

Handelspraktijken van supermarkten tegenover leveranciers

W.H. van Boom

In: Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken 2018/6, p. 277-283 (originele paginanummers tussen [haken])

Deze bijdrage schetst de ontwikkeling van zelfregulering naar Europese regels op het vlak van handelspraktijken in de levensmiddelenbranche. Hoewel in ons land lange tijd werd vertrouwd op het zelfregulerende vermogen van supermarkten en leveranciers, lijkt het erop dat er binnenkort een Europese richtlijn komt die business-to-business handelspraktijken in deze branche zal reguleren. Hoe gaan de regels eruitzien en hoe zullen ze worden ingepast in het Nederlandse recht?

1. Inleiding

[277] In Nederland wordt de detailhandel in voedsel beheerst door een kleine groep van supermarktketens. Deze ketens zijn onderling sterk concurrerend en hebben elk tegenover leveranciers een zekere marktmacht. Die macht is ontstaan door een cyclus van concurrentie, innovatie, groei en concentratie. De schaalvoordelen van dit soort grote ketens voor consumenten, zoals de mogelijkheid om lage inkooprijzen te bedingen bij hun toeleveranciers, hebben een schaduwzijde: deze toeleveranciers staan constant onder druk om tegen lagere prijzen te leveren. Die druk mogen zij niet wegnemen door bijv. prijskartels te vormen: producenten van landbouwproducten moeten zélf hun prijzen individueel vaststellen.¹ Voor de consument is die inkoopmacht van supermarkten goed zolang concurrentie tussen supermarkten dwingt deze voordelen door te geven aan de consument. Voor toeleveranciers is het minder prettig.² Een toeleverancier zal zekerheid willen door middel van een zekere looptijd van overeenkomsten en liefst ook een vaste of voorspelbare prijs. Supermarktketens proberen soms, zo wordt wel geklaagd, een lopende overeenkomst open te breken om de prijs, betalingstermijnen of andere voorwaarden te heronderhandelen.³ Ingewikkeld bij dit soort praktijken is dat een toeleverancier misschien juridisch gezien sterk staat en naar de rechter zou kunnen gaan om nakoming van de overeenkomst te eisen, maar feitelijk zijn positie veel minder sterk is omdat er maar weinig alternatieve afnemers zijn (oligopsonie) en ze *allemaal* de kosten willen drukken en risico's verplaatsen naar de economisch zwakkere wederpartij. De zaak juridisch hoog opspelen levert dan op de lange termijn weinig op.

Als we ervan uitgaan dat het probleem maatschappelijk gezien groot genoeg is om een oplossing te rechtvaardigen, wat is dan de beste manier? In die Europese landen waar het geschetste probleem als een economisch probleem van overmatige marktmacht wordt gezien,

¹ Zie bijv. de beboeting in 2012 van het 'zilveruienkartel' door de ACM (boetebesluit 25 mei 2012 (6964-1/230), werd door het CBb (CBb 24 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:56) in stand gelaten. Over wat leveranciers mededingingsrechtelijk wél mogen qua samenwerking, zie het rapport 'Positie primaire producent in de keten – samenwerking en prijsvorming' (Universiteit Wageningen 2018), p. 44 e.v.

² Zie over inkoopmacht bijv. Visiedocument Inkoopmacht (NMa 2004); OECD Roundtable Monopsony and Buyer Power (OECD 2008).

³ Voor een analyse van de problematiek zie bijv. M.W. de Hoon & C.J.M. van Doorn, 'Inkoopmacht in de supermarktbranche: het civielrechtelijk perspectief', *NTBR* 2013/6, p. 223 e.v.

zijn de oplossingen uiteenlopend.⁴ Zo is er in Groot-Brittannië eerst gepoogd om met zelfregulering de kwestie op te lossen. Dat leverde te weinig resultaten op.⁵ Daarom kent men daar sinds 2009 de bindende *Groceries Supply Code of Practice*. Deze ‘Groceries Code’ voorziet in een ‘Adjudicator’ (geschillenbeslechter) als toezichthouder, een en ander onder de verantwoordelijkheid van de Rijksoverheid.⁶

Ook in ons land wordt al enkele jaren door leveranciers en hun brancheorganisaties geprobeerd om recht en politiek te activeren opdat leveranciers een betere bescherming tegen deze handelspraktijken verkrijgen. Daartoe is onder meer het pad van zelfregulering bewandeld, maar of van een succes kan worden gesproken is nauwelijks vast te stellen. Intussen is in het voorjaar van 2018 een voorstel voor een Europese richtlijn over het onderwerp gepubliceerd.⁷ Als die richtlijn tot stand komt, zal een nieuwe fase aanbreken. Tegen deze achtergrond geeft deze bijdrage een overzicht van de pogingen in ons land om de handelspraktijken van afnemers in de supermarktbranche te reguleren. Daarbij wordt eerst de ontwikkeling van zelfregulering op nationaal en Europees niveau geschetst (par. 2). Vervolgens wordt de meest recente fase besproken, te weten de introductie van een voorstel voor een Europese richtlijn (par. 3). Het voorstel wordt op hoofdlijnen besproken (par. 4-6) waarna een afsluiting volgt (par. 7).

[277]

2. Geen overheidsinterventie maar zelfregulering

In het verleden zijn verschillende pogingen ondernomen om de supermarktketens tot ander gedrag te bewegen, niet zozeer rechtstreeks met civielrechtelijke procedures maar indirect via klachten bij mededingingsautoriteit NMa en later ACM en via politieke druk door ministeries, parlement en media. In 2005 onderzocht de NMa of het gedrag valt onder misbruik van economische machtspositie (art. 102 VWEU, art. 24 Mw). Dat leverde niets op: omdat supermarkten zélf sterk met elkaar concurreren, geven zij de voordelen die zij behalen uit het uitoefenen van druk op hun toeleveranciers, door aan hun afnemers.⁸ Verschillende latere onderzoeken op deelmarkten wezen in dezelfde richting.⁹

Niettemin voelen met name aanbieders van *landbouwproducten* zich al langere tijd klemgezet: zij mogen onderling geen prijskartel sluiten om zo weerwerk te bieden aan de supermarkten, terwijl die supermarkten wel constant de duimschroeven aandraaien. Een van de alternatieve wegen die daarom is bewandeld, is het stimuleren van *zelfregulering* binnen de betreffende branches. Het Ministerie van Economische Zaken liet zich in 2013 voorlichten door een extern onderzoeksrapport dat concludeerde dat vermogensrecht en mededingingsrecht onvoldoende soelaas boden en dat zelfregulering door middel van een

⁴ Zie het overzicht bij M. Bruni e.a., *Monitoring of the implementation of principles of good practice in vertical relationships in the food supply chain – Final report* (commissioned by the European Commission), Brussels: Arete/European Commission 2016, p. 56 e.v.

⁵ Over de vergelijking tussen de Nederlandse en Engelse marktstandigheden bijv. M.W. de Hoon, ‘Van fictie naar feiten – Een evidence-based aanpak van inkoopmacht’, in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie – Handboek empirie en privaatrecht*, Den Haag: BJu 2013, p. 311 e.v.

⁶ www.gov.uk/government/organisations/groceries-code-adjudicator. De *Groceries Code* is bindend voor supermarkten op grond van een zgn. ‘Order’ van de Competition Commission op grond van s. 138 Enterprise Act en ss. 161, 164 en Schedule 8 van de Enterprise Act 2002.

⁷ Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake oneerlijke handelspraktijken in de relaties tussen ondernemingen in de voedselvoorzieningsketen d.d. 12 april 2018, COM(2018)173 final.

⁸ Brief d.d. 23 juni 2005 van Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) 2005 ‘Prijzenslag supermarkten’ aan Minister van Economische Zaken; *Kamerstukken II* 2004/05, 29800 XIII, 86.

⁹ Rapport ‘Prijsvorming in de agri-food sector’ (NMa 2009), te vinden op www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/5331/NMa-maakt-prijsvorming-voedselketen-transparant; Rapport ‘Prijsvorming van voedsel: ontwikkelingen van prijzen in acht Nederlandse ketens van versproducten’ (LEI Wageningen 2014), te vinden op www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13680/Prijsvorming-van-voedsel. Vgl. ook Rapport ‘Positie primaire producent in de keten – samenwerking en prijsvorming’ (Universiteit Wageningen 2018).

gedragscode een nuttige aanvulling zou kunnen opleveren.¹⁰ Het is natuurlijk altijd fijn als ondernemingen zich uit vrije wil netjes gedragen en er geen wetgevend ingrijpen nodig is. Daarom werd van de zijde van het ministerie aangemoedigd dat er ‘pilots’ zouden worden uitgevoerd met gedragscodes, onder meer in de branche ‘agrifood’. Er kwam een ‘stuurgroep’ met vertegenwoordigers van de meest betrokken branches.¹¹ De supermarktbranche werd vertegenwoordigd door het Centraal Bureau Levensmiddelenhandel (CBL), de grote toeleverancier door de Federatie Nederlandse Levensmiddelenindustrie (FNLI) en de agrarische toeleveranciers door Land- en Tuinbouworganisatie Nederland (LTO Nederland). De stuurgroep wist een gedragscode op te stellen: de Gedragscode Eerlijke Handelspraktijken Agrofood. De beginselen waarop de gedragscode is gebaseerd, komen hierop neer:

‘SCHRIFTELIJKE OVEREENKOMSTEN: overeenkomsten worden schriftelijk aangegaan, tenzij dit niet mogelijk is of indien mondelinge overeenkomsten wederzijds aanvaardbaar zijn. Zij dienen duidelijk en transparant te zijn en zo veel mogelijk relevante en voorzienbare bepalingen te omvatten, ook ten aanzien van de rechten en de wijze van beëindiging.

VOORSPELBAARHEID: eenzijdige wijziging van de contractvoorwaarden is alleen toegestaan als die mogelijkheid en de bijbehorende omstandigheden en voorwaarden van tevoren zijn overeengekomen. In de overeenkomst moet worden aangegeven hoe de partijen mogelijke wijzigingen bespreken die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de overeenkomst of die het gevolg zijn van onvoorziene omstandigheden, zoals bepaald in de overeenkomst.

NALEVING: afspraken moeten worden nagekomen.

INFORMATIE: bij de uitwisseling van informatie moeten de mededingingswetgeving en andere toepasselijke wetten strikt worden nageleefd en moeten de partijen er binnen de grenzen van het redelijke zorg voor dragen dat de verstrekte informatie juist en niet misleidend is.

GEHEIMHOUDING: de geheimhouding van informatie moet worden geëerbiedigd, tenzij de informatie al openbaar is of onafhankelijk op rechtmatige wijze en te goeder trouw door de ontvangende partij is verkregen. Vertrouwelijke informatie wordt uitsluitend door de ontvangende partij gebruikt voor de doelstelling waarvoor de informatie is verstrekt.

VERANTWOORDELIJKHEID VOOR RISICO: alle overeenkomst-sluitende partijen in de toeleveringsketen dragen hun eigen passende ondernemersrisico’s.

GERECHTVAARDIGD VERZOEK: overeenkomst-sluitende partijen gebruiken geen dreigementen om een ongerechtvaardigd voordeel te behalen of ongerechtvaardigde kosten af te wentelen.’¹²

De gedragscode bepaalt dat klachten over schendingen bij de stuurgroep kunnen worden ingediend. Die klachten kwamen er niet. Wat de oorzaak van het uitblijven van klachten was, is nooit deugdelijk onderzocht.¹³ Denkbaar is dat er eigenlijk nooit echte klachten waren, dat niemand klachten durft te uiten of dat het invoeren van de gedragscode tot gedragsverbetering heeft geleid. Wie het weet, mag het zeggen. Zonder effectiviteitsonderzoek kan men geen causaal verband vermoeden tussen het invoeren van de code en het uitblijven van klachten; toch stelden de betrokken belanghebbenden zich in 2016 op het standpunt dat de gedragscode een louterende werking [279] had gehad.¹⁴ Het ministerie stelde zich op het standpunt dat daarmee de operatie was geslaagd.¹⁵

¹⁰ J.M. Barendrecht e.a., Eerlijk, scherp en betrouwbaar – een interactieve verkenning naar ijkpunten voor eerlijk zaken doen en effectieve conflictoplossing, Tilburg: TISCO 2012, p. 1 e.v.; B. Baarsma & N. Rosenboom, Oneerlijke handelspraktijken. Voldoet bestaande (zelf)regulering?, Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek 2013, p. 1 e.v.

¹¹ Zo is er een branchecode voor ondernemingen in de ‘sector mode, textiel en schoeisel’ (eerlijkehandelspraktijk.nl), die gebondenheid aan eenmaal gesloten overeenkomsten centraal stelt en die geschilbeslechting via arbitrage mogelijk maakt. Deze gedragscode is weinig succesvol gebleken, aldus C.M. Van der Heide, C.P.A. van Wagenberg & L.O. Judge, *Gedragscode eerlijke handelspraktijken – Quick-scanevaluatie*, Wageningen: LEI Wageningen UR 2016, p. 1 e.v.

¹² Handleiding Gedragscode Eerlijke Handelspraktijken Agrofood.

¹³ Achteraf gezien moet worden geconstateerd dat de nulmeting, de situatie van vóór de gedragscode, ook slechts anekdotisch bewijs betrof.

¹⁴ C.M. Van der Heide, C.P.A. van Wagenberg & L.O. Judge, *Gedragscode eerlijke handelspraktijken – Quick-scanevaluatie*, Wageningen: LEI Wageningen UR 2016, p. 1 e.v.; zie ook *Kamerstukken II 2014/15, 22112, 1498* (Brief Minister van Economische Zaken). Vgl. ook de weinig harde conclusies over effecten van de verschillende zelfreguleringscodes bij M. Bruni e.a., *Monitoring of the implementation of principles of good practice in vertical relationships in the food supply chain – Final report (commissioned by the European Commission)*, Brussels: Arête/European Commission 2016, p. 225 e.v.

¹⁵ In 2016 werd in een Kamermotie wederom aandacht gevraagd voor ‘het probleem’ (*Kamerstukken II 2014/15, 28973, 174* (motie-Van Gerven)). Het antwoord van de Minister van Economische Zaken was simpel: er is een wettelijk kader, er is een gedragscode en onderzoek

Inmiddels was er in 2013 ook op Europees niveau een gedragscode ontstaan, onder de titel ‘Beginselen van goede praktijken voor Verticale relaties in de voedselvoorzieningsketen’ van het door de EU gesteunde *Supply Chain Initiative* (SCI). De uitgangspunten komen in grote lijnen op hetzelfde neer als bij de Nederlandse gedragscode.¹⁶ De SCI-gedragscode omvat ‘beginselen van goede praktijken en een lijst van voorbeelden van eerlijke en oneerlijke praktijken in verticale handelsrelaties’. Deze beginselen zijn nogal evident, net als de beginselen die we aantreffen in de Nederlandse versie. Een beleidsevaluatie door de EC leerde in elk geval dat het niet eenvoudig is om harde conclusies te trekken over de effecten en effectiviteit van deze vorm van zelfregulering.¹⁷

3. Naar een Europese richtlijn?

De Europese Commissie keek enige tijd de kat uit de boom. Na onder meer een Groenboek (2013),¹⁸ waarmee ervaringen werden verzameld, constateerde de Commissie dat de wettelijke kaders erg verschillen: sommige lidstaten hadden regels die oneerlijk handelspraktijken tussen ondernemers verbieden, andere niet. De beschikbare handhavingsinstrumenten en het handhavingsniveau verschilden ook. Tegen die achtergrond leek de Commissie in 2014 het zelfreguleringsinitiatief van de SCI-gedragscode een kans te gunnen: het werd als een belangrijke stap in de strijd tegen oneerlijke handelspraktijken gezien en als een hoeksteen voor billijke en duurzame handel.¹⁹

Het onderwerp wilde echter maar niet van de politieke agenda verdwijnen. Het Europees Parlement nam in 2016 een resolutie aan waarin de Commissie werd opgeroepen om een voorstel in te dienen dat de onevenwichtige verhoudingen in de voedselvoorzieningsketen uit de zelfregulerings sfeer zou weghalen en juist in de richting van ‘oneerlijke handelspraktijken’ zou duwen.²⁰ Aan die resolutie was een rapport van de Commissie voorafgegaan (2016), dat overigens was uitgelokt door klachten van een aantal Oost-Europese landbouwministers over de druk die supermarkten inmiddels wisten uit te oefenen op landbouwers als gevolg van ingestorte zuivelprijzen. Het rapport inventariseert de verschillen in rechtsbescherming in de verschillende lidstaten, schetst een aantal oplossingsrichtingen én geeft een overzicht van de voordelen en tekortkomingen van de SCI-gedragscode.²¹ Dat had een teken aan de wand moeten zijn: de druk op de belanghebbenden bij dit zelfreguleringsinstrument werd opgevoerd.

In het voorjaar van 2018 werden in Nederland bijvoorbeeld indringende Kamervragen gesteld over de praktijk van het eenzijdig wijzigen van de betaaltermijnen van 30 naar 60 dagen en andere misstanden. Kamerleden wilden het zoveelste onderzoek naar dit soort handelspraktijken.²² De regering antwoordde kort gezegd dat eerlijke handelspraktijken belangrijk zijn en dat leveranciers behoefte hebben aan vlotte betaling, maar ook dat er

wijst niet uit dat er werkelijk grote problemen zijn (Brief Minister Economische Zaken 12 mei 2016, *Kamerstukken II* 2015/16, 28973, 178).

¹⁶ Zie www.supplychaininitiative.eu.

¹⁷ M. Bruni e.a., *Monitoring of the implementation of principles of good practice in vertical relationships in the food supply chain – Final report* (commissioned by the European Commission), Brussels: Arete/European Commission 2016, p. 225 e.v.

¹⁸ Groenboek van 31 januari 2013 inzake oneerlijke handelspraktijken in de food- en non-foodtoeleveringsketen tussen ondernemingen in Europa, COM(2013)37.

¹⁹ Groenboek, p. 11; Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio's – Bestrijding van oneerlijke handelspraktijken tussen ondernemingen in de Voedselvoorzieningsketen, COM(2014)472 final.

²⁰ Resolutie Europees Parlement 7 juni 2016 over oneerlijke handelspraktijken in de voedselvoorzieningsketen (2015/2065 (INI)).

²¹ Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad over oneerlijke handelspraktijken tussen ondernemingen in de voedselvoorzieningsketen, COM(2016)32 final.

²² Zie bijv. ook ‘Leveranciers draaien op voor groei supermarkten’, *FD* 10 april 2018 en ‘Kamer kritisch op supermarkten’, *FD* 11 april 2018.

eigenlijk geen echte bewijzen voor oneerlijke praktijken waren.²³ Hoewel de Nederlandse regering dus voorzichtig bleef, sloeg op Europees niveau de stemming echter om. In 2018 publiceerde de Europese Commissie een voorstel voor een richtlijn die kleinere actoren in de voedselvoorzieningsketen moet beschermen tegen grotere actoren.²⁴ De vrijwillige SCI-gedragscode werd daarmee min of meer failliet verklaard.²⁵

4. Het voorstel voor een richtlijn

Het voorstel keert zich tegen specifieke oneerlijke handelspraktijken van afnemers tegenover leveranciers. Hoewel het toepassingsbereik van de voorgestelde richtlijn zich lijkt te beperken tot ‘de verkoop van voedingsproducten door een leverancier die een kleine en middelgrote [280] onderneming is, aan een afnemer die niet een kleine en middelgrote onderneming is’,²⁶ blijkt dit niet uit de gebruikte definities. ‘Afnemer’ wordt namelijk kort gezegd gedefinieerd als iedere persoon of groepering van personen die in het kader van een handelstransactie voedingsproducten koopt, terwijl ‘leverancier’ elke persoon is die landbouwproducten of voedingsproducten verkoopt, inclusief coöperaties, unies en organisaties. ‘Voedingsproducten’ zijn de zaken die bestemd zijn om te worden gebruikt als levensmiddel.²⁷

De kern is gelezen in art. 3 lid 1, dat de lidstaten opdraagt om een verbod in te voeren op een aantal handelspraktijken die worden bedreven door afnemers tegenover leveranciers van voedingsproducten. Ik noem die gemakshalve de praktijken van de ‘zwarte lijst’:

- Een afnemer die een leverancier van bederfelijke voedingsproducten betaalt meer dan dertig kalenderdagen na ontvangst van de factuur van de leverancier, of meer dan dertig kalenderdagen na de datum waarop de bederfelijke voedingsproducten zijn geleverd, als dat later is.²⁸
- Annulering op onredelijk korte termijn door de afnemer van een bestelling van bederfelijke voedingsproducten.
- Eenzijdig en met terugwerkende kracht wijzigen van de leveringsovereenkomst wat betreft frequentie van levering, tijdstippen, volume, kwaliteit of prijs.
- De leverancier laten meebetalen aan verspilling door/bij de afnemer.

In art. 3 lid 2 wordt een aantal handelspraktijken verboden indien zij niet op duidelijke en ondubbelzinnige wijze zijn overeengekomen bij het sluiten van de leveringsovereenkomst. Ik noem dat gemakshalve de ‘grijze lijst’:

- Het recht van retour voor onverkochte voedingsproducten.
- Het bedingen van vergoeding door de afnemer voor opslag, uitstalling of opname in het

²³ Aanhangsel Handelingen II 2017/18, 2414; Aanhangsel Handelingen II 2017/18, 2415.

²⁴ Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake oneerlijke handelspraktijken in de relaties tussen ondernemingen in de voedselvoorzieningsketen d.d. 12 april 2018, COM(2018)173 final.

²⁵ COM(2018)173 final, p. 3.

²⁶ Art. 1 lid 2 ontwerp-richtlijn; art. 2 definieert overigens ook de ‘kleine en middelgrote onderneming’ (kmo), maar die definitie lijkt verder niet relevant in de tekst van de voorgestelde richtlijn. De tekst van het ontwerp is met andere woorden, niet waterdicht. Overigens is denkbaar dat het werkingsbereik van de uiteindelijke richtlijn niet beperkt blijft tot de bescherming van kmo’s tegenover machtige inkopers. Zie H. Schebesta e.a., ‘Unfair Trading Practices in the Food Chain: Regulating Right?’, *Wageningen Working Papers in Law and Governance* 2018, p. 4-5.

²⁷ Zie art. 2 ontwerp-richtlijn.

²⁸ Art. 3 lid 1 ontwerp-richtlijn. Dit verbod mag geen afbreuk doen aan de remedies tegen betalingsachterstand als bedoeld in Richtlijn 2011/7/EU (betalingsachterstanden bij handelstransacties). Het verbod staat niet in de weg aan clausules betreffende margeverdeling als bedoeld in art. 172bis Verordening (EU) 1308/2013.

assortiment.

- Het moeten meebetalen aan de promotie van voedingsproducten en het niet tijdig aankondigen van promotieacties.
- Het moeten meebetalen aan marketingactiviteiten van de afnemer.²⁹

De zwarte en grijze lijst betreffen handelspraktijken. Dat begrip kan zowel contractuele praktijken betreffen, zoals het bedingen van bepaalde contractvoorwaarden, als buitencontractuele praktijken, zoals het openbreken van lopende contracten. Een supermarkt die bijvoorbeeld een lopend contract openbreekt en alsnog een lagere prijs bedingt, zonder dat daartoe een bevoegdheid in het bestaande contract aanwezig was, pleegt namelijk een handelspraktijk die niet contractueel is overeengekomen; het is gewoon wanprestatie volgens het wél overeengekomen contract.

Het verbod van art. 3 is van dwingend recht en van openbare orde, zo lees ik art. 3 lid 4:

'De lidstaten zorgen ervoor dat de in de leden 1 en 2 vastgestelde verbodsbepalingen bepalingen van bijzonder dwingend recht vormen die gelden voor elke situatie binnen de toepassingsfeer van de bepalingen, ongeacht het recht dat anders van toepassing zou zijn op de leveringsovereenkomst tussen de partijen.'

Met die laatste zinsnede wordt niet alleen voorkomen dat de afnemer rechtskeuze afdwingt voor het recht van een land buiten de EU, maar ook dat niet-EU-leveranciers minder gunstig zouden worden behandeld (mede ter voorkoming van een oneven speelveld voor Europese leveranciers, lijkt mij).³⁰

Naast de inhoudelijke normering van art. 3, bevat het voorstel een klachtprocedure bij de aangewezen handhavingsautoriteit; deze autoriteit moet alle gangbare middelen hebben om te informeren, te onderzoeken, te handhaven (en te publiceren) en zo nodig te beboeten.

5. Drie aspecten uitgelicht

Mij vallen drie aspecten op aan het voorstel voor de richtlijn. Allereerst is opmerkelijk dat de richtlijn volgens de Commissie naast de gewone regels van het mededingingsrecht geplaatst kan worden, nu de inkopende supermarkten veelal geen dominante marktpositie hebben en de handelspraktijken dus niet vallen onder het verbod van misbruik van economische machtspositie (art. 102 VWEU, art. 6 Mw). Dat er een rol is voor de Europese Unie in het harmoniseren van het 'handelspraktijkenrecht' ter bescherming van kleine ondernemers, naast de bescherming van consumenten, wordt volgens de Commissie aangetoond door eerdere initiatieven zoals de Richtlijn Betalingsachterstanden (2011/7/EU).³¹ Het begint erop te lijken dat zodoende een apart rechtsgebied ontstaat, naast de b2c-handelspraktijken, dat van de 'oneerlijke mededingingspraktijken' (naar het Duitse 'unlauterer Wettbewerb', 'unfair competition law' zo men wil) in het algemeen. Ook de recente *Wet Acquisitiefraude* en de *Wet bescherming bedrijfsgeheimen* horen in dit [281] rechtsgebied thuis.³² Die ontwikkeling is betrekkelijk nieuw voor ons land, in die zin dat nog niet van een 'echt' coherent rechtsgebied kan worden gesproken. Uiteraard kennen we allang regels inzake misleidende (en later ook:

²⁹ Als een bijdrage wordt gevraagd voor opslag, uitstalling, opname, promotie of marketing, moet een beredeneerde raming worden gegeven (art. 3 lid 3 ontwerprichtlijn).

³⁰ Zie ook de definitie van 'leverancier' in art. 2, dat de leverancier definieert 'ongeacht de plaats van vestiging'.

³¹ De rechtsgrondslag voor de richtlijn wordt vervolgens gevonden in art. 43 VWEU, de ordening van de landbouwmarkten. Zie COM(2018)173 final, p. 4 e.v. Over die grondslag en de vraag of het voorstel niet 'ultra vires' is: H. Schebesta e.a., 'Unfair Trading Practices in the Food Chain: Regulating Right?', *Wageningen Working Papers in Law and Governance* 2018, p. 8 e.v.

³² Wet van 29 maart 2016, *Stb.* 2016, 133 resp. wet van 17 oktober 2018, *Stb.* 2018, 369.

vergelijkende) reclame in het BW, en was er verspreide rechtspraak over ontoelaatbare mededingingsdaden zoals onrechtmatig profiteren van en het ‘aanleunen’ tegen prestaties van anderen,³³ of het uitlokken van wanprestatie.³⁴ Soms werden deze losse delen van het recht wel onder de noemer van ‘economisch privaatrecht’ gebracht, maar afgezien van het feit dat al het vermogensrecht economisch van aard is, had deze noemer nog weinig om het lijf. Misschien staan we nu wel aan de vooravond, zo’n honderd jaar na het sleutelarrest *Lindenbaum/Cohen*, van de vorming van een coherenter rechtsgebied ‘oneerlijke mededingingspraktijken’, dat deels binnen het privaatrecht en deels daarbuiten zal vallen.³⁵ In de tweede plaats is opmerkelijk de broze feitelijke basis voor ingrijpen door de Europese wetgever. De Commissie stelt meermalen voorop dat *alle* belanghebbenden het erover eens zijn dat schadelijke oneerlijke handelspraktijken frequent voorkomen in de voedselvoorzieningsketen,³⁶ terwijl uit het eigen enquêtemateriaal van de Commissie toch een genuanceerder beeld naar voren komt. De detailhandel (dus: de supermarkten) is die mening over het algemeen niet toegedaan.³⁷ Dat enquêtemateriaal toont wel dat leveranciers een aantal grote ergernissen melden, zoals de eenzijdige en retroactieve contractwijziging, lastminuteannuleringen en lange betaaltermijnen (waarbij overigens niet helemaal duidelijk wordt of dit overschrijding van de afgesproken termijn of het bedingen van een lange termijn betreft).³⁸ Voor het overige is de feitelijke basis van het Commissievoorstel broos, terwijl de mededingingsbasis in het geheel lijkt te ontbreken. Nu is die niet nodig waar het gaat om oneerlijke handelspraktijken die geen contractbasis hebben, zoals het eenzijdig uitstellen van betaling ook na de afgesproken opeisbaarheidsdatum of het retroactief verleggen van contractrisico’s. Echter, de zwarte en grijze lijst bevatten ook handelspraktijken die bestaan uit het bedingen van bepaalde contractuele rechten en plichten. De bedongen betaaltermijn is daar een voorbeeld van. Niemand wil graag lang op zijn geld wachten, maar om een dwingendrechtelijke interventie in een partijafpraak te rechtvaardigen, is nodig dat men ofwel marktfalen aantoot ofwel openlijk een sociaal doel wil nastreven. Van marktfalen is bijvoorbeeld sprake als een afnemer een dominante marktpositie misbruikt en van een sociaal doel is bijvoorbeeld sprake als men toeleveranciers wil beschermen tegen onaanvaardbare armoede of ondergang. Bewijs van de aanwezigheid van een van deze rechtvaardigingsgronden is niet overtuigend geleverd.³⁹ Daarmee is niet gezegd dat het bewijs er niet kan zijn voor sommige lidstaten of sommige deelmarkten,⁴⁰ maar wel dat het bewijs daarvan niet heel overtuigend is gepresenteerd. Het vergt in elk geval meer dan de

³³ Zie bijv. HR 27 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AD7158, *NJ* 1987/191 (*Decca*), waarover bijv. T.C.J.A. van Engelen, *Prestatiebescherming en ongeschreven intellectuele eigendomsrechten* (diss. Leiden), Zwolle: Tjeenk Willink 1994, p. 236 e.v.; R.W. de Vrey, *Towards a European Unfair Competition Law – A Clash Between Legal Families*, Leiden: Brill 2005, p. 135 e.v.

³⁴ Zie bijv. L. van Bochove, *Betrokkenheid van derden bij contractbreuk* (diss. Rotterdam), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013.

³⁵ Kamperman Sanders zal zeggen: dit rechtsgebied bestaat allang (en behoeft al enige jaren een omvattende regeling op Europees niveau). Zie bijv. A. Kamperman Sanders, *Unfair competition law: the protection of intellectual and industrial creativity*, Oxford: Clarendon Press 1997 en A. Kamperman Sanders, ‘Unfair competition: complementary or alternative to intellectual property in the EU?’, in: C. Geiger (red.), *Constructing European Intellectual Property Achievements and New Perspectives*, Cheltenham: Edward Elgar 2013, p. 329 e.v.

³⁶ Bijv. COM(2018)173 final, p. 1.

³⁷ Commission Staff Working Document – Stakeholder Consultation – Synopsis Report, SWD(2018)91 final, p. 3. Overigens wordt de respons op deze publieke consultatie gedomineerd door Duitse en Oostenrijkse reacties. Zie ook Commission Staff Working Document – Impact Assessment – Initiative to improve the food supply chain (unfair trading practices) d.d. 12 april 2018, SWD(2018)92 final, p. 82 e.v.

³⁸ Commission Staff Working Document, p. 4; vgl. p. 6. Zie ook de genuanceerde uitkomsten in het rapport ‘Positie primaire producent in de keten – samenwerking en prijsvorming’ (Universiteit Wageningen 2018): een minderheid van de ondernemers rapporteert dat zij te maken hebben met de door hen als oneerlijk ervaren praktijken.

³⁹ In essentie is dit ook wat T. Valletti, de Chief Economist van DG Competition, in voorzichtige bewoordingen duidelijk maakt in zijn notitie ‘Economic impact of unfair trading practices regulations in the food supply chain (DG Competition)’, vakkundig weggestopt achteraan als Annex H van Commission Staff Working Document – Impact Assessment – Initiative to improve the food supply chain (unfair trading practices) d.d. 12 april 2018, SWD(2018)92 final, p. 260 e.v.

⁴⁰ Zie bijv. de verwijzingen naar (enquête)onderzoek in het VK, Spanje en Ierland in Groenboek (COM(2013)37), p. 8.

constatering dat supermarkten lange betaaltermijnen bedingen. De noodzaak voor pan-Europese regels is a fortiori niet overtuigend aangetoond, hoewel men zich kan voorstellen dat als er regels nodig zijn, een gelijk speelveld (althans minimumbescherming) wel zinvol kan zijn.

Wat betreft het ‘gelijk-speelveld’-argument is er bovendien een andere vraag die speelt. Betalingstermijnen langer dan 60 dagen waren al door Richtlijn 2011/7/EU (betalingsachterstanden bij handelstransacties) in de verdachtenbank gezet. De implementatiewetgeving van die richtlijn, meer bepaald art. 6:119a lid 5 BW, staat namelijk weliswaar toe dat een termijn van langer dan 60 dagen wordt bedongen, maar volgens de regering mag dat niet in algemene voorwaarden; die langere termijn moet dus kennelijk expliciet uitonderhandeld zijn.⁴¹ Hiermee worden, zo is de gedachte, partijen gestimuleerd om daadwerkelijk overleg voeren over een voor beide partijen aanvaardbare betaaltermijn en wordt voorkomen dat de schuldenaar met een machtspositie een langere betaaltermijn bedingt om ten koste van zijn schuldeiser extra [282] krediet te verkrijgen.⁴² Wat men ook moge vinden van het idee dat langere betaaltermijnen uitonderhandeld moeten worden, het geldt onder de ontwerprichtlijn niet voor leveranciers van voedselproducten. Zij kunnen altijd een beroep doen op de 30-dagetermijn, terwijl voor de leveranciers van non-food een onderhandelbare termijn van 60 dagen geldt. Misschien is dat verschil gerechtvaardigd voor wat betreft de supermarktbranche, bijvoorbeeld omdat de leveranciers van non-food groter zijn en dus meer onderhandelingsmacht hebben, maar ik durf er mijn hand niet voor in het vuur te steken. Het is dus de vraag wat rechtvaardigt dat bijvoorbeeld leveranciers van non-foodproducten die contracteren met grote bouwmarktketens of meubelwinkels, langer op betaling moeten wachten dan leveranciers van voedselproducten.

Het derde aspect dat ik wil uitlichten, betreft de implementatievraag. Komt het op de implementatievraag aan, dan lijkt mij aannemelijk dat de Nederlandse wetgever – gezien het reeds lang geleden gekozen pad – kiest voor plaatsing in zowel het BW als in een toezichthouderswet.⁴³ Een aparte wet op ‘mededinging en handelspraktijken’ zoals in naburige landen bestaat, kennen we namelijk niet. Wat betreft het privaatrechtelijke deel, behelzen de zwarte en grijze lijst zowel handelspraktijken die contractueel zijn afgesproken als handelspraktijken die gewoon wanprestatie opleveren. Toch verwacht ik dat inpassing zal plaatsvinden in of rondom afdeling 6.3.4 (‘misleidende en vergelijkende reclame’). Het opschrift van die afdeling is sinds 2016 sowieso niet meer accuraat, omdat toen de *Wet Acquisitiefraude* werd ingevoerd.⁴⁴ Die wet voegde aan art. 6:194 BW de huidige leden 2, 3 en 4 toe, waarin kort gezegd het concept van misleidende omissie als bedoeld in art. 6:193d

⁴¹ Zie *Kamerstukken II* 2001/02, 33171, 6, p. 1-2. Aldaar wordt verwezen naar preambule, overweging 28 bij Richtlijn 2011/7/EU (betalingsachterstanden bij handelstransacties) maar op die plaats wordt m.i. niet uitdrukkelijk de eis gesteld dat een langere termijn dan 60 dagen per se buiten algemene voorwaarden moet zijn overeengekomen. Vgl. over de toetsing van langere betaaltermijnen aan art. 6:233 onderdeel a BW in dit verband bijv. B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden* (Recht en Praktijk, deel CA1), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 154; M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: BJu 2018, p. 183.

⁴² *Kamerstukken II* 2001/02, 33171, 6, p. 2. Helemaal sluitend is deze redenering overigens niet: als een inkoper aanzienlijke marktmacht heeft, zal hij ook zonder algemene inkoopvoorwaarden een lange termijn kunnen bedingen. En omgekeerd levert de redenering dat een langere termijn niet in algemene voorwaarden kan worden opgenomen, binnen de definitie van art. 6:231 aanhef en onder a BW een probleem op: ook als de langere betaaltermijn een uitonderhandelde tegenprestatie is voor een hogere prijs, kan heel wel sprake zijn van een algemene voorwaarde in de zin van dat artikel. Beter zou het dus zijn om ‘tenzij in de overeenkomst uitdrukkelijk anders is overeengekomen’ te begrijpen als ‘tenzij afzonderlijk is onderhandeld over de betaaltermijn’.

⁴³ Die laatste wet zou bijv. de Mededingingswet kunnen zijn of de Wet Handhaving Consumentenbescherming; in het eerste geval zou die wet dan een bredere basis krijgen, te weten mededinging én handelspraktijken, en in het tweede geval zou het beschermingsbereik én de titel van die wet verbreed worden. Anders dan bij de zuiver nationaalrechtelijke Wet Acquisitiefraude (wet van 29 maart 2016, *Stb.* 2016, 133) kan de wetgever vermoedelijk niet volstaan met een combinatie van privaatrecht en commuun strafrecht, nu de richtlijn (art. 4) de aanwijzing van een handhavingsautoriteit vereist.

⁴⁴ Wet van 29 maart 2016, *Stb.* 2016, 133.

BW wordt overgenomen voor handelspraktijken tussen ondernemers onderling. Sindsdien betreft afdeling 6.3.4 BW in wezen het bredere thema van ‘oneerlijke mededingingspraktijken’, dus plaatsing aldaar en wijziging van het opschrift van de afdeling zou niet onlogisch zijn. Helemaal gelukkig zou die plaatsing intussen niet zijn, omdat een deel van de zwarte en grijze lijst op algemene-voorwaardenproblematiek ziet en dus beter bij art. 6:233 BW e.v. past, terwijl de 30-dagentermijn beter past bij art. 6:119a lid 5 en 6 BW (betaaltermijn en handelsrente). Anderzijds: het ‘opknippen’ van de richtlijn en implementatie op verschillende plaatsen in het BW is ook niet gelukkig, omdat daarmee de samenhang tussen de bepalingen wellicht uit het oog kan raken.

6. Handhaafbaarheid

Als leveranciers wordt gevraagd naar wat in hun ogen de wenselijke wijze van handhaving is, blijkt uit hun antwoorden dat zij overtuigd zijn dat een rol voor de Europese Unie is weggelegd, dus voor regelgevende interventie met extern toezicht. Afnemers laten echter blijken dat zij overwegend voorstander van zelfregulering zijn.⁴⁵ Het is de eerste route die het voorstel voor de richtlijn kiest. De vraag is wat hier wijsheid is. Anoniem klikken levert voor een handhavingsautoriteit misschien een reden op om onderzoek in te stellen, als men al feiten weet vast te stellen die duiden op een patroon van een bepaalde handelspraktijk. Het is vervolgens de vraag hoe deze autoriteit en de toetsende rechter omgaan met open normen als het overeenkomen op ‘duidelijke en ondubbelzinnige wijze’ of ‘annulering op onredelijk korte termijn’. Ik weet dus niet of direct veel verwacht mag worden van een dergelijke bestuursrechtelijk georiënteerde handhavingsroute. Van de privaatrechtelijke route valt zeker niet veel te verwachten als leveranciers de gang naar de rechter niet durven of willen maken; daarbij zal niet alleen angst voor represailles maar ook gewoon het kostenaspect meespelen, in het licht van de onvoorspelbaarheid van de uitkomst van een procedure. De zwarte lijst kent immers slechts één gesloten norm, de 30-dagenbetaaltermijn. De andere normen zijn open van aard en zullen dus vooral casuïstiek opleveren, als ze al onderwerp van een procedure worden. Mogelijk moeten we dus niet al te hooggespannen verwachtingen hebben over de handhaafbaarheid van de richtlijn.

7. Afsluiting

Het voorstel voor een Richtlijn inzake oneerlijke handelspraktijken in de voedselvoorzieningsketen is een belangrijke stap in de richting van regulering van de contracteerpraktijken van supermarktketens. Hoewel het voorstel uiteraard niet per se het laatste woord over de materie betreft,⁴⁶ kan al wel een aantal lijnen worden geschetst. In het voorgaande vond die schets plaats. Hoe nu verder? De reactie van de Nederlandse regering op het voorstel voor de richtlijn is, als ik deze juist interpreteer, redelijk positief.⁴⁷ De minimumharmonisatie laat voldoende ruimte aan de lidstaten om aan specifieke behoeften op nationale markten tegemoet te komen, zo is de reactie samen te vatten. Dat is een opmerkelijke wending gegeven de eerdere houding van de regering in het nationale debat. Vermoedelijk vinden de Nederlandse onderhandelaars [283] in Brussel het sop de kool niet waard. Ook al is het bewijs voor de economische schade aan de maatschappij door deze praktijken van supermarkten misschien niet ondubbelzinnig, de politieke druk vanuit de

⁴⁵ Commission Staff Working Document, p. 5.

⁴⁶ Over verschillende amendementen daterend van oktober 2018, zie H. Schebesta e.a., ‘Unfair Trading Practices in the Food Chain: Regulating Right?’, *Wageningen Working Papers in Law and Governance* 2018, p. 4-5.

⁴⁷ Brief Minister van Buitenlandse Zaken aan de Voorzitter van de Tweede Kamer d.d. 8 juni 2018, *Kamerstukken II* 2017/18, 22112, 2584.

landen waar de agrisector slechter wordt behandeld door supermarkten en/of meer politieke invloed weet uit te oefenen, is kennelijk krachtig. En juist omdat er wel wat vraagtekens kunnen worden gezet bij de *economische* rechtvaardiging van sommige bepalingen en bij de handhaafbaarheid van de richtlijn, moet wellicht vooral waarde worden gehecht aan het *symboolkarakter* van de zwarte en grijze lijst. Al met al acht ik de kans groot dat de richtlijn er min of meer in deze vorm komt.