfregulering).

Tot slot de zuivere overheidsregulering. Hierbij stelt overheid het doel en tevens ook de middelen vast om tot het gestelde doel te komen en zorgt daarbij voor toezicht en handhaving.⁷⁵

Figuur 4.1 De mate van overheidsbetrokkenheid neemt toe in de richting van de pijlen



Bron: Baarsma et al. (2003)

Zelfregulering kan een aanvulling zijn op de bestaande wetgeving van de overheid. Een goed voorbeeld hiervan is het hanteren van andere geschiloplossingsroutes dan de geschilbeslechting via de rechter. Doordat marktpartijen afspreken om te proberen om conflicten eerst via bijvoorbeeld mediation op te lossen, hoeven ze minder snel en vaak naar de rechter. Hierbij is zelfregulering geen vervanging van de mogelijkheden van overheidsregulering, maar een aanvulling op de regelgeving en juridische routes.⁷⁶

In een eerder SEO-onderzoek komen ook de nadelen van zelfregulering aan bod.⁷⁷ De mogelijk beperkte afdwingbaarheid van regels is een belangrijke reden waarom zelfregulering niet toereikend kan zijn. Het is daarom van belang dat er effectieve handhavingsmechanismen beschikbaar zijn om de naleving van de zelfregulering te stimuleren (zie paragraaf 4.4).

4.2 Bestaande zelfregulering

De toenmalige Minister van Economische Zaken, Van der Hoeven, gaf in 2010 aan dat zelfregulering mogelijk de oplossing is voor de problematiek rond inkoopmacht. Zij zag hierbij zowel een gedragscode als laagdrempelige geschilbeslechting als mogelijkheid.⁷⁸ Er bestaat wel al een aantal zelfreguleringsinstrumenten. Naast de keurmerken en convenanten die zich meer richten op duurzaamheid, diervriendelijkheid en milieuvriendelijkheid van verpakking van voedingsmidde-

⁷⁵ Baarsma et al. (2003).

⁷⁶ Baarsma et al. (2003).

⁷⁷ Baarsma et al. (2004).

⁷⁸ Tisco (2012).

len⁷⁹ is er een meldpunt en zijn er alternatieve geschiloplossingsinstrumenten die zich richten op het oplossen van conflicten over oneerlijke handelspraktijken.⁸⁰

Leveranciers kunnen gevallen van sterke marktmacht van de afnemer melden bij het MKB servicepunt. Deze stelt met het meldpunt Inkoopmacht inzicht te willen krijgen in de ontwikkelingen zoals de recente kortingsverhoging door Albert Heijn.⁸¹ De binnengekomen klachten worden verzameld en via MKB Nederland als beleidspunt opgenomen. MKB Nederland kan vervolgens contact opnemen met de brancheorganisaties van de bedrijven waar de klacht over gaat. In dit geval zou dat het Centraal Bureau voor Levensmiddelen (CBL) zijn. Er zijn echter geen klachten binnengekomen op dit meldpunt. Kennelijk denken leveranciers dat een klacht indienen niet helpt in het tegengaan van oneerlijke handelspraktijken. Daarom is aanvulling met (zelf)regulering nodig.

In plaats van het voorleggen van een mogelijke overtreding van de wet aan de rechter kunnen partijen ook in overleg tot een oplossing komen. Dit valt onder zelfregulering omdat partijen afspreken om een neutrale derde aan te wijzen als scheidsrechter in hun conflict. Hierbij zijn drie vormen mogelijk; bindend advies, arbitrage en mediation.

Bij bindend advies en arbitrage krijgen beide partijen de mogelijkheid om hun standpunt (schriftelijk) kenbaar te maken. Daarna volgt een zitting. Hierna gaat de bindend adviseur of arbiter zich beraden en volgt een uitspraak. De neutrale derde (bindend adviseur of arbiter) neemt het besluit over het conflict, dus ook als de partijen er in overleg niet uitkomen.

Het verschil tussen bindend advies en arbitrage is dat het bindende advies later nog inhoudelijk door de rechter getoetst kan worden. Ook is er sprake van contractbreuk als één van de partijen zich niet aan het advies houdt. Daarnaast kan een besluit van de arbitrage de kracht krijgen van een vonnis van een rechter.⁸²

Een bestaand voorbeeld van bindend advies waarin ondernemingen een klacht kunnen indienen die behandeld wordt door een onafhankelijke commissie is de geschillencommissie (zie Box 4.1). Deze commissie neemt alleen een klacht in behandeling als de onderneming waar de klacht over gaat, is aangesloten bij de geschillencommissie. Dit is momenteel niet het geval voor supermarkten.

⁷⁹ Bijvoorbeeld het Biologisch Convenant, via www.biologischconvenant.nl/images/downloads/3e_convenant_mbl_getekend.pdf en het klimaatplan van CBL, via www.cbl.nl/activiteiten/duurzaamheid/klimaatplan

⁸⁰ Daarnaast is er op Europees niveau een gedragscode opgesteld. Deze is besproken in paragraaf 4.3.

⁸¹ MKB Service (2012).

⁸² Baarsma et al. (2003)

Box 4.1 De Geschillencommissies voor Beroep en Bedrijf (SGB)

Voordat een onderneming een klacht kan indienen bij de geschillencommissie moet hij eerst een klacht sturen naar de onderneming waar het conflict mee is. Mocht de onderneming niet reageren op de klacht of als de partijen er onderling niet uitkomen, komt de geschillencommissie in beeld. Deze neemt de klacht in behandeling en vraagt de onderneming waar de klacht over gaat om diens visie op de situatie (verweer vragen). Vervolgens wordt er een zitting door een onpartijdige commissie gehouden en volgt de schriftelijke uitspraak. De uitspraak is bindend voor beide partijen.

Bron: Zie voetnoot ⁸³

Een derde alternatieve geschiloplossing die reeds beschikbaar is, is mediation. Dit werd ook door de staatssecretaris van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie als optie genoemd voor leveranciers om op basis van een gedragscode een conflict in overleg op te lossen.⁸⁴

Bij mediation wordt door de partijen, onder begeleiding van een neutrale derde, een gezamenlijke oplossing voor het conflict geformuleerd. Deze wordt neergelegd in een vaststellingsovereenkomst. Aangezien bereidheid van beide partijen nodig is voor het starten van een mediationtraject is het aannemelijk dat de partijen zich ook zullen houden aan de vaststellingsovereenkomst.⁸⁵ Bij niet nakoming kan de rechter worden ingeschakeld (of kan opnieuw een mediator worden ingesteld).⁸⁶ Als de leverancier en afnemer het niet eens worden over een oplossing van het conflict wordt de mediation stopgezet en blijft het conflict onopgelost.

Gegeven het karakter van oneerlijke handelspraktijken lijkt mediation een zeer geschikt instrument om geschillen te beslechten. Het woord oneerlijk is niet met objectieve criteria in te vullen maar zal van de zaak en de perceptie van de betrokken partijen af hangen. Juist in een dergelijke geval waarin perceptie van groot belang is kan mediation nuttig zijn om de verschillen van inzicht boven tafel te krijgen en tot creatieve oplossingen te komen. De mediator neemt daarbij geen standpunt in, maar helpt partijen om gezamenlijk tot een oplossing te komen. Hierdoor blijven de partijen de baas over de oplossing van het conflict.⁸⁷ Bij mediation kan een brancheorganisatie optreden als vertegenwoordiger van een groep leden. Hierdoor is het ook een mogelijkheid bij een collectieve actie.⁸⁸

Een voorbeeld van zelfregulering in een andere sector is de voorgenomen oprichting van de Commissie van Aanbestedingsexperts. Deze onafhankelijke commissie gaat klachten van ondernemers of aanbestedende diensten op een snelle, zorgvuldige en laagdrempelige wijze behandelen met als doel om bij te dragen aan een verbetering van de dialoog tussen partijen en het voorkomen dat de stap naar de rechter wordt genomen. Daarnaast is het doel van de Commissie om de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk verder te verbeteren en een leereffect teweeg te brengen bij ondernemingen en aanbestedende diensten. De commissie kan bemiddelen of niet-

⁸³ Geschillencommissie (2011) & Baarsma et al. (2003)

⁸⁴ Tweede Kamer (2011).

⁸⁵ Tweede Kamer (2011).

⁸⁶ Baarsma et al. (2003).

⁸⁷ Baarsma et al. (2003).

⁸⁸ Tweede Kamer (2011).

bindend advies geven. Het krijgt de bevoegdheid om zelf te bepalen of een klacht in behandeling wordt genomen. De commissie zal op 1 april 2013 van start gaan.⁸⁹

Een tweede praktijkvoorbeeld van zelfregulering in een andere sector is de Reclame Code Commissie. Dit is een private instelling die bij een klacht over vermeende overtreding van de code nagaat of hier daadwerkelijk sprake van is. Bij vaststelling van een overtreding van de code volgt de afdeling *Compliance* of de adverteerder gevolg geeft aan de uitspraak van de commissie. Tegen de uitspraak kan bezwaar en beroep worden aangetekend. Overtredingen van de code worden op de website van de commissie gepubliceerd met de naam van de betreffende adverteerder. Volgens rapportages van de commissie is de naleving van de code al jaren hoog, 98 procent in 2011, 97 procent in 2010 en 98 procent in 2009.⁹⁰

Is aanvulling met zelfregulering nodig?

De keurmerken en convenanten die in de voedingsmiddelenketen aanwezig zijn, zijn niet bedoeld om oneerlijke handelspraktijken tegen te houden en hebben in de praktijk ook niet dat effect. Ook bestaande alternatieve geschilbeslechtinginstrumenten bieden nog onvoldoende soelaas om buiten de rechtbank om conflicten over oneerlijke handelspraktijken op te lossen aangezien zij zich op andere sectoren richten of niet specifiek toezien op oneerlijke handelspraktijken. Mediation zou wel al kunnen worden toegepast maar kampt met een aantal generieke problemen waardoor het in de praktijk weinig wordt gebruikt. Deze problemen zijn onafhankelijk van het type conflict dat moet worden opgelost en de sector waar het conflict zich afspeelt. In 2004-2008 was slechts in 2,7 procent van de gevallen waarin overeenstemming tot stand kwam, mediation toegepast. Deze toepassingen hadden voornamelijk betrekking op personen- en familierecht en slechts marginaal op conflicten tussen ondernemingen.⁹¹ De lage toepassing in de praktijk heeft meerdere generieke oorzaken zoals onbekendheid en intransparantie over de kwaliteit van mediationdiensten, maar de belangrijkste drempels zijn het *submission* probleem en het ontbreken van een distributief rechtvaardige oplossing (zie Box 4.2).⁹²

Box 4.2 Twee van de zes generieke drempels tot mediation

De vraag naar mediation komt niet echt van de grond. Dat heeft te maken met de onbekendheid van het instrument, de intransparantie van de kwaliteit van de dienstverlening, onduidelijkheid over de te maken kosten, de ongeprijsde maatschappelijke voordelen, het *submission* probleem en het ontbreken van rechtsvaardigheidsnormen om verdelingsproblemen tussen partijen op te lossen. Met name deze laatste twee problemen vormen een drempel voor de gang naar de mediator in het geval van oneerlijke handelspraktijken.

Het *submission* probleem⁹³ betekent dat zowel de afnemer als de leverancier bereid moeten zijn om tot mediation over te gaan. Als één van de twee niet wil, kan deze route makkelijk gedwarsboemd worden door één van de partijen. In de casuïstiek van oneerlijke handelspraktijken wil de leverancier dat er iets verandert aan het contract of juist dat een eenzijdige wijziging door de afnemer wordt teruggedraaid. De afnemer heeft daarom strategische redenen om niet in te

⁸⁹ Corvers (2012) & www.rijksoverheid.nl.

⁹⁰ Reclame Code Commissie.

⁹¹ Combrink-Kuiters, van Gammeren-Zoetewij en Peters (2011).

⁹² Zie voor een beschrijving van de andere problemen Baarsma en Barendrecht (2012).

⁹³ Landes en Posner (1979).

stemmen met mediation. Hij heeft er namelijk baat bij dat er niks verandert aan de huidige situatie.⁹⁴

Het tweede probleem van mediation is dat er geen rechtvaardigheidsnorm is die het verdelingsprobleem kan oplossen. Een eerlijke uitkomst is niet altijd mogelijk in situaties waarin de ene partij meer onderhandelingsmacht heeft dan de andere partij. De mediator heeft namelijk geen machtsmiddel om een eerlijke oplossing af te dwingen. Ook moet de norm over wat een rechtvaardige schadevergoeding is van elders komen bijvoorbeeld uit de jurisprudentie.⁹⁵

Bindend advies via de geschillencommissie voor zakelijke conflicten is niet mogelijk in de casuïstiek van leveranciers en supermarkten. De supermarkten zijn namelijk niet aangesloten bij de Stichting Geschillencommissie waardoor het momenteel geen klachten over deze ondernemingen in behandeling neemt. Dit probleem wordt opgelost als supermarkten zich aansluiten bij de Geschillencommissie waardoor het een effectief instrument wordt om conflicten over oneerlijke handelspraktijken op te lossen.

De Commissie van Aanbestedingsexperts en de Reclame Code Commissie zijn niet bruikbaar in het voorkomen en het sneller en effectiever oplossen van oneerlijke handelspraktijken aangezien deze instrumenten andere sectoren betreffen. Kortom, de huidige zelfregulering in de vorm van alternatieve geschiloplossing is niet voldoende om oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan.

4.3 Aanvulling zelfregulering

Aanvulling van bestaande zelfregulering kan een oplossing bieden voor het voorkomen en het sneller en effectiever oplossen van oneerlijke handelspraktijken. Er zijn verschillende vormen van zelfregulering maar niet alle vormen zijn toepasbaar binnen de casuïstiek van oneerlijke handelspraktijken. Zo zijn techniekgerichte instrumenten en informerende instrumenten minder nuttig in het tegengaan van oneerlijke handelspraktijken. Andere instrumenten zijn contractuele instrumenten. Deze leiden tot een verlaging van de transactiekosten in de contractuele fase wanneer aanbieder en koper over de voorwaarden van een afspraak moeten overleggen. Voorbeelden hiervan zijn standaardregelingen en overleg over algemene voorwaarden. Deze instrumenten lossen mogelijk het verschil in onderhandelingsmacht niet op. De laatste twee vormen van zelfregulering bieden wel mogelijkheden om oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan of snel en effectief op te lossen. Dit zijn geschilbeslechtende instrumenten zoals arbitrage, bindend advies en mediation en gedragsgerichte instrumenten zoals een gedragscode. Alternatieven voor een gedragscode zijn protocollen, een herenakkoord of een convenant.^{96&97}

Mediation kan effectief zijn in het oplossen van conflicten over oneerlijke handelspraktijken als het niet als *standalone* oplossing wordt toegepast, maar meer dan nu het geval is onderdeel wordt van de keten van geschilbeslechting. Daarnaast kan de onduidelijkheid die voortkomt uit de open

⁹⁴ Baarsma en Barendrecht (2012).

⁹⁵ Baarsma en Barendrecht (2012).

⁹⁶ Een protocol schrijft voor hoe men moet handelen in bepaalde situaties. Vaak wordt door middel van een protocol een gedragscode uitgewerkt. Dit gebeurt doorgaans op een zeer concrete wijze en daardoor is een protocol vaak meer voorschrijvend dan een gedragscode; Een herenakkoord is een overeenkomst in goed vertrouwen, ook wel *gentlemen's agreement* genoemd; Een convenant is een schriftelijke, ondertekende afspraak tussen twee of meer partijen. Een convenant is gericht op het realiseren van beleidsdoelen van de overheid met medewerking van bedrijven.

⁹⁷ Baarsma (2010).

normen van het Burgerlijk Wetboek (zie paragraaf 3.2.1), worden ingevuld door een gedragscode. Op deze manier spreken partijen onderling af wat zij wel en niet als oneerlijke handelspraktijken aanmerken. De gedragscode moet dan wel gecombineerd worden met effectieve handhavingsconstructies om ervoor te zorgen dat partijen zich aan de code houden (zie paragraaf 4.4).

Zo zijn er diensten die conflicten kunnen oplossen waarbij de medewerking van één partij onvrijwillig is. Een voorbeeld hiervan is de Reclame Code Commissie. Deze treedt ook op als er geen medewerking wordt verkregen (zie paragraaf 4.2).⁹⁸ De naleving van de code kan worden gemonitord en getoetst door een neutrale instantie die klachten behandelt en hier bindend of niet-bindend advies over geeft. Dit kan in de vorm van een kenniscentrum.

Deze paragraaf bespreekt de verschillende mogelijkheden waarmee bestaande zelfregulering kan worden aangevuld.

Mediation

Mediation kan effectief zijn in het oplossen van conflicten als het niet als *standalone* oplossing wordt toegepast, maar meer dan nu het geval is onderdeel wordt van de keten van geschilbeslechting. Om het *submission* probleem weg te nemen (beide partijen moeten overtuigd zijn dat mediation het beste is om het betreffende geschil op te lossen en beide partijen moeten akkoord gaan met de start van het mediationtraject), moeten er prikkels zijn om de afnemer tot medewerking te stimuleren. Dit kan in de vorm van sancties, maar ook door mediation dicht bij de rechter te plaatsen (zie paragraaf 4.4).

Door mediation te integreren in rechtshulp of bij anderen die er vanuit een neutrale rol belang bij hebben dat het geschil effectief wordt opgelost, wordt de mediator geloofwaardiger. Indien de partijen er dan onderling onder leiding van de mediator niet uitkomen, zal de rechter beslissen over het conflict. Een partij met veel onderhandelingsmacht kan daarom ook minder makkelijk vasthouden aan een distributieve uitkomst in zijn voordeel wanneer deze verdeling niet overeenkomt met normen uit de rechtspraak of jurisprudentie. Met mediation dicht bij de rechter is de kans dat er tot een juridische procedure wordt overgegaan groter. Hierdoor is het aantrekkelijker om er tijdens mediation onderling uit te komen. Kortom, door mediation te integreren in geschilbeslechting zijn partijen eerder geneigd mee te werken aan mediation en kan de partij met de meeste onderhandelingsmacht deze minder goed inzetten. De dreiging van een korte stap naar de rechter maakt het voor de leverancier daarom makkelijker om tot een eerlijke oplossing met de afnemer te komen.⁹⁹ Tot slot, door de stap naar de rechter te verkleinen en door normen uit wetgeving en jurisprudentie te hanteren in het mediationproces, komt mediation dicht bij de rechter en dicht bij het recht. In deze omstandigheden kan mediation effectief zijn in het oplossen van conflicten en heeft het de voorkeur ten opzichte van arbitrage of bindend advies. Name-lijk, bij mediation komen partijen gezamenlijk tot een oplossing waarbij deze oplossing waarschijnlijk wenselijker is dan de uitspraak van een arbiter of bindend adviseur.

Indien mediation wordt aangepast zoals in deze alinea beschreven, kan het een effectieve geschiloplossing zijn. Hierbij kan het ook worden toegepast op conflicten over oneerlijke handelspraktijken.

⁹⁸ Baarsma en Barendrecht (2012).

⁹⁹ Baarsma en Barendrecht (2012).

Een voordeel van mediation ten opzichte van een procedure voor de rechter is dat het minder zakelijk is. Er is overleg mogelijk tussen beide partijen en hierdoor wordt mogelijk begrip voor andermans situatie gecreëerd. Met het oog op een duurzame oplossing biedt mediation daarom mogelijk meer soelaas dan een juridische procedure.

Gedragcode

In Nederland is momenteel geen gedragscode betreffende oneerlijke handelspraktijken in de business-to-business relatie. Op Europees niveau zijn er in 2011 principes en voorbeelden opgesteld van eerlijke en oneerlijke handelspraktijken in de verticale keten van voedingsmiddelen.¹⁰⁰ Dit is gedaan door het *High Level Forum for a Better Functioning Food Supply Chain*, ingesteld door de Europese Commissie. Dit forum bestaat uit vertegenwoordigers van Europese lidstaten, Europese bedrijven in de voedselproductie, voedselverwerking, voedseldistributie en maatschappelijke organisaties.¹⁰¹

De principes zijn voorgesteld door een groep van organisaties die verschillende partijen vertegenwoordigen zoals onder meer de boeren, vleesverwerkende industrie maar ook de ERRT, de branchevereniging voor Europa's grootste retailers. Nederlandse leden van deze organisatie zijn C&A, H&M en Ahold.¹⁰²

De principes zijn een vorm van zelfregulering, waarbij ook een rol is weggelegd voor de overheid. De Europese Commissie heeft hierbij in elke geval een coördinerende rol.¹⁰³ Over de principes is overeenstemming bereikt door marktpartijen. Maar er is nog geen consensus bereikt over hoe deze principes het beste geïmplementeerd kunnen worden.¹⁰⁴ De partijen verschillen van mening over de wijze van monitoring, handhaving en sanctionering. Punten van discussie zijn de vormgeving, borging van anonimiteit en de sancties.¹⁰⁵

Box 4.3 Principles of good practice

- Written agreements: Agreements should be in writing, unless impracticable or where oral agreements are mutually acceptable and convenient. They should be clear and transparent, and cover as many relevant and foreseeable elements as possible, including rights and procedures of termination.
- Predictability: Unilateral change to contract terms shall not take place unless this possibility and its circumstances and conditions have been agreed in advance. The agreements should outline the process for each party to discuss with the other any changes necessary for the implementation of the agreement or due to unforeseeable circumstances, as provided in the agreement.
- Compliance: Agreements must be complied with.
- Responsibility for risk: All contracting parties in the supply chain should bear their own appropriate entrepreneurial risks.

¹⁰⁰ Europese Commissie (2011).

¹⁰¹ Brief Minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer, d.d. 23 november 2012.

¹⁰² European Retail Round Table (ERRT).

¹⁰³ Daarnaast faciliteert het de vergaderingen en heeft het een inhoudelijke rol.

¹⁰⁴ "The Forum looks forward to a consensus yet to be reached on the best way to implement the principles of good practice put forward last year to improve business-to-business relationships." European Commissie (2012).

¹⁰⁵ Brief Minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer, d.d. 23 november 2012.

- Justifiable request: A contracting party shall not apply threats in order to obtain an unjustified advantage or to transfer an unjustified cost.

Bron: Europese Commissie (2011).

De principes uit de code die specifiek gericht zijn op het tegengaan van oneerlijke handelspraktijken zijn opgenomen in Box 4.3. Vastgelegd is dat partijen in principe een schriftelijke overeenkomst moeten opstellen. Eenzijdig wijzigen is niet toegestaan, tenzij is afgesproken wanneer en onder welke voorwaarden dit wel mag. Dit lijkt op het algemene verbod van contractbreuk/tekortkoming via artikel 6:74 BW (zie paragraaf 3.1.1). Het nalevingsprincipe lijkt op hetzelfde wetsartikel. Wat nieuw is ten opzichte van het Nederlands burgerlijk recht is dat de partijen hun eigen ondernemersrisico moeten dragen. Uit het onderzoek van Tisco volgt dat partijen geconfronteerd worden met het *“doorschuiven andersoortige financiële risico’s”*. Mogelijk worden dit soort handelsactiviteiten tegengegaan door dit Europese principe. Het laatste principe uit Box 4.3 doet denken aan artikel 3:44 BW. Dit Nederlandse artikel helpt als de overeenkomst onder bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden tot stand is gekomen. Waar het Nederlandse wetsartikel gaat over reeds bestaande overeenkomsten, lijkt het principe toe te zien op de fase voorafgaand aan het tekenen van de overeenkomst. Dit biedt een oplossing voor het verschil in onderhandelingsmacht. Mogelijk geeft het wel moeilijkheden om aan te tonen dat er sprake is van bedreiging.

De principes gaan daarmee in beginsel de volgende oneerlijke handelspraktijken tegen: eenzijdig wijzigen (contractbreuk/tekortkoming), het doorschuiven van risico’s en het dreigen tot het accepteren van onrechtvaardige voorwaarden of kosten. Het betreft dus het merendeel van de voorbeelden van oneerlijke handelspraktijken uit Box 2.1. Uit het Tisco-rapport volgt echter ook dat het stellen van onredelijke eisen door leveranciers als oneerlijke handelspraktijken gezien wordt. De Europese principes zien niet direct toe op dit soort praktijken, tenzij er sprake is van onrechtvaardige voordelen voor de afnemer die hiermee behaald worden.¹⁰⁶ Hoewel de principes specifiek voor de voedingsketen zijn opgesteld, zijn ze ook toepasbaar op andere sectoren.

Essentieel bij een gedragscode is dat deze ook wordt nageleefd. Zoals blijkt uit een brief van de Minister van Economische Zaken hebben leveranciers zorgen over de vrijblijvendheid van de code.¹⁰⁷ Ook zouden leveranciers niet durven te klagen. Daar staat tegenover dat een gedragscode laagdrempelig is en de code makkelijk kan worden aangepast per sector. Partijen uitten de voorkeur om bij de invoering van een gedragscode aan te sluiten bij die van de Europese Commissie.¹⁰⁸

Kenniscentrum

Leveranciers zijn niet snel geneigd om een klacht in te dienen bij de afnemer, laat staan de stap naar de rechter te zetten. Daarom zou bestaande regelgeving en zelfregulering profiteren van een aanvulling met een neutrale instantie die klachten anoniem bekijkt en behandelt. Voor een instantie die klachten vertrouwelijk bekijkt, kan het Adviespunt klokkenluiders als voorbeeld worden

¹⁰⁶ Onrechtvaardige voordelen voor de afnemer zijn voordelen waar geen gelijkwaardige prestatie tegenover staat. Bijvoorbeeld als de leverancier alle risico’s loopt.

¹⁰⁷ Brief Minister van Economische Zaken aan Eerste Kamer, d.d. 23 november 2012

¹⁰⁸ Brief Minister van Economische Zaken, d.d. 7 oktober 2010,

genomen. Dit adviespunt – het behandelt geen klachten - is een private instelling die van overheidswege is ingesteld. Het meldpunt ziet niet toe op oneerlijke handelspraktijken.¹⁰⁹

Bij het kenniscentrum zouden leveranciers dan advies kunnen inwinnen of de handelspraktijken daadwerkelijk oneerlijk of in strijd met de wet zijn. Hierdoor biedt het meer zekerheid voor leveranciers die een klacht of juridische procedure overwegen.

Om oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan of tot een snelle oplossing van de conflicten te komen, is een combinatie van het Adviespunt klokkenluiders en de Commissie van Aanbestedingsexperts in de vorm van een kenniscentrum denkbaar. Zo zou een kenniscentrum opgericht kunnen worden waar leveranciers advies kunnen krijgen over de vermeende oneerlijke handelspraktijken waar zij mee te maken krijgen. Dit advies kan aangeven of sprake is van mogelijk inbreuk op de gedragscode (of wetgeving) en kan aangeven waar partijen hun conflict kunnen oplossen (met mediation, bij de rechter of bij de NMa). Daarnaast kan het kenniscentrum de klacht vertrouwelijk in behandeling nemen en een bindende of niet-bindende uitspraak doen.¹¹⁰ Dit kenniscentrum kan door de overheid maar ook door (een) ondernemers(organisatie) worden opgericht en gefinancierd.

De volgende paragraaf bespreekt de handhaving van zelfregulering.

4.4 Handhaving zelfregulering

Een gedragscode met principes over wat wel en niet oneerlijke handelspraktijken zijn, is een goed startpunt voor zelfregulering. Hierdoor ontstaat immers meer duidelijkheid over wat wel en niet is toegestaan. Ook kan worden besloten dat handelspraktijken die niet in strijd zijn met regelgeving toch als oneerlijk worden aangemerkt. De open normen worden zo door partijen gezamenlijk ingevuld.

Nadat partijen het eens zijn over wat wel en niet als oneerlijke handelspraktijken wordt gezien, is het van belang hoe partijen kunnen worden gehouden aan de zelfregulering en hoe om wordt gegaan met conflicten. Eén van de voordelen van zelfregulering is dat als partijen onderling afspreken zich aan bepaalde gedragsregels te gaan houden, het aannemelijker is dat dit ook gebeurt. Toch bestaat de kans dat partijen zich niet houden aan een gedragscode. Het is daarom van belang dat er monitoring is op het gedrag van partijen en een meldpunt voor klachten. Zo'n meldpunt kan de vorm aannemen van een kenniscentrum waar leveranciers ook advies kunnen inwinnen alvorens te besluiten iets te doen met hun klacht. Omdat de gedragscode door partijen gezamenlijk is opgesteld, zal het minder bedreigend zijn hierover te klagen als een leverancier vindt dat een afnemer zich niet aan de code houdt. Leveranciers zullen met andere woorden minder bevreesd zijn hun anonimiteit op te geven dan in het geval zonder de gezamenlijke afspraken. Uiteraard zal de vrees nooit verdwijnen en daarom is het van belang dat het eerste contact met het kenniscentrum voor informatie over de haalbaarheid van de zaak, vertrouwelijk kan gebeuren. Als eenmaal sprake is van een behandeling van een zaak, kan van anonimiteit uiteraard geen sprake meer zijn. Daarnaast kan het zinvol zijn om het kenniscentrum de bevoegdheid te geven op eigen initiatief, bijvoorbeeld op basis van signalen uit de media, een onderzoek in te stellen.¹¹¹

¹⁰⁹ Adviespunt klokkenluiders (2012).

¹¹⁰ Bij het doen van een uitspraak wordt in dit rapport afgeweken van het voorbeeld van de Commissie van Aanbestedingsexperts aangezien zij niet-bindend advies geeft.

¹¹¹ Hierbij kan worden aangesloten bij het voorbeeld van de Engelse code, zie paragraaf 5.2.1.

Naast de invulling van de open normen, het instellen van een meld- en behandelpunt van klachten, is het tot slot van belang dat de uitspraak door het kenniscentrum serieus wordt genomen door partijen. Dit kan door het als bindend advies of arbitrage in te stellen. Een commissie van wijzen, als onderdeel van het kenniscentrum kan zelf als bindend adviseur of arbiter optreden, of een externe neutrale derde hiervoor inhuren.

Zie als voorbeeld de Reclame Code Commissie of de Stichting Geschillencommissies voor Beroep en Bedrijf.

Een alternatief geschiloplossingstraject dat geen bindende uitspraak doet is mediation. Deze geschiloplossing zou als geprefereerde optie in de gedragscode opgenomen kunnen worden. In dit geval doet het kenniscentrum geen uitspraak over het conflict maar moeten partijen onder begeleiding van een neutrale derde (mogelijk het kenniscentrum) tot een gezamenlijke oplossing komen. De partijen blijven dan eigenaar van het conflict en hebben meer invloed op de oplossing. Door mediation dicht bij de rechter wordt geplaatst, wordt zowel het *submission* probleem (dat beide partijen moeten instemmen met de start van het mediationtraject) als het gebrek aan een rechtvaardigheidsnorm opgelost (zie Box 4.2). Daarmee lijkt mediation dicht bij de rechter te prefereren boven arbitrage en bindend advies.

Om de afschrikwekkende werking van de gedragscode en het kenniscentrum te verhogen, kunnen sancties worden opgelegd aan partijen die de code niet naleven. Dit kan in de vorm van geldboetes maar mogelijk is reputatieschade door *naming & shaming* al voldoende. Door de dreiging van de schandpaal zijn afnemers mogelijk bereid om onderling tot een oplossing te komen. Een positieve benadering is *naming & faming* waarbij supermarkten die zich houden aan de principes uit de gedragscode juist als positief voorbeeld genoemd worden.

Alvorens een conclusie te trekken over hoe de handhaving van zelfregulering eruit moet zien, kan worden gekeken naar de ervaring uit het buitenland. Zo heeft Engeland een gedragscode ingevoerd met een ombudsman die veel bevoegdheden heeft (zie hoofdstuk 5).

4.5 Is zelfregulering voldoende?

De vraag die in dit hoofdstuk centraal stond, is of het aanvullen van bestaande (zelf)regulering voldoende is om oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan. De regelgeving uit het burgerlijk recht lijdt onder onduidelijkheid door de open normen en zelfregulering in de vorm van mediation kent geen rechtvaardigheidsnorm. Dit kan worden opgelost door een gedragscode. Door in principes vast te leggen wat wel en niet oneerlijke handelspraktijken zijn, ontstaat er meer duidelijkheid. Daarnaast is een positief effect dat deze code gezamenlijk door leveranciers en afnemers wordt opgesteld, waardoor beide partijen zich erin kunnen vinden. Dat maakt het minder problematisch om anonimiteit op te geven in het geval van een conflict: over de uitgangspunten is men het immers eens. Als de leverancier onzeker is over de uitkomst zal hij het toch riskant vinden om zijn anonimiteit op te geven. Het is daarom verstandig om een kenniscentrum in te richten waar partijen anoniem informatie over de haalbaarheid van hun zaak kunnen verkrijgen.

Om zo'n systeem effectief te laten werken, moeten er wel efficiënte handhavinginstrumenten zijn. Dat vergt een instituut waar klachten kunnen worden ingediend over inbreuken op de gedragscode en waar de klachten kunnen worden behandeld of waar kan worden doorverwezen

naar andere geschilbeslechtende oplossingen. Het eerdergenoemde kenniscentrum kan deze rol vervullen. Een bindende uitspraak door een commissie van wijzen is effectiever om naleving van de code af te dwingen dan een uitspraak waar partijen zich niet aan hoeven te houden, net als de bevoegdheid om sancties op te leggen. Een laatste mogelijkheid is een mediationtraject waarbij partijen er gezamenlijk uit moeten komen waardoor zij meer invloed hebben op de oplossing van het conflict.

Resumerend, aanvulling van bestaande regelgeving en zelfregulering is gewenst. De onduidelijkheid kan worden weggenomen door het gezamenlijk opstellen van een gedragscode. Een kenniscentrum kan informatie over de code verstrekken en bijhouden welke partijen de code onderschrijven. Ook kan het kenniscentrum vertrouwelijk advies geven aan leveranciers over de haalbaarheid van hun klacht en klachten behandelen. Zo kan het optreden als bindend adviseur of arbitrage, maar ook zaken doorverwijzen naar een mediationtraject. Daarnaast neemt de effectieve werking van het kenniscentrum toe als het zelf onderzoek naar oneerlijke handelspraktijken kan doen. De handhaving van de code wordt bevorderd door de genoemde klachtenbehandeling en door het publiceren van de uitspraken over conflicten. Naast het publiceren van uitspraken zou expliciete *naming & shaming* sanctionerend werken. Bijvoorbeeld door het publiceren van een lijst met ondernemingen die zich niet aan de code houden. Een positievere aanpak is via *naming & faming* waardoor juist de ondernemingen die de code naleven als voorbeeld worden gesteld.

Op dit moment is er geen zelfregulering gericht op het tegengaan van oneerlijke handelspraktijken. Zelfregulering kan echter wel gewenst zijn om rechtszekerheid te verbeteren en om de geschilbeslechtingsmogelijkheden te verbreden. Aangezien er geen publieke belang in het geding is bij het tegengaan van oneerlijke handelspraktijken, is een rol van de overheid bij zelfregulering niet vereist. Met andere woorden, geconditioneerde zelfregulering - wanneer de overheid het doel van de regulering formuleert maar het aan marktpartijen overlaat hoe dit in te vullen - is niet noodzakelijk bij het tegengaan van oneerlijke handelspraktijken. De overheid kan er uiteraard wel voor kiezen een rol te spelen door bijvoorbeeld een coördinerende rol te spelen en partijen met elkaar in contact te brengen. In principe zouden marktpartijen het initiatief tot zelfregulering moeten nemen en gezamenlijk onderzoeken of de in dit rapport genoemde instrumenten inderdaad als nuttig worden ervaren. Als dat het geval is, kunnen private partijen gezamenlijk tot een gedragscode, kenniscentrum, geschilbeslechting en handhaving te komen. Voor de vormgeving van zelfregulering in Nederland kan mogelijk geleerd worden van ervaring uit het buitenland. Het volgende hoofdstuk beschrijft daarom de (zelf)regulering in het buitenland

5 Internationale quickscan

Een aantal landen heeft een extra wetsartikel dat misbruik van economische afhankelijkheid verbiedt. Hierdoor hoeft er geen economische machtspositie te worden vastgesteld. Daarnaast hebben enkele landen een gedragscode. Engeland en Portugal onderkennen hierbij dat alleen een code onvoldoende is om oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan. Sterke handhavingsmechanismen zijn nodig om naleving te bereiken.

In hoofdstuk 3 is geconcludeerd dat onder meer de Mededingingswet in de Nederlandse praktijk onvoldoende soelaas biedt. Voor het aanpakken van oneerlijke handelspraktijken op grond van het mededingingsrecht kan Nederland van de ervaring van andere landen leren. Mogelijk hebben zij regelgeving of zelfregulering die een goede aanvulling is op de in Nederland bestaande regelgeving of zelfregulering. Sommige landen, waaronder Frankrijk, Duitsland en Portugal, hebben specifieke regelgeving tegen oneerlijke handelspraktijken. Dit staat beschreven in paragraaf 5.1. Naast het misbruik van machtspositieartikel dat ook in Nederland beschikbaar is, hebben deze landen een artikel dat misbruik van economische afhankelijkheid of inkoopmacht verbiedt.

In het vorige hoofdstuk is gekeken naar de mogelijkheden van zelfregulering. Daarbij kwam een gedragscode aan de orde die nu op initiatief van de Europese Commissie tot stand komt. In paragraaf 5.2 wordt beschreven hoe in sommige landen zoals Engeland en België al een gedragscode bestaat om oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan.¹¹²

5.1 Buitenlandse regelgeving

5.1.1 Frankrijk

Frankrijk kent twee maatregelen die Nederland niet kent om oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan. Aangezien ook Franse leveranciers hun commerciële relatie met de afnemer niet willen riskeren, kan de overheid ingrijpen bij aperte onevenwichtigheid tussen prestaties van partijen. Het Franse Ministerie van Economische Zaken kan uit hoofde van het publiek belang of namens een benadeelde partij een vordering indienen in een civiele procedure. De onevenwichtigheid kan door de rechter ongedaan worden gemaakt. Deze mogelijkheid heeft een afschrikkende werking maar vergt ook vergaande overheidsbemoediging. Uit een brief van de Nederlandse minister van Economische Zaken blijkt dat het lastig is om deze aperte onevenwichtigheid grond toe te passen. Daarnaast leidt het tot hoge bestuurslasten.¹¹³

De tweede Franse maatregel is een extra artikel in de Mededingingswet. Naast misbruik van een economische machtspositie bestaat er een verbod op misbruik van economische afhankelijkheid. Hiermee kan misbruik van inkoopmacht worden bestreden. Dit artikel, L420-2 (2) FCC, ziet specifiek op de relatie tussen leveranciers en afnemers. Het begrip misbruik is gelijk aan dat bij

¹¹² In België en Frankrijk (Article L.442-2 FCC) bestaat ook wetgeving die het verbiedt om producten onder de inkoopprijs te verkopen, iets waar soms ook om gevraagd wordt door marktpartijen om oneerlijke handelspraktijken te ontmoedigen.

¹¹³ Brief Minister van Economische Zaken, d.d. 17 december 2009.

een machtspositie.¹¹⁴ Maar er is geen dominante positie van de afnemer nodig om een beroep te kunnen doen op dit artikel. Wel moet worden vastgesteld dat de leverancier zich in een afhankelijkheidspositie ten opzichte van de afnemer bevindt. Hiervoor moet de retailer aan vier cumulatieve voorwaarden voldoen:

1. de naamsbekendheid van de retailer moet voldoende duurzaam zijn;
2. het marktaandeel van de retailer moet voldoende belangrijk zijn om de ondergeschiktheid van de leverancier aan te geven;
3. een belangrijk deel van de omzet van de leverancier moet aan de afnemer geleverd zijn (die niet het resultaat moet zijn van een bewuste commerciële keuze van de leverancier);
4. de afwezigheid van een gelijkwaardig alternatief in de vorm van een andere retailer voor de leverancier.

Tot slot moeten de oneerlijke handelspraktijken effect hebben op de mededinging in de markt.¹¹⁵

Box 5.1 Artikel 420-2 uit de Franse Code of Commerce verbiedt misbruik van economische afhankelijkheid

<p>Article L420-2 Code of Commerce (<i>Franse versie</i>)</p> <p>(1) Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.</p> <p>(2) Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, <u>l'exploitation abusive</u> par une entreprise ou un groupe d'entreprises de <u>l'état de dépendance économique</u> dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme.¹¹⁶</p> <p>Article L. 420-2 paragraph 2 of the Commercial Code (<i>Engelse versie</i>)</p> <p>“Inasmuch as it is liable to affect competitive functioning or structure, the wrongful exploitation by an undertaking or a group of undertakings of the state of economic dependence in which a client or supplier undertaking finds itself with regard to them is moreover prohibited. These abuses may, in particular, involve a refusal to supply, tying practices or the discriminatory practices referred to in section I of Article L. 442-6 or agreements that oblige distributors to stock entire product ranges”.</p>

Bron: Ministère de l'économie des finances et de l'industrie & Mediateur des relations inter-entreprises industrielles et le sous-traitance. Onderstreept door SEO.

Het artikel is oorspronkelijk opgesteld ter bescherming van leveranciers tegen misbruik door grote afnemers, maar is in de praktijk vooral ingeroepen om weigering tot levering door leveran-

¹¹⁴ Brief Minister van Economische Zaken (bijlage), d.d. 13 april 2006.

¹¹⁵ International Comparative Legal Guides (2009a).

¹¹⁶ Code of Commerce..

ciers te bestrijden. Daarnaast wordt slechts zelden tegelijk aan de vier voorwaarden voldaan.¹¹⁷ Het artikel is daarmee niet effectief in het tegengaan van oneerlijke handelspraktijken.

Artikel L 420-2 verwijst naar artikel L442-6 voor een lijst met gedragingen die een misbruik kunnen zijn op de economische afhankelijkheid. Eén van deze gedragingen is het onderwerpen (of poging daartoe) van een zakenpartner aan verplichtingen die tot een onbalans leiden tussen de rechten en verplichtingen van beide partijen. Ook het bedreigen van de zakenpartner om in te stemmen met misbruikelijke voorwaarden is een misbruik van economische afhankelijkheid. Een beroep op artikel L 420-2(2) is nog niet vaak succesvol geweest, onder meer vanwege het gebrek aan klachten door leveranciers. Hoewel het artikel toeziet op misbruik van de economisch afhankelijke positie, is deze positie ook de reden dat partijen geen klacht in durven te dienen. Hierdoor is dit wetsartikel in de praktijk niet effectief om oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan. Daarnaast is het moeilijk gebleken om afhankelijkheid aan te tonen en dat het misbruik effect heeft op de markt. Daarom is het artikel aangepast in 2008 door de vierde voorwaarde te laten vervallen. Deze aanpassing heeft echter niet tot het gewenste resultaat, namelijk meer zaken, geleid. De rechtbank past het artikel ook nog met vier voorwaarden toe.¹¹⁸

Box 5.2 Artikel 442-6-I uit de Franse Code of Commerce geeft een lijst van misbruikelijke handelspraktijken

Article L. 442-6-I of the Commercial Code stipulates:

The fact that any producer, trader, manufacturer or person recorded in the trade register:

- 2) Subjects or attempts to subject a business partner to obligations that create a significant imbalance in the rights and obligations of the parties, shall trigger the liability of the perpetrator thereof and shall obligate said perpetrator to compensate the harm caused thereby.
- 4) Obtains or attempts to obtain, under the threat of a sudden total or partial termination of business relations, conditions that are clearly abusive concerning prices, payment times, terms of sale or services that are not part of the purchase and sale obligations, shall trigger the liability of the perpetrator thereof and shall obligate said perpetrator to compensate the harm caused thereby.

Bron: Ministère de l'économie des finances et de l'industrie & Mediateur des relations inter-entreprises industrielles et le sous-traitance.

5.1.2 Duitsland

In de Duitse Mededingingswet (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) is naast het verbod van misbruik van economische machtspositie een verbod op misbruik van inkoopmacht opgenomen. Dit artikel 20(2) verbiedt afnemers met inkoopmacht, die macht te gebruiken om leveranciers te dwingen akkoord te gaan met voor de afnemer voordelige voorwaarden die in geen verhouding staan tot de tegenprestatie.¹¹⁹ Het artikel dient ter bescherming van kleine en middelgrote ondernemingen die afhankelijk zijn van een afnemer. Van afhankelijkheid is sprake als de leverancier niet of niet in voldoende mate de mogelijkheid heeft om van afnemer te wisselen. Een vermoeden van afhankelijkheid is aanwezig als de afnemer regelmatig extra korting krijgt van de leverancier.¹²⁰

¹¹⁷ Global Competition Review (2011).

¹¹⁸ Global Competition Review (2011).

¹¹⁹ Brief Minister van Economische Zaken, d.d. 17 december 2009.

¹²⁰ Brief Minister van Economische Zaken (bijlage), d.d. 13 april 2006.

In de praktijk wordt het artikel gebruikt om bij een civiele procedure de bewijslast te verlagen. Bewijs voor een economische machtspositie is lastig te leveren door leveranciers.¹²¹ Daarnaast is het voor rechters moeilijk om ongerechtvaardigd voordeel voor de afnemer te onderscheiden van scherp onderhandelde lage prijs. In de praktijk wordt dit artikel daarom alleen toegepast als er tegelijkertijd sprake is van strijd met andere artikelen uit de Mededingingswet.¹²² Het is daarom niet effectief om oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan.

Box 5.3 Artikel 20(2) uit de Duitse Mededingingswet verbiedt misbruik van inkoopmacht

Artikel 20(2) Act against restraints of competition
 (2) Subsection (1) shall apply also to undertakings and associations of undertakings insofar as small or medium-sized enterprises as suppliers or purchasers of certain kinds of goods or commercial services depend on them in such a way that sufficient or reasonable possibilities of resorting to other undertakings do not exist. A supplier of a certain kind of goods or commercial services shall be presumed to depend on a purchaser within the meaning of sentence 1 if this purchaser regularly obtains from this supplier, in addition to discounts customary in the trade or other remuneration, special benefits which are not granted to similar purchasers.¹²³

Bron: Bundeskartellamt, Act against restraints of competition.

5.1.3 Italië

In Italië is recent een wet ingevoerd die onder meer oneerlijke handelspraktijken in de voedsel en agricultuur sector tegengaat. Artikel 62 van deze wet, *Law Decree No. 1 of January 24, 2012*, verplicht partijen om schriftelijke contracten op te stellen, om binnen een bepaalde tijd te betalen en verbiedt oneerlijke handelspraktijken. De wet geldt vanaf 24 oktober 2012 voor alle *business-to-business* contracten in Italië.

De schriftelijke contracten moeten de duur van het contracten, de hoeveelheid, de eigenschappen van het product in kwestie, de prijs en bezorg- en betalingstermijn vastleggen. Voor houdbare producten is de maximale betalingstermijn 60 dagen en voor niet-houdbare producten 30 dagen. Box 5.4 geeft een niet-uitputtende lijst van oneerlijke handelspraktijken die volgens deze wet verboden zijn. Zo mogen geen belastende voorwaarden worden opgelegd of voorwaarden met terugwerkende kracht worden opgelegd. Ook zijn discriminerende voorwaarden verboden.¹²⁴

¹²¹ Bijlage bij brief Minister van Economische Zaken, d.d. 13 april 2006.

¹²² Brief Minister van Economische Zaken, d.d. 17 december 2009.

¹²³ Bundeskartellamt, Act against restraints of competition.

¹²⁴ Daarnaast kent Italië een wet voor misbruik van een economische afhankelijkheid maar deze geldt voor *manufacturing activities* (Law No. 192 of June 18, 1998). Er heerst discussie over of de voedingssector hier ook onder valt maar deze discussie is achterhaald met de invoering van Art. 62 of Law Decree No. 1 of January 24, 2012.

Box 5.4 Oneerlijke handelspraktijken volgens artikel 62 of Law Decree No. 1 (niet-uitputtende lijst)

- a) direct or indirect imposition of conditions on the purchase, on the sale or other conditions unduly burdensome or retroactive;
- b) application of substantially different conditions to different counterparties for the provision of comparable goods and services;
- c) subjecting continued business relations to the performance of obligations which have no connection, by nature or by commercial practice, with the objective of the contracts or relationships;
- d) a request for undue and unilateral performance obligations, not justified by the nature or content of the business relations;
- e) any other unfair commercial practice considered so taking into account the complex business relationships that characterise the food supply.

Bron: O'Connor (2012)

De Italiaanse mededingingsautoriteit, de *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (AGCM) monitort de naleving van de wet. Het kan boetes opleggen en kan onderzoek instellen op basis van een klacht. Indien niet wordt voldaan aan de voorwaarden van het schriftelijke contract kan een boete tussen de € 516 en € 20.000 worden opgelegd. Het overschrijden van de betalingstermijn leidt tot een zwaardere boete, tussen de € 500 en € 500.000. Het opnemen van oneerlijke clauses in de contracten resulteert in boetes tussen de € 516 en € 3.000. De wet is pas sinds een jaar in werking waardoor er nog niks geconcludeerd kan worden over de effectieve werking ervan.

5.1.4 Portugal

In Portugal verbiedt artikel 12 van de mededingingswet het misbruik van economische afhankelijkheid. De praktijken die tot overtreding van het misbruik van economische machtspositieartikel kunnen leiden, gelden ook als misbruik in de zin van artikel 12 (met uitzondering van weigering van toegang). Na de vaststelling van economische afhankelijkheid is het opleggen van oneerlijke prijzen of andere contractvoorwaarden een misbruik hiervan. Het ongerechtvaardigd opzeggen van de overeenkomst is een tweede voorbeeld van misbruik. Een leverancier wordt als afhankelijk gezien indien deze geen soortgelijk alternatief heeft. In andere woorden, als overstappen naar een min of meer gelijke afnemer niet mogelijk is. Bij dit artikel geldt dat de oneerlijke handelspraktijken effect moeten hebben op de concurrentie in de markt om te spreken van misbruik.¹²⁵

¹²⁵ Portugese Mededingingswet. Law No 19/2012 van 8 mei 2012.

Box 5.5 Artikel 12 uit de Portugese Mededingingswet verbiedt misbruik van economische afhankelijkheid

Article 12 - Abuse of economic dependence

1 – It is prohibited for one undertaking or more undertakings to abuse the economic dependence under which any of its supplier or customer may find itself as a result of the fact that any equivalent alternative is not available, to the extent that such a practice affects the way the market or competition operate.

2 – The following cases, among others, may be considered abusive:

- a) The adoption of any behaviour such as described in subparagraphs a) to d) in paragraph 2 of the previous article;
- b) Any unjustified break, total or partial, in established commercial relations, bearing in mind previous commercial relations, recognised practices in that particular economic activity and the contractual conditions that have been set down.

3 – For the purposes of paragraph 1, an undertaking is deemed not to have an equivalent alternative when:

- a) The supply of the goods or service at issue, specifically at the point of distribution, is controlled by a restricted number of undertakings; and
- b) The undertaking cannot find identical conditions from other commercial partners within a reasonable time scale.

Bron: Portugese Mededingingswet. Law No 19/2012 van 8 mei 2012

5.1.5 Tsjechië

Tsjechië heeft per 2009 een aparte wet voor misbruik van machtspositie in de landbouw- en voedingsproductensector, de *Act on Significant Market Power in the Sale of Agricultural and Food Products and the Abuse thereof*. In tegenstelling tot de andere landen met een vergelijkbaar artikel of wet, heeft de Tsjechische overheid een omzeldrempel in de wettekst opgenomen. Hierdoor hebben retailers automatisch significante marktmacht bij een omzet van meer dan € 195 miljoen. Het voordeel hiervan is dat het meer duidelijkheid geeft aan leveranciers over hun kansen op een succesvol beroep op dit artikel. Afnemers met een lagere omzet worden beoordeeld op basis van onder meer hun marktaandeel, toetredingsdrempels, marktaandeel van de leverancier en de omvang en locaties van de winkels (zie **Fout! Verwijzingsbron niet gevonden.**).

Indien sprake is van significante marktmacht van de afnemer, stelt de wet een aantal praktijken verplicht. Zo moet er altijd een factuur worden verschaft en is de maximale betalingstermijn in principe 30 dagen.¹²⁶ Daarnaast is het eenzijdig wijzigen van afspraken niet toegestaan.¹²⁷ Gezien de casuïstiek in dit onderzoek is het interessant dat de wet de afnemer verbiedt om de leverancier te dwingen om mee te betalen voor: “*implementation of business promotion, purchase or investments, particularly in relation to restoring businesses or in relation to expanding a business network or building and operation of enlisting, accounting or purchase headquarters*”.¹²⁸ Net als het Franse en Italiaanse Mededingingswetsartikel verbiedt de wet de afnemer het onderwerpen (of poging daartoe) van een leverancier aan verplichtingen die tot een onbalans leiden tussen de rechten en verplichtingen van beide partijen. Ook het dreigen met onderbreking of stopzetting van de overeenkomst met de leverancier om

¹²⁶ Parliament of the Czech Republic (2009) Attachment 1 en 2.

¹²⁷ Attachment 3 en 4.

¹²⁸ Attachment 5.

misbruikelijke voordelen te behalen, is verboden.¹²⁹ De uitgebreide lijst van misbruikelijke gedragingen biedt de leveranciers veel duidelijkheid en houvast over oneerlijke handelspraktijken. In de Tsjechische wet zijn een aantal gedragingen vastgelegd die in Nederland in het Burgerlijk Wetboek zijn opgenomen. Zo is de betalingstermijn vanuit een Europese richtlijn geïmplementeerd en is eenzijdig wijzigen in beginsel alleen toegestaan als de overeenkomst hierin voorziet. Op deze aspecten zou zo'n wet weinig toegevoegde waarde hebben in Nederland.

Box 5.6 Tsjechië heeft een wet voor misbruik van machtspositie in de landbouw- en voedingsproductensector

Article 3 - Significant market power

(1) Significant market power shall be deemed to be a relation between a buyer and a supplier in which, as a result of the situation in the market, the supplier becomes dependent on the buyer with regard to a possibility to supply own goods to consumers, and in which the buyer may impose unilaterally beneficial trade conditions on the supplier.

(2) Significant market power shall be assessed particularly with regard to market structure, barriers to entry, market share of the supplier and the buyer, their financial power, size of the customer's business network, and size and location of their individual stores.

(3) Unless proven otherwise it shall be deemed that a buyer has significant market power if his net turnover exceeds CZK 5 billion (ruim € 195 miljoen¹³⁰).

Bron: Parliament of the Czech Republic (2009). Onderstreping door SEO Economisch Onderzoek.

5.1.6 Finland

In tegenstelling tot de hiervoor besproken landen kent de Finse Mededingingswet geen extra artikel voor misbruik, afhankelijkheid of inkoopmacht. De overheid is voornemens om een afnemer automatisch als economisch dominant te verklaren bij een marktaandeel van meer dan 30 procent. Dit voorstel is in september 2012 als wetsvoorstel ingediend en heeft betrekking op de markt voor dagelijkse consumentengoederen. Gedragingen die als misbruik worden aangemerkt, zullen niet veranderen.¹³¹ Het voordeel van dit wetsvoorstel is dat er vooraf meer duidelijkheid is over de slagingskans van een procedure aangezien een bepaald marktaandeel al tot een dominante positie leidt. Echter zal de praktijk moeten uitwijzen of dit wetsvoorstel ook daadwerkelijk effectief is in het tegengaan van oneerlijke handelspraktijken.

Het wetsvoorstel komt naar aanleiding van een onderzoek in deze sector. Hieruit volgde dat leveranciers geconfronteerd werden met onredelijke en uitsluitende handelspraktijken. De twee grootste retailers hebben gezamenlijk 80 procent van de markt in handen. Dit zijn verticaal geïntegreerde ondernemingen. Het wetsvoorstel dient daarom deels om het voor kleine leveranciers makkelijker te maken om toegang te krijgen tot de distributieketen.¹³²

¹²⁹ Attachment 5.

¹³⁰ Wisselkoers van 15 januari 2013. Ter illustratie, Albert Heijn had in 2011 een omzet van € 10,5 miljard (DistriFood, 2012b), Jumbo in 2011 € 2.451 miljoen (Jumbo 2012) en C1000 in 2011 € 4 miljard (C1000, 2012). Al deze supermarkten komen hiermee boven de drempel van artikel 3 uit de Tsjechische wet.

¹³¹ Mondaq (2012) en Laurila (2012).

¹³² Laurila (2012).

5.1.7 Conclusie buitenlandse wetgeving

Het probleem bij het huidige artikel 24 van de Nederlandse Mededingingswet is dat het lastig is om aan te tonen dat een afnemer een economische machtspositie heeft en hier bovendien misbruik van maakt. Daarnaast biedt het artikel geen oplossing voor oneerlijke handelspraktijken van afnemers zonder een economische machtspositie. De economische afhankelijkheidsartikelen uit het buitenland bieden hier in theorie deels soelaas voor. In de praktijk geldt echter dat eerst moet worden vastgesteld of er sprake is van een economische afhankelijkheid, iets wat in de buitenlandse praktijk zeer moeizaam is. Omdat Nederland binnen de Europese mededingingsreggeving de vrijheid heeft om zelf deze voorwaarden te formuleren¹³³, is het op zich wel mogelijk, maar niet wenselijk gezien de zeer beperkte effectiviteit van een extra wetsartikel. De handhaving door de NMa op het extra artikel en de effectiviteit hiervan zou vergelijkbaar zijn met die voor het huidige artikel 24 Mw. In paragraaf 3.2.2 is reeds geconcludeerd dat dit niet voldoende is om oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan. Een extra artikel over economische afhankelijkheid zou daarom al snel symboolwetgeving worden.

Zo kan Nederland, net als in Tsjechië, een omzeldrempel opnemen waarboven sprake is van een afhankelijkheidspositie of zoals in Finland een marktaandeeldrempel, eventueel verschillend per sector. Hierdoor wordt meer zekerheid gecreëerd voor leveranciers die een procedure willen starten op grond van de Mededingingswet. Diezelfde zekerheid kan echter ook met een gedragscode worden geboden. Omdat een gedragscode voordelen biedt ten opzichte van een wetsartikel (zie hoofdstuk 4) is het niet aan te bevelen een extra wetsartikel te introduceren.

Dat hangt ook samen met het feit dat de tweede stap van de beoordeling, het vaststellen van misbruik, in de praktijk moeizaam is. Als het zou lukken om in een aantal concrete zaken tot uitspraken te komen, heeft dit als voordeel dat er meer duidelijkheid ontstaat over wanneer er sprake is van ontoelaatbaar gedrag door nationale jurisprudentie. De praktijkervaring van Duitsland laat echter zien dat het lastig is om misbruikelijk gedrag aan te tonen. Het is namelijk voor rechters moeilijk om ongerechtvaardigd voordeel voor de afnemer te onderscheiden van scherp onderhandelde lage prijs. Het extra artikel wordt daarom in Duitsland alleen in combinatie met ander Mededingingswetartikelen toegepast. In Portugal zijn misbruikelijke gedraging bij een economische afhankelijkheidspositie gelijk aan die van misbruik economische machtspositie. Dit zou in Nederland geen oplossing bieden aangezien het vaststellen van misbruik lastig is. Dit komt ook tot uiting in het lage aantal artikel 24-zaken waarin de NMa een inbreuk concludeert. Ditzelfde geldt voor het wetsvoorstel van Finland waarin er niks verandert aan de misbruikeisen.

In Frankrijk is de ervaring dat ondernemingen geen klacht durven in te dienen bij de mededingingsautoriteit, juist vanwege de afhankelijkheidspositie. Aangezien een leverancier in Nederland geen anonieme besluitaanvraag kan indienen bij de NMa is het te verwachten dat een Nederlands afhankelijkheidsartikel met hetzelfde probleem zou kampen. Doordat een anonieme klager geen rechtsmiddelen heeft om de NMa te bewegen onderzoek te doen naar de klacht, is dit klachtenstelsel niet effectief. De NMa zou, net als nu op grond van artikel 24 Mw een onderzoek kunnen instellen maar het lage aantal artikel 24-zaken biedt weinig hoop op een afschrikkende werking. De Italiaanse wet geeft de mededingingsautoriteit de mogelijkheid om zelf onderzoek te doen en boetes op te leggen maar de wet is pas recent ingegaan waardoor een conclusie over de

¹³³ Het is Europese lidstaten toegestaan om strenger op te treden tegen misbruik van economische machtspositie dan volgt uit de Europese mededingingsregels zoals die zijn opgenomen in het VWEU. Verordening 1/2003, 16 december 2002, artikel 3, lid 2.

werking in de praktijk nog niet mogelijk is. Tot slot zal ook een procedure op basis van een nieuw wetsartikel lang duren.

De mogelijkheid die het Franse ministerie van Economische Zaken heeft om in te grijpen vergt hoge bestuurlijke en administratieve lasten. Het heeft weliswaar een afschrikkende werking, maar in de praktijk worden alleen zaken met een politieke gevoeligheid of prioriteit door het ministerie voor de rechter gebracht.¹³⁴

Kortom, de buitenlandse ervaring met aanvullende regelgeving biedt op papier wel kansen. In de praktijk zou het echter vanwege het lastig vaststellen van misbruik, het niet anoniem kunnen aanvragen van een besluitaanvraag en het lage afschrikwekkende effect van moeizaam onderzoek naar oneerlijke handelspraktijken, niet effectief zijn in het tegengaan van oneerlijke handelspraktijken. Het is daarom zinvol om de speurtocht in het buitenland te vervolgen en te bekijken of buitenlandse zelfregulering wellicht aanknopingspunten voor de Nederlandse situatie biedt.

5.2 Gedragscode

Eén van de opties voor zelfregulering die in de Nederlandse discussie ter sprake komt, is een gedragscode. Het Verenigd Koninkrijk en België hebben al een gedragscode. De Engelse code ziet toe op de levensmiddelensector en is bindend voor grote supermarkten. In België zijn verschillende partijen waaronder boeren, de voedselindustrie, een ondernemersorganisatie en distributiebedrijven gezamenlijk een vrijwillige code overeengekomen. Deze code richt zich specifiek op de agro-voedingsketen.

5.2.1 Verenigd Koninkrijk

De Engelse mededingingsautoriteit, de OFT, heeft de gedragscode, *Groceries Supply Code of Practice*, begin 2010 dwingend opgelegd aan supermarkten.¹³⁵ In de code zijn principes opgenomen over hoe supermarkten zaken moeten doen met hun leveranciers. Zo bevat de code een verbod op het achteraf en eenzijdig wijzigen van contractuele afspraken en moeten betalingen binnen een redelijke termijn betaald worden.¹³⁶ De andere partijen in de keten, zoals de leveranciers, zijn niet gebonden aan de code.

In de *Groceries (Supply chain practices) market investigation Order* uit 2009 is, naast de principes voor de code, ook vastgelegd dat supermarkten een aantal verplichtingen hebben. Supermarkten moeten de code verwerken in leveringsovereenkomsten. Hiermee wordt de code onderdeel van de voorwaarden en is een inbreuk van de code ook automatisch een contractsbreuk. Leveranciers moeten een schriftelijke kopie ontvangen van de leveringsovereenkomst. Verder moet een supermarkt nalevingsmechanismen instellen. Dit omvat de aanstelling van een *in-house Code Compliance Officer*. Deze functionaris dient als contactpersoon voor de leveranciers en moet onafhankelijk zijn van de inkoopafdeling van de supermarkt. Tot slot moeten supermarkten zich houden aan de geschilbeslechtingsprocedure zoals opgesteld in de *Order*.¹³⁷

¹³⁴ Brief Minister van Economische Zaken, d.d. 17 december 2009.

¹³⁵ Door middel van de *Groceries (Supply chain practices) market investigation Order 2009*.

¹³⁶ Brief Minister van Economische Zaken, d.d. 17 december 2009.

¹³⁷ CMS Cameron McKenna (2012).

Naleving

De *Order* uit 2009 regelt, als secundaire wetgeving, dat leveranciers bij vermoeden van overtreding van de code een klacht kunnen indienen. In de eerste instantie zag dit traject er als volgt uit. Bij een conflict kan de leverancier contact opnemen met zijn contactpersoon bij de supermarkt en indien nodig een beoordeling van het conflict aan een senior inkoper vragen. Mocht het conflict hiermee niet opgelost zijn, dan kan contact worden opgenomen met de *Code Compliance Officer* van de supermarkt. Hierna heeft de leverancier nog de optie om een formele geschilbeslechting te starten waarin de *Order* voorziet. Als alternatief kan een beroep worden gedaan op contractbreuk.¹³⁸

Leveranciers bleken terughoudend te zijn om gebruik te maken van deze route. Dit uit vrees voor beschadiging of verbreking van de zakelijke relatie. Daarom is besloten om een *Adjudicator*, een ombudsman, in te stellen. Deze ombudsman is een onafhankelijke instantie die klachten kan behandelen. Hij doet geen uitspraken over schadevergoeding. Hiervoor moeten leveranciers alsnog naar de rechter.¹³⁹

Naleving door de ombudsman

Om de effectiviteit van de code te verhogen is in mei 2011 een wetsvoorstel gedaan. Op 18 december 2012 heeft de *House of Commons* de *Groceries Code Adjudicator Bill* laten publiceren.¹⁴⁰ Met de inwerkingtreding van deze wet kan een leverancier direct bij de ombudsman een klacht indienen. De ombudsman kan ook zelf een onderzoek starten als er voldoende bewijs is dat een supermarkt de code niet naleeft. Hiernaast heeft de ombudsman de taak om arbiter te zijn in conflicten tussen supermarkt en leverancier, aanbevelingen te doen aan supermarkten om hun naleving te verbeteren, sturing te geven over hoe de code werkt en jaarlijks rapportage uit te brengen over conflicten en onderzoeken die zijn behandeld. Lange tijd zag het er naar uit dat het geven van boetes door de overheid tegengehouden zou worden. De *naming & shaming* die volgt uit de onderzoeken en het jaarlijkse rapport zouden voldoende afschrikwekkend zijn.¹⁴¹ Toch is in de *Bill* van 2012 opgenomen dat de ombudsman boetes mag opleggen (artikel 6). De ombudsman kan ook advies geven aan zowel afnemers als leveranciers over zaken aangaande de code. Wat betreft anonimiteit mag de ombudsman niet zonder toestemming informatie openbaar maken indien dit het beeld schept dat een leverancier heeft geklaagd over een afnemer.¹⁴²

Naleving door de OFT

De OFT ziet niet toe op de code, maar alleen op de naleving van de *Order*. Dit houdt in dat de OFT kan ingrijpen als een supermarkt de code niet heeft verwerkt in de leveringsvoorwaarden maar geen rol inneemt in conflicten tussen supermarkten en leveranciers.

¹³⁸ CMS Cameron McKenna (2012).

¹³⁹ Brief Minister van Economische Zaken, d.d. 7 oktober 2010.

¹⁴⁰ Groceries Code Adjudicator Bill (HL) House of Commons (2012).

¹⁴¹ CMS Cameron McKenna (2012).

¹⁴² Groceries Code Adjudicator Bill (HL) House of Commons (2012). Artikel 18: “*The Adjudicator may not make an unauthorised disclosure of information that the Adjudicator thinks might cause someone to think that a particular person has complained about a large retailer failing to comply with the Groceries Code.*”

5.2.2 België

In mei 2010 hebben verschillende partijen uit de agro-voedingsketen de gedragscode voor faire relaties tussen aanbieders en kopers in de agro-voedingsketen ondertekend. Deze code geldt op vrijwillige basis. Hij is niet bindend opgelegd zoals de code in Engeland. Ondernemingen geven via een publieke verklaring aan dat zij de code toepassen. Een jaar na tekening pasten 221 ondernemingen de code vrijwillig toe. Naast een aantal aanbevelingen over duurzame ontwikkeling op ecologisch en economisch gebied bevat de code vijf aanbevelingen over eerlijke handelspraktijken (zie **Fout! Verwijzingsbron niet gevonden.**).

Box 5.7 De Belgische gedragscode bevat vijf aanbevelingen over eerlijke handelspraktijken

- Kopers leven de contractueel overeengekomen, desgevallend wettelijke betalingstermijnen na. Hierbij wordt ook gekeken naar de momenten van eigendomsoverdracht die kunnen verschillen naar gelang sector en product.
- Aanbieders en kopers stellen een schriftelijke overeenkomst op met duidelijke voorwaarden (desgevallend de wijze van vergoeding), waarvan beide partijen vooraf kennis kunnen nemen.
- Aanbieders en kopers leggen geen eenzijdige wijzigingen van contractvoorwaarden op.
- Aanbieders en kopers erkennen de mogelijkheid tot beroep op mediatie met akkoord van beide partijen over de naam van de mediator.
- Aanbieders en kopers kiezen resoluut voor het overlegmodel als strategie om onenigheden weg te werken in hun onderlinge relatie.

Bron: Gedragscode voor faire relaties tussen aanbieders en kopers in de agro-voedingsketen (2010).

Vertegenwoordigers van sectororganisaties uit de keten vormen een comité. Zij beheren de code, wat onder meer inhoudt dat ze beslissen over eventuele aanpassingen. De aanbevelingen uit de code moeten op basis van het pas-toe-of-leg-uit-principe nageleefd worden. Afwijking van de aanbevelingen in de code is daarom toegestaan, mits hier een toelichting voor wordt gegeven. Het comité behandelt geen individuele klachten.¹⁴³ Interessant is dat de code expliciet de mogelijkheid van mediation opneemt. Het zou echter effectiever zijn als mediation als geprefereerde optie zou worden opgenomen in de code (zie hoofdstuk 4). Tijdens het eerste jaar zijn vier incidenten gemeld over het eenzijdig wijzigen van de afspraken. Deze zijn opgelost of bleken geen inbreuk van de code te zijn.¹⁴⁴ Het is onduidelijk waar deze incidenten precies over gingen.

5.2.3 Portugal

De organisatie voor Portugese industrie (*Confederation of Portuguese Industry*, CIP) en de organisatie voor Portugese grote retailers (*Portuguese Large Retailers Association*, APED) hebben in 1997 een code voor eerlijke handelspraktijken opgesteld, de *Código de Boas Práticas Comerciais* (17 juli). De code omvatte principes, regels en procedures. Voor de monitoring en handhaving van deze zelfregulering werd een vaste commissie opgesteld, de CPAA commissie (*Comissão Permanente de Avaliação e Acompanhamento*). Hierin hadden twee vertegenwoordigers van elke partij zitting aangevuld met een onafhankelijke persoon als voorzitter. De code voldeed niet aan de verwachtingen. Zo spreekt het rapport onder meer over de noodzaak tot autoriteit om informatie te verzamelen om

¹⁴³ Gedragscode voor faire relaties tussen aanbieders en kopers in de agro-voedingsketen (2010).

¹⁴⁴ Vlaams Infocentrum Land- en Tuinbouw (2012).

zo de naleving beter te kunnen monitoren. Hierdoor is in 2010 besloten om een nieuwe code in te stellen.¹⁴⁵

Op 15 november 2011 hebben de ministeries van Economische Zaken en Landbouw het platform *Plataforma de Acompanhamento das Relações na Cadeia Alimentar* (PARCA) ingesteld met als taak een nieuwe code op te stellen.¹⁴⁶ Uit een rapport van de Portugese mededingingsautoriteit blijkt dat de nieuwe code onder meer een mechanisme om met conflicten om te gaan zal hebben. Verder omvat het de mogelijkheid om een ombudsman op te stellen, principes over standaardcontracten en betalingsperiodes.¹⁴⁷ Aangezien de code niet bindend is, maakt het rapport ook melding van de mogelijkheid van een geschilbeslechtingsprocedure die bindend uitspraak kan opleggen aan de partijen.¹⁴⁸ Tot slot zou de CPAA of een ombudsman verantwoordelijk worden voor het publiceren van een jaarlijkse lijst met nalevingsinformatie van de partijen.¹⁴⁹ Deze *namingshaming* kan als sanctionering worden gezien. PARCA is meerdere keren bijeengekomen in 2012 maar vooralsnog is er geen code op haar website gepubliceerd.

5.2.4 Spanje

In Spanje is in Catalonië een code voor eerlijke handelspraktijken in de voedselketen ingevoerd op 29 juli 2011 (*Código de Buenas Prácticas comerciales a lo largo de la cadena alimentaria*).¹⁵⁰ De Minister van Landbouw, Veehouderij, Visserij, Voedsel en Natuurlijke omgeving en de Minister voor Ondernemen en Werkgelegenheid hebben een voortrekkersrol ingenomen. De code is inmiddels door verschillende partijen getekend waaronder de organisatie voor Spaanse supermarkten (*Asociación de Cadenas Españolas de Supermercados*, ACES) en de organisatie voor distributiebedrijven (*Asociación Española de Distribuidoras*).¹⁵¹ De code bevat 47 aanbevelingen maar deze zien ook toe op onder meer de duurzaamheid, kwaliteit van de producten en diervriendelijkheid.¹⁵² Andere gebieden in Spanje bekijken momenteel de mogelijkheid van een code.¹⁵³

5.2.5 Conclusie buitenlandse zelfregulering

Van de landen met een gedragscode die toeziet op oneerlijke handelspraktijken is alleen die in België tot stand gekomen zonder inmenging vanuit de overheid. Deze code is minder strikt dan in Engeland en Portugal. Zo behandelt het comité geen individuele klachten en kan de code worden nageleefd middels een pas-toe-of-leg-uit-principe. De code in Engeland en de voorgenomen code in Portugal gaan wat betreft handhaving van de code verder.

Rapporten over de Portugese gedragscode tonen aan dat ook zij de toegevoegde waarde van een ombudsman erkennen. De nieuwe code zal onder meer een mechanisme bevatten om met conflicten om te gaan en een geschilbeslechtingsprocedure die bindend uitspraak kan opleggen aan de

¹⁴⁵ Portugese Mededingingsautoriteit (2010)

¹⁴⁶ British Institute of international and comparative law (2012) & Gabinete de planeamento e politicas (2011).

¹⁴⁷ Portugese Mededingingsautoriteit (2010)

¹⁴⁸ British Institute of international and comparative law (2012)

¹⁴⁹ Portugese Mededingingsautoriteit (2010)

¹⁵⁰ Agronoticias (2011).

¹⁵¹ Agronoticias (2011).

¹⁵² PIMEC (2012).

¹⁵³ Comisión nacional de la competencia (2011).

partijen. Tot slot zal sanctionering plaatsvinden door middel van *naming & shaming* door de ombudsman.

De Engelse *Groceries Supply Code of Practice* is bindend opgelegd aan de supermarkten. Bij klachten was de eerste stap voor de leverancier om contact op te nemen met de afnemer. Met oog op de commerciële relatie tussen afnemers en leveranciers vonden leveranciers deze stap onwenselijk. Daarom was een maatregel nodig die de drempel voor leveranciers verlaagt om actie te ondernemen naar aanleiding van de oneerlijke handelspraktijken. In Engeland is dit opgelost door een ombudsman (*Adjudicator*) in te stellen. Leveranciers kunnen nu direct een klacht indienen bij de ombudsman in plaats van het geschilbeslechtingstraject dat is vastgelegd in de *Order* te volgen. Ook kunnen zij de ombudsman om advies vragen over de code. De ombudsman kan zelf onderzoek doen naar oneerlijke handelspraktijken en kan, naast de *naming & shaming* die volgt uit de onderzoeken en het jaarlijkse rapport, boetes opleggen. In Nederland zouden de taken en bevoegdheden van de ombudsman bij het kenniscentrum kunnen liggen (zie paragraaf 4.3 en verder).

5.3 Conclusie buitenlandse ervaring

De toevoeging van een artikel voor misbruik economische afhankelijkheid aan de Mededingingswet zou de NMa in theorie meer handvatten geven om oneerlijke handelspraktijken van afnemers zonder economische machtspositie aan te pakken. Het is juridisch mogelijk om voorwaarden op te stellen waaronder sprake is van een economische afhankelijkheid en wat als misbruik hiervan kan worden gekwalificeerd. In de praktijk zou het extra artikel echter niet tot een oplossing van oneerlijke handelspraktijken leiden. De doorlooptijden zouden - net als bij artikel 24 Mw - doorgaans te lang zijn om effectief te zijn voor een leverancier en een leverancier heeft geen rechtsmiddelen om de NMa te bewegen een onderzoek te starten als het een anonieme klacht heeft ingediend.

Bij de buitenlandse ervaring met een gedragscode is vooral het voorbeeld van het Verenigd Koninkrijk interessant.¹⁵⁴ Het is opmerkelijk dat, hoewel de Engelse code bindend is voor supermarkten, leveranciers toch geen gebruikmaakten van het geschilbeslechtingstraject vastgelegd in de *Order*. Dit traject betrof namelijk als eerste het indienen van een klacht bij de afnemer. Om de drempel voor leveranciers om actie te ondernemen naar aanleiding van de oneerlijke handelspraktijken weg te nemen is in Engeland een ombudsman (*Adjudicator*) ingesteld. Leveranciers kunnen nu klagen bij de ombudsman in plaats van direct bij de afnemer. Dit toont het belang van een neutrale instelling die advies kan geven en klachten kan behandelen. In hoofdstuk 4 is daarom reeds gesproken over een kenniscentrum. Dit kenniscentrum hoeft niet door de overheid ingesteld te worden. Ditzelfde geldt voor de gedragscode zelf. Dit is in Engeland wel het geval, de code is secundaire wetgeving en de ombudsman is bij wet ingesteld. ‘Geconditioneerde’ zelfregulering is ook mogelijk. Hiervan is sprake als de overheid het doel van de regulering formuleert maar het aan marktpartijen overlaat hoe dit in te vullen (zie hoofdstuk 4). Het initiatief van de Europese Commissie met de *principles of good practice* is hier een voorbeeld van. Ook vrije zelfregulering is een optie in Nederland: afnemers en leveranciers komen gezamenlijk tot een gedragscode met een kenniscentrum en geschilbeslechting.

¹⁵⁴ Portugal mogelijk ook, maar voor dit land is nog geen code gepubliceerd.

Van de buitenlandse ervaring kan daarom worden geleerd dat het toevoegen van een artikel voor misbruik economische afhankelijkheid in de praktijk geen oplossing biedt voor oneerlijke handelspraktijken. De gedragscodes lossen de vrees van de leverancier voor schade aan zijn commerciële relatie met de afnemer niet op. Daarom is het van belang dat er een neutrale instantie is waar leveranciers om advies kunnen vragen en hun klacht kunnen indienen. In Engeland is dit wettelijk geregeld, maar dit zou ook via geconditioneerde of vrije zelfregulering kunnen gebeuren.

6 Samenvatting en conclusie

Is de bestaande (zelf)regulering voldoende om eenzijdig wijzigen en andere oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan? Het burgerlijk recht en de Mededingingswet bieden in beginsel handvatten, maar kampen in de praktijk met problemen waardoor oneerlijke handelspraktijken niet tegen worden gegaan. De open normen uit de wetgeving kunnen worden ingevuld door een gedragscode. Alternatieve geschiloplossing kan onder bepaalde voorwaarden wel effectief zijn om afspraken om oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan, te handhaven. Ervaringen uit het buitenland met een artikel in de Mededingingswet tegen misbruik van economische afhankelijkheid bieden in de Nederlandse praktijk geen oplossing. Buitenlandse gedragscodes en de handhaving daarvan bieden wel aanknopingspunten om oneerlijke handelspraktijken in Nederland tegen te gaan.

In september 2012 verhoogde Albert Heijn de betalingskorting aan haar leveranciers met twee procentpunt. Deze actie voedde de al langer lopende discussie over oneerlijke handelspraktijken. De Minister van Economische Zaken heeft daarom besloten te onderzoeken of de bestaande regelgeving en de zelfregulering die wordt nagestreefd, voldoende zijn om oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan. De bestaande regulering bestaat uit het burgerlijk recht en de Mededingingswet.

Het burgerlijk recht omvat verschillende wetsartikelen waarop leveranciers zich kunnen beroepen tegen oneerlijke handelspraktijken van supermarkten. Maar in de praktijk zijn leveranciers bang voor schade aan hun commerciële relatie met de supermarkt. De angst om bij de rechter over de afnemer te klagen, wordt verder gevoed door angst voor represailles door de afnemer. Leveranciers zullen daarom niet snel de stap naar de rechter zetten. Het mogelijk maken van individuele anonieme procedures is geen oplossing aangezien hierbij de rechtszekerheid van de afnemer in het geding komt. Een aangeklaagde partij heeft het recht te weten wie hem aangeklaagd.

Een collectieve actie lost het anonimiteitsprobleem deels op, aangezien het in beginsel mogelijk is voor leveranciers om anoniem te blijven omdat ze vertegenwoordigd worden door een branchevereniging of stichting. Wanneer echter bewijs moet worden aangeleverd in de vorm van contracten of brieven, kan het zijn dat de anonimiteit niet meer gewaarborgd is. Daarnaast kan het voor een brancheorganisatie vanwege de heterogeniteit van zijn leden, lastig zijn om tot een collectieve zaak te komen. Tot slot is het niet mogelijk om via een collectieve actie schadevergoeding te krijgen; daarvoor is individueel verhaal noodzakelijk.

Naast de vrees van leveranciers voor hun zakelijke relatie, waardoor zij geen gebruikmaken van de rechtsmogelijkheden, zijn de regels uit het burgerlijk recht veelal onduidelijk. Dit komt doordat in veel gevallen sprake is van een open norm. De rechter vult deze norm in op basis van de tijdgeest en de situatie. Hierdoor kan echter de rechtszekerheid in het geding zijn. Daarnaast kost een stap naar de rechter veel en kan de looptijd van de juridische procedure lang zijn.

Het mededingingsrecht biedt de mogelijkheid om een beroep te doen op misbruik van een economische machtspositie door de afnemer. Hiervoor moet in de eerste plaats een machtspositie worden vastgesteld en vervolgens het misbruik hiervan. Het biedt hiermee geen oplossing voor oneerlijke handelspraktijken van afnemers zonder een economische machtspositie. Daarom is

artikel 24 Mw bij voorbaat ontoereikend om oneerlijke handelspraktijken door alle afnemers tegen te gaan. Daarnaast is zowel een dominante positie als het misbruik hiervan lastig om aan te tonen. De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) zou weliswaar op eigen initiatief onderzoek kunnen doen naar mogelijke inbreuk van de wet maar leveranciers hebben geen rechtsmiddelen om de NMa via een anonieme klacht te bewegen om een onderzoek te starten. In de praktijk blijkt dat de NMa ook onderzoeken start die voortkomen uit de informele en anonieme route. Er zijn maar weinig misbruik machtspositiezaken waarin de NMa een besluit heeft gedaan. Behalve dit gebrek aan succesvolle voorbeelden, is een procedure doorgaans lang.

Kortom, in beginsel bieden het burgerlijk recht en het mededingingsrecht de mogelijkheid om oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan. In de praktijk zorgt de vrees van de leveranciers voor schade aan de commerciële relatie met de supermarkt, de onduidelijkheid door de open normen, het niet kunnen aanpakken van oneerlijke handelspraktijken door niet-dominante ondernemingen en het lastig vaststellen van zowel een economische machtspositie als het misbruik hiervan, ervoor dat de bestaande regelgeving niet effectief is in het tegengaan van oneerlijke handelspraktijken. De bestaande regelgeving moet daarom worden aangevuld met zelfregulering of andere regelgeving. Hierbij is ook gekeken naar de ervaringen in het buitenland.

Zelfregulering (nationaal perspectief)

In Nederland wordt veelvuldig zelfregulering toegepast. Dat is echter niet het geval bij het tegengaan van oneerlijke handelspraktijken. Bestaande zelfreguleringsinstrumenten zoals de Geschillencommissie en de Reclame Code Commissie zien niet toe op, respectievelijk de levensmiddelensector en op oneerlijke handelspraktijken. Mediation is toepasbaar op meerdere soorten conflicten en alle sectoren maar kampt met een aantal generieke problemen waardoor het gebruik in de praktijk erg laag is.

Bestaande zelfregulering is dan ook onvoldoende om oneerlijke handelspraktijken op te lossen of afspraken hierover te handhaven.

De onduidelijkheid die volgt uit de open normen van het burgerlijk recht kan worden weggenomen door het opstellen van een gedragscode. Partijen komen dan gezamenlijk overeen wat wel en niet als oneerlijke handelspraktijk wordt gekwalificeerd. Dit heeft als bijkomend voordeel dat het voor een deel de vrees van leveranciers wegneemt. Omdat de gedragscode door partijen gezamenlijk wordt opgesteld, zal het minder bedreigend zijn hierover te klagen als een leverancier vindt dat een afnemer zich niet aan de code houdt. Leveranciers zullen, met andere woorden minder bevreesd zijn hun anonimiteit op te geven dan in het geval zonder de gezamenlijke afspraken. Uiteraard zal de vrees nooit helemaal verdwijnen. Daarom is het van belang dat er een neutrale instantie komt, een kenniscentrum, die vertrouwelijk advies kan geven aan leveranciers. Op deze manier kunnen leveranciers bij het kenniscentrum informeel nagaan of de vermeende oneerlijke handelspraktijken ook daadwerkelijk in strijd zijn met de wet of gedragscode. Een onderdeel van het kenniscentrum, een zogenoemde commissie van wijzen kan vervolgens een klacht behandelen en hier een bindende uitspraak over doen door als bindend adviseur of arbiter op te treden. Er kunnen ook externen worden ingehuurd om als neutrale derde in deze geschiloplossingstrajecten te fungeren. Afhankelijk van de bevoegdheden die het kenniscentrum heeft, kan deze nalevinginformatie van afnemers publiceren. Deze *naming & shaming* heeft een sanctionerende werking. Een positievere benadering is *naming & faming* waarbij juist de afnemers die zich wel aan de gedragscode houden, genoemd worden.

Een andere optie is dat het kenniscentrum de klacht doorverwijst naar een mediationtraject of zelf optreedt als mediator. Dit moet dan wel als preferente optie in de code worden opgenomen om het *submission* probleem en het gebrek aan een rechtvaardigheidsnorm op te lossen (zie Box 4.2). Het voordeel van mediation ten opzichte van arbitrage en bindend advies is, mits mediation dicht tegen de rechter aan is geplaatst, dat de partijen er onderling uit moeten komen onder begeleiding van een mediator. Door de kleine stap naar de rechter stimuleert deze dreiging de partijen om onderling tot een eerlijke oplossing te komen. Zij hebben veel meer inspraak in de oplossing van het conflict dan bij arbitrage en bindend advies. Ook kan mediation het gevoel dat een eerlijke oplossing wordt bereikt, versterken. Mocht de mediation stuklopen of de afgesproken oplossing niet nagekomen worden, kan een leverancier alsnog naar de rechter.

Buitenlandse ervaring

Om bestaande wetgeving en zelfregulering effectiever te maken bij het oplossen van oneerlijke handelspraktijken kan worden geleerd van buitenlandse ervaring. Zo hebben Frankrijk, Duitsland, Italië en Portugal een extra artikel in de Mededingingswet dat het misbruik van een economische afhankelijkheid verbiedt. Tsjechië kent een misbruik van machtspositieartikel voor de landbouw en voedingsproductensector. De Franse Minister van Economische Zaken kan daarnaast ingrijpen bij aperte onevenwichtigheid tussen prestaties van partijen. In Finland ligt nu een wetsvoorstel om in de markt voor dagelijkse consumentengoederen een afnemer automatisch als dominant te verklaren bij een marktaandeel van meer dan 30 procent.

De extra wetsartikelen voor economische afhankelijkheid geven de mededingingsautoriteit mogelijkheden om oneerlijke handelspraktijken van afnemers zonder economische machtspositie aan te pakken. Uit de buitenlandse ervaringen blijkt echter dat het moeizaam is om een economische afhankelijkheidspositie en het misbruik hiervan vast te stellen. Hoewel Nederland zelf voorwaarden kan opstellen voor het hebben van zo'n positie en het misbruik hiervan, zou de toevoeging van een extra wetsartikel niet effectief zijn tegen oneerlijke handelspraktijken. Dit komt omdat er nog steeds sprake zou zijn van lange doorlooptijden van zo'n procedure. Daarnaast zouden leveranciers die anoniem willen blijven – net als in de huidige situatie bij artikel 24 Mw – geen rechtsmiddelen hebben om de NMa te bewegen om onderzoek te starten.

Het Verenigd Koninkrijk, België en Spanje hebben een gedragscode ingevoerd (Portugal is voornemens). In het Verenigd Koninkrijk is de code via secundaire wetgeving bindend opgelegd aan supermarkten. Ook is recent een ombudsman ingesteld om klachten te behandelen, als arbiter op te treden in conflicten, zelf onderzoek te doen naar oneerlijke handelspraktijken en boetes op te leggen indien de supermarkt de principes uit code niet naleeft. Deze ombudsman is ingesteld omdat leveranciers terughoudend waren om de klacht te melden bij de afnemer. Vanwege de recente aanvulling met een ombudsman is er nog niks bekend over de werking hiervan. Ook in Portugal wordt de effectieve werking van een ombudsman erkend. Ze bekijken daarnaast de mogelijkheid van een mechanisme om met conflicten om te gaan, een geschilbeslechtingsprocedure die een bindende uitspraak kan opleggen aan de partijen en sanctionering in de vorm van *naming & shaming*.

Interessant aan de buitenlandse ervaring op het gebied van gedragscodes is dat, hoewel de Engelse code bindend is voor supermarkten, leveranciers toch geen gebruikmaakten van het geschilbeslechtingstraject dat is vastgelegd in de code. Hiervoor moest als eerste stap een klacht worden

ingediend bij de afnemer en deze stap werd in de praktijk niet gezet door leveranciers. Het opstellen van een gedragscode hoeft, in tegenstelling tot de Engelse situatie, niet per se door de overheid te gebeuren. Er kan ook worden gekozen voor geconditioneerde zelfregulering. Hiervan is sprake als de overheid het doel van de regulering formuleert maar het aan marktpartijen overlaat hoe dit in te vullen.

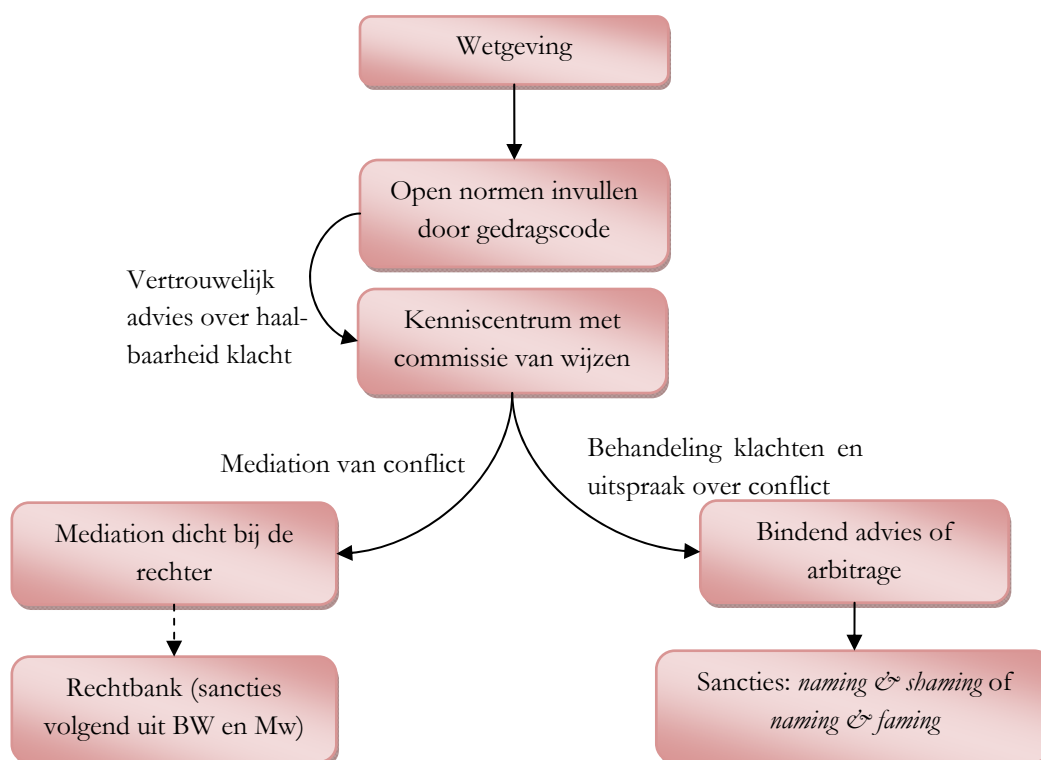
Conclusie

Bestaande regulering en zelfregulering zijn onvoldoende om oneerlijke handelspraktijken van afnemers tegen te gaan. Vanwege de vaak afhankelijke positie van de leverancier is deze partij bevreesd een juridische procedure tegen de afnemer te starten. Daarnaast is er onzekerheid over welke handelspraktijken door de rechter in strijd met de wet worden verklaard. Dit komt door de open normen in het burgerlijk recht. Specifiek voor de Mededingingswet geldt dat het alleen oneerlijke handelspraktijken door afnemers met een economische machtspositie tegengaat en dat het vaststellen van zo'n positie en het misbruik hiervan lastig is.

Bestaande zelfregulering ziet niet toe op de voedingsmiddelensector (bindend advies) of betreft niet oneerlijke handelspraktijken (keurmerken). Deze is daarmee onvoldoende om conflicten over oneerlijke handelspraktijken op te lossen.

Daarom is aanvulling nodig met zelfregulering. De bestaande wetgeving aangevuld met zelfregulering is weergegeven in Figuur 6.1.

Figuur 6.1 Bestaande wetgeving aangevuld met verschillende zelfreguleringsinstrumenten



Bron: SEO Economisch Onderzoek

De open normen uit het burgerlijk recht kunnen worden ingevuld door een gedragscode. Hierdoor ontstaat meer duidelijkheid over wat wel en niet oneerlijke handelspraktijken zijn. Vervolgens kan bij een neutrale instantie, een kenniscentrum, vertrouwelijk advies worden ingewonnen door de leverancier. Hierdoor krijgt de leverancier beter zicht op de haalbaarheid van diens klacht. De commissie van wijzen, als onderdeel van het kenniscentrum, kan de klacht behandelen en zelf een uitspraak doen via bindend advies of arbitrage, of als mediator de partijen begeleiden in het vinden van een oplossing. Mocht mediation niet slagen, dan is de stap naar de rechter klein en kan daar een uitspraak worden gedaan over het conflict. Om het afschrikwekkende effect te verhogen kan het kenniscentrum gebruikmaken van *naming & shaming* of juist een voorbeeld stellen door *naming & faming*.

De casuïstiek in de levensmiddelensector

Nu duidelijk is dat bestaande wetgeving en zelfregulering niet voldoende zijn om oneerlijke handelspraktijken op te lossen, is het de vraag of de hierboven beschreven aanvulling met zelfregulering, oneerlijke handelspraktijken door afnemers had voorkomen. Zoals eerder al gezegd doet dit rapport geen uitspraak over of handelspraktijken door supermarkten wel of geen oneerlijke handelspraktijk is.

In een gedragscode, die mede door afnemers ondertekend wordt, kan onder meer worden opgenomen dat gemaakte afspraken niet eenzijdig gewijzigd mogen worden. Als een afnemer zich hier niet aan zou houden, hadden leveranciers een klacht kunnen indienen bij het kenniscentrum. Gezien de media-aandacht die een actie, gericht op meerdere leveranciers van een supermarkt oplevert - zie de berichten naar aanleiding van de actie van Albert Heijn - was het kenniscentrum mogelijk op eigen initiatief al een onderzoek gestart. Bij handelspraktijken die van toepassing zijn op meerdere leveranciers is mediation geen effectief oplossingsmechanisme. Effectiever zou dan zijn om de commissie van wijzen een bindende uitspraak te laten doen of de afnemer de principes uit de gedragscode heeft nageleefd. Zo niet, dan kan de bindend adviseur in zijn uitspraak de supermarkt opleggen de code alsnog na te leven. Door publicatie van de uitspraak of door het publiceren van nalevingsinformatie van afnemers kan de supermarkt imagoschade ervaren. De *naming & shaming* werkt dan sanctionerend.

Literatuur

- Adviespunt klokkenluiders (2012), via www.adviespuntklokkenluiders.nl/over-ons
- Agronoticias (2011), Cataluña pionera en las buenas prácticas comerciales a lo largo de la cadena alimentaria, 1 augustus 2011, via www.agronoticias.es/index.php?option=com_content&view=article&id=4589:cataluna-pionera-en-las-buenas-practicas-comerciales-a-lo-largo-de-la-cadena-alimentaria-&catid=2:general
- Algemene Nederlandse Vereniging van Eierhandelaren, *AgriHolland: 'Leveranciers Albert Heijn en Jumbo moeten betalingskortingen niet accepteren'*, 26-09-2012, via www.anevei.nl/action/news/item/704/agriholland:-%27leveranciers-albert-heijn-en-jumbo-moeten-betalingskortingen-niet-accepteren%27.html?themeid=19&pageid
- Artikel 102 VWEU, via <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12008E102:NL:HTML>.
- Baarsma, B., Koopmans, C.C., Mulder, J., de Nooij, M., Zijderveld, C. (2004), *Goed(koop) geregeld: een kosten-batenanalyse van wetgeving en zelfregulering*, SEO Economisch Onderzoek, in opdracht voor het Ministerie van Economische Zaken, rapportnr. 720.
- Baarsma, B., Felsö, F., Geffen, S. van, Mulder, J. & Oostdijk, A. (2003). *Zelf doen? Inventarisatie van zelfreguleringsinstrumenten. SEO-rapport, 664*. Amsterdam: SEO
- Baarsma, B.E. (2010), *Afwegingskader bij het gebruik van zelfreguleringsinstrumenten*, Tijdschrift voor Toezicht, 1(3), pp. 7-29.
- Bosters, M.W.F. (2008), Artikel 3:305a lid 3 BW. Een noodzakelijk kwaad of een overbodige zekerheid?, 27 november 2008.
- Brief Albert Heijn aan leveranciers, 3 september 2012, Zaandam.
- Brief van de Minister van Economische Zaken (bijlage), d.d. 13 april 2006 (kst-30071-9-b1).
- Brief van de Minister van Economische Zaken d.d. 17 december 2009 met uitkomsten en beleidsvoorstellen n.a.v. het onderzoek naar inkoopmacht (32 123-XIII, nr. 46).
- Brief van de Minister van Economische Zaken d.d. 17 december 2009 (32 123 XIII).
- Brief van de Minister van Economische Zaken d.d. 7 oktober 2010 (32 500 XIII).
- Brief van de Minister van Economische Zaken aan de Eerste Kamer d.d. 23 november 2012 (31 531), 2012-2013.

Brief van de Minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer, Vervolg eerlijke handelspraktijken, d.d. 23 november 2012.

Brief van Minister van Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer d.d. 26 juni 2012 (33 126).

British Institute of international and comparative law (2012), Models of Enforcement in Europe for Relations in the Food Supply Chain, 23 april 2012

Bundeskartellamt, Act against restraints of competition, via www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/GWB/110120_GWB_7_Novelle_E.pdf.

C1000 (2012), Omzet C1000 groeit 8,5% naar 4 miljard euro, 11 januari 2012 via www.c1000.nl/over-c1000/nieuws---pers/nieuws---persberichten/2012/01/omzet-c1000-groeit.aspx

Case C-62/86, AKZO Chemie BV v. Commission [1991] ECR I-3359, para. 60.

Case T-219/99, British Airways plc v. Commission [2003] ECR II-5917.

CMS Cameron McKenna (2012) The Groceries Supply Code of Practice – an overview.

Code of Commerce, via www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379.

Combrink-Kuiters, C., M. van Gammeren-Zoetewij en S.L. Peters (2011), *Monitor Gesubsidieerde Rechtsbijstand 2010*, Den Haag: WODC.

Comisión nacional de la competencia (2011), Trabajando por la Competencia.

Corvers (2012), Instelling Commissie van Aanbestedingsexperts bij invoering van de Aanbestedingswet 2012, 20 november 2012, via www.corvers.nl/nl/nieuws/instelling-commissie-van-aanbestedingsexperts-bij-invoering-van-de-aanbestedingswet-2012/.

De Geschillencommissie (2011). De procedure. Zo is de gang van zaken. Via www.degeschillencommissie.nl/klacht-indienen/de-procedure

De Nederlandse Wet collectieve afwikkeling massaschade, Richtlijn, 24 juni 2008. Via www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/richtlijnen/2008/06/24/de-nederlandse-wet-collectieve-afwikkeling-massaschade.html.

Distrifood (2012a) Marktaandelen, via www.distrifood.nl/Service/Marktaandelen/.

Distrifood (2012b), Omzet Albert Heijn groeit 4,2 procent, 19 jan 2012 via www.distrifood.nl/Formules/Algemeen/2012/1/Omzet-Albert-Heijn-groeit-42-procent-DIS141881W/

- Distrifood* (2012c), AH maakt excuses voor 2 procentsbrief, 19 oktober 2012, via www.distrifood.nl/Formules/Algemeen/2012/10/AH-maakt-excuses-voor-2-procentsbrief-1088579W/.
- EIM (2009) *De aard en omvang van inkoopmacht; Onderzoek naar de perceptie van leveranciers*, Van der Zeijden, Pleijsters, Van Essen & Snoei.
- European Commissie, (2012). Press release Improving the functioning of the food supply chain, 5 december 2012.
- Europese Commissie (2011), Vertical relationships in the Food Supply Chain: Principles of Good Practice, 29 november 2011, via http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/food/files/competitiveness/good_practices_en.pdf.
- European Retail Round Table (ERRT). Our members, via www.errt.org/our-members.
- FD (2012), Albert Heijn laat fabrikant betalen voor eigen expansie. 11 september 2012.
- FD (2012), Albert Heijn zet zijn leveranciers na excuses alsnog voor het blok. 3 december 2012.
- Gabinete de planeamento e politicas (2011), Despacho n.º 15480/2011, de 15 de novembro. Via www.gpp.pt/Parca/
- Gedragcode voor faire relaties tussen aanbieders en kopers in de agro-voedingsketen. Brussel, 20 mei 2010.
- Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht*, Kluwer, 2007, pag. 8-9.
- Global Competition Review in association with Vogel & Vogel (2011), The European Antitrust Review: france: abuse of dominance, via www.vogel-vogel.com/sites/vogel-vogel/files/France%20Abuse%20of%20Dominance%20-%20GCR%202011.pdf.
- Groceries Code Adjudicator Bill (HL) House of Commons, Bill 113, 18 december 2012
- Hoofdbedrijfschap Detailhandel, Feiten & Cijfers via www.hbd.nl/pages/14/Bestedingen-en-marktaandelen/Supermarkten.html?branche_id=30&hoofdonderwerp_id=14.
- HR 2 november 1979, NJ 1980, 429 (*Brandwijk/Brandwijk*).
- International Comparative Legal Guides (2009a), Dominance, via www.iclg.co.uk/practice-areas/dominance/dominance-2009/france.
- International Comparative Legal Guides (2009b), Dominance, via www.iclg.co.uk/practice-areas/dominance/dominance-2009/italy.
- Jumbo (2012), Feiten, cijfers en onderscheidingen, via www.jumbosupermarkten.nl/hrhomepage/over-jumbo/feiten-en-cijfers/

- Kamervragen vergaderjaar 2012-2013, Aanghangsel van de Handelingen, nr 438.
- Landes, W. M. and Posner, R. A. (1979). "Adjudication as a private good." *Journal of Legal Studies* 8: 235.
- Laurila, H. (2012) Stricter rules proposed for daily consumer goods retail sector, International law office, September 27 2012.
- Law no. 192 of 18 June 1998, (Article 9 - Abuse of economic dependence) Rules on subcontracting in manufacturing activities, Italian Competition Authority, www.agcm.it/en/comp/1970-law-no-192-of-18-june-1998-article-9-abuse-of-economic-dependence-rules-on-subcontracting-in-manufacturing-activities.html.
- Memelink, P. (2009), *De verkeersopvatting*, Doctoral thesis, 2009-02-05, Boom Juridische uitgevers
Section of Civil Law Studies and Civil Procedural Law Studies, Faculty of law, Leiden University.
- Ministère de l'économie des finances et de l'industrie & Mediateur des relations inter-entreprises industrielles et le sous-traitance. Guide for the quality of client-supplier contractual relations via www.mediateur.industrie.gouv.fr.
- MKB Service (2012) Ook Jumbo eist korting van leveranciers, via www.mkb servicedesk.nl/6590/ook-jumbo-eist-korting-leveranciers.htm.
- Mondaq (2012), Finland: 30% Limit Proposed In The Finnish Retail Sector To Determine Dominant Position, 15 november 2012, via www.mondaq.com/x/206558/Antitrust+Competition/30+Limit+Proposed+I.
- Motie Dijkema, 8-11 2011, 33 000 XIII, nr. 14.
- Nevi, Niet-nakoming van overeenkomsten: toerekenbaar tekortschieten (wanprestatie), via www.nevi.nl/sites/default/files/kennisdocument/INP-CON-kre-034-bl.pdf.
- NMa (2012a), Een besluitaanvraag indienen, via www.nma.nl/het_werk_van_de_nma/kartels/tip_ons/een_besluitaanvraag_indienen/default.aspx.
- NMa (2012b), Misbruik van een dominante positie, via www.nma.nl/het_werk_van_de_nma/Misbruik_van_een_dominante_positie/default.aspx.
- NMa besluit 7432 Ahold – Jumbo Activa, 26 juli 2012.
- Noll, R. van der, B. Baarsma, N. Rosenboom, J. van der Voort, with contributions from: W. VerLoren van Themaat and Henk-Jaap Albers (both Houthoff Buruma) and Maarten Pieter Schinkel (University of Amsterdam) (2012). *An international comparison of the abuse of dominance provision: Comparing the number of cases in the Netherlands with ten other jurisdictions*.

- SEO-rapportnr. 2011-63. Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek, 2011. Commissioned by the Ministry of Economic Affairs, Agriculture and Innovation (EL&I).
- NRC (2012), Albert Heijn komt terug van eenzijdige korting leveranciers. 15 september 2012.
- O'Connor, B. (2012), New rules for business-to-business contracts in the food and agricultural sector in Italy, november 2012.
- Parliament of the Czech Republic (2009): Act on Significant Market Power in the Sale of Agricultural and Food Products and the Abuse thereof. Act No. 395/2009, 9 september 2009. www.compet.cz/fileadmin/user_upload/Legislativa/legislativa_EN/2009_395_EN.pdf.
- PIMEC (2012), PIMEC Agroalimentària firma el Còdigo de Buenas Pràcticas Comerciales a lo largo de la Cadena Alimentaria y participa en la Comisiòn Paritaria, 18 december 2012, via <http://web.pimec.org/es/actualitat/noticies/pimec-agroalimentaria-firma-el-codigo-de-buenas-practicas-comerciales-a-lo-largo-de-la-cadena-alimentaria-y-participa-en-la-comision-paritaria>
- Plenaire vergadering Tweede Kamer, 5e vergadering, 26 september 2012 via www.tweedekamer.nl/kamerstukken/verslagen/verslag.jsp?vj=2012-2013&nr=5.
- Portugese Mededingingsautoriteit (2010), Final Report on Commercial Relations Between the Large Retail Groups and their Suppliers, oktober 2010, via www.concorrenca.pt/SiteCollectionDocuments/Estudos_e_Publicacoes/Outros/AdC_Relatorio_Final_Distribuicao_Fornecedores_Outubro_2010_en.pdf.
- Portugese Mededingingswet. Law No 19/2012 van 8 mei 2012.
- Reclame Code Commissie, via www.reclamecode.nl/adverteerder/default.asp?paginaID=0.
- Richtlijn 2011/7/EU van het Europees Parlement en de Raad van 23 februari 2011 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties (PbEU L48/1).
- Stolp, M.M., Vermogensrecht (losbl.), art. 44 lid 4, aantekening 17-18.
- Tisco (2012) *Eerlijk, scherp en betrouwbaar*. Barendrecht, Van Doorn, de Hoon, Van Zeeland.
- Trouw (2012), Albert Heijn komt terug van eenzijdige korting leveranciers. 15 september 2012.
- Tweede Kamer (2011), Vragen en antwoorden, 24 mei 2011, 32 266, prijsvorming in de agrotuinketen.
- Tweede Kamer, Handelingen II 2012/13, 26 september 2012. nr. 5, item 6, blz. 42-44.
- Van Doorn, C.J.M., de Hoon M.W. & Liauw-a-Joe, J. (2012), Oneerlijke handelspraktijken tussen ondernemers: het juridisch kader. Bijlage bij het TISCO-rapport 'Eerlijk, scherp en betrouwbaar. Een interactieve verkenning naar ijkpunten voor eerlijk zakendoen en effectieve conflictoplossing'.

Verheij A.J. (2005) Monografieën privaatrecht 4. Onrechtmatige daad. Kluwer.

Verordening 1/2003, 16 december 2002, artikel 3, lid 2.

Vlaams Infocentrum Land- en Tuinbouw (2012). Vanthemsche verdedigt overlegmodel agrov voedingsketen, 11 juni 2012, via www.vilt.be/Vanthemsche_verdedigt_overlegmodel_agrovoedingsketen?print=1.

Volkskrant (2012), Albert Heijn eist extra korting van leveranciers. 11 september 2012.

Wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en enkele andere wetten in verband met de implementatie van Richtlijn 2011/7/EU.

Gesprekspartners

Voor dit onderzoek is gesproken met de volgende personen. Zij zijn niet verantwoordelijk voor de inhoud van het rapport. Deze verantwoordelijkheid ligt bij de auteurs.

- Maurits Barendrecht, Hiil – Tisco (Universiteit van Tilburg)
- Murk Boerstra, Federatie Nederlandse Levensmiddelen Industrie (FNLI)
- Weijer VerLoren van Themaat, Houthoff



seo economisch onderzoek

Roetersstraat 29 . 1018 WB Amsterdam . T (+31) 20 525 16 30 . F (+31) 20 525 16 86 . www.seo.nl