

Privaatrechtelijke bescherming herijkt

Preadviezen 2021

Uitgebracht voor

de Vereniging voor Burgerlijk Recht

Prof. mr. drs. C.M.D.S. Pavillon
Prof. mr. W.H. van Boom



UITGEVERIJ *Paris*

**Vereniging voor
Burgerlijk Recht**

Privaatrechtelijke bescherming herijkt

Preadvieszen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk
Recht 2021

Prof. mr. drs. C.M.D.S. Pavillon

Prof. mr. W.H. van Boom

Zutphen 2021



UITGEVERIJ *Paris*

Lijst van EU-regelgeving

Wet inzake digitale diensten (Digital Services Act, DSA)

Voorstel voor een verordening betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG (SEC(2020)432 final)

Wet inzake digitale markten (Digital Markets Act, DMA)

Voorstel voor een verordening over betwistbare en eerlijke markten in de digitale sector (SEC(2020)437 final)

Richtlijn oneerlijke bedingen

Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (*PbEG* 1993, L 95/29)

Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (OHP)

Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt (*PbEG* 2005, L 149/22)

Richtlijn oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen

Richtlijn 2019/633/EU van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake oneerlijke handelspraktijken in de relaties tussen ondernemingen in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen (*PbEU* 2019, L 111/59)

Richtlijn consumentenrechten

Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en van Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 85/577/EEG en van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad (*PbEU* 2011, L 304/64)

Moderniseringsrichtlijn 2019/2161

Richtlijn (EU) 2019/2161 van 27 november 2019 tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en Richtlijnen 98/6/EG, 2005/29/EG en 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft betere handhaving en modernisering van de regels voor consumentenbescherming in de Unie (*PbEU* 2019, L 328/7)

Platformverordening 2019

Verordening (EU) 2019/1150 van 20 juni 2019 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten (*PbEU* 2019, L 186/57-79)

Richtlijn digitale inhoud 2019

Richtlijn (EU) 2019/770 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten (*PbEU* 2019, L 136/1-27)

Richtlijn consumentenkoop 2019

Richtlijn (EU) 2019/771 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen, tot wijziging van Verordening (EU) 2017/2394 en Richtlijn 2009/22/EG, en tot intrekking van Richtlijn 1999/44/EG (*PbEU* 2019, L 136/28-50)

Afkortingen

Abs.	Absatz (alinea)
ABV	Algemene Bankvoorwaarden
ACM	Autoriteit Consument en Markt
ADR	Alternative Dispute Resolution
AFM	Autoriteit Financiële Markten
AI	artificial intelligence
art.	artikel
AVG	Algemene verordening gegevensbescherming
B2B	Business-to-business
B2C	Business-to-consumer
BEUC	Bureau Européen des Unions de Consommateurs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BKA	Bundeskartellamt
BS	Belgisch Staatsblad
BW	Burgerlijk Wetboek
C2C	Consumer-to-consumer
CMA	Competition & Markets Authority
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
Com.	Cour de cassation – Chambre commerciale financière et économique
Crim.	Cour de cassation – Chambre criminelle
DMA	Digital Markets Act (Wet inzake digitale markten)
DSA	Digital Services Act
EEG-	
Verdrag	Verdrag tot Oprichting van de Europese Economische Gemeenschap
EG	Europese Gemeenschappen
EU	Europese Unie
EUH	Handvest van de grondrechten van de Europese Unie
e.v.	en volgende
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
EZK	Economische Zaken en Klimaat
FD	Het Financieele Dagblad

Gerecht

EU	Gerecht van de Europese Unie (sinds 1 december 2009)
GvEA	Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen (tot 1 december 2009)
Gw	Grondwet
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hof	gerechtshof
HR	Hoge Raad
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IE	intellectuele eigendom
IPR	internationaal privaatrecht
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
jo.	juncto
Kifid	Klachteninstituut Financiële Dienstverlening
KMO	kleine of middelgrote onderneming (België)
KvK	Kamer van Koophandel
mkb	midden- en kleinbedrijf
mvo	maatschappelijk verantwoord ondernemen
Mw	Mededingingswet
NAW	naam, adres, woonplaats
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
nr.	nummer
OHP	Oneerlijke Handelspraktijken
P2B	Platform-to-Business
par.	paragraaf
Rb.	rechtbank
R&D	Research and Development
rdnr.	randnummer
r.o.	rechtsoverweging
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VN	Verenigde Naties
Vo.	verordening
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
WER	Wetboek van Economisch Recht (België)
Wft	Wet op het financieel toezicht
Whc	Wet handhaving consumentenbescherming
zzp'er	zelfstandige zonder personeel

DEEL 2

Marktpraktijkenrecht – over ongeoorloofde mededingings- en contracteerpraktijken tussen ondernemingen

*Prof. mr. W.H. van Boom**

Inhoud

1. **Inleiding** / 117
- A. **Algemeen** / 120
2. **Uitgangspunten en onderverdelingen** / 120
 - 2.1 **Uitgangspunten** / 120
 - 2.2 **Onderverdelingen** / 123
3. **Contracteerpraktijken** / 127
 - 3.1 **Mededingingsrecht** / 127
 - 3.2 **B2B-handelspraktijkenrecht; blik op andere landen** / 132
 - 3.3 **Ons land?** / 141
- B. **Casestudies** / 152
4. **Contracteerpraktijken in de agrifood sector** / 152
 - 4.1 **Aanleiding** / 152
 - 4.2 **Richtlijn 2019/633** / 154
 - 4.3 **Kanttekeningen** / 155
 - 4.4 **Implementatie: Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen** / 159
5. **Marktmacht van digitale platforms** / 161
 - 5.1 **Verstorende nieuwkomers** / 161
 - 5.2 **Hoe wetgevers reageren** / 167
 - 5.3 **Hoe de EU reageert** / 171

* Prof. mr. W.H. van Boom is hoogleraar civiel recht, Universiteit Leiden. Met dank aan Tycho de Graaf, Charlotte Pavillon en Mirella Peletier, voor suggesties, commentaar en discussie. De bijdrage werd afgesloten begin oktober 2021; met latere ontwikkelingen werd geen rekening gehouden.

C. Analyse en conclusies / 176

6. Nadere ordening / 176

6.1 Oogst / 176

6.2 Het rommelt / 178

6.3 Rechtvaardigingsgronden en reguleringskeuzes / 180

6.4 Rondvraag / 185

Verkort aangehaalde literatuur / 187

1. Inleiding

‘Tussen morele en legale vlekkeloosheid en gedrag dat vrij algemeen als misdadig wordt gebrandmerkt is een ruim overgangsgebied waarop een groot deel van het economische verkeer zich afspeelt’, schrijft Wilterdink.¹ Dit ‘ruime overgangsgebied’ is een van de schaduwkanten van een vrije markteconomie, waar concurrentie ellebogenwerk kan zijn en waar verdiend kan worden aan subtiele verdraaiing, intransparante communicatie, onzuiver aanhaken op andermans prestaties en agressieve bejeging van klanten en concurrenten. Het ‘overgangsgebied’ is van alle tijden.² Het gaat om praktijken die door de tijden heen soms getolereerd of zelfs goedgekeurd werden, maar soms ook morele afkeuring of zelfs juridisch verbod ten deel vielen. In onze hoedanigheid van consument kennen en herkennen we dit soort praktijken maar al te goed. Ze komen niet alleen voor in *business-to-consumer* (B2C)-verhoudingen. Ook tussen ondernemers onderling, dus in *business-to-business* (B2B)-verhoudingen, is geregeld sprake van praktijken die benadelend zijn voor een specifieke partij, schadelijk voor de eerlijke mededinging en uiteindelijk vaak ook voor consumenten.

Denk aan contracteerpraktijken in een situatie waarbij een machtiger contractspartij volledig in staat is om de contractinhoud met een kleinere wederpartij te bepalen (adhesiecontracten) en dus in staat is om zo veel mogelijk risico’s bij deze wederpartij te leggen of om intransparant te zijn over die risico’s. Of denk aan een partij die een blanco wijzigingsbevoegdheid heeft bedongen en zo gaandeweg het contractuele evenwicht kan wijzigen. Of aan een partij die een wederpartij probeert vast te houden door middel van contractuele obstakels om op te zeggen. Misbruik van economische machtspositie en het afknippen van onmachtige wederpartijen liggen in het verlengde hiervan. Voor consumentenwelvaart kunnen dergelijke B2B-praktijken overigens gunstig zijn als ze leiden tot betere kwaliteit en lagere consumentenprijzen.

Naast contracteerpraktijken kan worden gedacht aan mededingingspraktijken die specifiek tot verstoring van het proces van mededinging leiden, zoals kartelvorming, prijsdumping (roofprijzen, *predatory pricing*, verkoop met verlies), het stelen van bedrijfsgeheimen, het onbetamelijk profiteren van (wan)prestaties van een ander.³ Die praktijken kunnen zowel benadelend zijn voor concrete concurrenten, de mededinging in het algemeen als voor consumenten in het algemeen. Praktijken zoals misleidende reclame,

1 Wilterdink 2015, p. 331.

2 Luther gaf al een mooi overzicht van oneerlijke handelspraktijken; zie Rössner 2015, p. 147.

3 Voor een aantal van deze praktijken zie *GS Onrechtmatige Daad*, IV Ongeoorloofde mededinging (Van Nispen).

kwaad spreken van de concurrentie, het meeliften op andermans prestaties en inbreuken maken op handelsnamen kunnen namelijk het gedrag van consumenten beïnvloeden en daarmee ook de eerlijke mededinging tussen ondernemers verstoren en concrete ondernemers schade berokkenen. Zodoende kan het bedrijven van oneerlijke handelspraktijken tegenover consumenten ook de eerlijke mededinging tussen ondernemers verstoren.⁴

We zijn goed bekend met de bescherming van consumenten tegen oneerlijke handelspraktijken, het gebruik van onereuze voorwaarden daaronder begrepen. Met de implementatie van Richtlijn 2005/29/EG (Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (OHP)) is dat rechtsgebied opnieuw geordend.

De Richtlijn OHP verbiedt het verrichten van oneerlijke handelspraktijken door handelaren die het vermogen van de gemiddelde consument om een geïnformeerd transactiebesluit te nemen merkbaar beperken met als gevolg dat de consument een transactiebesluit neemt over het aangaan of beëindigen van een overeenkomst of het uitoefenen van zijn rechten, dat hij anders niet zou hebben genomen. Het kan in het bijzonder gaan over het geven van misleidende informatie, het achterhouden van belangrijke informatie of het agressief bejegenen van de consument in het kader van verkoopbevordering, verkoop en *after sales* gedragingen. De richtlijn, die bij ons werd geïmplementeerd in artikel 6:193a e.v. Burgerlijk Wetboek (BW), kent een aantal open normen en een aantal lijsten met concreet verboden handelspraktijken. De richtlijn streeft maximumharmonisatie na en dat heeft de nationale stelsels iets dichter bij elkaar gebracht voor wat betreft B2C-rechtsverhoudingen.⁵ Zo sneuvelen in de landen om ons heen regels die op generieke wijze bepaalde verkoop- en reclamemethoden verboden (denk aan een verbod van koppelverkoop, verkoop met verlies, verplichte aankondigingstermijnen voor uitverkoop), voor zover deze onverenigbaar bleken met het maximumharmonisatiekarakter van de richtlijn.⁶ Ook in ander opzicht zien we EU-convergentie, namelijk tussen de 'oude' Richtlijn 93/13/EEG (Richtlijn oneerlijke bedingen) en de Richtlijn OHP. De toetsing van (het beroep op) algemene voorwaarden is lange tijd los gezien van het leerstuk van oneerlijke handelspraktijken die zich voor en na contractsluiting kunnen voordoen, maar inmiddels zien we in het consumentenrecht dat de rechter de kwalificatie van een handelspraktijk als oneerlijk mag betrekken in zijn beoordeling van het oneerlijke karakter van de bedingen in de resulterende

4 Zo is het mogelijk dat een concurrent getroffen wordt door een handelspraktijk in de zin van art. 6:193a e.v. BW van een handelaar, gericht tot de consument. Deze concurrent heeft dan de mogelijkheid om daartegen op te treden, vermoedelijk via art. 6:162 BW. Over de relativiteitsdiscussie daarbij, zie de verwijzingen bij Van Boom 2020, p. 91, nt. 27.

5 Over het maximumharmonisatiekarakter en de implicaties daarvan bijv. Van Boom e.a. 2014, p. 3 e.v.

6 Stuyck & Keirsbilck 2019a, p. 375.

overeenkomst.⁷ In het verlengde hiervan wordt zelfs het *pogen* om oneerlijke bedingen in een overeenkomst opgenomen te krijgen, soms als oneerlijke handelspraktijk gezien.

Minder geordend is het recht inzake marktpraktijken *tussen ondernemers onderling*. Een deel van die regels is generiek, een ander deel is specifiek en ziet op bepaalde sectoren of problemen. Een deel van deze regels is primair publiekrechtelijk van origine en een ander deel privaatrechtelijk. Deze regels zijn deels Europeesrechtelijk en deels nationaalrechtelijk van aard, deels in wetten en deels in ongeschreven recht te vinden. Soms zijn ze vervlecht met branchegebruiken en vormen van zelfregulering. Dit recht inzake praktijken tussen ondernemers onderling krijgt in de literatuur verschillende benamingen, maar die dekken voor mijn gevoel niet altijd de hele lading. Onderdeel van deze bijdrage is daarom een poging om de materie op een iets andere manier te ordenen; ik hoop dat daarmee de verbanden tussen de verschillende onderdelen beter tot hun recht kunnen komen. Ik gebruik de algemene noemer *marktpraktijkenrecht* en daarbinnen concentreer ik mij op de verhoudingen tussen ondernemers (dus: B2B) om een nieuwe ordening van het recht inzake ongeoorloofde mededingings- en contracteerpraktijken te beproeven.

Naast een poging tot herordening en onderverdeling wil deze bijdrage aandacht vragen voor de veranderende rol van het marktpraktijkenrecht. Er is namelijk hernieuwde aandacht voor machtsongelijkheid in het economisch verkeer. Daar waar ongelijkheden groeien, gaan stemmen op voor ongelijkheidscompensatie door het recht. En waar nieuwe ongelijkheden de kop opsteken, horen we die stemmen luider en luider. Langs die lijnen zien we dat bescherming van kleine ondernemers tegen economische afhankelijkheid op de agenda is gekomen. Zo zijn er pleidooien voor meer bescherming van zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers) en voor het tegengaan van het 'uitwringen' van ondernemers in het midden- en

7 HvJ 15 maart 2012, C-453/10, ECLI:EU:C:2012:144 (*Pereničová en Perenič/SOS financ*). Vgl. over de convergentie van toetsing van bedingen en praktijken ook De Pourcq 2018, p. 2 e.v.

kleinbedrijf (mkb'ers) door grote(re) bedrijven.⁸ We zien dat ontregelende innovaties kunnen leiden tot aanbodconcentratie en een ongekende marktmacht, en dat kan uiteindelijk leiden tot de introductie van een wettelijk tegenwicht zoals bij digitale platforms momenteel gaande is.⁹ Deze ontwikkelingen geven aanleiding tot deze bijdrage; ik probeer ze in een breder verband van het marktpraktijkenrecht te plaatsen.

Mijn bijdrage is onderverdeeld in de Delen A, B en C. In Deel A wordt een algemene uiteenzetting van het marktpraktijkenrecht gegeven. Ik maak daarbij een onderverdeling in wat ik hierna contracteerpraktijken en mededingingspraktijken zal noemen (par. 2). Ik concentreer mij vervolgens (par. 3) op contracteerpraktijken omdat daarover nog betrekkelijk weinig is geschreven in ons land. In Deel B zijn twee 'casestudies' opgenomen, waar bijzondere aandacht is voor het marktpraktijkenrecht inzake de agrifoodsector en digitale platforms. Deel C bevat een nadere ordening en analyse van het marktpraktijkenrecht, enkele stellingnames en conclusies.

A. Algemeen

2. Uitgangspunten en onderverdelingen

2.1 Uitgangspunten

Ons recht functioneert in de context van een open markteconomie en democratische rechtsstaat. In de economische context speelt een aantal beginselen een rol: de vrijheid van beroep en bedrijf, de bescherming van eigendomsposities en de exploitatie ervan, de vrijheid van woord, gedachte en vereniging, de contractsvrijheid en de afdwingbaarheid van in vrijheid gesloten contracten, de bescherming van de persoonlijke levens-

8 Bijv. Van Dijk e.a. 2016, p. 71; Pavillon 2019, p. 102 e.v.; Jongeneel 2017, p. 2457 e.v. De Autoriteit Consument en Markt (ACM) wil bijvoorbeeld dat energiebedrijven ophouden met zzp'ers lastig vallen met zakelijke contracten voor hun woonhuizen (persbericht ACM 19 april 2019; 9 december 2019). Zzp'ers willen in algemenere zin bescherming tegen dataverkoop door de Kamer van Koophandel (KvK), omdat die verkoop ertoe leidt dat ze worden lastiggevallen en prooi kunnen worden van acquisitiefraude. Zie bijv. 'Voorman ZZP Nederland: Kamer van Koophandel blijft "lekke kraan"', *Het Financieele Dagblad (FD)* 19 maart 2019, en over de recente maatregelen daartegen 'Woonadressen afgeschermd in handelsregister KVK', *FD* 1 oktober 2021. En zzp'ers willen een kartelvuist maken tegen uitbuiting door opdrachtgevers; zie 'Leidraad tariefafspraken zzp'ers' (ACM, november 2019). Over de mededingingsrechtelijke discussie die de aanzet gaf voor deze regeling, zie Canoy & Hellingman 2018, p. 185 e.v.

9 Over innovatie in een platformmededingingscontext Robertson 2020, p. 89 e.v.

sfeer.¹⁰ Elk van deze beginselen kan in verband worden gebracht met het marktpraktijkenrecht in ruime zin. De vrijheden van beroep en bedrijf geven de grondslag voor de uitgangspunten van open concurrentie, vrije toetreding en uittreding.¹¹ De vrijheid van woord en gedachte vormen de basis voor vrijheid van reclame, werving en commerciële communicatie; contractsvrijheid staat toe dat vraag en aanbod op open markten samenkomen tussen in vrijheid handelende partijen, terwijl verenigingsvrijheid toestaat dat vragers en aanbieders zich verenigen en hun belangen door aangewezen zegslieden laten vertegenwoordigen. Bescherming van eigendomsposities kan in verband worden gebracht met bescherming van intellectuele eigendom, bedrijfsgeheimen en andere exclusieve posities.

Met vrijheid komen ook verantwoordelijkheden,¹² en die staan ook in verband met het marktpraktijkenrecht. Markten kunnen alleen werken als aan bepaalde voorwaarden is voldaan, en omdat markten zelden uit zichzelf die voorwaarden weten te vervullen, heeft het recht de functie van het ordenen van de markttuitwisseling door markten te faciliteren en geleiden.¹³

Deze uitgangspunten vinden bijvoorbeeld weerklank in de uitgangspunten van de economische school van het *ordoliberalisme*, die meende dat de ideale markt was gebouwd op fundamenteën van een juridisch raamwerk van contracteervrijheid, eigendomsbescherming, vrije toetreding en uittreding, een verbod van kartel en concentratie, en zo nodig staatsinmenging door middel van rechtsregels en handhaving om de spelregels van de mededinging te handhaven teneinde de vrijheid van marktactoren te borgen of om ‘alsof mededinging’ te bewerkstelligen.¹⁴ Het zijn deze uitgangspunten die we ook terugzien in het Europese (mededingings)recht, naast uiteraard het overkoepelende

10 Zie bijv. art. 15 lid 1 en art. 16 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (EUH) en ook HR 1 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0390, NJ 1992/423 (*Cacharel e.a./Geparo*) (vrijheid van beroep en bedrijf); art. 14 Grondwet (Gw), art. 17 EUH (bescherming van eigendomsposities); art. 7 en 8 Gw; art. 10 en 11 EUH (vrijheid van woord, gedachte en vereniging); art. 10 Gw, art. 8 EUH, art. 16 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) (bescherming van de persoonlijke levenssfeer). De verankering van contractsvrijheid en afdwingbaarheid van in vrijheid gesloten contracten is (buiten art. 3:296 BW) niet met zoveel woorden terug te vinden.

11 Vgl. Vogel 2016, p. 711.

12 Over de vraag wat hoofdregel is – de vrijheid of de verantwoordelijkheid – en wat de uitzondering daarop, is het nodige geschreven. Ik zie het duo in wezen als *Yin en Yang* (‘Freiheit und Ordnung sind kein Gegensatz. Sie bedingen einander’, aldus Eucken 1952, p. 179). In het privaatrechtelijke debat is dit helaas niet de hoofdtoon; zie nader Van Boom 2020, p. 47.

13 Van Boom 2020, p. 1 e.v.

14 Daarover bijv. Gerber 1998, p. 232 e.v.; Wurmnest 2012, p. 151 e.v.; Lindeboom 2020; Grewe 2020, p. 89-92. Zie over de invloed hiervan op het Europese mededingingsrecht Van den Bergh 2017, p. 30-33, 100-101, 107-109; Gerbrandy 2019b, p. 129.

doel van het realiseren van de interne markt (art. 3 lid 3 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU)).¹⁵

Mededinging is de strijd van aanbieders om de gunst van de vragende partij. Het ideaalbeeld is kort gezegd: er zijn veel aanbieders en veel vragers, zij kunnen vrijelijk de markt betreden en verlaten, het aanbod is transparant en te vergelijken (informatiesymmetrie), prijzen komen vrijelijk tot stand en eenmaal gesloten contracten zijn niet schadelijk voor anderen (geen negatieve externaliteiten).

Dit ideaalbeeld is zelden werkelijkheid. In sommige markten zijn er bijvoorbeeld te weinig aanbieders of te weinig vragers, met marktmacht van deze weinigen als gevolg. Marktmacht wil zeggen dat een marktdeelnemer zich in een bepaalde mate onafhankelijk van andere deelnemers kan gedragen. Een aanbieder die zelfstandig de vraagprijs kan bepalen, heeft kennelijk niets te duchten van concurrenten en ook niet van vraaguitval. In extreme mate kan dat spelen bij onaantastbare monopolisten, in mindere mate bij andere spelers die een bepaalde mate van marktmacht hebben.¹⁶ Het *mededingingsrecht* staat daarom in het teken van het creëren van essentiële randvoorwaarden voor mededinging zoals (1) een verbod van kartel aan aanbod- en vraagzijde zodat inhoud en prijs van het aanbod door marktwerking tot stand komen en de toetreding en uittreding op markten niet worden gehinderd, (2) een verbod van misbruik van economische machtspositie en (3) een ex-antetoetsing van fusies en concentraties.¹⁷

Veronderstelling bij dit ideaalbeeld is voorts dat iedereen zich aan de spelregels houdt, eerlijk is over aspecten die voor de markt relevant zijn, transparant is wat betreft prijs en voorwaarden en niet-agressief in de manier waarop wederpartijen worden benaderd voor en na contractsluiting. Ook deze veronderstellingen zijn lang niet altijd werkelijkheid.¹⁸ Het verspreiden van desinformatie en valse geruchten over concurrenten kan op

15 Overigens is er debat over de vraag of het Europese mededingingsrecht in werkelijkheid geen strikter doel heeft, namelijk het maximaliseren van consumentenwelfare, ook als dat niet 'eerlijk' is voor bepaalde ondernemers die daarbij het onderspit delven; dit wordt in EU-verband wel 'the more economic approach' genoemd, die de Commissie vanaf in elk geval ongeveer het jaar 2000 belijdt. Vgl. (de verwijzingen bij) Houdijk 2009, p. 29-31; Wurmnest 2012, p. 209 e.v.; De Pourcq 2018, p. 504-509; Podszun & Kreifels 2018, p. 188-189; Gerbrandy 2019b, p. 127 e.v.; Lindeboom 2020, p. 655; Gerbrandy & De Vries 2020, p. 528-530.

16 Over het begrip marktmacht zie nader par. 3.

17 Daarnaast heeft het EU-(mededingings)recht uiteraard specifiek de integratie van nationale markten ten doel; dat belangrijke aspect blijft hier buiten beschouwing. Vgl. Houdijk 2009, p. 31.

18 Als we de ronkende analyse van Akerlof & Shiller 2015 moeten geloven, zijn ondernemers altijd geneigd tot manipulatie, misleiding en bedrog.

slinkse wijze het eigen marktaandeel vergroten, net als het maken van een inbreuk op andermans handelsnaam, intellectuele-eigendomsrecht (IE) of prestatie, het lokken van consument door het verborgen houden van een deel van de prijs of het bedingen van algemene voorwaarden die het beëindigen van eenmaal gesloten overeenkomst bemoeilijken. Het recht geeft daarom buiten het mededingingsrecht verdere spelregels om mededinging *eerlijk* te houden. Zo zijn er regels die het onrechtmatig gebruik van eens anders handelsnaam, IE-rechten en bedrijfsgeheimen verbieden en die misleidende reclame en het profiteren van andermans prestaties tegengaan. Deze regels worden onder verschillende namen gegroepeerd, zoals het recht inzake oneerlijke mededinging, ongeoorloofde mededinging, marktgedragingenrecht en handelspraktijkenrecht.¹⁹ In andere landen worden begrippen gebruikt als *unfair competition*, *unlauterer Wettbewerb* en *pratiques commerciales déloyales*.

2.2 Onderverdelingen

De werkelijkheid komt dus niet in de buurt van het ideaalbeeld. Het recht stelt zich in het algemeen als taak om de werkelijkheid en het ideaalbeeld dichter bij elkaar te brengen door de juiste randvoorwaarden voor mededinging te scheppen en om specifieke problemen op specifieke markten aan te pakken. Dat is niet altijd zo geweest. Het mededingingsrecht kreeg namelijk pas met het Verdrag tot Oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (EEG-Verdrag) een impuls in ons kartelparadijs,²⁰ en het recht inzake eerlijke mededinging was vooral ongeschreven en nauwelijks gehandhaafd privaatrecht. In ons land is dit rechtsgebied namelijk lange tijd gedomineerd gebleven door de open norm van de onrechtmatige daad en is geen sprake geweest van bijzondere handelspraktijkenwetgeving zoals bijvoorbeeld in Duitsland al vanaf 1896 het geval was. Met *Lindenbaum/Cohen* (1919) werd de druk op de wetgever om een voorziening te treffen, in één keer weggenomen;²¹ door het ontbreken van codificatie ontstond ook geen spontane ordening van dit rechtsgebied, laat staan een spontane naamgeving.

-
- 19 Voor terminologie zie bijv. *GS Onrechtmatige Daad*, IV Ongeoorloofde mededinging, aant. IV.1.1 (Van Nispen); Verkade 1986, p. 1-5; Leistner 2007, p. 215-216. Over het concept 'eerlijke mededinging' Van Boom 2020, p. 145-146. Radeideh 2005, p. 9-10 maakt nog onderscheid tussen 'fair competition' als iets dat tussen ondernemers speelt en 'fair trading' (eerlijke handel) als iets dat tussen ondernemer en consument plaatsvindt.
- 20 Zie over de historische ontwikkeling van ons mededingingsrecht bijv. Mok 2004, p. 19 e.v.
- 21 Zie voor de historische achtergrond bijv. Slagter 1963, p. 10 e.v., p. 66 e.v.; Van Maanen 1986, p. 136 e.v.; Van Engelen 1994, p. 13 e.v. Van Bochove 2013, p. 30 e.v. en mijn annotatie bij HR 31 januari 1919, NJ 1919, p. 161 (*Lindenbaum/Cohen*) op rechtspraak-verkort.nl.

Ik kies voor de algemene noemer *marktpraktijkenrecht*.²² Daaronder vallen zowel elementen van mededingingsrecht als van het recht inzake eerlijke mededinging. Daarbinnen kan men de instrumenten die het marktpraktijkenrecht gebruikt, op verschillende manieren onderverdelen. Zo is een onderverdeling naar rechtsgebied mogelijk.²³

- Het *generieke mededingingsrecht* verbiedt mededingingsbeperkende afspraken en gedragingen, net als het misbruiken van een economische machtspositie (art. 101 resp. 102 VWEU; art. 6 en 24 Mededingingswet (Mw)).²⁴
- *Sectorale regulering* geeft een raamwerk voor specifieke markten; zo gelden voor essentiële dienstverlening in de klassieke nutssectoren (energie, telecommunicatie, post en vervoer) bijzondere regels die de toegang tot en het verlaten van de betreffende markt reguleren, eisen stellen aan kwaliteit en prijsstelling, gebruikers beschermen en marktmeesters aanwijzen.
- Het *privaatrecht* is in zekere zin ook onderdeel van het rechtsgebied. Pijlers zoals contractsvrijheid, eigendomsbescherming (inclusief IE-rechten, handelsnamen en beschermde bedrijfsgeheimen) en aansprakelijkheidsrecht zijn onmisbaar voor het fundament van mededinging²⁵ en geven (ongeschreven) gedragsregels voor marktdeelnemers.

Die onderverdeling naar rechtsgebied en herkomst van rechtsregel leidt tot vragen als ‘in welke wet staat het?’ en ‘bij welke rechter is de zaak ontvankelijk?’. Die benadering is beproefd, maar kent ook beperkingen. Bovendien zien we een voortschrijdende *mix and match*-aanpak, ook in het marktpraktijkenrecht. Zo heeft deelname aan een verboden kartel zowel rechtsgevolgen die door de Mededingingswet en het bestuursrecht worden bepaald als rechtsgevolgen die door het Burgerlijk Wetboek en dus het privaatrecht worden beheerst. En een oneerlijke handelspraktijk kan zowel leiden tot beboeting door de ACM (als handhaving past binnen de zelfgekozen beleidsagenda) als een collectieveverbodsactie bij de civiele rechter.

En algemener: het begrip ‘rechtsgebied’ is minder stabiel dan men misschien zou verwachten, want iemand die zich voordoet als expert in ‘het consumentenrecht’ houdt

22 Zie over het gebruik van deze term in het Belgische recht Stuyck & Keirsbilck 2019, p. 229-230.

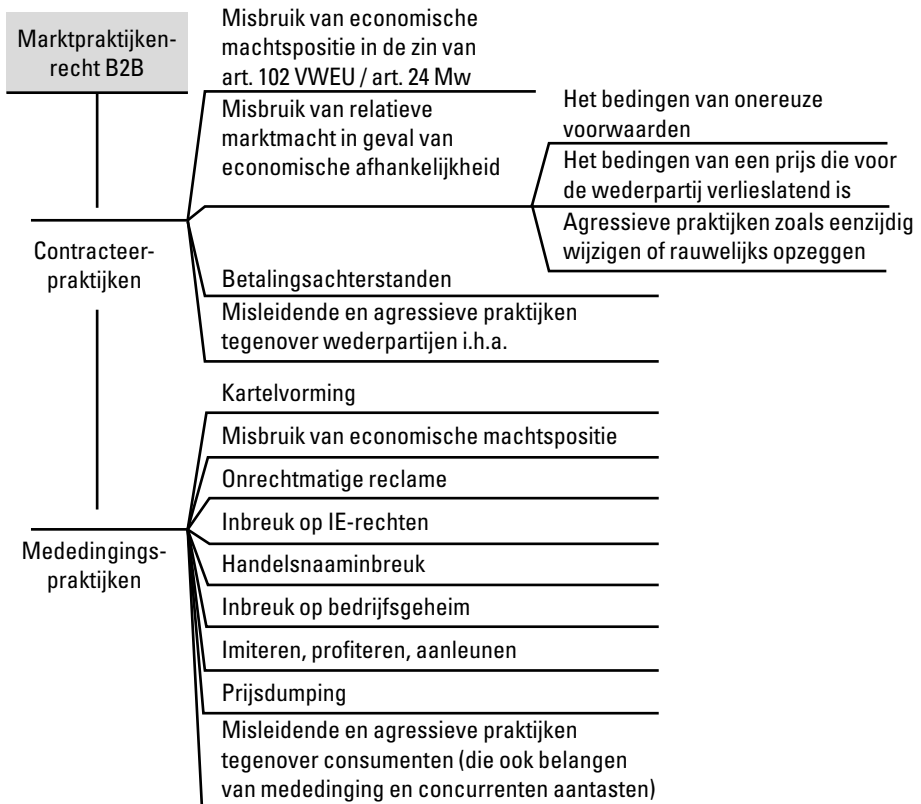
23 Zie over onderverdelingen en afbakeningsvragen van mededingingsrecht, oneerlijke mededingingsrecht, consumentenrecht, bijv. Slagter 1963, p. 4 e.v.; Keurentjes 1986, p. 3 e.v. Vgl. ook Petit 2020, p. 252-256; Picod 2007, p. 35 e.v.; Gloy e.a. 2019, p. 224 e.v. (par. 16-1); Götting e.a. 2020, p. 854 e.v. (par. 31, nr. 30 e.v.). In sommige landen (België en Duitsland) wordt wel van ‘economisch recht’ gesproken (onder te verdelen in mededingingsrecht en handelspraktijkenrecht); bijv. Keirsbilck 2011, p. 517 en Micklitz 2018, p. 4. Ik vind die noemer niet zo scherp, alleen al omdat in mijn optiek ál het vermogensrecht (ook) economisch van aard is.

24 Zie bijv. Van Boom 2020, p. 131 e.v.; Vedder & Appeldoorn 2019, p. 42 e.v.

25 Vgl. Malaurie-Vignal 2020, p. 22-23.

zich inmiddels bezig met Europees recht, burgerlijk recht, bestuursrecht, Alternative Dispute Resolution (ADR) en tal van andere aspecten van B2C-rechtsverhoudingen. Het heeft dus niet zoveel zin om altijd vast te houden aan een onderverdeling naar rechtsgebied; bovendien wordt het zicht op verbanden tussen rechtsregels belemmerd als die onderverdeling wordt gevolgd. Zoals men het consumentenrecht niet kan begrijpen zonder het mededingingsrecht, sectorale regulering, het BW en de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) erbij te pakken, zo kan men het B2B-marktpraktijkenrecht niet begrijpen zonder de onderverdeling in de traditionele rechtsgebieden even te laten voor wat deze is.²⁶

Als we alle handelingen en praktijken van ondernemers gericht tot andere ondernemers als gemene deler nemen voor het marktpraktijkenrecht, dan kunnen we een onderverdeling maken van praktijken die samenhangen met het proces van contracteren tussen ondernemers tegenover praktijken die samenhangen met mededinging tussen concurrenten. Die onderverdeling zou er zo uit kunnen zien:²⁷



26 Over de *mix and match*-aanpak in het consumentenrecht bijv. Loos & Van Boom 2010; Van Boom 2010; Weber 2014; Weber & Faure 2015; Hage 2017.

27 Zie voor een andere visualisatie, vanuit de beschermde belangen, Keirsbilck 2011, p. 540.

De reden waarom ik deze onderverdeling laat zien, is om te tonen dat als we grofweg onderscheid maken tussen praktijken die ondernemers ondervinden in hun *contracteerprocessen* met wederpartijen enerzijds en praktijken van concurrenten die zij ondervinden in de *concurrentiestrijd* anderzijds, we verbanden tussen rechtsgebieden en doctrines kunnen zien die eerder niet in het oog sprongen.

Een korte toelichting op de figuur. Een verboden kartelafpraak is natuurlijk een contracteerpraktijk tussen de karteldeelnemers, maar de reden waarom ze onder ‘mededingingspraktijken’ staan, is omdat ze schadelijk zijn voor buitengesloten concurrenten en niet voor de medecontractanten. De figuur toont misbruik van economische machtspositie zowel bij contracteerpraktijken als bij mededingingspraktijken: de eerste categorie kunnen bijvoorbeeld uitbuitingspraktijken betreffen, de tweede uitsluitingspraktijken (daarover nader in par. 3.1). Bij mededingingspraktijken staat ‘profiteren’; dat kan zijn het onrechtmatig profiteren van eens anders verkooporganisatie zonder daaraan mee te betalen,²⁸ maar ook het profiteren van een uitgelokte wanprestatie.²⁹ Ten slotte zijn ook indirecte belangenaantastingen opgenomen: een oneerlijke handelspraktijk tegenover een consument (denk aan misleidende reclame) is tegenover concurrenten die daardoor in hun economische belangen worden aangetast, een oneerlijke B2B-handelspraktijk.³⁰

De figuur is overigens slechts een onderverdeling, er kan ongetwijfeld het nodige op worden afgedongen en andere onderverdelingen zijn ook denkbaar. Duidelijk is in elk geval dat de hier gevisualiseerde onderverdeling in contracteerpraktijken en mededingingspraktijken zich niet veel gelegen laat liggen in verschillen in handhaving; een geval waarin bestuursrechtelijke sanctieering wegens overtreding van artikel 24 Mw plaatsvindt, wordt onder dezelfde noemer gebracht als een civiele procedure waarin onereuze algemene voorwaarden buiten toepassing worden verklaard.³¹ Wat ze gemeen hebben, is dat het contracteerpraktijken zijn waar de minder machtige wederpartij benadeeld door raakt en waar het recht een standpunt over moet innemen.

-
- 28 Let wel: het mededingingsrecht stelt grenzen aan een gesloten distributiestelsel, zodat zeker niet elke ‘inbreuk’ onrechtmatig kan zijn. Voor de vraag in hoeverre het inbreken op een distributiestelsel tegenwoordig nog onrechtmatig is, zie HR 8 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BJ9352, NJ 2010/187 (*Alfa Romeo/Multicar*); vgl. Verkade 2011, p. 23-25; Van Bochove 2013, p. 67 e.v.
- 29 Bijv. Van Bochove 2013, p. 30 e.v.
- 30 Zie hiervoor (de hoofdtekst bij) voetnoot 4. Voor de verhouding tot het werkingsbereik van art. 6:194 BW zie Verkade 2019, p. 6-11.
- 31 Vgl. ook de dubbele handhavingroute bij onereuze algemene voorwaarden in B2C-overeenkomsten: art. 6:233 e.v. BW en art. 8.3 Whc.

3. Contracteerpraktijken

3.1 Mededingingsrecht

Algemeen; misbruik van economische machtspositie

Mededingingsrecht geeft onder meer spelregels aan ondernemers; overtreding van die regels wil het recht voorkomen om het algemeen belang van onze marktsamenleving, het individuele belang van andere ondernemingen en dat van eindgebruikers te beschermen.³² Het verbod op mededingingsbeperkende afspraken (het kartelverbod; art. 101 VWEU en art. 6 Mw) en het verbod van misbruik van economische machtspositie (art. 102 VWEU en art. 24 Mw) zijn twee belangrijke pijlers van het mededingingsrecht die we onder het mededingspraktijkenrecht kunnen scharen.³³

Het kartelverbod ziet op verboden horizontale maar ook op verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen; van verticale mededingingsbeperkende overeenkomsten is sprake als 'twee of meer, met het oog op de toepassing van de overeenkomst of de onderling afgestemde feitelijke gedraging, elk in een verschillend stadium van de productie- of distributieketen werkzame ondernemingen partij zijn en die betrekking hebben op de voorwaarden waaronder de partijen bepaalde goederen of diensten kunnen kopen, verkopen of doorverkopen'.³⁴ Een verboden verticale afspraak is bijvoorbeeld prijsbinding; dat doet zich voor als een leverancier voorschrijft aan een afnemer welke prijs deze aan diens afnemers in rekening moet brengen. Dergelijke afspraken zijn in de regel strijd met artikel 101 VWEU.³⁵

Het verbod van misbruik van economische machtspositie ziet op een situatie waarin een marktspeler een zodanige marktmacht heeft dat deze zich niets gelegen hoeft te laten liggen aan andere marktspelers. Absolute marktmacht zal zelden bestaan; zelfs monopolisten kunnen door innovatie van hun troon worden gestoten. Een dominante marktspeler kan echter wel een zodanige mate van marktmacht hebben dat hij de daadwerkelijke mededinging verhindert, zich in belangrijke mate onafhankelijk van concurrenten, afnemers en consumenten kan gedragen, en daarmee

32 Over beschermde belangen in het mededingingsrecht, mede met betrekking tot het handelspraktijkrecht, Keirsbilck 2011, p. 525 e.v.

33 Zie nader Van Boom 2020, p. 133 e.v. Daarnaast zijn concentratietoezicht en het staatssteunverbod belangrijke pijlers van (EU-)mededingingsrecht, maar die blijven hier onbesproken omdat ze niet zien op contracteerpraktijken waarbij een wederpartij wordt benadeeld.

34 Art. 1 Verordening (Vo.) (EU) nr. 330/2010 Groepsvrijstellingsverordening verticale overeenkomsten. Vgl. over de structuur van verticale restricties (bijv. bij gesloten distributiekanaalen) Combe 2020, p. 203 e.v.; Niels e.a. 2016, p. 269 e.v.

35 Vgl. art. 4 aanhef en onder a Vo. 330/2010. Voor Frans recht zie art. L 442-6 Code de Commerce.

de voorwaarden kan beïnvloeden waaronder de mededinging zich ontwikkelt.³⁶ Die mate van marktmacht noemt men economische machtspositie en het is ondernemingen verboden om misbruik te maken van een dergelijke machtspositie, aldus artikel 24 lid 1 Mw en artikel 102 VWEU.³⁷ De sanctie op misbruik is niet alleen bestuursrechtelijk van aard; tussen partijen is misbruik grond voor aansprakelijkheid.³⁸

Hoewel het lidstaten toegestaan is om strengere regels te stellen dan art. 102 VWEU (zie art. 3 lid 2 Vo. (EG) nr. 1/2003), wat een opening biedt om bijvoorbeeld het mkb specifiekere bescherming te geven, gaat ons recht nog steeds uit van concordantie van de maatstaf in artikel 24 lid 1 Mw en artikel 102 VWEU.³⁹ Er bestaan dus geen generieke strengere regels op dit punt.⁴⁰ Zoals we hierna zullen zien is dat in Frankrijk, Duitsland en België tot op zekere hoogte wél het geval.

Of sprake is van een economische machtspositie moet van geval tot geval worden getoetst, waarbij onder meer de volgende factoren indicatief zijn: een aanzienlijk marktaandeel van de onderneming met marktmacht, toetredingsbarrières op de markt, verticale integratie binnen de onderneming,⁴¹ technische voorsprong en netwerkeffecten.⁴² Het is veelal de combinatie van aanwezige factoren die maakt dat een onderneming een zodanige mate van marktmacht heeft dat van een economische machtspositie kan worden gesproken.⁴³

Marktmacht kan ontstaan door de feitelijkheden van de markt, maar ook door de juridische inrichting van de markt. Zo kunnen ondernemingen macht ontleen aan toetredingsbarrières die het recht opwerpt, zoals vergunningstelsels en bescherming van intellectuele eigendom. In markten waar innovatiecycli elkaar snel opvolgen, kan

36 HvJ EG 14 februari 1978, 27/76, ECLI:EU:C:1978:22, r.o. 65 (*United Brands*); HvJ EG 13 februari 1979, 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, r.o. 38-39 (*Hoffmann La Roche*). Art. 1 aanhef en onder i Mw heeft de omschrijving aldaar aan deze rechtspraak ontleend.

37 Vgl. *Kamerstukken II* 1995/96, 24707, nr. 3, p. 24-25; Mok 2004, p. 311.

38 HvJ EU 28 maart 2019, C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263 (*Cogeco*). Zie inmiddels ook Richtlijn 2014/104/EU (Richtlijn privaatrechtelijke handhaving mededingingsrecht), geïmplementeerd in art. 6:193k e.v. BW (*Stb.* 2017, 28).

39 Vgl. HR 14 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT5542, r.o. 3.5; HR 25 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3745, r.o. 3.5.1, NJ 2014/101; HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2123, r.o. 3.5.3, NJ 2014/347.

40 Stuyck & Keirsbilck 2019a, p. 376 spreken van de ‘negatieve reflexwerking’ van het mededingingsrecht op de norm van de eerlijke handelsgebruiken: dat wat mededingingsrechtelijk is toegestaan, is niet oneerlijk.

41 Dat deed zich bijv. voor in HvJ EG 14 februari 1978, 27/76, ECLI:EU:C:1978:22 (*United Brands*).

42 Van Boom 2020, p. 133 e.v.; Vedder & Appeldoorn 2019, p. 124-125; vgl. Schaub 2020, p. 104-106.

43 Zie bijv. de analyse bij Bishop & Walker 2010, p. 51-106; Niels e.a. 2016, p. 93 e.v.

marktmacht komen en gaan. Een groot marktaandeel is in dergelijke dynamische markten niet noodzakelijkerwijs een aanwijzing van marktmacht, tenzij stabilisering, consolidatie en hiërarchie is ontstaan.⁴⁴

Of sprake is van misbruik van economische machtspositie, is ook een nogal casuïstisch vraagstuk. In artikel 102 VWEU worden bij wijze van voorbeeld vier gevallen genoemd waarin sprake kan zijn van misbruik:

- a. *het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden;*
- b. *het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers;*
- c. *het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging;*
- d. *het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.*

Op de onderneming met een economische machtspositie rust, los van de oorzaken van het ontstaan van de machtspositie, de bijzondere verantwoordelijkheid om zich te onthouden van gedrag dat inbreuk maakt op de daadwerkelijke en onvervalste mededinging;⁴⁵ dat kan ook gedrag zijn dat voor ‘normale’ ondernemingen wel toegestaan zou zijn.⁴⁶

De verschillende verschijningsvormen van misbruik worden in de literatuur wel onderverdeeld in uitsluitingsmisbruik, uitbuitingsmisbruik en discriminatie.⁴⁷

Bij *uitsluiting* kan men denken aan het opwerpen van barrières voor concurrenten en toetreders, bijvoorbeeld door prijsdumping (rooiprijzen, *predatory pricing*, verkoop met verlies), *margin squeeze* (marge-utholling door

44 Gerecht EU 11 december 2013, T-79/12, ECLI:EU:T:2013:635, r.o. 69 (*Cisco*); GvEA EG 30 januari 2007, T-340/03, ECLI:EU:T:2007:22, r.o. 108 (*Wanadoo*).

45 De uitdrukking ‘bijzondere verantwoordelijkheid’ zien we in HvJ EG 9 november 1983, C-322/81, ECLI:EU:C:1983:313, r.o. 57 (*Michelin*).

46 GvEA 30 september 2003, T-191/98, ECLI:EU:T:2003:245, r.o. 1460 (*Atlantic Container Line*): de bijzondere verantwoordelijkheid betekent dat gedragingen die in het geval van ondernemingen zonder machtspositie rechtmatig zijn, voor een onderneming met een machtspositie verboden kunnen zijn.

47 Bijv. Cauffman 2018, p. 504 e.v.; Vedder & Appeldoorn 2019, p. 129; Gerbrandy & De Vries 2020, p. 538; Grewe 2020, p. 60. Uitgebreid over deze praktijken en de voorwaarden waaronder ze onwenselijk zijn Van den Bergh 2017, p. 300 e.v.

uitsluitingsprijzen) of botweg leveringsweigering.⁴⁸ *Discriminatie* wordt in EU-verband vooral gezien als een probleem van verschil in behandeling van toeleveranciers of afnemers op grond van herkomst.

Uitbuiting vindt met name plaats in verticale verhoudingen waarbij de dominante onderneming bijvoorbeeld afnemers uitbuit door te hoge prijzen te rekenen, te slechte kwaliteit te leveren, onbillijke contractsvaardigheden op te leggen of min of meer te dwingen tot bijkomende prestaties die geen verband houden met het eigenlijke onderwerp van de overeenkomst.

Of iets uitbuiting is, zal door een vergelijkingsproces met contracten en praktijken die in een gewone mededingingscontext plaatsvinden, moeten worden vastgesteld. Eenvoudig is dat niet. Kan men met een kwantitatieve benadering misschien nog iets zinnigs zeggen over het verband tussen marktmacht en de hoogte van de prijs,⁴⁹ voor het verband met bezwarende bedingen ('onbillijke contractuele voorwaarden') is die benadering minder geëigend. In plaats daarvan wordt dan ook in de regel een meer normatieve benadering gekozen, zoals dat ook in het consumentenrecht gebeurt bij de beoordeling van het oneerlijke karakter van algemene voorwaarden.⁵⁰

Bij de beoordeling van de onbillijkheid van contractvoorwaarden moet het buitensporig karakter worden beoordeeld aan de hand van het effect dat deze voorwaarden teweegbrengen, zowel op grond van hun eigenlijke aard als door hun samenhang.⁵¹ Een beding dat moeilijk te verenigen is met het doel van de overeenkomst, zal eerder oneerlijk zijn. Blanco bevoegdheden die bij een contractbeding toegeëigend worden, kunnen onbillijk zijn.⁵² In de rechtspraak is te zien dat vooral bezwarende contractclausules in duurovereenkomsten ten aanzien van kapitaalintensieve productiemiddelen (denk aan huur van machines e.d.) het moeten ontgelden. Zo werd bijvoorbeeld een contract voor de huur van een hoogwaardige telefooncentrale onbillijk geoordeeld omdat het een looptijd van vijftien jaar koppelde aan een stilzwijgende verlenging voor steeds vijf jaren, een eenzijdige

48 Daarover bijv. Wurmnest 2012, p. 341 e.v.; Whish & Bailey 2018, p. 697 e.v.; Vedder & Appeldoorn 2019, p. 150 e.v. Vgl. Niels e.a. 2016, p. 156 e.v. Let wel: het enkele feit dat een marktspeler met een economische machtspositie weigert te contracteren, is niet gelijk aan misbruik; vgl. Hof Amsterdam 26 mei 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1337, r.o. 3.27.1 (*Funda*).

49 Akman & Garrod 2011, p. 403 e.v.

50 Grewe 2020, p. 64-65; 124-125.

51 HvJ EG 27 maart 1974, C-127/73, ECLI:EU:C:1974:25 (*BRT/SABAM/Fonior*). De rechtspraak laat zien dat bedingen ook geïsoleerd bezien misbruik kunnen opleveren.

52 Zie het overzicht bij Grewe 2020, p. 150-151.

bevoegdheid om de prijs met 15% te verhogen en een verbod om zelf wijzigingen aan te brengen in de installatie.⁵³

De toets die bij onbillijk hoge prijzen wordt aangelegd, komt neer op een proportionaliteitstoets waarbij de economische waarde van de geleverde prestatie wordt vergeleken met de in rekening gebrachte prijs; de winstmarge kan daarbij worden betrokken. Disproportioneel hoge prijzen kunnen maar hoeven niet onbillijk te zijn. In de praktijk wordt zelden de conclusie bereikt dat een prijs onbillijk hoog is; terughoudendheid op dat punt is begrijpelijk omdat, afgezien van de moeilijkheid van het vaststellen van de economische waarde van een prestatie, het stellen van wenselijke winstmarges betrekkelijk arbitrair is en een normatief onderbuikoordeel langs de lijnen van het *iustum pretium*-leerstuk op de loer ligt.

De handelspraktijk van koppelverkoop is een praktijk waarbij de verkoper marktmacht probeert te gebruiken of te ontwikkelen door afnemers te verplichten om producten in combinatie te gebruiken; dit kan zowel uitbuiting als uitsluiting ten doel hebben. Als bijvoorbeeld IE-rechten of contractsclausules worden gebruikt om alleen het gebruik van machineonderdelen van het eigen merk toe te staan, worden de machine- en onderdelenmarkt gebundeld en kan sprake zijn van misbruik van economische machtspositie. Ook technische koppeling naar een aanpalende markt kan dat zijn; denk aan de koppeling van een geprefereerde muzikspeler of browser aan een dominant besturingssysteem waarmee de opkomst van concurrenten in die aanpalende markten wordt gefrustreerd.⁵⁴

Uitbreiding naar relatieve marktmacht

Of zich een economische machtspositie in de zin van artikel 24 lid 1 Mw en artikel 102 VWEU voordoet, is dus een casuïstisch vraagstuk maar kent ook een belangrijke *drempel*. Het hoeft weliswaar niet om absolute marktmacht te gaan zoals bij een monopolie het geval zal kunnen zijn, maar wel om een zodanige mate van marktmacht die deze actor in staat stelt om de mededingingsvoorwaarden aanmerkelijk te beïnvloeden en zich bij haar gedrag weinig gelegen te laten liggen aan de concurrentie of afnemers. Dat wijst op dominantie *in alle richtingen*: horizontaal én verticaal.⁵⁵ Daarvan is

53 HvJ EG 5 oktober 1988, C-247/86, ECLI:EU:C:1988:469 (*Asatel/Novasam*). Vgl. ook Commissie 24 juli 1991, IV/31043 en HvJ EG 14 november 1996, C-333/94, ECLI:EU:C:1996:436 (*Tetra Pak II*). Daarover bijv. Daskalova 2019, p. 290; Grewe 2020, p. 129-130, en ook p. 363: lange looptijden van contracten kunnen de mededinging hinderen.

54 Vedder & Appeldoorn 2019, p. 163-164; Grewe 2020, p. 61-62.

55 HvJ EG 13 februari 1979, 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, r.o. 38 (*Hoffmann La Roche*). Vgl. Keirsbilck & Terryn 2020, p. 99; Vedder & Appeldoorn 2019, p. 122-123. Vgl. over de economische begripsvorming ter zake van marktmacht bijv. Van den Bergh 2017, p. 124 e.v.

niet snel sprake zolang een marktspeler concurrentie ervaart aan de ene kant van de schakel in de handelsketen en tegelijk aanzienlijke macht kan uitoefenen aan de andere kant van de schakel.⁵⁶ Toch kan de macht die hij uitoefent aan die laatstbedoelde kant van de schakel, wel een relatieve marktmacht opleveren die voor een van de partijen leidt tot een situationele afhankelijkheid van de partij met die relatieve marktmacht.

Willen we het begrip marktmacht gebruiken buiten de strikte context van artikel 24 lid 1 Mw en artikel 102 VWEU, dan moeten we het dus opvatten als een contextueel concept.⁵⁷ Bijvoorbeeld: als er op een markt vijf inkoopende supermarkten zijn met een gelijk marktaandeel waar zij dagelijks hevig strijd om voeren, dan heeft geen van hen in absolute zin een dominante marktpositie; zou nu een van hen onereuze bedingen opleggen aan kleine leveranciers, dan is het de vraag of dat misbruik van economische machtspositie (art. 102 VWEU, art. 24 lid 1 Mw) oplevert. Als in de context van de betreffende markt echter sprake is van relatieve marktmacht (inkoopmacht) die ten nadele van kleine, verspreid opererende toeleveranciers wordt uitgeoefend,⁵⁸ kan er aanleiding zijn om beschermingsmaatregelen te introduceren ter voorkoming van misbruik van de economische afhankelijkheid die is ontstaan door de relatieve marktmacht. Dat kan door middel van regelendrechtelijke wetsbepalingen of door middel van rechterlijke toepassing van open normen uit het verbintenissenrecht. Het marktpraktijkenrecht vult dan aan waar het mededingingsrecht in enge zin geen oplossingen biedt.⁵⁹ Zowel het Duitse, Franse als Belgische recht kent een bijzondere wettelijke regeling inzake misbruik van economische afhankelijkheid.

3.2 B2B-handelspraktijkenrecht; blik op andere landen

Voordat we naar ons eigen recht kijken, is het goed om Duits, Frans en Belgisch recht in grote lijnen te schetsen. Daaruit zal namelijk blijken dat de aanpak in die landen doelgerichter en coherenter lijkt te zijn dan in ons land.⁶⁰

56 Zie in dit verband over 'multi-sided markets' zoals bij platforms Robertson 2020, p. 218 e.v.

57 Vgl. Keirsbilck & Terryn 2020, p. 88.

58 Bij supermarkten is daarvan tegenwoordig zeker sprake; zie nader par. 4.

59 Dit is vanuit het EU-perspectief toegestaan: art. 3 lid 2 Vo. 1/2003 staat toe dat lidstaten verdergaande regels introduceren voor eenzijdige gedragingen van ondernemingen. Vgl. Stuyck & Keirsbilck 2019a, p. 377; Devroe e.a. 2020, p. 78-79; Körber e.a. 2020, GWB § 20 rdnr. 1.

60 Dat wil zeggen: op papier. Of en in hoeverre handhaving van deze regels een deuk in een pakje boter weet te slaan, heb ik niet onderzocht.

Duitsland

Naast het algemene aansprakelijkheidsrecht kent het Duitse recht al sinds 1896 een specifieke wet ter bestrijding van oneerlijke mededinging, de *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (UWG). Met die additionele wetgeving werden discussies zoals die welke bij ons culmineerden in *Lindenbaum/Cohen* (1919) vroegtijdig beslecht.⁶¹ Het Duitse recht koos met de UWG 1909 voor de introductie van een wettelijke *Generalklausel*:⁶² degene die in het maatschappelijk verkeer met mededingingsoogmerk handelingen verricht die in strijd zijn met de goede zeden die in het economische verkeer betamelijk zijn, kan tot schadevergoeding en tot verbod worden gehouden.⁶³ De kernwaarden die de UWG tegenwoordig probeert te borgen, zijn *Sittlichkeit*, *Lauterkeit* en *Fairness*: betamelijke en eerlijke mededingingspraktijken.

§ 3 UWG verbiedt in het algemeen oneerlijke handelspraktijken (Abs. 1) en in het bijzondere de onrechtmatige praktijken die zich richten op consumenten (Abs. 2). Oneerlijk tegenover concurrenten zijn kort gezegd denigrerende en leugenachtige praktijken, praktijken die verwarringsgevaar teweegbrengen (§ 4) en oneerlijke vergelijkende reclame (§ 6), terwijl oneerlijk tegenover ondernemers in het algemeen zijn agressieve en misleidende praktijken (§ 4a en § 5) en opdringerige reclame en marketing (§ 7).

61 De UWG 1896 werd geïntroduceerd als een 'extensie' van het onrechtmatigedaadsrecht, vandaar dat het handelspraktijkenrecht in Duitsland van oudsher wordt gezien als een species van het aansprakelijkheidsrecht. Zie Leistner 2007, p. 209 e.v.; Peukert 2008, p. 313 e.v., p. 338 e.v.; Beater 2011, p. 105 e.v.; Götting e.a. 2020, p. 860, par. 31, rdnr. 49. Oorspronkelijk was het doel van de UWG het beschermen van concurrenten tegen oneerlijke mededinging (Von Stechow 2002, p. 164 e.v.; Glöckner 2017, p. 416-417) maar gaandeweg werden ook consumentenbelangen onder het beschermingsbereik gebracht (Beater 2011, p. 621-622). De herziening van de UWG in 2004 codificeerde deze 'Schutzzwecktrias'; zie Leistner 2007, p. 221 e.v. Recentelijk werden de drempels voor concurrenten en belangenorganisaties weer een stukje hoger gemaakt om misbruik tegen te gaan (*Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs*, welke per 1 december 2021 vereist dat de concurrent als zodanig bestendig handelt en niet incidenteel; belangenorganisaties moeten voortaan een 'gekwalficeerde entiteit' zijn).

62 Beater 2011, p. 159.

63 Zie thans § 3 (1) UWG 2004, uitgewerkt in verbod van misleidende en agressieve handelspraktijken, zowel tegenover consumenten als ondernemers (§ 4 en 5 UWG). Nader Peukert 2008, p. 316 e.v. Consumenten kunnen bovendien een beroep doen op een specifieke lijst van verboden handelspraktijken (§ 3 (3) UWG jo. Anhang).

De UWG beoogt niet de structuur van de markt te beschermen of iets dergelijks; het doel is dus bijvoorbeeld niet om kleine ondernemers als zodanig te beschermen tegen de tucht van de markt.⁶⁴ Die rol wordt deels vervuld door een andere wet, de *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB). De GWB ziet met name op kartelvorming, misbruik van economische machtspositie en controle op concentraties. Daarnaast kent de GWB een aantal bijzondere bepalingen voor B2B-mededingingspraktijken,⁶⁵ en die zijn hier relevant.

Allereerst breidt de wet het beschermingsbereik van het leerstuk van misbruik van economische machtspositie uit naar gevallen van ‘relative Marktmarkt’. Daarvan is sprake indien en voor zover andere ondernemingen als aanbieder of vrager van bepaalde goederen of diensten op zodanige wijze *afhankelijk* zijn van de onderneming met relatieve marktmarkt dat er geen effectieve en praktische mogelijkheden bestaan om naar derde ondernemingen uit te wijken en er een duidelijke onevenwichtigheid in tegenmacht bestaat.⁶⁶

Het vereiste van afhankelijkheid is contextueel en vereist beantwoording van de vraag of de minder machtige onderneming niet alleen theoretische maar ook feitelijk toegankelijke alternatieve wederpartijen ter beschikking stonden op het relevante moment.⁶⁷ Afhankelijkheid kan zich bijvoorbeeld voordoen als de afnemer niet eenvoudig alternatieve componenten met dezelfde technische specificaties elders kan betrekken (bijv. omdat de componenten exclusief door de octrooihouder worden geproduceerd en verkocht) of als partijen al zolang zaken met elkaar doen dat de minder machtige onderneming aanzienlijke overstapkosten zal moeten maken.⁶⁸ Ook gevallen waarin door plotselinge schaarste, bijvoorbeeld door een importverbod, een minder machtige afnemer veroordeeld wordt om zaken te doen met een plotseling marktmarktachtige wederpartij, vallen eronder.⁶⁹ Dat laatste is opmerkelijk omdat in dat soort situaties specifieke crisiswetgeving wellicht meer voor de hand ligt.

64 Beater 2011, p. 645. Overigens is dit uitgangspunt inmiddels aan verandering onderhevig als gevolg van het toepassen van het verbod op agressieve handelspraktijken op B2B-verhoudingen (§ 4a UWG).

65 Over de convergentie van de doelen van UWG en GWB zie Grewe 2020, p. 180 e.v.

66 § 20 Abs. 1 UWG. § 20 Abs. 4 UWG geeft een algemeen bewijsvermoeden; § 20 Abs. 1 laatste zin GWB geeft een specifiek vermoeden: als een onderneming met regelmaat bijzondere kortingen bedingt of andere voordelen verlangt van een wederpartij, die andere partijen niet gegund worden, dan wordt een relatieve marktmarkt tegenover deze wederpartij vermoed aanwezig te zijn.

67 Körber e.a. 2020, GWB § 20, rdnr. 17 e.v.

68 Körber e.a. 2020, GWB § 20, rdnr. 20 e.v.

69 Körber e.a. 2020, GWB § 20, rdnr. 42 e.v.

De onderneming met relatieve marktmacht is verplicht om zich tegenover de afhankelijke onderneming te onthouden van de volgende onrechtmatige gedragingen:⁷⁰

- het direct of indirect hinderen of ongelijk behandelen zonder dat daarvoor een gerechtvaardigde grond bestaat;
- het eisen van voordelen zonder objectief gerechtvaardigde reden ('onzakelijke voordelen'), waarbij in het bijzonder moet worden betrokken of de eis voor de andere onderneming op een begrijpelijke wijze onderbouwd is en of het gevraagde voordeel in redelijke verhouding staat tot de reden van de eis (men noemt dit wel het 'Anzapfverbot', dat zich laat vertalen als het uitmelkverbod (of letterlijk: tapverbod; waar Duitsers zichzelf associëren met tappen moeten wij het doen met melk...)).

Het doel van de wet op dit punt is het creëren van tegenwicht tegen de relatieve marktmacht in algemene zin, en niet zozeer het beschermen van mkb-ondernemingen.⁷¹ Daarnaast kent de wet sinds 1989 ook een bijzondere bescherming voor mkb'ers tegen prijsdumping, maar omdat dat meer een mededingingspraktijk dan een contracteerpraktijk is, blijft dat buiten beschouwing.

Frankrijk

Het Franse recht omarmt weliswaar sinds 1791 de vrijheid van onderneming en nijverheid,⁷² maar heeft tegelijk onmiskenbaar een *tradition dirigiste*, ook wat betreft marktpraktijkenrecht. De oorsprong ervan ligt in het onrechtmatigedaadsrecht,⁷³ maar sinds 1986 kent het Franse recht ook een wettelijke regeling inzake 'des pratiques commerciales déloyales entre entreprises',⁷⁴ die niet alleen private belangen van ondernemingen maar

70 § 20 Abs. 1 eerste zin jo. § 19 Abs. 1 en Abs. 2 (2) onder 1 GWB resp. § 20 Abs. 2 jo. § 19 Abs. 1 en Abs. 2 (2) onder 5 GWB. Zie nader Glöckner 2019, p. 138 e.v.; Devroe e.a. 2020, p. 101-103.

71 Körber e.a. 2020, GWB § 20 rdnr. 8.

72 Art. 7 Loi d'Allarde (1791) vormt de basis voor de vrijheid van onderneming, exploitatie en mededinging, aangevuld door de Lois Chapelier 1791 waarbij o.a. gilden werden afgeschaft. Tegelijk toont het genoemde art. 7 ook de dirigistische kant van de medaille: eenieder zal vrij zijn om het beroep, ambacht of bedrijf uit te oefenen dat men wenst, maar hij zal ook gehouden zijn om van tevoren vergunning aan te vragen, de daarvoor geldende retributie te betalen en zich te houden aan de gedragsregels die nu en in de toekomst gelden.

73 Vogel 2016, p. 712-713; Beater 2011, p. 157-158. Vgl. Gerber 1998, p. 37-38.

74 De Pourcq 2018, p. 125.

ook het publieke belang van een ordelijke mededinging beoogt te beschermen.⁷⁵

In het Franse recht bestaat een verbod van misbruik van relatieve marktmacht tegenover ondernemers die in een staat van economische afhankelijkheid verkeren (art. L 420-2 tweede alinea Code de Commerce; *abus de dépendance économique*). Dit artikel verbiedt misbruik door een onderneming van de economische afhankelijkheid waarin een afnemer of leverancier zich bevindt tegenover die onderneming; als voorbeelden geeft het artikel: het weigeren te contracteren, gedwongen koppelverkoop en discriminatoire praktijken.⁷⁶ Afhankelijkheid doet zich voor als een onderneming feitelijk niet in staat is om door middel van een overeenkomst met een andere onderneming een resultaat te behalen dat in technisch of economisch opzicht vergelijkbaar is.⁷⁷ Het vereiste van afhankelijkheid is echter een hoge drempel om artikel L 420-2 met succes in te roepen.⁷⁸

De regeling inzake oneerlijke mededingingspraktijken ziet ook op aspecten van de totstandkoming, de inhoud en de beëindiging van overeenkomsten. Zo bepaalt artikel L 441-3 Code de Commerce dat een schriftelijke overeenkomst tussen leverancier en distributeur duidelijk de wederzijdse verplichtingen, de toepasselijke algemene voorwaarden en de prijsbepalingen moet omvatten.⁷⁹

Voor ‘produits de grande consommation’ (niet-duurzame consumptiegoederen met hoge omloopsnelheid die staan op een lijst afgekondigd ‘par décret’; deze lijst omvat ongeveer alles wat men in een supermarkt kopen kan) gelden daarbovenop de regels van artikel L 441-4 Code de Commerce.⁸⁰ Deze houden kort gezegd in dat tussen een leverancier en detailhandel de overeenkomst op schrift moet worden gesteld, dat deze de prijsbepaling transparant weergeeft en een inschatting van de aantallen geeft van het aantal af te nemen goederen, zodat een geïndividualiseerd contract ontstaat en ook de leverancier bij benadering weet waar hij aan toe is (*le plan d'affaires de la relation commerciale*). Het klinkt allemaal nogal voor de hand liggend maar als het in de

75 Om die reden wordt overtreding ook gesanctioneerd met strafrechtelijke sancties of bestuursrechtelijke boetes opgelegd door de *Autorité de la concurrence*. Zie Malaurie-Vignal 2020, p. 137. Daarnaast is de implementatiewetgeving inzake Richtlijn 2005/29/EG (OHP) wat betreft *misleidende handelspraktijken* óók van toepassing verklaard op B2B-praktijken; zie art. L 121-5 Code de la Consommation.

76 Niet is vereist dat het misbruik plaatsvindt met het opzet de mededinging te beïnvloeden.

77 Com. 12 februari 2013, no. 12-13603, ECLI:FR:CCASS:2013:CO00151. Vgl. Com. 9 april 2002, no. 00-13.921. Malaurie-Vignal 2020, p. 296-297.

78 De Pourcq 2018, p. 540 e.v. Om vergelijkbare redenen biedt het wilsgebrek van misbruik van economische omstandigheden (*violence abusive de contrainte économique*; art. 1143 Code Civil) slechts in uitzonderlijke gevallen soelaas.

79 Iets vergelijkbaars bepaalt art. L 441-5 voor bestellingen van halffabrikaten.

80 Loyer-Bouez e.a. 2019, p. 1262 e.v. (rdnr. 84505 e.v.).

wet opgenomen moest worden, zal de praktijk wel een stuk minder transparant zijn geweest. Overigens dienen gebruikers van algemene voorwaarden in B2B-verhoudingen deze, inclusief prijslijst, van tevoren op verzoek ter beschikking te stellen.⁸¹ Dit alles dient ertoe om transparantie en eerlijke totstandkoming te borgen.⁸²

Artikel L 442-1-I Code de Commerce geeft een open norm die de inhoud van overeenkomsten betreft: een partij die van de wederpartij een prestatie bedingt of probeert te bedingen die op geen enkele wijze correspondeert met een tegenprestatie of die onmiskenbaar disproportioneel is gezien de afgesproken tegenprestatie, is aansprakelijk en tot schadevergoeding verplicht (1°).⁸³ Hetzelfde geldt voor een partij die de wederpartij onderwerpt of probeert te onderwerpen aan voorwaarden die een aanzienlijke verstoring van het evenwicht (*un déséquilibre significatif*) tussen de wederzijdse verplichtingen van partijen veroorzaken (2°) of die disproportionele sancties op niet-nakoming stelt (3°).⁸⁴

Het concept van *déséquilibre significatif* is geïnspireerd op het consumentenrecht. Het werd in 2008 geïntroduceerd voor B2B-rechtsverhoudingen en is inmiddels de belangrijkste toetssteen van deze drie. Uit de rechtspraak volgt dat er verschillende indicatoren zijn voor een aanzienlijke verstoring van het contractuele evenwicht in B2B-contracten. Het draait vaak om de afwezigheid van een daadwerkelijke onderhandelingsruimte die ertoe leidt dat in het contract clausules worden opgenomen die één partij bevooruden, zonder dat er iets tegenover staat. Als het ontbreken van die wederkerigheid dan niet wordt gerechtvaardigd door het economische evenwicht van de overeenkomst als geheel, kan sprake zijn van een *déséquilibre significatif*. Hier kan worden gedacht aan een excessieve boeteclausule, een recht van een afnemer om onverkochte zaken te retourneren zonder additionele vergoeding en de ongelijke verdeling van risico's. Een indicatie kan zijn dat de eenzijdige clausule ongewoon is in de betreffende sector.⁸⁵ Een prijs-

81 Art. L 441-1 Code de Commerce.

82 Loyer-Bouez e.a. 2019, p. 1255 (rdnr. 84000).

83 Het moet gaan om een B2B-contract in de uitoefening van bedrijf ter zake van productie, distributie (koop) of dienstverlening; verhuur is kennelijk uitgesloten, net als financiële dienstverlening en de vrije beroepen. Zie Malaurie-Vignal 2020, p. 141-142; Loyer-Bouez e.a. 2019, p. 1273 (rdnr. 85014-85015); Vogel & Vogel 2020a, p. 54 e.v. Uit de zinsnede 'bedingt of probeert te bedingen' wordt afgeleid dat het moet gaan om contractsbepalingen waarover niet is onderhandeld c.q. waarover geen onderhandelingsmogelijkheid werd geboden; zie Com. 25 januari 2017, 15-23547, ECLI:FR:CCASS:2017:CO00135.

84 De open norm van art. L 442-1-I Code de Commerce is ingevoerd in 2019 als opvolger van het uitgebreidere art. L 442-6 (oud), waarin specifieke oneerlijke mededingingspraktijken werden opgesomd.

85 Voorbeelden bij Vogel & Vogel 2020a, p. 65 e.v. Indien er een kennelijke disbalans is tussen de prestatie van de een en de ander (art. L 442-1, I, 1°) wordt sneller 'un déséquilibre significatif' aangeroepen (2°), aldus Malaurie-Vignal 2020, p. 140.

herzieningsclausule die wordt ingeroepen om eerder afgesproken prijzen te veranderen zonder dat aannemelijk wordt gemaakt welke objectieve redenen daarvoor bestaan, kan ook met behulp van het artikel worden getoetst.⁸⁶

Artikel L 442-1-I Code de Commerce maakt dus toetsing van overeenkomsten aan het contractuele evenwicht mogelijk, en dat maakt in zekere zin ook toetsing van prijsbedingen mogelijk.⁸⁷ Zo bepaalde de Cour de Cassation dat óók de prijs getoetst kan worden in verband met intransparante prijsbepaling.⁸⁸

Bij de beoordeling van het contractuele evenwicht staat de uitwisseling van prestaties binnen de overeenkomst centraal en niet specifieke clausules; als de ene clausule voordelen voor de bovenliggende partij biedt, kan deze partij wijzen op andere clausules die een tegenwicht voor de wederpartij vormen. De rechter zal minder ontvankelijk zijn voor externe argumenten van economische en strategische aard van de bovenliggende partij.⁸⁹ Het argument dat de voordelen die de bovenliggende partij behaalt met de contracteerpraktijk worden doorgegeven aan consumenten vanwege de scherpe concurrentie die de bovenliggende partij ervaart en dat die praktijken dus consumentenwelvaartvergroten zijn, is geen valide verweer.⁹⁰

86 Com. 3 maart 2015, 13-27.525, ECLI:FR:CCASS:2015:CO00238.

87 Hier bestaat kritiek op; vgl. Devroe e.a. 2020, p. 101.

88 Com. 25 januari 2017, 15-23.547, ECLI:FR:CCASS:2017:CO00135. Zie Loyer-Bouez e.a. 2019, p. 1277 (rdnr. 85054). De Cour oordeelde o.m. '(...) la cour d'appel a exactement retenu que la loi du 4 août 2008, en exigeant une convention écrite qui indique le barème de prix tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur, avec ses conditions générales de vente, a entendu permettre une comparaison entre le prix arrêté par les parties et le tarif initialement proposé par le fournisseur; qu'il suit de là que l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce autorise un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties (...)', in mijn vertaling: '(...) Het hof heeft terecht geoordeeld dat de wet [nu: art. L441-1 Code de Commerce], door een schriftelijke overeenkomst te eisen met de prijsbepaling volgens de opgave van de leverancier in diens algemene verkoopvoorwaarden, beoogt om een vergelijking mogelijk te maken tussen de prijs zoals partijen die overeengekomen zijn en de prijs zoals de leverancier die oorspronkelijk voorstelde; dat hieruit volgt dat [nu: art. L 442-1-I Code de Commerce] een rechterlijke toetsing van de prijs toestaat, nu deze niet het gevolg is van een vrije onderhandeling en als een aanzienlijke verstoring van het evenwicht tussen de rechten en verplichtingen van de partijen kan worden gekenmerkt'.

89 Vogel & Vogel 2020a, p. 85-86.

90 Cour d'Appel de Paris 16 mei 2018, no. 17/11187, weergegeven bij Vogel & Vogel 2020a, p. 91.

De Code Civil kent sinds 2016 een bepaling die voortborduurde op de door artikel L 442-1-I Code de Commerce ingeslagen weg, namelijk artikel 1171 Code Civil. Het artikel schuurt de scherpe kanten af van de ferme hoofdregel (art. 1168 Code Civil) dat een gebrek aan gelijkwaardigheid van de prestaties bij wederkerige overeenkomsten geen grond biedt voor nietigheid. Artikel 1171 nuanceert dit in zekere zin want het biedt de mogelijkheid van terzijdestelling van een contractsbeding als dit een 'déséquilibre significatif' teweegbrengt in 'toetredingscontracten' of 'adhesiecontracten' tussen ondernemers; bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een aanzienlijke verstoring van het contractuele evenwicht mag evenwel geen acht worden geslagen op de kern van de overeenkomst of op de gelijkwaardigheid van prijs en prestatie.

De verschillen tussen artikel L 442-1-I Code de Commerce en artikel 1171 Code Civil zijn kort gezegd de volgende: het laatstgenoemde artikel (1) bestrijkt *alle* mogelijke overeenkomsten tussen ondernemingen zolang het maar contracten zijn die zijn opgesteld door een van beide partijen en waarover niet onderhandeld is⁹¹ en (2) hanteert de nietigheidssanctie en niet de schadevergoedingsplicht; artikel L 442-1-I Code de Commerce is wat ruimer qua strekking omdat het niet uitsluitend ziet op een totstandgekomen contract, maar ook op de handelspraktijk van het bedingen of proberen te bedingen.⁹²

België

In België wordt al langere tijd gepleit voor bescherming van ondernemers tegen oneerlijke mededingingspraktijken.⁹³ Boek IV Wetboek van Economisch Recht (WER) bevat sinds 2020 naar Frans en vooral Duits voorbeeld een uitdrukkelijk verbod van misbruik van economische afhankelijkheid.⁹⁴ Artikel IV.2/1 WER bepaalt namelijk dat het verboden is om misbruik te maken van een positie van economische afhankelijkheid waarin een onderneming zich bevindt. De regeling is generiek van aard en is dus niet gebonden aan een bepaalde omvang van de betrokken ondernemingen.⁹⁵ Handhaving van het verbod is zowel via de mededingsautoriteiten en dus bestuursrechtelijk als privaatrechtelijk mogelijk.

Vereist zijn (a) economische afhankelijkheid, (b) misbruik daarvan en (c) een potentiële aantasting van de mededinging. Economische afhankelijkheid is hier: een

91 Art. 1110 Code Civil omschrijft het adhesiecontract als de overeenkomst die bestaat uit bedingen die niet onderhandelbaar zijn en van tevoren door een van beide partijen zijn opgesteld.

92 De Pourcq 2018, p. 190-191, p. 219-220.

93 Zie (de verwijzingen bij) Devroe e.a. 2020, p. 11; De Pourcq 2018, p. 130 e.v.; p. 356 e.v.; p. 687 e.v.

94 Stuyck & Keirsbilck 2019, p. 241; Devroe e.a. 2020, p. 15.

95 Stuyck & Keirsbilck 2019a, p. 382. Voor een overzicht van factoren die kunnen wijzen in de richting van relatieve marktmacht, zie Vandermeersch 2020, p. 57.

‘positie van onderworpenheid van een onderneming ten aanzien van één of meerdere andere ondernemingen gekenmerkt door de afwezigheid van een redelijk equivalent alternatief, beschikbaar binnen een redelijke termijn, en onder redelijke voorwaarden en kosten, die deze of elk van deze ondernemingen toelaten om prestaties of voorwaarden op te leggen die niet kunnen verkregen worden in normale marktomstandigheden’ (art. I.6.12bis WER).⁹⁶

Van de praktijken die misbruik *kunnen* opleveren, somt artikel IV.2/1 WER er een aantal op:⁹⁷

- 1° *het weigeren van een verkoop, een aankoop of van andere transactievoorwaarden;*
- 2° *het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden;*
- 3° *het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de gebruikers;*
- 4° *het toepassen ten opzichte van economische partners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging;*
- 5° *het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de economische partners van bijkomende prestaties, die naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.*

Voorop staat dat niet elk gebruik van een relatieve machtspositie misbruik oplevert, maar slechts de onrechtmatige uitbuiting daarvan.⁹⁸ De gevallen opgesomd in artikel IV.2/1 WER vergen dus een nadere weging in concreto.⁹⁹

Naast de regels uit Boek IV kan worden gewezen op Boek VI WER. Daarin is de Richtlijn OHP geïmplementeerd voor B2C-rechtsverhoudingen, maar er is tevens plaats ingeruimd voor een regeling van verboden handelspraktijken in B2B-verhoudingen.¹⁰⁰ Artikel VI.104 WER bepaalt dat verboden is elke met de eerlijke marktpraktijken strijdige daad waardoor een onderneming de beroepsbelangen van een of meer andere ondernemingen schaadt of kan schaden.¹⁰¹ De wet onderscheidt tussen misleidende en

96 Over deze vereisten bijv. Devroe e.a. 2020, p. 86 e.v.; Vandermeersch 2020, p. 56; Claeys & Tanghe 2019, p. 366; De Pourcq 2019, p. 651 e.v.

97 De opsomming is niet uitputtend bedoeld; Devroe e.a. 2020, p. 90.

98 Vandermeersch 2020, p. 57; Claeys & Tanghe 2019, p. 368-370; De Pourcq 2019, p. 653-654. De toelichting bij de wet stelt voorts dat sprake moet zijn van een aantasting van de mededinging op de betrokken markt, maar wat dit exact inhoudt, is ongewis. Zie Vandermeersch 2020, p. 58.

99 Vgl. De Pourcq 2019, p. 654-655.

100 Zie uitgebreid Claeys & Tanghe 2019, p. 323 e.v., 363 e.v.

101 De bepaling wordt gezien als een specialis van art. 1382 BW en heeft dus een delictuele grondslag. Voor de vraag of de bepaling kan worden ingeroepen tussen contractanten gezien de Belgische samenloopregels, zie De Pourcq 2018, p. 367 e.v.; Devroe e.a. 2020, p. 6-7.

agressieve handelspraktijken. De eerstgenoemde categorie wordt op vergelijkbare wijze als in het consumentenrecht onderverdeeld in misleidende mededelingen en misleidende omissies, inclusief een lijst van praktijken die als misleidend worden beschouwd en een nadere uitwerking van hetgeen als agressief heeft te gelden (art. VI.104, VI.109/1-2 WER).¹⁰²

Opmerkelijk is dat de uitgangspunten van Richtlijn OHP eenvoudigweg zijn getransponeerd naar het domein van handelspraktijken tussen ondernemingen onderling. Dit kan afbakeningsvragen oproepen. Zo kan men zich afvragen of agressieve handelspraktijken zoals het gebruik van intimidatie en ongepaste beïnvloeding (omschreven als ‘het uitbuiten door een onderneming van een machtspositie ten aanzien van de andere onderneming om, zelfs zonder gebruik van of dreiging met fysiek geweld, druk uit te oefenen op een wijze die haar vermogen om een geïnformeerd besluit te nemen, aanzienlijk beperkt’) overlap vertonen met de doctrine van misbruik van economische afhankelijkheid.¹⁰³

Wat handhaving betreft kan gewezen worden op de *bijzondere raadgevende commissie Onrechtmatige Bedingen* die, naar Frans voorbeeld (de *Commission d'examen des pratiques commerciales*), adviezen geeft over onereuze bedingen; de commissie kan zich nu ook uitspreken over overeenkomsten tussen ondernemingen.¹⁰⁴

3.3 Ons land?

Algemeen

Wat betreft contracteerpraktijken zijn in ons land, buiten de regels van het mededingingsrecht, de open normen van het vermogensrecht en de invulling daarvan in de rechtspraak altijd leidend geweest. Denk aan leerstukken als precontractuele betamelijkheid, totstandkomingsgebreken zoals dwaling, bedrog en misbruik van omstandigheden, uitleg en beperkende werking van redelijkheid en billijkheid. Bij deze leerstukken was en is de hoedanigheid van partijen, en dus ook het gegeven dat de ene partij mogelijk meer onderhandelingsmacht, superieure kennis en vaardigheden heeft dan de andere partij, een relevant gegeven dat betrokken werd en wordt bij de vraag of het contract tussen partijen geldt, hoe het luidt en of het ingeroepen mag worden.

102 Ook vormen van acquisitiefraude en ongevraagde toezending vallen onder de regeling (art. VI.106-107, art. VI/109/3).

103 Stuyck & Keirsbilck 2019a, p. 393; Devroe e.a. 2020, p. 188-190.

104 Art. VI.91/8 WER. Zie nader ccecrb.fgov.be/. Voor Frankrijk zie art. L 440-1 Code de Commerce. De CEPC heeft een ruim takenpakket; zie nader economie.gouv.fr/cepc/.

Naast de generieke open normen werden op deelaspecten generieke wettelijke regels ingevoerd; ik noem hier algemene voorwaarden (1992), betalingsachterstanden (2002) en acquisitiefraude (2016). Daarnaast werd de inhoud van een aantal bijzondere B2B-overeenkomsten dwingendrechtelijk ingericht om onder meer te beschermen tegen situationele afhankelijkheid en de handelspraktijken en contractsbepalingen die daar het gevolg van waren; hier kunnen handelsagentuur¹⁰⁵ en franchising¹⁰⁶ worden genoemd.¹⁰⁷

Praktijken die samenhangen met *mededinging* tussen concurrenten (bijv. kwaadspreken, denigreren, parasiteren, verwarring creëren bij (eind)gebruikers ten nadele van een concurrent, het ondermijnen van of inbreken op een gesloten verkooporganisatie, anderszins profiteren) werden en worden nog steeds goeddeels via het commune vermogensrecht afgewikkeld.¹⁰⁸ Sommige van deze leerstukken zijn de laatste decennia gewijzigd of ten onder gegaan onder invloed van het Europese mededingingsrecht. Voor handelsnaambescherming is er een bijzondere wet en sinds 2018 is er additionele bescherming voor bedrijfsgeheimen.¹⁰⁹

Een raamwerk zoals dat in andere landen bestaat voor contracteerpraktijken, kent ons recht dus niet. Wat nog het dichtst in de buurt komt, is afdeling 6.3.4 BW, waarin een aantal oneerlijke handelspraktijken tussen ondernemingen onderling is benoemd. De afdeling is de 'oude' regeling van de misleidende en vergelijkende reclame,¹¹⁰ die bij gelegenheid van de implementatie van de Richtlijn OHP in 2008 werd omgedoopt.¹¹¹ In artikel 6:194 BW werd na het woord 'onrechtmatig' toegevoegd 'jegens een ander die handelt in de uitoefening van zijn bedrijf' en in artikel 6:194a lid 2 onder a BW na 'misleitend': 'of een misleidende handelspraktijk als bedoeld in de artikelen 193c tot en met 193g (...)'. In 2016 volgde de toevoeging van de Wet acquisitiefraude in deze afdeling.¹¹²

105 Richtlijn 86/653/EEG inzake zelfstandige handelsagenten, geïmplementeerd in art. 7:427 e.v. BW (handelsagentuur). De regeling omvat beschermingsregels met betrekking tot provisie, opzegging, klantenvergoeding bij beëindiging en concurrentiebeding.

106 Wet van 1 juli 2020 (*Stb.* 2020, 251) (Wet franchise).

107 Ook de huur van bedrijfsruimte is in elk geval sinds de Huurwet 1950 onderwerp van B2B-beschermingsrecht.

108 Zie bijv. Van Engelen 1994; De Vrey 2005; Van Bochove 2013.

109 Handelsnaamwet 1921 resp. Wet van 17 oktober 2018 (*Stb.* 2018, 369) (Wet bescherming bedrijfsgeheimen).

110 Richtlijn 2006/114/EG (misleidende en vergelijkende reclame) vervangt Richtlijn 84/450/EG en Richtlijn 97/55/EG.

111 Wet van 25 september 2008 (*Stb.* 2008, 397).

112 Wet van 29 maart 2016 (*Stb.* 2016, 133) (Wet Acquisitiefraude, ook wel bekend als de initiatiefwet Gesthuizen/Van Oosten).

Het opschrift van afdeling 6.3.4 (misleidende en vergelijkende reclame) is sinds invoering van de Wet acquisitiefraude niet langer accuraat.¹¹³ Die wet voegde aan de afdeling in artikel 6:194 BW de huidige leden 2, 3 en 4 toe, waarin kort gezegd het concept van misleidende omissie als bedoeld in artikel 6:193d BW wordt overgenomen voor handelspraktijken tussen ondernemers onderling. De afdeling zou dus beter 'oneerlijke handelspraktijken tussen ondernemingen onderling' of iets dergelijks kunnen heten.

Deze Wet acquisitiefraude is zuiver nationaalrechtelijk van aard. Ze beoogt primair dubieuze praktijken gericht op (kleine) ondernemers tegen te gaan, zowel strafrechtelijk (art. 326d Wetboek van Strafrecht (Sr)) als civielrechtelijk. Het gaat meer bepaald om praktijken waarbij spookfacturen worden verstuurd, op agressieve wijze advertenties voor nepbedrijvengidsen worden geworven, of juist de indruk wordt gewekt dat het opnemen van de naam in een gids gratis is, waarna met een beroep op versluierde voorwaarden een bedrag wordt gevorderd.¹¹⁴ Gangbare remedies zoals het invoeren van bedrog, dwaling of wanprestatie werden niet toereikend geacht om deze praktijken tegen te gaan, vooral omdat ze geraffineerd langs de randen van het toelaatbare of bewijsbare schurken en de betaalde bedragen de kosten van een civiele terugvorderingsprocedure veelal niet rechtvaardigen.¹¹⁵

De Wet acquisitiefraude doet echter veel meer dan alleen fraude aanpakken.¹¹⁶ De wet voegde aan artikel 6:194 BW de leden 2, 3 en 4 toe. Artikel 6:194 lid 2 BW bepaalt dat een openbare of specifiek gerichte mededeling misleidend is (en daarmee onrechtmatig in de zin van lid 1) indien essentiële informatie wordt weggelaten die een ondernemer nodig heeft om een geïnformeerd transactiebesluit te nemen waardoor hij een besluit neemt of kan nemen dat hij anders niet had genomen.¹¹⁷

113 Wet van 29 maart 2016 (*Stb.* 2016, 133).

114 *Kamerstukken II* 2013/14, 33712, nr. 6, p. 1-2. Vgl. ook het Belgische art. VI.107 WER: 'Het is verboden voor een onderneming ofwel rechtstreeks, ofwel via een betalingsformulier, een bestelformulier, een factuur, een aanbod, algemene voorwaarden, een voorstel tot verbetering of elk ander soortgelijk document, adverteerders te werven om hen in gidsen, adressenbestanden, telefoonboeken of soortgelijke lijsten of bestanden op te nemen, zonder ondubbelzinnig aan te geven dat deze werving een aanbod van overeenkomst tegen betaling uitmaakt en zonder in het vet en in het grootste lettertype dat in het document wordt gebruikt de duur van de overeenkomst en de hieraan verbonden prijs te vermelden.' Over deze praktijken in empirische zin Huisman e.a. 2009, p. 21 e.v.; Van de Bunt & Huisman 2009, p. 19 e.v.

115 Huisman e.a. 2009, p. 63 e.v.; Van de Bunt & Huisman 2009, p. 70 e.v.

116 Pavillon 2019, p. 102 e.v. Vgl. De Vries 2021.

117 De structuur van art. 6:194 lid 2 BW is ontleend aan art. 6:193d BW (de misleidende omissie in B2C-praktijken).

Binnen het werkingsbereik van de wet vallen dus ook andere gevallen dan evidente fraude en misdrijfgevallen;¹¹⁸ zo heeft bijvoorbeeld ook een franchisenemer die meent dat de franchisegever in de precontractuele fase onjuiste informatie heeft gegeven waar hij op afgegaan is, het bewijsvoordeel van artikel 6:195 BW.¹¹⁹

Lid 3 breidt de werking van lid 2 uit, naar gevallen waarin essentiële informatie verborgen wordt gehouden, op onduidelijke, onbegrijpelijke, dubbelzinnige wijze dan wel laat verstrekt of gepresenteerd wordt of waarin de wederpartij het commerciële oogmerk van de praktijk niet laat blijken. Hieronder zijn ook te begrijpen de gevallen waarin de ondernemer *wel* de algemene voorwaarden heeft gekregen en daarvan kennis heeft kunnen nemen, maar deze dusdanig onopvallend, slecht leesbaar of onbegrijpelijk geformuleerd zijn dat toch sprake is van een misleidende omissie.¹²⁰

Lid 4 verklaart onder meer artikel 6:193e aanhef en onder a t/m d BW van overeenkomstige toepassing. Dat betekent dat als een zogenoemde uitnodiging tot aankoop wordt gedaan, de onder a tot en met d genoemde informatie essentieel is en dus tijdig op duidelijke, begrijpelijke en on dubbelzinnige wijze moet worden verstrekt. Die informatie betreft de voornaamste kenmerken van het product of dienst, naam, adres en woonplaats (NAW-gegevens), de prijs inclusief belastingen of de berekeningswijze daarvan en betalings- en klachtafhandelingmodaliteiten.

De Wet acquisitiefraude bestrijkt dus niet alleen fraude, maar precontractuele B2B-handelspraktijken in ruimere zin. De acquireur die ‘inhoud en inkleding van de mededeling geheel of ten dele heeft bepaald of doen bepalen’ is bovendien belast met de omgekeerde bewijslast van artikel 6:195 lid 1 BW.¹²¹ De wetgever heeft daarnaast gewild dat overeenkomsten die op grond van dergelijke onrechtmatige praktijken tot stand zijn gekomen, ongeldig zijn, maar de wettekst drukt dit nergens uit.¹²²

118 Daarom is Schelhaas 2018, p. 11, nt. 13 misschien iets te kort door de bocht waar ze in essentie stelt dat de Wet acquisitiefraude niet zozeer is gebaseerd op ‘groot vs klein’ maar op ‘gewiekst vs onoplettend’.

119 *Aanhangsel Handelingen II* 2015/16, 3362, p. 4.

120 *Kamerstukken I* 2015/16, 33712, D, p. 9.

121 *Kamerstukken II* 2013/14, 33712, nr. 6, p. 7.

122 *Kamerstukken II* 2013/14, 33712, nr. 6, p. 8 stelt dat ‘acquisitiefraude, alsook overeenkomsten welke tot stand zijn gekomen als gevolg van dergelijke praktijken, voortaan te boek zullen staan als onrechtmatig en dat bovendien hieruit volgend door een gedupeerde ondernemer bij de rechter een vruchtbaar beroep kan worden gedaan op het niet rechtsgeldig zijn van een op dergelijke wijze tot stand gekomen contract’. Vgl. hierover *GS Onrechtmatige daad*, afd. 4 Boek 6 BW, aant. 15 (Van Nispen). De vernietigingsmogelijkheid die consumenten hebben in geval van overeenkomsten tot stand gekomen onder invloed van een oneerlijke handelspraktijk (art. 6:193j lid 3 BW), staat niet open voor ondernemers. *Aanhangsel Handelingen II* 2015/16, 3362, p. 4 suggereert overigens ook nog dat een ontbindingsmogelijkheid (sic!) bestaat.

Relatieve marktmacht

In het civiele recht zijn er leerstukken die in theorie dienst kunnen bewijzen bij relatieve marktmacht. Denkbaar is dat een weging van omstandigheden in het kader van de open norm van artikel 6:162 BW tot het oordeel kan leiden dat het uitoefenen van overmatige druk op een wederpartij om onverdiende voordelen te behalen, een contract open te breken enzovoort, onrechtmatig is. Een positie van relatieve marktmacht die tot situationele economische afhankelijkheid van de wederpartij leidt, zal daarbij allicht een relevante factor kunnen zijn. Ook bij de inhoudstoetsing van overeenkomsten is wel geopperd dat die afhankelijkheid een relevante factor kan zijn. Zo is wel gesuggereerd dat er meer ruimte moet zijn om 'ongerechvaardigd eenzijdige' bedingen die partijen met economisch overwicht in overeenkomsten hebben weten op te nemen, te toetsen en terzijde te stellen.¹²³

In de praktijk worden deze leerstukken maar nauwelijks aangeroepen.¹²⁴ De gevallen van economische bedreiging die de rechtszaal halen, zijn schaars. Het leerstuk misbruik van omstandigheden (art. 3:44 BW) ligt onder een dikke laag stof, en bovendien laat de schaarse rechtspraak over dit leerstuk zien dat niet snel sprake is van misbruik van een relatieve marktmacht.¹²⁵ Een specifiek toegesneden vorm van inhoudstoetsing van overeenkomsten is er nauwelijks; bij toetsing van algemene voorwaarden is de situatie niet wezenlijk anders, zoals we hierna zullen zien.

Wel kan worden gewezen op wetgeving voor specifieke gevallen. Zo heeft de franchisenemer door de invoering van titel 7.16 BW de beschikking over iets meer tegenmacht bij de uitoefening door de franchisegever van een contractuele wijzigingsbevoegdheid. Artikel 7:921 BW stelt namelijk eisen aan die uitoefening en probeert daarmee een tegenwicht te bieden aan een te eenzijdig wijzigingsbesluit. Ook worden transparantie-eisen gesteld aan goodwillvergoeding en concurrentiebepalingen na beëindiging van de franchise (art. 7:920 BW). Van deze wettelijke beschermingsregels kan niet ten nadele van de franchisenemer worden afgeweken.

123 Als het contract afwijkt van hetgeen gangbaar is op het desbetreffende deel van de markt (het economische overwicht weggedacht), wordt het vermoed eenzijdig te zijn, aldus Ruitinga 1982, p. 214, p. 229-231.

124 Tjittes 1994, hfdst. 4 en 5.

125 Tjittes 1994, p. 107-110; Ruitinga 1982, p. 147 e.v. Misschien is bescherming tegen misbruik nog wel het sterkst bij de beëindiging van duurovereenkomsten, waarbij de Hoge Raad volle toetsing aan de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid voorstaat (zie bijv. De Hoon 2005, p. 15 e.v.).

B2B-algemene voorwaarden

Bij de vraag of een beding onredelijk bezwarend is of een beroep erop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, dienen *alle relevante omstandigheden* in aanmerking te worden genomen. Tussen professionele partijen toetst de Hoge Raad weliswaar terughoudend,¹²⁶ maar de hoedanigheid van partijen en dus ook het gegeven dat een kleinere partij niet gewoon is om algemene voorwaarden uit te onderhandelen en dat de implicaties van die voorwaarden mogelijk niet zonneklaar zijn voor een dergelijke partij, is wel degelijk relevant.¹²⁷ En is de wederpartij groot en deskundig, dan kan dat relevant zijn voor de bepaling of deze partij de strekking van een bepaald beding in algemene voorwaarden had moeten doorgronden en voor de mate van terughoudendheid van de toetsing.¹²⁸

Wat deze hoedanigheidstoetsing nu precies inhoudt en rechtvaardigt, is minder evident. Gaat het om relatieve tegenmacht van de wederpartij van de gebruiker, het technische of juridische kennisniveau van de wederpartij, of een andere factor die iets zegt over de vraag of de wederpartij in het volle bewustzijn van de implicaties van de algemene voorwaarden met die voorwaarden heeft ingestemd? De Hoge Raad heeft zich er tot op heden niet heel precies over hoeven uit te laten.

Wel is duidelijk dat de wet de toegang tot de inhoudstoetsing van artikel 6:233 aanhef en onder a BW ontzegt aan grote wederpartijen. Artikel 6:235 BW hanteert daarbij een absolute kwantitatieve maatstaf; als de wederpartij (a) een (rechts)persoon is die een volledige jaarrekening publiceert (of als groepsmaatschappij daarvan is vrijgesteld),¹²⁹ of (b) er vijftig of meer personen werkzaam waren bij de wederpartij, dan is zij groot en daarmee niet beschermenswaardig voor de toepassing van artikel 6:233 BW. De kwantitatieve maatstaf wordt in de literatuur terecht bekritiseerd als arbitrair;¹³⁰ ook grote ondernemingen kunnen economisch afhan-

126 HR 31 december 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1210, NJ 1995/389 (*Matatag/de Schelde*): tussen partijen die tot bedrijfstakken behoren die regelmatig met elkaar zaken doen waarbij standaardisering door middel van het gebruik van algemene voorwaarden met exoneraties een alledaags verschijnsel is, is beroep op een exoneratiebeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar, ook als sprake is van ernstige fouten van personeel van een onderaannemer.

127 Bijv. HR 12 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5783, NJ 2000/412 (*champignonkwekerij*).

128 HR 15 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1664, NJ 2005/141 (*GTI/Zurich*).

129 De jaarrekening wordt doorgaans gepubliceerd door ondernemingen die aan ten minste twee van de volgende criteria voldoen: ten minste twee jaar achter elkaar activa ter waarde van € 6 miljoen of meer op de balans hebben staan, een jaarlijkse netto-omzet van € 12 miljoen of meer realiseren, gemiddeld meer dan vijftig werknemers in dienst hebben (incl. flexkrachten). Nader Wessels & Jongeneel 2017, p. 234 e.v.; Loos 2018, p. 96 e.v.

130 Bijv. Loos 2018, p. 99 e.v.; Asser/Sieburgh 6-III 2018/489; Hijma 2016, p. 83.

kelijk zijn van een gebruiker van onereuze voorwaarden, net zo goed als zij de deskundigheid kunnen missen die nodig is om de implicaties van bepaalde clausules te doorgronden. Bovendien kan via de sluiproute van artikel 6:248 lid 2 BW ook inhoudstoetsing plaatsvinden, zodat artikel 6:235 BW niet alleen arbitrair maar als het erop aankomt ook verre van sluitend is.

Het concept van reflexwerking, dat is het per analogie toepassen van de zwarte en grijze lijst in voorkomende gevallen waarin kleine professionele wederpartijen een beroep doen op de open norm van artikel 6:235 aanhef en onder a BW, wordt in de literatuur juist enthousiast omarmd.¹³¹ In de rechtspraak wordt er flink gebruik van gemaakt.¹³² De wetgever gaf hier zelf het startschot voor. De wetgever overwoog namelijk enerzijds dat het gebruik van een grijze en zwarte lijst van onredelijk bezwarende bedingen niet wenselijk was in de context van overeenkomsten tussen ondernemingen, omdat zowel de contractvormen en de ongelijkheid tussen partijen in dat soort overeenkomsten sterk uiteenlopen, en dergelijke lijsten ook in het buitenland niet worden gebruikt.¹³³ Anderzijds achtte de wetgever positieve ‘reflexwerking’ van de lijsten via de open norm wél mogelijk.¹³⁴

Hijma maakt in dat verband een onderverdeling van soorten wederpartijen: rechtspersonen die wel of niet handelen in uitoefening van beroep of bedrijf, natuurlijke personen die in uitoefening van beroep of bedrijf, binnen of buiten het terrein van hun activiteiten handelen.¹³⁵ Hij zoekt via gevaltypische vergelijking naar analogieën en verschillen met de consument en komt zo tot een glijdende schaal, per geval toe te passen.¹³⁶ Sieburgh meent kort gezegd dat reflexwerking vooral voor de hand ligt in gevallen die zich gelet op de inhoud van de overeenkomst en op het verschil in marktpositie en deskundigheid tussen gebruiker en wederpartij, niet noemenswaardig van consumententransacties onderscheiden.¹³⁷ Loos is weliswaar gecharmeerd van de glijdende schaal van Hijma maar meent dat uit de grootte van de wederpartij en zelfs diens (on)deskundigheid nog niet zoveel over de behoefte aan bescherming tegen onre-

131 Zie bijv. Hijma 2016, p. 43 e.v. (nr. 31 e.v.); Asser/Sieburgh 6-III 2018/502-503.

132 Voor een overzicht van de rechtspraak zie Wessels & Jongeneel 2017, p. 457 e.v.; Loos 2018, p. 335 e.v. Vgl. Biemans & Castermans 2017, p. 99. Wat betreft de regeling van de oneerlijke handelspraktijken (art. 6:193a e.v. BW) wordt reflexwerking naar ‘kleine’ ondernemers tot op heden niet enthousiast omarmd, althans niet door Hof Arnhem-Leeuwarden 13 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3884; Hof Den Bosch 4 juli 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3054; Hof Arnhem-Leeuwarden 14 juli 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:5566. Dat is ook wel begrijpelijk omdat voor B2B-handelspraktijken art. 6:194 BW is geschreven.

133 Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1654-1655. Dit argument is inmiddels niet langer juist; zie hierna.

134 Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1657.

135 Hijma 2016, p. 45 e.v. (nr. 32, al vanaf de eerste druk uit 1997).

136 Hijma 2016, p. 44.

137 Asser/Sieburgh 6-III 2018/502.

delijke bedingen kan worden afgeleid; ik begrijp hem zo dat hij reflexwerking passend acht steeds wanneer bescherming tegen een niet-onderhandeld onredelijk bezwarend beding geboden is.¹³⁸ De literatuur overziend kan worden gezegd dat rechterlijke vrijheid om individuele gevallen recht te doen, hoog in het vaandel wordt gedragen en dat de glijdende schaal hooguit als handvat wordt gezien en niet als ‘hard and fast rule’.

Het wetgevend kader is dus terughoudend als het gaat om bescherming tegen onereuze voorwaarden in B2B-rechtsverhoudingen, maar tegelijk is dat kader zo flexibel dat het die bescherming niet resoluut uitsluit. Deze tamelijk zuinige opstelling van de wetgever wijkt in verschillende opzichten af van wat inmiddels in andere landen gebeurt. Ik noem, zonder volledigheid te pretenderen, een aantal verschillen.

Duits en Belgisch recht gaan verder

Het Duitse recht hanteert een open norm voor de toetsing van de inhoud van algemene voorwaarden in overeenkomsten tussen ondernemingen (§ 307 (1) jo. § 310 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)). De open norm van § 307 (1) BGB bepaalt dat algemene voorwaarden krachteloos zijn indien ze de wederpartij van de gebruiker in strijd met ‘Treu und Glauben’ ongepast benadelen. § 307 (1) BGB beoogt te voorkomen dat de gebruiker van algemene voorwaarden de contractsvrijheid eenzijdig gebruikt en aldus de wederpartij ongepast benadeelt door bijvoorbeeld op ongepaste wijze risico’s te verschuiven. Met deze open norm gaat de controle op het contractuele evenwicht in algemene voorwaarden tussen ondernemers naar Duits recht tamelijk ver, misschien zelfs verder dan het Franse recht.¹³⁹ Dat blijkt bijvoorbeeld uit de *Indizwirkung* van de zwarte en grijze lijst voor consumententransacties voor de toetsing van algemene voorwaarden in B2B-overeenkomsten.¹⁴⁰ Uit de tekst van § 307 (1) BGB en de toepassing daarvan in de rechtspraak volgt bovendien dat algemene voorwaarden in B2B-overeenkomsten (a) waarin wordt afgeweken van de essentiële kerngedachte van regelendrechtelijke wetsbepalingen of (b) die maken dat het ‘bereiken van het contractdoel in gevaar komt’, om die reden ongepaste

138 Zie Loos 2018, p. 335, nt. 20. Zie echter ook Loos 2018, p. 161, waar deskundigheid van de wederpartij wel als factor wordt genoemd die tot terughoudende inhoudstoetsing kan leiden.

139 Op specifieke punten toetst de Franse rechter echter ook redelijk indringend; zie bijv. Com. 29 juni 2010, nr. 09-11.841 (exoneraties in B2B-overeenkomsten hollen de kenmerkende verbintenis uit en zijn daarom ‘réputée non écrite’).

140 Interessant om te weten is dat Duitse ondernemers zich hebben uitgesproken voor handhaving van het huidige systeem en tegen versoering van het toetsingsregime, omdat zij menen dat alle risico’s anders bij de minst machtige detaillist terecht komen. Zie Glöckner 2017, p. 421-422.

benadeling opleveren.¹⁴¹ Beide toetsingsgronden (a) en (b) kunnen – in theorie in elk geval – op gespannen voet staan met de contractsvrijheid en de eerste toetsingsgrond verhoudt zich mogelijk minder goed met het idee van (veel) regelendrechtelijke bepalingen, te weten een regel om terug te vallen als niet(s) anders is afgesproken.¹⁴² In de literatuur is mede daarom wel bepleit dat § 307 BGB in de verhouding tussen ondernemers met name ingezet zou moeten worden wanneer de gebruiker een mate van marktmacht heeft die maakt dat de wederpartij economisch afhankelijk is van de gebruiker.¹⁴³

In België ging men nog een stap verder. Sinds december 2020 kent de WER een aantal algemene voorschriften voor overeenkomsten tussen ondernemingen.¹⁴⁴ De wetgever liet zich daarbij inspireren door het regime van Richtlijn 93/13/EEG.¹⁴⁵ Artikel VI.91/3 WER maakt inhoudstoetsing van contracten mogelijk en bepaalt dat een ‘kennelijk onevenwicht’ tussen de rechten en plichten van partijen niet is toegestaan:

‘§ 1. Voor de toepassing van deze titel is elk beding van een overeenkomst gesloten tussen ondernemingen dat, alleen of in samenhang met één of meer andere bedingen, een kennelijk onevenwicht schept tussen de rechten en plichten van de partijen, onrechtmatig.

§ 2. Voor de beoordeling van het onrechtmatige karakter van een beding van een overeenkomst worden alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, de algemene economie van de overeenkomst, alle geldende handelsgebruiken, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten in aanmerking genomen, rekening houdend met de aard van de producten waarop de overeenkomst betrekking heeft.

Voor de beoordeling van het onrechtmatige karakter wordt tevens rekening gehouden met het in artikel VI.91/2, eerste lid, bepaalde vereiste van duidelijkheid en begrijpelijkheid van het beding.

141 Bijv. BGH 19 januari 1984, VII ZR 220/82, BGHZ 89/363 (toetsing contractuele limitering tot grove schuld); BGH 26 januari 1993, X ZR 90/91, NJW-RR 1993, 560 (uitsluiting aansprakelijkheid behalve bij grove schuld); BGH 10 oktober 2013, VII ZR 19/12, NJW 2014/206 (contractueel verkorten van verjaringstermijn niet aanvaardbaar); BGH 20 maart 2014, VII ZR 248/13, BGHZ 200/326 (de toetsing kan niet contractueel worden uitgesloten).

142 De eerste toetsingsgrond geldt in wezen ook naar Nederlands recht, nu bij de inhoudstoetsing aan de open norm van art. 6:233 BW aandacht geschonken moet worden aan de vraag of het beding op onredelijk bezwarende wijze afwijkt van hetgeen anders – het beding weggedacht – zou hebben gegolden (aldus Parl. Gesch. Boek 6 Inv., p. 1579); vgl. Loos 2018, p. 162. HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773, NJ 2017/394 (T./Dexia), herhaald in o.m. HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830 (Euribor-renteopslag), maakt hier van dat ‘met name’ met regelend recht moet worden vergeleken. Ik heb mij verzet tegen het idee dat regelend recht doorslaggevend zou moeten zijn; zie Van Boom 2020a, p. 108.

143 Vgl. De Pourcq 2018, p. 166-167, p. 225 e.v., p. 278 e.v.

144 Nader Terryn 2020, p. 2 e.v.; Claeys & Tanghe 2019, p. 323 e.v.; 363 e.v.

145 Devroe e.a. 2020, p. 97.

De beoordeling van het onrechtmatige karakter van bedingen heeft geen betrekking op de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, noch op de gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren producten, voor zover die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd.'

Elk onrechtmatig beding is verboden en nietig, maar de overeenkomst blijft bindend voor de partijen indien ze zonder de onrechtmatige bedingen kan blijven voortbestaan, aldus art. VI.91/6 WER.

De toetsing van 'kennelijke onevenwicht' geschiedt contextueel, dat wil zeggen met inachtneming van alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst,¹⁴⁶ handelsgebruiken, de andere bedingen van de overeenkomst, eventuele samenhangende contracten, de duidelijkheid en begrijpelijkheid van het betreffende beding, en wat tussen partijen zou gelden zónder het beding.¹⁴⁷ Daarenboven dient de 'algemene economie' van de transactie te worden gewogen – dat is het door partijen nagestreefde evenwicht – en blijft toetsing van kernbedingen en de gelijkwaardigheid van prijs en prestatie buiten beschouwing.¹⁴⁸

Naast deze open norm kent de wet een zwarte en grijze lijst.¹⁴⁹ Zonder meer onrechtmatig (art. VI.91/4 WER) zijn bedingen die ertoe strekken:

- 1° *te voorzien in een onherroepelijke verbintenis van de andere partij terwijl de uitvoering van de prestaties van de onderneming onderworpen is aan een voorwaarde waarvan de verwezenlijking uitsluitend afhankelijk is van haar wil;*
- 2° *de onderneming het eenzijdige recht te geven om een of ander beding van de overeenkomst te interpreteren;*
- 3° *in geval van betwisting, de andere partij te doen afzien van elk middel van verhaal tegen de onderneming;*
- 4° *op onweerlegbare wijze de kennisname of de aanvaarding van de andere partij vast te stellen met bedingen waarvan deze niet daadwerkelijk kennis heeft kunnen nemen vóór het sluiten van de overeenkomst.'*

146 De toetsing is dus 'ex tunc'; Devroe e.a. 2020, p. 108.

147 Dat laatste aspect is te herleiden tot de totstandkomingsgeschiedenis van art. VI.91.3 WER; zie Stuyck & Keirsbilck 2019a, p. 387. Zie ook het 'grijze' beding genoemd in art. VI.91.5 onder 4. Als de overeenkomst wezenlijke verplichtingen uithoudt die normaal gesproken op een van partijen zou hebben gerust, is dat een aanwijzing voor het bestaan van 'onevenwicht', zij het dat er wel degelijk een gerechtvaardigd belang kan zijn bij afwijking van regeland recht; Devroe e.a. 2020, p. 112; p. 115-116.

148 Stuyck & Keirsbilck 2019a, p. 385; Devroe e.a. 2020, p. 99-101, p. 111-112.

149 Kritisch over de implicaties Terryn 2020, p. 4. Zij voorziet meer rechtsonzekerheid.

Interessant is het verbod op bedingen die een van de partijen een exclusief recht op uitleg van de voorwaarden geven (onder 2); hiermee wordt ook het formuleren van vage clausules met ruime bevoegdheden voor die partij geblokkeerd.¹⁵⁰

Behoudens bewijs van het tegendeel worden vermoed onrechtmatig te zijn (art. VI.91/5 WER) de bedingen die ertoe strekken:

- 1° *de onderneming het recht te verlenen om zonder geldige reden de prijs, de kenmerken of de voorwaarden van de overeenkomst eenzijdig te wijzigen;*
- 2° *een overeenkomst van bepaalde duur stilzwijgend te verlengen of te vernieuwen, zonder opgave van een redelijke opzegtermijn;*
- 3° *zonder tegenprestatie het economische risico op een partij leggen indien die normaliter op de andere onderneming of op een andere partij bij de overeenkomst rust;*
- 4° *op ongepaste wijze de wettelijke rechten van een partij uit te sluiten of te beperken in geval van volledige of gedeelde wanprestatie of gebrekkige uitvoering door de andere onderneming van een van haar contractuele verplichtingen;*
- 5° *onverminderd artikel 1184 van het Burgerlijk Wetboek, de partijen te verbinden zonder opgave van een redelijke opzegtermijn;*
- 6° *de onderneming te ontslaan van haar aansprakelijkheid voor haar opzet, haar zware fout of voor die van haar aangestelden of, behoudens overmacht, voor het niet-uitvoeren van de essentiële verbintenissen die het voorwerp van de overeenkomst uitmaken;*
- 7° *de bewijsmiddelen waarop de andere partij een beroep kan doen te beperken;*
- 8° *in geval van niet-uitvoering of vertraging in de uitvoering van de verbintenissen van de andere partij, schadevergoedingsbedragen vast te stellen die kennelijk niet evenredig zijn aan het nadeel dat door de onderneming kan worden geleden.'*

In deze lijst valt op dat bepaalde exoneratiebedingen (onder 6), bewijsmiddelenbeperkingen (onder 7) en excessieve boetebedingen (onder 8) onder verdenking staan. Ook bedingen die het economische risico verleggen zonder tegenprestatie zijn verdacht (onder 3); het vermoeden kan echter worden weerlegd als de verlegging is ingecalculleerd in de prijs.¹⁵¹ In het algemeen valt natuurlijk op dat er een grijze en zwarte lijst is opgenomen voor toetsing van algemene voorwaarden in overeenkomsten tussen ondernemingen, waar Duits en Nederlands recht het gebruik van lijsten alleen hebben ingevoerd voor overeenkomsten met consumenten als wederpartij.

Overigens stelt de WER ook eisen aan de transparantie van gebruikte voorwaarden. Artikel VI.91/2 WER bepaalt dat schriftelijke bedingen in een overeenkomst tussen ondernemingen duidelijk en begrijpelijk moeten

¹⁵⁰ Devroe e.a. 2020, p. 114.

¹⁵¹ Devroe e.a. 2020, p. 109-110; Claeyns & Tanghe 2019, p. 339.

zijn opgesteld; interpretatie kan mede geschieden aan de hand van rechtstreeks verband houdende marktpraktijken. De verwachting is dat daarbij ook getoetst kan worden aan begrijpelijkheid van de economische gevolgen, zoals dat ook bij B2C-contracten geschiedt.¹⁵² Artikel VI.91/3 WER geeft aan dat bij de beoordeling van het onrechtmatige karakter van een beding rekening dient te worden gehouden met het vereiste van duidelijkheid en begrijpelijkheid van het beding.

B. Casestudies

4. Contracteerpraktijken in de agrifood sector

4.1 Aanleiding¹⁵³

De voedselindustrie bestaat uit grote en kleine marktactoren. Kleine toeleveranciers die tegenover grote afnemers staan met inkoopmacht, hebben weinig te kiezen. Met name agrariërs zitten in de hoek waar klappen vallen, onder meer door het feit dat hun afnemers relatieve marktmacht (inkoopmacht) hebben. Zo staan supermarktketens bekend als scherpe onderhandelaars. Deze ketens zijn onderling sterk concurrerend en hebben elk tegenover kleinere leveranciers relatieve inkoopmacht.¹⁵⁴ 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 en om risico's voor hun rekening te nemen die eigenlijk niet bij hen thuishoren. Die druk mogen zij niet wegnemen door bijvoorbeeld prijskartels te vormen: producenten van landbouwproducten moeten zélf hun prijzen individueel vaststellen.¹⁵⁵ 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.¹⁵⁶ Een toeleverancier zal

152 Devroe e.a. 2020, p. 105; Claeys & Tanghe 2019, p. 327-328. Zie voor de invulling van het transparantievereiste bij consumententransacties HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282 (Kasler).

153 Delen van par. 4 zijn ontleend aan Van Boom 2018, p. 277 e.v.

154 Nadere verwijzingen bij De Pourcq 2018, p. 10-11; Van Boom 2018, p. 277 e.v.

155 Zie bijv. de beboeting in 2012 van het 'zilveruienkartel' door de ACM (boetebesluit 25 mei 2012 (6964-1/230)); de boete werd door het College van Beroep voor het bedrijfsleven (Cbb) in stand gelaten (Cbb 24 maart 2016, ECLI:NL:CBB:2016:56). 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. Vgl. 'Samenwerking boeren moet mogelijk zijn', FD 15 mei 2019.

156 Zie over inkoopmacht bijv. *Visiedocument Inkoopmacht*, NMa 2004; *OECD Roundtable Monopsony and Buyer Power*, OECD 2008.

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.¹⁵⁷

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 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 omdat het risico van *delisting* dreigt, dat wil zeggen het risico van toegevoegd worden aan de zwarte lijst van lastpakken met wie niet meer wordt gecontracteerd.

Tegen deze achtergrond werden in binnen- en buitenland al gedurende langere tijd oplossingen gezocht. Soms geschiedde dat in de vorm van zelfregulering door middel van gedragscodes en soms in de vorm van overheidstoezicht op handelspraktijken van supermarktketens en andere afnemers met relatieve marktmacht. Ook in ons land werd zelfregulering beproefd in de vorm van een klachtenregeling, maar of het uitblijven van klachten nu toegeschreven moest worden aan naleving of terughoudendheid om klachten in te dienen, bleef in het vage.¹⁵⁸

Ook op Europees niveau was er al langer aandacht voor deze problematiek. Zo stelt Verordening 1308/2013 tot vaststelling van een gemeenschappelijke ordening van de markten voor landbouwproducten eisen aan contractvorm en -voorwaarden. Zo geschiedt de verkoop van suikerbieten door telers aan suikerproducenten onder voorwaarden die sectoraal zijn vastgesteld en op schrift zijn gesteld (art. 125); de verkoop van rauwe melk door een landbouwer aan een verwerker wordt op schrift gesteld en de prijsberekening is aan voorwaarden onderworpen (art. 148). En indien een lidstaat in andere sectoren als eis stelt dat het contract op schrift moet worden gesteld, dan gelden een aantal minimumvoorwaarden voor onder andere prijsberekening en moeten looptijd en betalingsvoorwaarden worden geëxpliciteerd (art. 168). Met Richtlijn 2019/633 is een volgende, meer generieke stap gezet om markttransparantie te vergroten, de ongelijkheid van onderhandelingsmacht te compenseren en om oneerlijke handelspraktijken uit te bannen. De richtlijn bouwt voort op verschillende zelfreguleringsinitiatieven.¹⁵⁹

157 Voor een analyse van de problematiek zie bijv. De Hoon & Van Doorn 2013, p. 223 e.v.

158 Zie nader, met verdere verwijzingen, Van Boom 2018, p. 277 e.v.

159 Zie voor een overzicht van de totstandkomingsgeschiedenis van de richtlijn bijv. De Pourcq 2018, p. 51 e.v.; Schebesta e.a. 2018, p. 690 e.v.

4.2 Richtlijn 2019/633

De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen (2019/633) beperkt zich tot praktijken die zich voordoen bij de verkoop van landbouw- en voedingsproducten door kleine leveranciers aan grote afnemers.¹⁶⁰ De begrippen *klein* en *groot* zijn aan elkaar gerelateerd; zo is bijvoorbeeld een leverancier klein als de jaarlijkse omzet niet meer dan € 2 miljoen bedraagt terwijl die van de grote afnemer meer dan € 2 miljoen bedraagt.¹⁶¹ De richtlijn moet zo worden omgezet dat de dwingende regels steeds van toepassing zijn als afnemer of leverancier of beiden in de EU zijn gevestigd, ongeacht het op hun overeenkomst toepasselijke recht.¹⁶² De richtlijn betreft minimumharmonisatie.¹⁶³

De richtlijn kent geen open norm zoals te vinden is in artikel 5 Richtlijn OHP, maar verbiedt heel concreet de volgende praktijken als zijnde oneerlijk (art. 3 lid 1):

- betaling later dan dertig resp. zestig dagen na kort gezegd levering;
- annuleren op te korte termijn van bestelling van bederfelijke waar; minder dan dertig dagen voor levering is in beginsel een te korte termijn;
- eenzijdige wijziging van de contractvoorwaarden verband houdende met frequentie, methode, plaats, timing of volume, kwaliteitsnormen, betalingsvoorwaarden, prijzen of nadere voorwaarden;
- verlangen van betalingen die geen verband houden met de verkoop;¹⁶⁴
- verlangen van betaling voor bederf of verlies dat zich na aflevering bij de afnemer voordoet en dat niet aan een tekortkoming van de leverancier is toe te schrijven;

160 Art. 1 lid 2 Richtlijn 2019/633 verwijst naar aanbeveling 2003/361 voor nadere regels ter bepaling van de omzet. Voor het begrip landbouw- en voedingsproducten wordt verwezen naar Bijlage I bij het VWEU, maar art. 2 aanhef en onder 1 Richtlijn 2019/633 begrijpt er ook tot eindproduct verwerkte producten onder. Dat betekent dat ook producenten die landbouwproducten tot eindproduct hebben verwerkt, onder het beschermingsbereik van de richtlijn kunnen vallen.

161 Resp. 2-10 miljoen tegenover > 10 miljoen; 10-50 miljoen tegenover > 50 miljoen; 50-150 miljoen tegenover > 150 miljoen; 150-350 miljoen tegenover > 350 miljoen. Zie art. 1 lid 2 Richtlijn 2019/633; daarover Daskalova 2019, p. 282-283; Devroe e.a. 2020, p. 202-204. Een absolute maatstaf voor 'klein', zoals bijvoorbeeld wordt gebruikt in art. 6:233 lid 1 BW, werd niet geschikt geacht; zie Keirsbilck & Terryn 2020, p. 90.

162 Art. 1 lid 2 jo. lid 4 Richtlijn 2019/633. Over aspecten betreffende internationaalrecht privaatrecht (IPR) zie bijv. Devroe e.a. 2020, p. 233-236. Vgl. ook nog art. 7:922 BW (franchise) voor een ander voorbeeld van B2B-beschermingsrecht dat van openbare orde is: als de franchisenemer in Nederland is gevestigd, gelden de regels van titel 7.16 BW ongeacht welk recht van toepassing is op de franchiseovereenkomst.

163 Art. 1 en 9 Richtlijn 2019/633.

164 Daskalova 2019, p. 291 laat mooi zien dat dergelijke praktijken onder art. 102 VWEU ook al verdacht zijn.

- weigering om de contractvoorwaarden op schrift te stellen;
- onrechtmatige verkrijging of openbaarmaking van bedrijfsgeheimen van de leverancier;
- dreigen met of overgaan tot commerciële vergeldingsmaatregel (zoals ‘de-listing’) indien de leverancier zijn rechten uitoefent, een klacht indient of samenwerkt met de autoriteiten;
- verlangen van een vergoeding voor kosten van onderzoek naar klachten van klanten.

Deze praktijken worden wel aangeduid als de zwarte lijst.¹⁶⁵ Daarnaast is er ook een grijze lijst: dat zijn de praktijken die volgens de richtlijn verboden zijn *tenzij* deze op duidelijke en ondubbelzinnige wijze zijn overeengekomen tussen leverancier en afnemer (art. 3 lid 2):

- het retourneren van onverkochte producten zonder betaling;
- het verlangen van een vergoeding voor opslag, uitstallen, opnemen in het assortiment;
- het verlangen van kortingen in het kader van een promotieactie van de afnemer, tenzij de afnemer de periode en verwachte hoeveelheden af te nemen producten specificeert;
- het verlangen van betaling voor het maken van reclame en marketing voor de producten;
- het verlangen van betaling voor het inrichten van de verkooppruimten.

Steeds is de afnemer verplicht desgevraagd een schriftelijke raming en onderbouwing van het te betalen bedrag te verschaffen (art. 3 lid 3).

De lidstaten dienen een handhavingsautoriteit aan te wijzen, die klachten in ontvangst kan nemen en onderzoeken en die zondig tot verbodsacties en beboeting kan overgaan.¹⁶⁶ De klachten kunnen van leveranciers maar ook van organisaties met een rechtmatig belang bij de vertegenwoordiging van leveranciers afkomstig zijn; de autoriteit moet desgevraagd de identiteit van de klager geheim houden. Lidstaten kunnen ook ADR zoals bemiddeling stimuleren.

4.3 Kanttekeningen

Een aantal aspecten van de richtlijn valt op. De richtlijn houdt zich bezig met praktijken, maar onder dat begrip is ook te begrijpen het bedingen van en het beroep doen op *overeengekomen* contractclausules. Onder de verboden praktijken staat zelfs het bedingen van een betaling die geen verband houdt met de verkoop (art. 3 lid 1 onder d Richtlijn), en dat lijkt

¹⁶⁵ Zie nader over de ‘zwarte lijst’ Devroe e.a. 2020, p. 209 e.v.

¹⁶⁶ Zie art. 4-6 Richtlijn 2019/633.

zelfs de toetsing van de redelijkheid van een (opgeknijpte) prijs mogelijk te maken. Een generieke betaling voor ‘administratiekosten’ of voor ‘de fijne samenwerking’ (ook wel *fringe benefits* genoemd) is dus niet toegestaan.¹⁶⁷

Een vergelijking met Duits en Frans recht laat zien dat in die landen de regels nog wat verder gaan. Zo gaat artikel L 442-1-I, i° Code Commerce een stap verder: een partij die van de wederpartij een prestatie bedingt of probeert te ontvangen die op geen enkele wijze correspondeert met een tegenprestatie of die onmiskenbaar disproportioneel is gezien de afgesproken tegenprestatie, is aansprakelijk en tot schadevergoeding verplicht. Ook het Duitse recht gaat nog een stapje verder, waar het als misbruik beschouwt wanneer een partij met relatieve marktmacht van een wederpartij betalingen of voorwaarden eist die afwijken van hetgeen hoogstwaarschijnlijk in een normaal functionerende markt zou zijn bedongen (§ 19 Abs. 2 (2) jo. 20 Abs. 2 GWB). Bovendien is het eisen van onzakelijke voordelen zonder tegenprestatie evenzeer verboden (§ 19 Abs. 2 (5) jo. 20 Abs. 2 GWB).¹⁶⁸ Let wel: zowel de Franse als Duitse regelingen zijn generiek van aard en zijn dus niet alleen op de agrifoodsector van toepassing.

De richtlijn doet algemener de vraag rijzen wat de verhouding is met het overeenkomstenrecht. De richtlijn bepaalt daar niets over. Sinds *Perenicova* (2012) was wel al duidelijk dat de rechter de kwalificatie van een handelspraktijk als oneerlijk mag betrekken in zijn beoordeling van het oneerlijke karakter van de bedingen in een overeenkomst tussen een handelaar en een consument,¹⁶⁹ maar of het EU-recht nu ook eist dat het nationale recht contractenrechtelijke gevolgen verbindt aan de niet-naleving van de gedragsnormen die in Richtlijn 2019/633 besloten liggen, is niet duidelijk.¹⁷⁰ Zou bijvoorbeeld een kostenbeding in een overeenkomst moeten kunnen worden getoetst op ‘duidelijkheid en ondubbelzinnigheid’, en welke maatstaf geldt daarbij? In artikel 6:238 lid 2 BW is bepaald dat de bedingen die worden gebruikt in de algemene voorwaarden in een overeenkomst met een consument, duidelijk en begrijpelijk moeten zijn opgesteld, het transparantiegebod. In hetzelfde lid 2 staat ook dat bij twijfel over de betekenis van een beding, de voor de consument gunstigste uitleg prevaleert, de contra-proferentemregel, de uitleg in het nadeel van de opsteller. Het transparantiegebod ziet niet alleen op taalgebruik en zinsbouw, maar ook op de consequenties van het betreffende beding. In *Euribor* (2019) zegt de Hoge Raad het zo:

‘Het beschermingsstelsel van Richtlijn 93/13 brengt mee dat het transparantievereiste ruim moet worden opgevat. Het gebiedt onder meer dat in de overeenkomst de concrete werking van het mechanisme waarop het betrokken beding betrekking heeft en,

167 Zie Keirsbilck & Terryn 2020, p. 48-49.

168 Keirsbilck & Terryn 2020, p. 101-103.

169 HvJ EU 15 maart 2012, C-453/10, ECLI:EU:C:2012:144 (*Pereničová en Perenič/SOS financ*).

170 Keirsbilck & Terryn 2020, p. 41-42.

in voorkomend geval, de verhouding tussen dit mechanisme en het mechanisme dat is voorgeschreven door andere bedingen, op een transparante wijze worden uiteengezet, zodat de consument op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die voor hem uit de overeenkomst voortvloeien, kan inschatten.¹⁷¹

Het ligt voor de hand dat deze maatstaf die ziet op duidelijkheid en ondubbelzinnigheid in overeenkomsten met consumenten per analogie wordt toegepast op de gevallen die worden bestreken door Richtlijn 2019/633.¹⁷²

De vervolgvraag is wat de civielrechtelijke sanctionering is van een beding dat niet duidelijk en ondubbelzinnig is. Gedacht kan worden aan toepassing van de bovengenoemde contra-proferentemregel, hoewel die volgens gangbare opvattingen buiten het consumentenrecht slechts een gezichtspunt oplevert. Het feit dat een beding niet voldoet aan het transparantiegebod als zodanig is in de consumentencontext een indicatie dat het beding onredelijk bezwarend is.¹⁷³ In de context van artikel 3 lid 2 Richtlijn 2019/633 is waarschijnlijker dat het betreffende beding geen werking mag toekomen.

Artikel 3 lid 1 Richtlijn 2019/633 verbiedt eenzijdige wijziging van de voorwaarden van een leveringsovereenkomst met betrekking tot de kernprestaties; onduidelijk is of daarmee ook een beding verboden is dat de afnemer bevoegd maakt om eenzijdig te wijzigen. Vaak worden dergelijke eenzijdige wijzigingsbevoegdheden in algemene zin wel toegestaan, zij het dat de gronden voor wijziging vaak benoemd moeten worden en toetsing van de uitoefening van de bevoegdheid kan plaatsvinden.¹⁷⁴ Wat wel is toegestaan, is dat de afnemer de bevoegdheid wordt gegeven om een concreet element van de transactie met betrekking tot toekomstige bestellingen in een later stadium te bepalen, zoals hoeveelheden.¹⁷⁵

171 HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830 (*Euribor-renteopslag*), r.o. 3.4. De Hoge Raad baseert zich op en verwijst (t.a.p., nt. 11) naar HvJ EU 20 september 2017, C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703, r.o. 44-48 (*Andriuc/Banca Românească*); HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180, r.o. 43 e.v. (*RWE Vertrieb/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen*). Zie bijv. ook HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282 (*Kasler*). Vgl. Pavillon, preadvies, par. 3.1.

172 Dat het begrippenpaar 'duidelijk en ondubbelzinnig' aan een opmars bezig is, blijkt ook uit art. 12 lid 1 DSA.

173 Zie bijv. HvJ EU 28 juli 2016, C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612, r.o. 68 (*Verein für Konsumenteninformation/Amazon*). Vgl. HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830, r.o. 3.4 (*Euribor-renteopslag*). Zie nader Loos 2018, p. 226.

174 Voor dergelijke bedingen in overeenkomsten met consumenten zie bijv. de Bijlage bij Richtlijn 93/13/EEG onder punt (j): de wijzigingsbevoegdheid moet een geldige, in de overeenkomst vermelde reden betreffen.

175 Preambule 21; vgl. Daskalova 2019, p. 290.

Ten slotte nog een aantal opmerkingen over de betalingstermijnen. Voor afnemers met marktmacht is lang wachten met betalen gewoon een manier om onvrijwillige kredietverlening door leveranciers te bewerkstelligen. Aan die praktijken was al paal en perk gesteld door artikel 6:119a BW.¹⁷⁶ Sinds de implementatie van Richtlijn 2011/7/EU (betalingsachterstanden) in artikel 6:119a BW was de betalingstermijn in beginsel dertig dagen;¹⁷⁷ de wet laat in lid 5 de mogelijkheid open om zestig dagen af te spreken en zelfs om onder voorwaarden een nog langere termijn overeen te komen.¹⁷⁸ In 2017 werd echter een nieuw lid 6 opgenomen dat bepaalt dat grote schuldenaren tegenover kleine schuldeisers niet meer dan zestig dagen betalingsuitstel kunnen bedingen.¹⁷⁹ Dit lid 6 was expliciet bedoeld als bescherming van mkb'ers tegenover machtiger wederpartijen. In de praktijk leidde artikel 6:119a BW echter tot een onbedoeld *anker effect*: de zestig dagen werd in veel gevallen de regel, terwijl de termijn bedoeld was als uitzondering.¹⁸⁰ Het regime van Richtlijn 2019/633 is iets strenger. Leveranciers die binnen het bereik van Richtlijn 2019/633 vallen, kunnen altijd en ongeacht een andersluidende afspraak een beroep doen op een dertigdagentermijn als het gaat om de betaling van *bederfelijke* landbouw- en voedingsproducten, en op een zestigdagentermijn voor wat betreft andere landbouw- en voedingsproducten.¹⁸¹

Intussen is daarmee het probleem dat zestig dagen als *ankerpunt* is gaan fungeren, ook tegenover mkb'ers die onvrijwillig kredietgever zijn voor grotere wederpartijen, niet verholpen. En er is geen goede grond te verzinnen waarom kleine leveranciers van *non-food* die contracteren met grote bouwmarktketens of meubelwinkels, langer op betaling zouden moeten wachten dan leveranciers van voedselproducten. In maart 2021 werd daarom, mede op aandringen van MKB-Nederland, wetsvoorstel 35769

176 Art. 6:119a BW is een uitvloeisel van de eerste Richtlijn betaaltermijnen, Richtlijn 2000/35/EG, die vervolgens werd aangescherpt door Richtlijn 2011/7/EU. Voor het motief om mkb'ers te beschermen tegen de slechte betalingsmoraal van machtiger wederpartijen, zie reeds de preambule bij Richtlijn 2000/35/EG, overweging 7-9. Vgl. *Kamerstukken II 2011/12*, 33171, nr. 3, p. 1 e.v., waarover Biemans & Castermans 2017, p. 100-101.

177 Wet van 13 december 2012 (*Stb.* 2012, 647).

178 Art. 6:119a lid 5 BW eist dat de overeengekomen termijn 'niet kennelijk onbillijk is' tegenover de schuldeiser. Volgens de wetgever mag de termijn niet in algemene voorwaarden worden verlengd; die langere termijn moet dus kennelijk expliciet uitonderhandeld zijn. Zie *Kamerstukken II 2001/02*, 33171, nr. 6, p. 1-2. De wettekst stelt die eis niet.

179 Wet van 18 april 2017 (*Stb.* 2017, 710) (initiatief-wet van de Kamerleden Mulder en Vos).

180 *Kamerstukken II 2020/21*, 35769, nr. 3, p. 5.

181 Voor wat betreft de aanvang van de termijn spreek ik korthedshalve van het moment van levering, maar art. 3 lid 1 aanhef en onder a Richtlijn 2019/633 geeft een subtielere regeling (zie art. 2 lid 1 Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen), die ik gemakshalve buiten beschouwing laat.

ingediend dat ertoe strekt om in artikel 6:119a lid 6 BW zestig dagen te vervangen door dertig dagen. Het gevolg van inwerkingtreding van dit wetsvoorstel zal zijn dat kleine ondernemingen tegenover grote ondernemingen niet langer dan dertig dagen op hun geld zouden moeten wachten.¹⁸² Elke afstemming tussen dit wetsvoorstel en de Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen ontbreekt.

4.4 Implementatie: Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen

Richtlijn 2019/633 is geïmplementeerd door invoering van de Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen. Deze wet trad in werking per 1 november 2021.¹⁸³ De wet is een losstaande wet, waarin de ACM als toezichthouder is aangewezen. Eerder had ik voorspeld dat de richtlijn (ook) in het BW zou worden geïmplementeerd,¹⁸⁴ maar die voorspelling is dus niet uitgekomen.

Waar de richtlijn spreekt over verboden handelspraktijken, spreekt de wet over *onrechtmatige* handelingen van een afnemer tegenover een leverancier. Aangenomen mag worden dat dit overeenkomt met het begrip onrechtmatig in artikel 6:162 BW.¹⁸⁵ De wet blijft dicht bij de richtlijn. Artikel 2 somt de oneerlijke handelspraktijken op die in artikel 3 lid 1 van de richtlijn staan. Artikel 3 noemt de praktijken die volgens artikel 3 lid 3 van de richtlijn oneerlijk zijn als ze niet 'duidelijk en ondubbelzinnig' zijn overeengekomen; de wet stelt als additionele eis dat de overeenkomst schriftelijk is vastgelegd.

De opvallendste aspecten van de wet zijn handhavingkwesties. Ik noem er twee.

Allereerst de instelling van een ADR-instantie die de richtlijn toestaat (maar niet vereist). Een ADR-oplossing past in eerder Nederlands beleid.¹⁸⁶ Vandaar dat de wet het mogelijk maakt een geschillencommissie in te stellen. De grondslag die de wet daarvoor geeft, is echter mager. Artikel 6 bepaalt slechts dat de minister een commissie kan aanwijzen die belast is met het beslechten van geschillen tussen afnemers en leveranciers inzake

182 *Kamerstukken II 2020/21*, 35769 (Wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het verkorten van de wettelijke betaaltermijn tot 30 dagen).

183 *Sth.* 2021, 178; i.w.tr. KB 26 mei 2021, *Sth.* 2021, 260. Een kort overzicht van de wet wordt gegeven door Bijloo 2021, p. 5 e.v.

184 Van Boom 2018, p. 282.

185 De wet zegt er verder niets over; *Kamerstukken II 2020/21*, 35642, nr. 3, p. 13 lijkt de bedoelde samenloop te suggereren.

186 Zie voor de klachtenregeling *Gedragscode Eerlijke Handelspraktijken Agrofood* Van Boom 2018, p. 278.

de oneerlijke praktijken die de wet bestrijkt, dat afnemers geacht worden aangesloten te zijn bij deze commissie en dat uitspraken van de commissie bindend zijn voor beide partijen, tenzij een van partijen binnen drie maanden na de uitspraak het geschil aan de rechter voorlegt. De wettekst zegt het niet, maar de bedoeling is dat de leverancier de vrije keuze heeft om een geschil niet voor te leggen aan deze commissie maar gewoon naar de burgerlijke rechter te gaan.¹⁸⁷ De afnemer kan zich niet onttrekken aan de procedure, hij wordt immers geacht aangesloten te zijn bij de geschillencommissie. De wet bepaalt niets over (de vaststelling van) de werkwijze van de commissie, de status van hun uitspraken (zijn het bindende adviezen vergelijkbaar met art. 7:900 BW?), de rechtswaarborgen rondom oproeping, procedure- en bewijsregels, betekening of iets dergelijks van het advies, helemaal niets. De aansluiting van rechtswege van de afnemers zorgt er in ieder geval voor dat een betrokken afnemer zich niet kan onttrekken aan de procedure, maar die procedure is dus niet in wetgeving verankerd. Het is wetgevend broddelwerk dat op gespannen voet staat met artikel 17 en artikel 112 lid 1 Gw.¹⁸⁸ Beter was het geweest om naar Frans en Belgisch voorbeeld een commissie in te stellen die niet-bindende maar wel gezaghebbende uitspraken kan doen.

De tweede kwestie betreft de aanwijzing van de ACM als toezichthouder, met bestuursrechtelijke handhavingsbevoegdheden. Deze aanwijzing geeft een interessante mix van bestuursrecht en civiel recht. De leverancier die zich beklagt bij de ACM over gedragingen van een afnemer, kan profiteren van de inzet door de ACM van bestuursrechtelijke middelen tot bewijsgaring en sanctionering. In theorie kan een leverancier vervolgens een civiele vordering instellen, maar dat zal niet snel gebeuren. Er kan namelijk angst bestaan voor vergeldingsmaatregelen (dit wordt wel de *fear factor* genoemd), hoewel die verboden zijn. Waarschijnlijker is dat leveranciers in veel gevallen het conflict niet verder op de spits willen drijven, of juist zullen proberen om voorbij het individuele conflict te geraken door collectief tegenmacht te organiseren.

Een vergelijkbare benadering zien we bij Platformverordening 2019/1150, waar we hierna in paragraaf 5.3 naar zullen kijken. Ook bij geschillen tussen een digitaal platform en een bedrijfsmatig gebruiker die economisch afhankelijk is van het platform, kan de *fear factor* belemmerend werken. Vandaar dat de verordening omstandig

187 *Kamerstukken II 2020/21*, 35642, nr. 3, p. 13. Daarmee is m.i. ook gegeven dat de leverancier geen tegenvorderingen kan instellen bij de geschillencommissie.

188 Zie voor de inbedding van ADR in het consumentenrecht de Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting (*Stb.* 2015, 160) en bijv. voor het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid) art. 4.17 Wet op het financieel toezicht (Wft), uitgewerkt in art. 39 e.v. Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft.

transparante en toegankelijke geschillenbeslechtingmechanismen en bemiddeling aanmoedigt (art. 12, 13) én belangenorganisaties met een rechtmatig belang een collectieve procesbevoegdheid geeft (art. 14). In dit opzicht lijken de Platformverordening en Richtlijn 2019/633 dus op elkaar.

5. Marktmacht van digitale platforms

5.1 Verstorende nieuwkomers

Een heel andere sector dan de agrifoodsector is die van de digitale platforms. Op het eerste gezicht hebben ze misschien weinig gemeen, maar toch zijn er overeenkomsten: daar waar platforms een economische machtspositie of relatieve marktmacht hebben ten opzichte van ondernemers die het platform nodig hebben voor hun bedrijfsactiviteiten, ontstaan vergelijkbare spanningen en doen zich praktijken voor die zich in abstracto laten vergelijken met die welke in de agrifoodsector tot regulering hebben geleid. Daarom is het relevant om te bekijken wat de ontwikkelingen bij digitale platforms zijn.

Nieuwe technologie kan verstorend werken op gevestigde belangen. Zoals de diligence en trekschuit hun omzet zagen kelderen toen de stoomtrein werd geïntroduceerd, kampen hotels en taxibedrijven met digitale platforms AirBNB en Uber. Een eerste reactie van economen zou goedkeurend zijn, vernieuwing is immers als creatieve destructie een van de hoekstenen van de markteconomie. Veel van deze nieuwkomers zijn de afgelopen jaren verwelkomd als ‘disruptief innovatief’, ‘*consumer empowerment*’ of onderdeel van de ‘deeleconomie’, die overigens een einde zou maken aan eigendom,¹⁸⁹ terwijl de gevestigde orde zich beklaagde over het agressieve gedrag van de nieuwkomers die zich weinig aantrokken van wetten en regels die de mededinging geleiden.¹⁹⁰ Digitale platforms (ook wel: online- of techplatforms) zijn verstorende nieuwkomers, zoveel is duidelijk.

Het begrip ‘platform’ wordt losjes gebruikt. Het kan gaan om een marktplaats waar vraag en aanbod samenkomen op een manier die eerder niet bestond (tweezijdige markten, bijv. intermediaire transactieplatforms zoals Airbnb, Uber, maar ook

189 In de categorie ‘geroeptoeter’ bijv. Krecizer-Levy 2019, dat bol staat van dit soort ronkende oneliners (bijv. p. 3: ‘eigendom als bron van stabiele duurrelaties wordt minder belangrijk’, p. 164 ‘het verval van stabiliteit van eigendom’ en zo verder; terwijl de auteur tussen de regels toegeeft dat veel juridische regels hetzelfde zullen blijven én op het fundament van eigendom zijn gebouwd; bijv. p. 80, p. 96).

190 Bijv. ‘Airbnb brengt hotelmarkt in Maastricht gevoelige klap toe’, *FD* 8 augustus 2018. Over het beschikbare economische bewijs inzake voor- en nadelen van platforms bijv. Behrens & Witteman 2019.

vergelijkingsites),¹⁹¹ om een sociaal netwerk (bijv. Facebook), maar het begrip wordt ook gebruikt om gewoon onlinewinkels aan te duiden die digitale inhoud via een applicatie aanbieden of zelfs om een voorportaal voor verkoop van zaken of *stoffelijke* dienstverlening aan te bieden.¹⁹²

Succesvolle digitale platforms hebben gemeen dat ze veelal via mobiele applicaties op een nieuwe manier vraag en aanbod bij elkaar brengen en/of of een innovatief product weten te bieden dat consumenten aanspreekt. Een aantal van deze bedrijven is uitgegroeid tot een essentieel *schakelbord* in onze digitale infrastructuur,¹⁹³ bijvoorbeeld omdat ze erin zijn geslaagd om op ongekende schaal informatie om te zetten tot gepersonaliseerde profielen en zodoende informatie op een ongekende schaal hebben gemonopoliseerd.¹⁹⁴

Een succesvol platform weet als *first mover* economische macht te creëren en consolideren,¹⁹⁵ vaak door te sturen op hypergroei, zonodig door middel van dumprijzen (of door aanvankelijk gratis diensten aan te bieden), grote *Research and Development* (R&D)-investeringen, overnames en (dus) enorme aanloopverliezen of durfkapitaal-

191 Van Dijk e.a. 2016, p. 11. In privaatrechtelijke zin zal een intermediair platform door een gebruiker in de regel kunnen worden gehouden aan de verplichtingen die de wet stelt aan de overeenkomst van opdracht (art. 7:400 e.v. BW). Zie Schaub 2020, p. 50; Koolhoven 2020, p. 82 e.v. Veel van deze regels zijn echter regelendrechtelijk van aard zodat afwijking mogelijk is. Daarnaast is het waarschijnlijk dat een platform in veel gevallen bemiddelaar is in de zin van art. 7:425 BW. Vgl. HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:527 (*Booking.com*).

192 Voor verschillende onderverdelingen, omschrijvingen en verschijningsvormen van het verschijnsel 'digitaal platform' zie Dommering 2019, p. 395 e.v.; Gerards 2019, p. 97 e.v.; SER 2020; Mak 2020, p. 127; Schaub 2020, p. 1 e.v.; Schrepel 2021, p. 1-3.

193 Het begrip 'essentiële infrastructuur' doet denken aan de mededingingsrechtelijke concepten 'essentiële faciliteit', 'taken van algemeen economisch belang' en 'universele dienstverlening' (met name in nutssectoren; vgl. Petit 2020, p. 253). Zie daarover, ook in verband met het leerstuk misbruik van economische machtspositie, bijv. Houben 2005, p. 189 e.v.; Cauffman 2018, p. 505-506; Vedder & Appeldoorn 2019, p. 165 e.v., Gerbrandy & De Vries 2020, p. 540 e.v.

194 Podszun & Kreifels 2016, p. 35; Podszun & Kreifels 2018, p. 192; Petit 2020, p. 120-121. Vgl. Dommering 2019, p. 390 e.v. Een van de angsten is dat de verzamelde data deze platforms in staat stellen om volledig gepersonaliseerde communicatie (inclusief aard en prijs van het aanbod) te realiseren; dat is enerzijds fijn voor de eindgebruiker maar heeft anderzijds ook onmiskenbaar nadelen; niet iedereen voelt zich senang bij bubbelvorming en prijspersonalisatie. Zie het ronkende betoog van Bernasek & Mongan 2015. De 'oplossing' wordt vaak gezien in het toekennen van 'eigendomsrechten' aan eindgebruikers wat betreft hun data. Bijv. Harari 2018, p. 89 e.v. Ik weet niet of het iets oplost; een verbod op prijspersonalisatie gebaseerd op persoonskenmerken is mogelijk krachtiger.

195 Van Dijk e.a. 2016, p. 10.

vesteringen.¹⁹⁶ Bijvoorbeeld: voor mobiele telefoons zijn de besturingssystemen van Google en Apple inmiddels de enige twee gangbare platforms waarlangs gebruikers en aanbieders elkaar treffen. Zij zijn aan beide kanten gebonden aan voorwaarden en praktijken van de platforms en er bestaan door het overweldigende netwerkeffect van deze platforms inmiddels nauwelijks nog mogelijkheden om elkaar buiten het platform om te bereiken.¹⁹⁷ Dat geldt ook voor de derde partij, adverteerders.¹⁹⁸

Platforms worden geregeld in één adem genoemd met ontwikkelingen als deeleconomie en servitization. Het zijn verschillende verschijnselen die kunnen samenhangen en samenvallen.

Het begrip deeleconomie kent verschillende omschrijvingen.¹⁹⁹ In de *happy clappy* variant wordt de nadruk meer gelegd op de vrijwillige samenwerking door natuurlijke personen onderling bij productie en gebruik, al dan niet gebaseerd op altruïstische of ideologische motieven, van autodelen tot de minibibliotheek voor de deur. Maar vaker is het een verzamelterm voor snoeiharde kapitalistische *schöpferische Zerstörung*, waarbij vooral commerciële platforms met hun creatieve innovatie een sprintje proberen te trekken richting een *winner takes all* positie. Het zijn die platforms – denk aan Uber, Airbnb, Thuisbezorgd.nl, Studeersnel.nl, Vinted – die een centrale en stuwende rol vervullen en waarbij toeleveranciers en gebruikers via het platform een actieve bijdrage aan productie leveren.²⁰⁰

Het *buzzword* deeleconomie hangt samen met wat men *servitization* of verdienstelijking noemt: het verschijnsel dat een product of dienst niet meer als alleenstaand object wordt geleverd of verricht, maar eigenlijk een obligatoire duurrelatie is tussen handelaar en zijn netwerkpartners enerzijds en de afnemer anderzijds.²⁰¹ De eigen-

196 Zie Petit 2020, p. 10 e.v., p. 129 e.v. Vgl. over strategieën bijv. 'Beleggers staan weer in de rij voor verlieslijdend bedrijf', *FD* 4 mei 2019; 'Just Eat Takeaway rekent op snellere groei, maar ook dieprode cijfers', *FD* 15 juli 2021; 'Aanbieder digitale samenvattingen van studieboeken haalt € 43 mln. op', *FD* 10 mei 2021.

197 De appstores van Google en Apple zijn effectief de enige *gateways* en hebben dus de toegang tot de infrastructuur geheel in hun macht. Zie bijv. 'Appmakers proberen zich uit de greep van Apple los te maken', *FD* 24 mei 2021; 'Mobile ecosystems market study – Statement of scope', CMA 2021.

198 Vgl. Dommering 2019, p. 394.

199 Omschrijvingen van 'deeleconomie' bij Ranchordás 2018, p. 483; Streep 2018, p. 615; Krecizer-Levy 2019, p. 140 e.v.; Gerards 2019, p. 99-100, p. 105 e.v.; Schaub 2020, p. 81, p. 85; Koolhoven 2020, p. 71.

200 Mak 2020, p. 127; Robertson 2020, p. 91 e.v. Krecizer-Levy 2019, p. 61-62 kiest daarom terecht voor een ander begrip dan het altruïstisch klinkende 'delen' – ze kiest het consumentenperspectief en spreekt over 'toegangseconomie' (*access economy*, het kortdurend gebruik van een object; p. 82), geplaatst tegenover 'eigendomseconomie'. Vgl. Mak 2018, p. 664 e.v.

201 Voor een goed overzicht Mak 2019, p. 69 e.v. Het boek *The Age of Access* van goeroe Jeremy Rifkin voorspelde in 2000 dat – simpel gezegd – in het 'tijdperk van toegang' iedereen toegang tot objecten en diensten via abonnementen zou prefereren boven het hebben van eigendom. Zo algemeen gesteld kan het niet anders dan onzin zijn.

domsoverdracht van het goed is niet het doel van de overeenkomst. Denk aan: een fietsabonnement geeft toegang tot het gebruik van de fiets, terwijl onderhoud, afschrijving en reparatiekosten in de risicosfeer van de dienstverlener liggen. In het geval van de fiets geeft het abonnement (lees: de huurovereenkomst als bedoeld in art. 7:201 BW) toegang tot een stoffelijk object, maar uiteraard kan ook digitale inhoud op deze manier worden aangeboden. Men koopt geen muziek op een fysieke drager zoals een cd, maar men betaalt voor het recht te luisteren naar gestreamde muziek zolang het abonnement voortduurt. Deze dienstverleningsmodellen zijn populair omdat ze ongekend gebruiksgemak bieden, maar soms hanteren ze ook een strategie van *inkapseling* van de afnemer (*'tie-in'*). Denk aan: technische beperkingen die overdracht of portabiliteit van de onderliggende waarde zoals de muziekcollectie naar een andere dienstverlener uitsluiten; de muziekcollectie kan wel worden gestreamd maar niet los van de app worden gedownload en gebruikt.²⁰²

Overigens is *servitization* een fenomeen dat zich ook bij sommige koopovereenkomsten voordoet. Vanuit de handelaar bezien is het de kunst om de koper in te kapselen in een duurzame onderhoudsrelatie. Dat gebeurt bijvoorbeeld door middel van een handelspraktijk. Denk aan de verkoper van e-bikes die vijf jaar garantie aanbiedt in ruil voor een handtekening, waarmee de koper zich verplicht om de fiets minstens eenmaal per jaar te laten onderhouden bij... dezelfde verkoper. Inkapselen gebeurt ook door middel van techniek. Denk aan objecten waarvan de besturingsprogrammatuur geregeld op afstand bijgewerkt wordt op basis van gebruiksvoorwaarden waar de koper meestal juridisch, maar in elk geval feitelijk aan gebonden is. Zonder die (bijwerking van de) programmatuur is het object al snel niet meer bruikbaar. Een aankoop van een dergelijk object is dus het toetreden tot een netwerk van contractuele dienstverleningsrelaties, zonder welke het stoffelijke object geen gebruikswaarde heeft. Deze netwerken zijn op die manier belangrijker dan het object in kwestie, vandaar dat het in bepaalde gevallen leidt tot vervanging van het gebruik van koopovereenkomsten door abonnementen, dat zijn gemengde contracten van huur, lease, opdracht, enzovoort.²⁰³

Deze technologische vernieuwingen worden omarmd door eindgebruikers en hebben onmiskenbaar voordelen, maar kunnen ook leiden tot onevenwichtige vormen van inkapseling van dezelfde eindgebruikers bij techbedrijven met monopolistische trekken. Of het afkalven van verhandelbaarheid door deze technologische innovaties op termijn economische groei zal beïnvloeden, is onduidelijk.

202 Mak 2019, p. 72. Weliswaar geeft art. 20 Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) een recht op gegevensoverdraagbaarheid maar dat betreft persoonsgegevens en geeft je niet het recht om bijv. je Spotify-muziekcollectie vrij van rechten te downloaden en te behouden als ware het een cd-collectie. Vgl. Podszun & Kreifels 2018, p. 193; Sturris & Neppelenbroek 2018, p. 590 e.v.; Mak 2018, p. 664 e.v.; Mak & Schemkes 2021, p. 753.

203 Hierover bijv. Mak 2019, p. 69 e.v.

Private digitale platforms die succesvol zijn, ontmoeten soms op enig moment te weinig tegenmacht en weten met hun ‘verstorende vernieuwing’ dan marktmacht te creëren en te bestendigen.²⁰⁴ We hoeven het gedrag van deze platforms niet diepgaand te analyseren om te zien dat – naast alle positieve effecten voor de samenleving – vroeg of laat alle klassieke handelspraktijken van ongecontroleerde marktmacht dreigen, variërend van eenzijdige verzwaring van voorwaarden en prijsstelling tot ondoorzichtige discretionaire bevoegdheden, ontoegankelijkheid van geschilbeslechting en misleidende praktijken.²⁰⁵ Die dreiging treft niet alleen consumenten en concurrenten, als die er nog zijn, maar ook professionele marktdeelnemers die effectief nog maar één marktplaats kunnen gebruiken om hun handelswaar af te zetten.²⁰⁶

De keerzijde hiervan lijkt ook te zijn dat in toenemende mate van digitale platforms wordt verwacht dat zij als ‘gatekeeper’ een zorgplicht hebben om oneerlijke mededingingspraktijken – en algemener: onbetamelijk gedrag – van degenen die gebruikmaken van het platform, tegen te gaan. Ik laat dat vraagstuk hier buiten beschouwing.²⁰⁷

Deze *Modern Bigness* is uiteindelijk niet alleen verstorend voor goed werkende markten maar misschien ook wel voor open samenlevingen als geheel.²⁰⁸ Het algemene mededingingsrecht weet hier weinig indrukwekkends

204 Over het belang van tegenmacht bij concentratie van economische macht in een democratische samenleving Hayek 1944; Böhm 1933; Eucken 1952, p. 254 e.v. Vgl. Mestmäcker 2019, p. 23; Wurmnest 2012, p. 93-94, p. 135 e.v., p. 151 e.v.

205 Daskalova 2018, p. 485 e.v. Hiermee is niet gezegd dat platforms monopolisten zijn in de klassieke economische zin; zie over de kenmerken van het gedrag van platforms en in hoeverre dat een ‘monopolie’, ‘oligopolie’ of een nieuw fenomeen oplevert, Petit 2020, p. 93 e.v. In de losjes gedefinieerde wereld van Claassen 2020, p. 33 zijn het waarschijnlijk allemaal ‘neofeodale quasi-monopolisten’.

206 Felderhof & Rozenbroek 2019, p. 143.

207 Zie bijv. Kulk 2020, p. 132 e.v.; Hanemaaijer 2020, p. 145 e.v.

208 De maatschappelijke voordelen en nadelen van platforms gaan verder dan hier beschreven. Zie nader bijv. ACM 2016, p. 2 e.v. Wat betreft de problematische kanten kan worden gewezen op risico’s met betrekking tot uitholling van het recht op bescherming van persoonsgegevens, verspreiding van nepnieuws, bubbelvorming en radicalisering in echokamers, openbareordeproblemen van *crowd control* en haatzaaierij. Zie in de context van platformmacht bijv. Norman 2018, p. 254 e.v. (‘culture, identity and meaning’ staan op het spel); Mak & Schemkes 2020, p. 43 (waarden van democratie, rechtsstaat en open markten komen in het gedrang); Busch 2021, p. 4-5 (grote invloed van sommige platforms op de sociale structuren en kernwaarden, en op instituties zoals politiek, media, onderwijs, rechterlijke macht). Zie ook Gerbrandy 2018; Gerbrandy 2019b, p. 134; Gerbrandy 2020, p. 21; Busch e.a. 2021, p. 15 e.v.; ‘Rising Corporate Market Power: Emerging Policy Issues’ (IMF Staff Discussion Note maart 2021).

tegenover te stellen; dat is in dynamische, snel evoluerende markten als deze vaak een futloos ex post-instrument.²⁰⁹

Daar komt bij dat de kern van de problemen vaak gelegen is in de manier waarop platforms met persoonsgegevens omgaan, en misschien is mededingingsrecht niet het meest geschikte instrument om op dat punt gedrag te veranderen. Dit betekent uiteraard niet dat niet kan worden opgetreden door middel van het klassieke mededingingsrecht. Het mededingingsrecht kan achteraf optreden tegen misbruik van economische machtspositie door het monopoliseren van informatie ten koste van concurrenten.²¹⁰ Dat kan aanleiding geven tot een gebod om effectieve toegang te verlenen tot het platform aan andere ondernemers,²¹¹ of om consumenten actiever te betrekken bij de keuzes rondom hun persoonsgegevens.²¹² De vraag of achteraf optreden de snelste en effectiefste manier is om te reguleren, is recentelijk van verschillende kanten in twijfel getrokken.²¹³

De opkomst van platforms heeft de gevoelde behoefte aan specifieke marktregulering doen toenemen. Hotels die eigenlijk alleen nog maar klanten weten te krijgen via het dominante boekingsplatform zijn economisch afhankelijk geworden van dit platform, net als handelaren die via dominante marktplaatsen hun producten proberen af te zetten. Als niet al sprake is van een economische machtspositie in mededingingsrechtelijke zin, dan is mogelijk wel sprake van *relatieve* marktmacht die tot afhankelijkheid van de wederpartij kan leiden,²¹⁴ en daarmee aanleiding kan geven tot bijzondere verplichtingen.

209 Podszun & Kreifels 2018, p. 195; Daskalova 2018, p. 496; Kohlen e.a. 2021, p. 7-8; Lindeboom 2020, p. 660. Vgl. in meer vragende vorm Gerbrandy & De Vries 2020, p. 538 en bepaald positiever over de rol van het mededingingsrecht Gerbrandy 2019a, p. 3. Over de noodzaak van specifieke regulering bijv. Dyal-Chand 2015, p. 241 e.v.; Khan 2017, p. 710 e.v.; Baneke & Bremmer 2018, p. 52 e.v. Vgl. in algemenere zin over de beperkingen van het ex post sanctioneren in het mededingingsrecht bijv. Schrijen 2018, p. 25 e.v.; ik herken veel in deze discussie van wat ik eerder beschreef voor het civiele recht; zie bijv. Van Boom 2007.

210 Bijv. de zaak die begon met klachten over toegang tot technische informatie en eindigde met beboeting wegens o.a. 'koppelverkoop' van besturingssystemen en apps (GvEA 17 september 2007, T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289 (*Microsoft/Commissie*)). Vgl. Podszun & Kreifels 2018, p. 184-186.

211 Cauffman 2018, p. 497 e.v.

212 BGH 23 juni 2020, KVR 69/19, ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0 (*Facebook*). Over deze zaak bijv. Podszun & Kreifels 2018, p. 206-207.

213 Sauter 2019, p. 105 e.v.

214 Vgl. Devroe e.a. 2020, p. 81-82.

De laatste jaren zijn de geesten rijp geraakt voor een bijzonder mededingingsregime voor grote digitale platforms.²¹⁵ In Duitsland kwam bijvoorbeeld wetgeving van de grond en met de Platformverordening en de Wet inzake digitale markten (Digital Markets Act (DMA)) zijn Europese stappen gezet. Ik sta kort stil bij die ontwikkelingen.²¹⁶

5.2 Hoe wetgevers reageren

De Duitse sprong voorwaarts

Zoals we zagen in paragraaf 3 kent de Duitse GWB bijzondere beschermingsbepalingen tegen relatieve marktmacht. In de afgelopen jaren heeft de Duitse wetgever die bepalingen verder uitgebouwd, specifiek met het oog op platforms. Deze Duitse regels zijn een opstapje gebleken naar een regeling op Europees niveau, de DMA. Zo werd in de GWB de omschrijving van ‘relative Marktmacht’ uitgebreid om te verzekeren dat daaronder ook die gevallen kunnen vallen waarin een onderneming voor haar eigen activiteiten afhankelijk is van de toegang tot data die onder controle van een andere onderneming staan.²¹⁷ De weigering om die toegang te verlenen kan dan misbruik opleveren.

Ook werd verduidelijkt dat een markt waarin niet met geld betaald wordt, heel wel een markt kan zijn, zoals bij betaling met data.²¹⁸

215 Zie bijv. Kamerbrief Ministerie van Economische Zaken en Klimaat (EZK) 17 mei 2019 en ‘Discussienotitie: toekomstbestendigheid mededingingsbeleid in relatie tot online platforms’, ondersteund door de ACM (ACM steunt pleidooi kabinet voor extra toezichtsinstrumenten online platforms’, persbericht ACM 6 augustus 2019, ondersteund met een *two-pager* ‘discussiepaper’). Zie nog tamelijk zuinigjes over ex-antemededingingstoezicht ACM 2016, p. 9.

216 Ook het Franse recht kent enkele nieuwe verplichtingen voor grote digitale platforms. Op deze platforms (minimaal 5 miljoen unieke bezoekers per maand, aldus art. D. 111-15 Décret n° 2017-1435) rusten ‘des obligations de clarté, de transparence et de loyauté’, en dat houdt o.m. in dat transparante algemene voorwaarden worden gehanteerd en er duidelijkheid bestaat over de hoedigheid waarin het platform optreedt (art. L. 111-7-1 Code de la Consommation). Daarnaast moeten specifieke verplichtingen, zoals ten aanzien van vergelijkingswebsites en de daarbij gebruikte rankingparameters, worden nageleefd (art. L. 111-7 Code de la Consommation jo. Décret n° 2017-1434). Zie over deze ontwikkelingen in Frankrijk Mak & Schemkes 2020, p. 22-23.

217 § 20 Abs. 1a GWB.

218 § 18 Abs. 2a GWB, ingevoerd in 2017 om zeker te stellen dat bijv. de bemiddeling door platforms tegenover consumenten zonder dat er geld tegenover staat, ook onder marktactiviteit in de zin van het mededingingsrecht begrepen kunnen worden. Men dient veeleer de totale bedrijfsactiviteit te beschouwen om te concluderen dat een economisch doel wordt nagestreefd. Vgl. Gersdorf & Paal 2021, GWB § 18 Rn. 4-6; Podszun & Kreifels 2018, p. 212.

Voor wat betreft de vraag of een onderneming een marktbeheersende positie heeft, werd specifiek met het oog op platforms § 18 GWB aangevuld om te verduidelijken onder welke omstandigheden van marktmacht gesproken kan worden (Abs. 3a). Bij de beoordeling van de vraag of een onderneming marktmacht heeft in een meerzijdige markt of netwerk, moet worden gelet op directe en indirecte netwerkeffecten, het gelijktijdig gebruik van meerdere platforms en de overstapkosten voor gebruikers, de genoten schaalvoordelen in verband met netwerkeffecten, de beschikking die de onderneming heeft tot data die relevant zijn voor concurrentie en de mate waarin innovatie mededingingsdruk met zich brengt voor de onderneming.²¹⁹

Daarnaast werd in § 20 Abs. 1 GWB vastgelegd dat ondernemingen die als bemiddelaar op tweezijdige markten werkzaam zijn, ‘relative Marktmacht’ hebben ten opzichte van wederpartijen die wat betreft vraag en aanbod afhankelijk zijn van de tussenkomst van die ondernemingen wanneer er geen redelijke uitwijkmogelijkheden naar alternatieven beschikbaar zijn.²²⁰ Bemiddelingsplatforms die (relatieve) marktmacht hebben tegenover mkb-ondernemingen, is het verboden om discriminatoire praktijken te bedrijven. Ook structurele prijsdumpingspraktijken zijn verboden om mkb-ondernemingen te beschermen (§ 20 Abs. 3 GWB).

Ten slotte is er sinds kort § 19a GWB,²²¹ dat speciaal met het oog op platforms een proactieve opstelling mogelijk maakt. Op grond van deze bepaling heeft het Bundeskartellamt (BKA) de bevoegdheid om een platform op een tweezijdige markt aan te wijzen als een onderneming met ‘superieur marktoverschrijdend belang voor de mededinging’.²²² Bij het nemen van het besluit weegt het BKA een aantal aspecten, zoals de mate waarin de markt wordt beheerst door het platform, de toegang die het heeft tot mededingingsrechtelijk relevante data en de mogelijkheid om zich met de bedrijfsvoering van wederpartijen te bemoeien. De aanwijzing is maximaal vijf jaar geldig en geeft het BKA onder meer de bevoegdheid om het platform te verbieden om:

- eigen goederen en diensten voorrang te geven boven die van aangesloten handelaren, uitsluitend eigen apps op apparaten te installeren of op andere wijze het aanbod van het platform te integreren;
- maatregelen te treffen die tot productintegratie leiden;
- handelaren te discrimineren bij toegang tot het platform;
- te verhinderen dat concurrerende ondernemingen toetreden door bijvoorbeeld koppelverkoop te bedrijven;

219 Hierover: Podszun & Kreifels 2018, p. 212.

220 § 20 Abs. 3b GWB geeft aan dat bij de beoordeling van de vraag of een bemiddelend platform (relatieve) marktmacht heeft, onder andere moet worden gelet op de invloed die de bemiddelingsdienst heeft op de toegang tot inkoop- en afzetmarkten.

221 GWB-Digitalisierungsgesetz 2021.

222 § 19a Abs. 1 GWB.

- toegangsdrempels te verhogen met behulp van de door het platform verzamelde data;
- interoperabiliteit en portabiliteit te bemoeilijken en die de mededinging hinderen;
- excessieve wederprestaties in rekening te brengen, zoals het verschaffen van data of rechten die niet nodig zijn voor of in redelijke verhouding staan tot de uitvoering van de overeenkomst.

De verbodsactie werkt anders dan de gewone wijze van ex-postbeboeting in het mededingingsrecht, omdat het uitgevaardigde verbod kan anticiperen op toekomstig gedrag. Het aangewezen platform mag in het betreffende geval proberen te bewijzen dat de verboden gedraging objectief gerechtvaardigd is. Het doel van deze nieuwe regeling is om in de sterk dynamische markten waarin platforms opereren, daadkrachtiger en sneller tot ingrepen te kunnen komen. De Duitse wetgever wilde op deze manier ook een sprong voorwaarts maken ten behoeve van de Europese discussie over het onderwerp.²²³

Pariteitsclausules: wel of niet ingrijpen?

Platforms gebruiken geregeld pariteitsclausules. Die verbieden een aangesloten handelaar om buiten het platform (bijv. op een eigen website) gunstiger prijzen of voorwaarden in rekening te brengen (de zgn. smalle pariteitsclausule), of om dat op concurrerende platforms te doen (de zgn. brede clausule). Een pariteitsclausule kan in strijd komen met het generieke mededingingsrecht omdat ze de concurrentie kan beperken; de brede clausule kan bijvoorbeeld de concurrentie tussen platforms beperken.²²⁴ Daarnaast is in sommige landen de pariteitsclausule als specifieke oneerlijke contracteerpraktijk in de ban gedaan, nog afgezien van de mededingingsrechtelijke invalshoek. De vraag is of dat terecht is.

Pariteitsclausules hebben vanuit het platform gezien een beschermende functie: als klanten eerst de voordelen van het platform zouden genieten (de zoek- en vindfunctie) om vervolgens een lagere prijs te zoeken op de eigen website van de handelaar, dan fungeert het platform slechts als

²²³ De nieuwe § 19a GWB wordt momenteel ingezet in een onderzoek naar Amazon (persbericht Bundelskartellamt 18 mei 2021). Voor ontwikkelingen in andere landen, zie Mak 2020, p. 141-143.

²²⁴ Als men een pariteitsclausule combineert met *prijstelling door het platform* in plaats van door de handelaar zelf, dan is de handelaar in twee opzichten met handen en voeten gebonden geraakt; die contracteerpraktijk is, net als een verbod om op andere platforms aan te bieden, in mededingingsrechtelijke zin verdacht (art. 101 resp. art. 6 Mw), nog afgezien van de vraag of sprake is van misbruik van een economische machtspositie. Vgl. Felderhof & Rozenbroek 2019, p. 144, die op een Tjechische mededingingszaak wijzen.

‘showroom’ en geniet het niet de commissievruchten van zijn inspanningen. De zgn. smalle pariteitsclausule dient er dus toe om de levensvatbaarheid van het platform te borgen.²²⁵ De pariteitsclausule zorgt er namelijk voor dat de consument die het platform gebruikt, ervan op aan kan dat buiten het platform geen lagere prijzen van de betreffende handelaar te vinden zullen zijn, en daarmee wordt elke prikkel voor de consument om verder te zoeken buiten het platform om, weggenomen. De clausule reduceert zoekkosten en vergroot daarmee efficiëntie.²²⁶ Tegelijk zijn er ook nadelen: de druk die aangesloten handelaren kunnen uitoefenen op het platform, wordt ook verminderd.²²⁷

Onderzoek in opdracht van het Ministerie van EZK naar pariteitsclausules bij maaltijdbezorgplatforms gaf geen eenduidig bevestigend antwoord op de vraag of deze clausules schadelijk zijn voor consumentenwelvaart en dus uitgebannen moeten worden. In ons land zijn de clausules niet met specifieke regelgeving als oneerlijke contracteerpraktijk in de ban gedaan. In andere landen is een andere afweging gemaakt. In België werd in 2018 een specifieke wet ingevoerd om boekingplatforms te verbieden om aan uitbaters van hotel- en andere accommodaties prijzen op te leggen en om met pariteitsclausules te voorkomen dat zij aan andere platforms of op de eigen website gunstiger prijzen in rekening brengen.²²⁸ De Belgische wet beoogt de economische afhankelijkheid van uitbaters te verhelpen en concurrentie tussen platforms te verbeteren.²²⁹ In een Franse zaak werd geoordeeld dat een pariteitsclausule opgelegd door een boekingplatform aan een hotelier ‘un déséquilibre significatif’ in de zin van L 442-1-I Code de Commerce opleverde, nu het platform daartegenover geen bedrijfsrisico van de hotelier overnam of een minimumaantal kamers afnam of iets dergelijks.²³⁰ Ook werd opgetreden tegen clausules die niet duidelijk

225 Vgl. Behrens e.a. 2018, p. 10. De pariteitsclausule beschermt het platform op vergelijkbare wijze als makelaars zichzelf beschermen tegen *freeriding* door de wederpartij door het tot stand komen van de koopovereenkomst buiten de makelaar om met het doel courtageverplichtingen te ontlopen (met dit verschil dat makelaars bovendien de wederpartij veelal verplichten om niet met andere makelaars in zee te gaan). Vgl. bijv. art. 6 lid 2 en art. 19 NVM Consumentenvoorwaarden.

226 Over zoekkosten (de verwijzingen bij) Van Boom 2020, p. 125-126; vgl. Behrens e.a. 2018, p. 43.

227 Per saldo oordeelde de ACM in 2016 dat er onvoldoende reden was om mededingingsrechtelijk op te treden; zie Besluit ACM 18 november 2016 (‘Keuze voor consumenten en restaurants voor bezorgen en afhalen van maaltijden’), zaak 15.1073.53.

228 De wet van 30 juli 2018 betreffende de tariefvrijheid van exploitanten van toeristische logies in de contracten afgesloten met platformoperators voor online reservatie, BS 10 augustus 2018, 62710 bepaalt dat de exploitant vrij is om de prijs van het verhuren van een toeristische logies te bepalen en tevens vrij is om enige korting of enig tarifair voordeel toe te kennen, van welke aard ook (art. 5). Clausules opgelegd door platforms die deze vrijheid beperken, zijn nietig (art. 6).

229 *Parl. Stukken Kamer* 2017/18, 54.3164/001, p. 26.

230 Vogel & Vogel 2020a, p. 71.

en begrijpelijk waren geformuleerd en aldus de indruk konden wekken bij aangesloten handelaren dat zij bij concurrerende platforms geen lagere prijs in rekening mochten brengen.²³¹

5.3 Hoe de EU reageert

Platformverordening 2019/1150

Een belangrijke stap in de richting van Europese regulering van de marktmacht van machtige platforms is de zogenoemde Platformverordening 2019/1150. Deze Europese verordening is van toepassing op *platform-to-business* relaties die bestaan tussen de aanbieders van onlinetussenhandelsdiensten en onlinezoekmachines (kortweg: platforms) enerzijds en kort gezegd zakelijke gebruikers anderzijds die via die platforms goederen of diensten aanbieden aan consumenten.²³² De verordening heeft als doel het verbeteren van de ‘billijkheid en transparantie’ voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten en onlinezoekmachines.²³³

De verordening eist vooral duidelijkheid van het platform en probeert oneerlijke praktijken van platforms zoals vergelijkingswebsites tegen te gaan door meer transparantie te eisen ten aanzien van criteria van dataverzameling, *ranking* en voorrang voor eigen producten en door eisen te stellen aan verandering van de algemene voorwaarden en aan geschilbeslechtingsmechanismen. De verordening past wat dit betreft duidelijk in een ontwikkeling waarin discretionaire bevoegdheden of volslagen open normen in algemene voorwaarden steeds kritischer worden bejegend, zeker als de machtsverhouding tussen gebruiker en wederpartij ongelijk is.

De verordening wil als gezegd vooral duidelijke en transparante contracteerpraktijken bevorderen. Daarmee reguleert de verordening processen en geen uitkomsten. Ze gaat niet zover dat een inhoudstoetsing van oneerlijke bedingen is opgenomen.²³⁴ De verordening ziet primair op contracteerpraktijken van het platform en zal dus vooral in combinatie met

231 Vogel & Vogel 2020a, p. 106-108.

232 De verordening is van openbare orde. Als deze gebruikers gevestigd zijn in de EU en via het betreffende platform goederen of diensten aanbieden, is de verordening van toepassing, ook als bijv. het platform in Californië is gevestigd en het recht van Californië van toepassing is op de rechtsverhouding (art. 1 lid 2).

233 De Platformverordening is van toepassing met ingang van 12 juli 2020 (zie art. 19 lid 2 Vo. 2019/1150). Zie voor een overzicht van de Platformverordening bijv. Schaub 2020, p. 51 e.v.

234 Wel verwijst de preambule onder 2 naar ‘goede commerciële gedragingen’ en ‘de beginselen van goede trouw en billijke handel’.

artikel 6:233 BW en artikel 6:248 BW moeten worden gelezen.²³⁵ De verordening vereist onder meer dat de voorwaarden die het platform hanteert, in duidelijke en begrijpelijke taal zijn opgesteld, eenvoudig beschikbaar zijn (art. 3) en duidelijk zijn over de factoren die van belang zijn voor de plaatsing (art. 5, art. 7). Ook bestaat er een verplichting om al in de algemene voorwaarden duidelijkheid te scheppen over de gronden voor opschorting of beëindiging van dienstverlening door het platform (art. 3 lid 1 aanhef en onder c). Bij opschorting of beëindiging gelden procedure-regels (art. 4). Als het platform de voorwaarden tussentijds wil veranderen, dan moet de wederpartij een opzegtermijn worden gegund (art. 3 lid 2);²³⁶ wijziging met terugwerkende kracht is meestal verboden (art. 8 aanhef en onder a). In de literatuur wordt overigens ook nog gesteld dat platforms waarop particulieren goederen en diensten aanbieden en daarmee niet langer als consument maar als *prosumant* optreden, bijzondere bescherming verdienen tegen de marktmacht van het platform.²³⁷ De Platformverordening voorziet daar niet in.

DMA en DSA

De voorstellen voor de Digital Markets Act (DMA) en de Digital Services Act (DSA) hebben in korte tijd veel pennen in beweging gebracht. Ik ga daarom niet in detail op deze EU-voorstellen in, maar alleen op de aspecten die hier aandacht verdienen.

De DMA is in wezen regulering van een bepaalde sector, net zoals telecommunicatie en energie sectorale regulering kennen bovenop de 'gewone' regels van mededingingsrecht.²³⁸ En vergelijkbaar met de structuur van het Duitse § 19a GWB, legt de DMA 'per se' gedragsregels neer die gelden ongeacht de gevolgen van dat gedrag (in tegenstelling tot het 'gewone' mededingingsrecht, waarbij de merkbaarheid op de mededinging van een mededingingsbeperkende gedraging relevant is voor de strafwaardigheid ervan).²³⁹

235 Nu de verordening nadere kwantitatieve eisen stelt aan de 'grootte' van platform of wederpartij, kan ze dus ook worden ingeroepen door 'grote' wederpartijen in de zin art. 6:235 BW. Als Nederlands recht van toepassing is op de rechtsverhouding, geldt de verordening ook als op grond van art. 6:247 lid 2 de gehele Afdeling 6.5.3 BW niet van toepassing zou zijn. Overigens wil de verordening minimumnormen stellen: het nationale contractenrecht en mededingingspraktijkenrecht blijven onverlet, aldus art. 1 lid 4.

236 Mak 2021, p. 61 wijst er terecht op dat een opzeggingsmogelijkheid niet veel soelaas biedt als er effectief geen andere concurrerende platforms zijn.

237 Uitgesproken Mak 2021, p. 57 e.v.

238 Over de aard van de DMA, ook vergeleken met de benadering die de Verenigde Staten kiezen, zie bijv. Cafarra & Morton 2021.

239 Lindeboom 2020, p. 658 e.v.; Petit 2021; Rosenboom e.a. 2021, p. 53.

De DMA markeert de verschuiving van het accent van toepassing van *ex-postmededingingsrecht* (generieke regels, toe te passen op een concreet geval als het kwaad al is geschied, met torenhoge boetes als mogelijke *ex-post*bestrafing) naar *ex-anteregulering* (toegesneden regels, door een markttoezichthouder proactief toe te passen); voor deze sector is dat inmiddels een beter model, aldus ook Nederlandse beleidsmakers én de ACM.²⁴⁰ De ACM was eerder voorzichtiger: de kunst is – zoals bij elk toezichthoudersdilemma – om niet te vroeg en niet te laat in te grijpen, maar ook om de voorvraag te beantwoorden of er wel een probleem is in de zin van aantasting van consumentenwelvaart, aldus de ACM in 2016.²⁴¹

De DMA geldt voor ‘poortwachters’; dat zijn aangewezen aanbieders van kernplatformdiensten zoals zoekmachines, sociale netwerken, besturings-systemen, cloudcomputingdienstverleners.²⁴² De aanwijzing als poortwachter geschiedt als de aanbieder een aanzienlijke invloed heeft op de interne markt, een kernplatform exploiteert dat voor zakelijke gebruikers als belangrijke toegangspoort fungeert om eindgebruikers te bereiken en met betrekking tot zijn activiteiten een stevig verankerde en duurzame positie inneemt of naar verwachting in de nabije toekomst een dergelijke positie zal innemen (art. 3 lid 1 DMA). Dit laatste maakt proactief optreden mogelijk.

Aanbieders met een jaaromzet van ten minste € 6,5 miljard en met gedurende ten minste drie boekjaren meer dan 45 miljoen maandelijkse actieve eindgebruikers binnen de EU en meer dan 10.000 jaarlijkse actieve, in de EU gevestigde zakelijke gebruikers, worden geacht te voldoen aan de aanwijzingscriteria.

240 Zie bijv. Kamerbrief Minister van EZK 17 mei 2019 en ‘Discussienotitie: toekomstbestendigheid mededingingsbeleid in relatie tot online platforms’, ondersteund door de ACM (ACM steunt pleidooi kabinet voor extra toezichtsinstrumenten online platforms’, persbericht ACM 6 augustus 2019, ondersteund met een *two-pager* ‘discussiepaper’); zie ook ‘Joint memorandum of the Belgian, Dutch and Luxembourg competition authorities on challenges faced by competition authorities in a digital world’ d.d. 2 oktober 2019.

241 ACM 2016, p. 11. Vgl. over dit dilemma ook het rapport *Evaluatie van de Autoriteit Consument en Markt* (Andersson Elffers Felix 2020), p. 23 en in algemenere zin Cortez 2014, p. 175 e.v. Overigens is er van verschillende kanten een toegenomen druk op het klassieke mededingingsrecht om de rol van ‘duizenddingendoekje’ aan te nemen, variërend van de behoefte aan bescherming van zzp’ers door kleine kartelafspraken toe te staan, het proactief reguleren van disruptieve innovaties, tot het nastreven van duurzaamheidsdoelstellingen. Vgl. bijv. Gerbrandy 2016, p. 102 e.v. (met de nadruk op duurzaamheid); Hessel 2017, p. 356 e.v. (met de nadruk op maatschappelijk verantwoord ondernemen); Claassen & Gerbrandy 2016 (met de nadruk op *capabilities*). Vgl. Gerbrandy 2019b, p. 131 e.v.

242 Art. 2 lid 2 DMA. De regels zijn van toepassing als het kernplatform diensten verricht of aanbiedt aan gebruikers in de EU, ongeacht waar de aangewezen poortwachter gevestigd is (art. 1 lid 2 DMA).

Is een poortwachter eenmaal als zodanig aangewezen, dan gelden bijzondere gedragsregels tegenover eindgebruikers én zakelijke gebruikers, dat wil zeggen ondernemingen die het kernplatform gebruiken bij het aanbieden aan goederen of diensten aan eindgebruikers, dus bijvoorbeeld ook adverteerders. Die gedragsregels zien op praktijken die de *betwistbaarheid beperken* of *oneerlijk* zijn.

Het begrip *betwistbaarheid* (*contestability*) ziet op de marktmacht van het kernplatform: hoe machtiger het platform, des te zwakker wordt de *betwistbaarheid*; dat is de kracht van concurrenten, zakelijke gebruikers en eindgebruikers om het gedrag en de marktpositie van het platform te veranderen, in te nemen, te betwisten.²⁴³

De kern van de gedragsregels is neergelegd in artikel 5 en 6.²⁴⁴ De eerste lijst (art. 5) bepaalt onder meer:

- De poortwachter staat zakelijke gebruikers toe om andere platforms te gebruiken en daarbij andere prijzen en voorwaarden te gebruiken (de pariteitsclausule is dus in de ban gedaan).
- De poortwachter staat toe dat zakelijke gebruikers en eindgebruikers buiten het platform om contact hebben.
- De poortwachter belet zakelijke gebruikers niet om bij een ‘bevoegde overheidsinstantie’ te klagen over de praktijken van de poortwachter.

De tweede lijst (art. 6) bepaalt onder meer:

- Wanneer een poortwachter de concurrentie aangaat met zakelijke gebruikers, mag hij geen gebruik maken van niet-openbare data die hij heeft verzameld door de activiteiten van die gebruikers.

243 Het begrip ‘betwistbare markten’ wordt in de economie wel gebruikt om een situatie aan te duiden waarin sprake is van een efficiënt mono- of oligopolie, waarbij er geen barrières voor toetreding of verlaten van de markt bestaan, alle opererende aanbieders toegang hebben tot dezelfde productietechnologie, er perfecte informatiesymmetrie is over prijzen, en deelnemers de markt eenvoudig kunnen betreden om te concurreren; op dergelijke ‘betwistbare’ markten zal de monopolist/zullen de oligopolisten concurrerende prijzen en voorwaarden hanteren om de dreiging van toetreding door concurrenten af te wenden. De markt is door de ‘betwistbaarheid’ dan toch efficiënt. Zie OECD Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law 1993, p. 29-30. Het is niet zonneklaar of de DMA het begrip in deze zin hanteert, het lijkt meer als een soort vage notie te worden gehanteerd. Mak & Schemkes 2021, p. 750 stellen in dit verband dat het doel van de Commissie met het voorstel voor de DMA is om de macht van platforms te breken zodat kleinere platforms een kans krijgen. Ik weet niet of dat laatste oprecht het doel is, want dan zou het letterlijk opbreken van platforms waarschijnlijk effectiever zijn. Vgl. ‘Corona versterkt nog eens de macht van techbedrijven’, *FD* 1 augustus 2021.

244 Voor een overzicht van welke gedragsregels op welke digitale platforms van toepassing zijn, zie Cafarra & Morton 2021. De verplichtingen kunnen door de Commissie overigens worden opgeschort als de levensvatbaarheid van het platform in gevaar komt (art. 8); ook kunnen vrijstellingen op grond van dwingende redenen van algemeen belang worden gegeven (art. 9).

- De poortwachter laat eindgebruikers toe om voorgeïnstalleerde softwaretoepassingen op zijn kernplatformdienst te verwijderen (m.n. relevant voor besturingssystemen die gekoppelde diensten aanbieden en zo concurrerende applicaties de wind uit de zeilen nemen).
- De poortwachter moet toelaten dat softwaretoepassingen en appstores van derden ook geïnstalleerd en gebruikt kunnen worden (zolang deze geen systeem- of veiligheidsrisico opleveren).
- De poortwachter legt geen technische beperking op aan het vermogen van eindgebruikers om over te stappen en zich te abonneren op andere softwaretoepassingen en diensten waartoe toegang kan worden verkregen via het besturingssysteem van de poortwachter, ook wat betreft de keuze van de aanbieder van internettoegang voor eindgebruikers.
- De poortwachter zorgt voor effectieve portabiliteit van gegevens die zijn gegenereerd door de activiteit van een zakelijke gebruiker of eindgebruiker, en stelt met name instrumenten ter beschikking aan eindgebruikers om de gegevensportabiliteit te vergemakkelijken, in overeenstemming met de AVG.
- De poortwachter past eerlijke en niet-discriminerende algemene voorwaarden toe voor de toegang door zakelijke gebruikers tot de appstore.

De verplichtingen uit artikel 6 kunnen door de Commissie in een concreet geval nader worden gespecificeerd; dat wil zeggen dat de Commissie ook aanwijzingen kan geven over de maatregelen die de poortwachter moet nemen (art. 7). Daarmee kan dus bijvoorbeeld nadere invulling worden gegeven aan wat ‘eerlijke algemene voorwaarden’ zijn voor toegang tot een appstore door een zakelijke gebruiker.

De Commissie kan de lijst van praktijken zelfs actualiseren, waarbij een praktijk als oneerlijk of beperkend voor de betwistbaarheid wordt beschouwd als er ofwel een onevenwicht is tussen de rechten en plichten van zakelijke gebruikers en de poortwachter een voordeel verkrijgt van zakelijke gebruikers dat niet in verhouding staat tot de dienst die de poortwachter aan zakelijke gebruikers verleent, ofwel de betwistbaarheid van de markten wordt verzwakt als gevolg van een dergelijke praktijk van poortwachters (art. 10). Beide elementen liggen in het verlengde van het leerstuk van misbruik van economische machtspositie en van misbruik van relatieve marktmacht, zoals eerder in deze bijdrage beschreven.

De DSA regelt onder meer aansprakelijkheidsregels van onlinetussenpersoondienstverleners (kortweg: onlineplatforms); daarop zijn nu nog de regels van de e-Commercerichtlijn 2000/31/EG van toepassing. De DSA legt meer verantwoordelijkheden op de schouders van onlineplatforms dan onder de e-Commercerichtlijn het geval is, zoals een bepaalde zorgplicht

ter bestrijding van illegale inhoud,²⁴⁵ een plicht om klachten over content goed te behandelen en transparant te zijn over de identiteit van aanbieders op het platform en over gebruikte technieken zoals kunstmatige intelligentie (artificial intelligence (AI)).²⁴⁶ Op zeer grote onlineplatforms rusten verdergaande verplichtingen wat betreft de inrichting van hun processen om misbruik te voorkomen.

Concluderend kan worden gezegd dat de DMA en DSA in zeker opzicht tegemoetkomen aan de wensenlijsten die links en rechts zijn opgesteld, maar het is nog niet de *gamechanger* die sommigen hadden gehoopt.²⁴⁷ Wel is duidelijk dat de DMA wat betreft de insnoering van oneerlijke contracteerpraktijken in het verlengde ligt van de maatregelen die in landen als Duitsland al werden getroffen; de DMA markeert ook de transitie van gebruikmaking van de algemene mededingingsrechtelijke doctrines zoals misbruik van economische machtspositie naar een sectorale regulering waarin niet alleen mededinging maar ook B2B-handelspraktijken worden betrokken.

C. Analyse en conclusies

6. Nadere ordening

6.1 Oogst

In deze bijdrage bestudeerde ik het marktpraktijkenrecht zoals dat tussen ondernemers tot ontwikkeling is gekomen. De verkenning leidde in paragraaf 2 langs verschillende manieren om de rechtsmaterie onder te verdelen; uiteindelijk werd gekozen voor de noemer ‘marktpraktijkenrecht’ om zowel het mededingingsrecht als het handelspraktijkenrecht onder te brengen. Weliswaar worden die rechtsgebieden als gescheiden beoefend,²⁴⁸ maar ze vertonen onmiskenbaar samenhang, zo werd duidelijk in paragraaf 3.²⁴⁹ Daarbij werden contracteerpraktijken en mede-

245 Mak & Schemkes 2021, p. 748.

246 Over transparantie in dit verband Mak 2020, p. 154 e.v. en algemener Van Boom 2020, p. 55 e.v.

247 Voor ‘wensenlijstjes’ zie bijv. Busch 2021, p. 20 e.v.; Mak & Schemkes 2021, p. 746 e.v. Er is overigens ook genoeg kritiek op de empirische onderbouwing van met name de DMA. Zie de analyse naar aanleiding van het grote vergelijkende enquêteonderzoek van Akman 2021, p. 40 e.v.

248 Stuyck & Keirsbilck 2019, p. 312 spreken van een ‘latrelatie’ tussen mededingingsrecht en het recht inzake handelspraktijken.

249 Handelingen in strijd met het mededingingsrecht kunnen, maar hoeven niet tegelijk een schending te zijn van het B2B-handelspraktijkenrecht (en vice versa), maar het kan natuurlijk wel. Uitgebreider Keirsbilck 2011, p. 543 e.v.

dingingspraktijken onderscheiden; mijn bijdrage ging in paragraaf 3 vervolgens met name over B2B-contracteerpraktijken.

Er is aanleiding om het marktpraktijkenrecht te bestuderen en dat is de hernieuwde aandacht voor machtsongelijkheid in het economisch verkeer. In paragraaf 3.2 zagen we dat in Frankrijk, België en Duitsland een duidelijke keuze is gemaakt om het leerstuk van misbruik van economische machtspositie uit het mededingingsrecht te transponeren naar het handelspraktijkenrecht om zodoende wettelijke bescherming te bieden tegen relatieve marktmacht en algemener oneerlijke handelspraktijken tussen ondernemers. Ons recht kent geen vergelijkbare regeling. Dat betekent niet dat in ons land die bescherming onmogelijk is. Via de open normen van het privaatrecht kan de uitoefening van relatieve marktmacht worden onderworpen aan een toetsing die vergelijkbaar is met de regelingen die in Frankrijk, België en Duitsland bestaan.²⁵⁰ Of en in hoeverre dat ook daadwerkelijk gebeuren zal, is een andere, vooralsnog onbeantwoorde vraag.

Overigens moet niet onderschat worden wat nu al mogelijk is met toepassing van de Wet acquisitiefraude, die – zoals we zagen in paragraaf 3.3 – misleidende handelspraktijken tussen ondernemers in algemene zin verbiedt. Een uitdrukkelijk verbod op agressieve handelspraktijken in B2B-verhoudingen zou de bescherming van minder machtige marktdeelnemers tegen marktmachtige ondernemingen nog verder versterken.²⁵¹

In paragraaf 3.3 zagen we overigens ook dat het deel van het handelspraktijkenrecht dat zich bezighoudt met contracteerpraktijken, steeds meer vervlochten raakt met het algemenevoorwaardenrecht, ook in B2B-relaties. Pogingen om onereuze bedingen in een contract te krijgen, is een oneerlijke handelspraktijk. Proliferatie van concepten uit het B2C-contractenrecht vindt ook plaats: de transparantie-eis die uit het begrippenpaar ‘duidelijk en ondubbelzinnig’ voortvloeit, heeft zich in korte tijd in het consumentenrecht ontwikkeld tot een potentieel ingrijpend instrument. Ik denk dat de volgende stap is dat ook in alle B2B-relaties bedingen opgesteld door één partij indringender worden getoetst op ‘duidelijkheid en ondubbelzinnigheid’. Ik verwacht dat de rechtspraak die eist dat de wederpartij op basis van duidelijke en begrijpelijke criteria de economische gevolgen die voor haar uit de overeenkomst voortvloeien, moet kunnen

250 Open normen bieden immers ruimte voor differentiatie naar gelang de hoedanigheid van partijen. Zie Tjittes 1994, hfdst. 9.

251 Zo ook Pavillon 2019, p. 102 e.v.

inschatten,²⁵² ook toegepast gaat worden op B2B-relaties. Die proliferatie valt ook in het handelspraktijkenrecht te verwachten; ik acht het waarschijnlijk dat de zwarte en grijze lijst van Richtlijn 2019/633, waarover paragraaf 4.2 ging, reflexwerking zal toekomen in andere verhoudingen buiten de agrifoodsector, namelijk tussen marktmachtige ondernemingen en minder machtige wederpartijen in algemenere zin.

De recente ontwikkelingen in de EU geven een impuls aan verdere ordening van de rechtsmaterie, zo lieten de casestudies in paragraaf 4 en 5 zien. Richtlijn 2019/633 is een goed voorbeeld van sectoraal handelspraktijkenrecht dat minder machtige marktdeelnemers beoogt te beschermen tegen bepaalde praktijken van machtigere tegenpartijen. Sommigen menen bijvoorbeeld dat de richtlijn een stap is in de richting van afschaffing van het onderscheid tussen B2B- en B2C-beschermingsrecht en dat ook voor andere B2B-verhoudingen een dergelijk beschermingsregime in het verschiet ligt.²⁵³ Ik sluit zeker niet uit dat op dit punt een zekere reflexwerking gaat optreden en mocht de tijd er rijp voor zijn, dan kunnen de open normen van ons verbintenissenrecht er een vormende rol bij spelen. Verdere convergentie op EU-niveau kan overigens worden verwacht als het werkingsbereik van de Richtlijn OHP uitgebreid zou worden tot B2B-handelspraktijken.²⁵⁴

De recente ontwikkelingen rondom digitale platforms laten ook zien dat ook op specifieke markten een zeker tegenwicht geboden kan worden aan marktmacht; de manier waarop dat daar gebeurt, is duidelijk van een andere aard. De oplossingen worden niet gezocht in aanscherping van het handelspraktijkenrecht maar in wezen in een nieuwe vorm van sectorale regulering die bovenop het bouwwerk van het klassieke mededingingsrecht is geplaatst.

6.2 Het rommelt

Hoe zijn deze ontwikkelingen te plaatsen op de tijdlijn? Vanaf de jaren tachtig werden de relictten van de geleide economie afgebroken; de beperkende uitverkoopregels, prijsvoorschriften, beperkingen aan cadeaustelsels en gebundelde verkoop werden afgeschaft, winkeltijden werden verruimd. De bevoegdheden van de ‘twintigste-eeuwse gildes’, de publiek-

252 HvJ EU 21 maart 2013, C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180, r.o. 43 e.v. (*RWE Vertrieb/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen*); HvJ EU 30 april 2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282 (*Kasler*); HvJ EU 20 september 2017, C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703, r.o. 44-48 (*Andriciuc/Banca Românească*); HR 22 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1830, r.o. 3.4 (*Euribor-renteopslag*).

253 Keirsbilck & Terryn 2020, p. 2, p. 31-32.

254 Keirsbilck 2011, p. 552-553.

rechtelijke product- en bedrijfschappen, werden gekortwiekt en uiteindelijk werden ze zelfs ook afgeschaft. De markt werd meer ruimte gelaten en vooral de regels van het mededingingsrecht vormden de vier hoeken van het speelveld. Bescherming van ondernemers tegen machtsverschillen in de markt die binnen die vier hoeken blijven, is dus al jaren uit de mode in ons land. Een gangbare opvatting in het privaatrecht die hierbij aansluit, is dat het economisch verkeer tussen ondernemingen aan de krachten van de markt overgelaten moet worden;²⁵⁵ voor de *hardliners* is zelfs het arrest *Baris/Riezenkamp* een onnodig softe benadering.²⁵⁶ Ongelijke posities tussen ondernemers horen er nu eenmaal bij, en slechts bij uitzondering is er grond voor bescherming tegen oneerlijke contracteerpraktijken of het benutten van economische machtsposities, bijvoorbeeld als de zwakkere partij niet langer in wilsvrijheid kan opereren.²⁵⁷ In het verlengde van deze opvatting zou er slechts een minimum aan regels inzake oneerlijke mededingingspraktijken moeten zijn die concurrentie op het scherpst van de snede toestaan.²⁵⁸

Maar het rommelt. In elk geval de financiële crisis en misschien ook de coronacrisis heeft sommige geesten rijp gemaakt voor een interventionistische overheid.²⁵⁹ Dat kan ook voor dit onderwerp gevolgen hebben. Een omwenteling is mogelijk al te zien in het mededingingsrecht; er is een strijd gaande tussen de gangbare opvatting waarin mededingingsrecht vooral ‘welvaartmaximalisatie’ moet ondersteunen en de opvatting dat het mededingingsrecht opnieuw moet worden uitgevonden om andere belangen te dienen zoals duurzaamheid en meer moet inzetten op ex-anteregulering en actief bijsturen van bepaalde markten. Ook binnen de

255 Degenen die contractsvrijheid als een rotsvast beginsel zien, plaats ik gemakshalve in dit kamp. Nader Van Boom 2020, p. 47 e.v.

256 In HR 15 november 1957, ECLI:NL:HR:1957:AG2023, NJ 1958/67 (*Baris/Riezenkamp*) oordeelde de Hoge Raad dat in de precontractuele fase partijen in een door redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding tot elkaar staan en rekening dienen te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen. Het is vast niet toevallig dat Brunner 1992, p. 94-95, alwaar hij de klassieke opvatting propageert, het arrest dood-zwijgt.

257 Tjittes 1994, p. 246-247. Elders geeft Tjittes wel aan dat de kleine ondernemer die ‘(volstrekt) afhankelijk’ is van een grote ondernemer, bescherming kan verdienen (Tjittes 1994, p. 33). Vgl. Schelhaas 2018, p. 17.

258 Stuyck & Keirsbilck 2019, p. 311 spreken van twee tradities: eerlijke mededinging als privaatrechtelijk concept veronderstelt bescherming van kleine ondernemers tegen de werking van de markt; de Europese regels willen er niet van weten vanuit de publiekrechtelijke traditie. Ik geloof niet dat dit de meest plausibele analyse is; het EU-recht laat het vooral aan lidstaten om sociale politiek te voeren op dit punt (zie bijv. Richtlijn 2011/83/EU (Consumentenrechten), preambule overweging 13 en art. 3 lid 2 Vo. 1/2003).

259 ‘De draai: van vrije markt naar sturende staat’, *FD* 11 juli 2020. Vgl. ook Baarsma 2019, die het verband toont tussen collectieve lastendruk en ‘modebewust marktwerkingsbeleid’.

vier hoeken van het speelveld die zijn afgepaald door het mededingingsrecht zien we verschuivingen, zowel op EU-niveau als op nationaal niveau. Zo is de voorzichtige bescherming op EU-niveau van mkb'ers tegen strategisch betalingsuitstel van machtiger debiteuren in ons land inmiddels verder aangescherpt; wetsvoorstel 35769 is de meest recente stap in die richting.²⁶⁰ En denk aan de Wet acquisitiefraude, die een stap in de richting is van het volledig kopiëren van de Wet oneerlijke handelspraktijken naar B2B-praktijken. Of aan de hierboven genoemde proliferatie van concepten uit het B2C-contractenrecht. Er gebeurt dus iets, ook in ons land. En de vergelijking met landen om ons heen laat zien dat verdere stappen niet ondenkbaar zijn. Bij het zetten van die stappen is volgens mij de uitdaging om (1) overtuigende rechtvaardigingsgronden voor regulerend optreden te formuleren en (2) een goede en dus effectieve wijze van reguleren te kiezen. Bescherming om het beschermen is namelijk niet overtuigend en bescherming die meer kwaad dan goed doet, ook niet.

6.3 Rechtvaardigingsgronden en reguleringskeuzes

Feit is dat er op verschillende plekken in ons recht soms een bijzondere positie wordt toegekend aan bepaalde bedrijfsmatig handelende partijen. Het verschil in marktmacht brengt ongelijkheid met zich mee en tegen die ongelijkheid wordt, zodra deze een bepaalde grens overschrijdt, soms bescherming geboden.²⁶¹ In algemene zin worden wat betreft contracteerpraktijken argumenten gebruikt als het bestaan van beperkte onderhandelingsmacht, beperkte deskundigheid, weinig alternatieve handelwijzen, posities vergelijkbaar met consumenten, enzovoort. Vaak wordt de rechtvaardigingsgrond voor bescherming niet diepgaand uitgewerkt of empirisch geanalyseerd,²⁶² zeker in vergelijking met de landen die ik in deze bijdrage onderzocht.

Voor het contractenrecht zien we een aanzet bij Schelhaas. Zij stelt weliswaar contractsvrijheid voorop maar meent dat als sprake is van een 'wezenlijke disbalans in de positie van partijen', het 'onvolmaakt functioneren van de contractsvrijheid, door financiële en/of economische afhankelijkheid van de sterke partij, en/of door niet een "gewoon" maar een *groot* kennis- en informatietekort', er grond is voor ingrijpen. Die wezenlijke disbalans staat voor Schelhaas gelijk aan gevallen van onevenredige bena-

260 *Kamerstukken II 2020/21*, 35769 (Wijziging van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het verkorten van de wettelijke betaaltermijn tot 30 dagen).

261 Vgl. Verkade 2011, p. 11. Zie ook over de fundamentele van bescherming Pavillon, preadvies, par. 1.

262 Schelhaas 2018, p. 17 benoemt een aantal gevallen en komt tot de ontvullende conclusie dat de beschermingsgrondslag niet of nauwelijks geëxpliciteerd is. Voor België zie de verwijzingen bij De Pourcq 2018, p. 169-171, die de beperking tot KMO's (KMO is de afkorting voor mkb in het Vlaams, dat is 'kleine of middelgrote onderneming') overigens verwerpt.

deling.²⁶³ Zij verkent vervolgens drie manieren van differentiëren: per gevaltype door algemene regels, per categorie contractant en per individueel geval door de rechter. Uiteindelijk komt ze uit op de stelling dat elke natuurlijke persoon die handelt in uitoefening van beroep of bedrijf als consument moet worden behandeld, wat de aard van de transactie ook is omdat die partij vergelijkbaar is met een consument wat betreft kennis, kunde, onderhandelingspositie en grootte.²⁶⁴ Schelhaas lijkt hier af te stappen van het ‘wezenlijke disbalans’-criterium en vooral de menselijke gelijkenis met consumenten voorop te stellen.

Dat het verkennen van rechtvaardigingsgronden voor bescherming belangrijk is, volgt uit het feit dat sommige beschermingsregels een zwakke basis blijken te hebben.²⁶⁵ Een heldere grondslag is toch wel nodig, lijkt mij, om regulerend ingrijpen te rechtvaardigen.

De regeling van de beknelde tussenschakel in artikel 6:244 BW is een voorbeeld waarin die grondslag niet helder is. Met een beroep op artikel 6:244 BW kan deze tussenschakel een beding in algemene voorwaarden dat hem was opgelegd door zijn voorschakel, buiten werking stellen als er een nauwe samenhang bestaat met een beding dat de tussenschakel op zijn beurt weer had bedongen tegenover zijn wederpartij, en deze laatste dat beding heeft weten te vernietigen. Denk aan een risico-overdrachtsclausule bedongen door fabrikant A tegenover groothandel B, die dit beding op zijn beurt oplegt aan detailhandel C. Als C het beding weet te vernietigen, kan B vervolgens het beding van A vernietigen ‘voor zover een beroep op dat beding onredelijk zou zijn wegens de nauwe samenhang’ met het door C vernietigde beding. Afgezien van het feit dat het artikel aldus geformuleerd overbodig is ten opzichte van de open normen van artikel 6:233 aanhef en onder a BW en artikel 6:248 lid 2 BW, rijst de vraag wat de rechtvaardigingsgrond is voor het ontzetten van de beknelde tussenschakel. We zijn geneigd te denken aan de beknelde detaillist, maar het artikel is daartoe niet beperkt; artikel 6:244 BW legt risico’s terug van de ‘minst machtige’ naar de ‘mchtigste’ in de keten (zie immers lid 4),²⁶⁶ met als ratio dat beknelling in de keten onwenselijk is.²⁶⁷ Maar waarom is dat eigenlijk zo? En als beknelling onwenselijk is, waarom alleen wat betreft algemene voorwaarden en niet algemener elke contracteerpraktijk?

263 Schelhaas 2018, p. 20-21.

264 Schelhaas 2018, p. 32.

265 Ook het omgekeerde, de uitsluiting van bescherming, kan zonder al te veel denkwerk plaatsvinden. De regeling van art. 6:235 lid 1 BW is daar een voorbeeld van; zie hierna.

266 Als het beroep op art. 6:244 BW steeds slaagt (let wel: bij elke stap terug in de keten moet de ‘onredelijkheid wegens nauwe samenhang’ komen vast te staan, dus de vernietiging is niet zonder meer mogelijk), keert het risico terug bij de de originator van het beding. In zoverre wordt niet over de diverse schakels *verdeeld* zoals Asser/Sieburgh 6-III 2018/508 suggereert.

267 Vgl. ook art. 7:25 BW dat beknelling bij consumentenkoop van een gebrekkig product probeert tegen te gaan.

Er bestaan verschillende verklaringen voor het *ontstaan* van onevenwicht. Die kunnen verschillende rechtvaardigingsgronden voor interventie opleveren. In de literatuur zien we geregeld het onderscheid tussen gronden gelegen in onevenwicht door transactiekosten en gronden gelegen in onevenwicht door onderhandelingsmacht, zoals bijvoorbeeld bij relatieve marktmacht het geval kan zijn.

Het bestaan van transactiekosten – zoals de kosten van onderhandelen of de kosten van het bestuderen van voorwaarden – maakt dat een van beide partijen een voordeel weet te bereiken dat bij uitgebreide onderhandeling waarschijnlijk zou zijn weggefallen. We zien dit bij algemene voorwaarden: die reduceren onderhandelingskosten aan beide zijden; uiteraard is dat in het voordeel van de gebruiker maar het kan ook in het voordeel van de wederpartij zijn. Diens ‘besparing’ is met name belangrijk als het gaat om overeenkomsten die voor de wederpartij niet tot de kern van de bedrijfsvoering behoren. Als de ‘besparingen’ echter niet gelijkelijk verdeeld zijn over partijen, kan daarin een grond voor toetsing van de eerlijkheid van de contracteerpraktijken gelegen zijn. De bijzondere behandeling die de ‘bedrijfsvreemde’ overeenkomst in sommige landen krijgt, is hierop gegrond.²⁶⁸

Gaat het om een overeenkomst die voor de wederpartij juist wel tot de kern van zijn bedrijfsactiviteit behoort,²⁶⁹ dan zullen transactiekosten niet snel de oorzaak zijn van gebrek aan evenwicht. Waarschijnlijker is dan dat een verschil in relatieve macht de oorzaak is en onderhandelen over de voorwaarden neemt deze oorzaak niet weg. Een eventuele behoefte aan bescherming tegen deze macht zal niet via de regeling van algemene voorwaarden maar via het marktpraktijkenrecht in ruimere zin moeten worden vervuld omdat de macht niet alleen neerdaalt in de gehanteerde algemene voorwaarden. Deze behoefte aan bescherming tegen marktmacht is een sociaal doel dat de markt niet zomaar op eigen kracht kan bereiken en dus zal een transparante rechtspolitieke keuze nodig zijn die in beleid, wet en rechtspraak wordt omgezet.²⁷⁰

268 In sommige landen wordt het begrip ‘consument’ opgerekt om ook natuurlijke personen die weliswaar in de uitoefening van beroep of bedrijf handelen maar een bedrijfsvreemde transactie aangaan (wat dat ook moge betekenen) te beschermen als waren zij consument. In Frankrijk werd het begrip ‘non-professionel’ voor dat doel gebruikt.

269 Het onderscheid tussen activiteiten die wel en niet tot de kern van de bedrijfsvoering horen, is in abstracto wellicht aansprekend maar in concreto lang niet altijd goed te maken. Ik zou dus niet willen bepleiten dat dit per definitie een vast criterium moet zijn; wel kan het als factor worden meegewogen, lijkt mij.

270 Over sociale doelen, zoals het voorkomen van uitbuiting en het borgen van een adequate sociale bescherming (vgl. art. 9 VWEU), zie nader Van Boom 2020, p. 148.

Een voorbeeld. Als we zouden zien dat kleine detailhandels in de binnensteden in een bepaalde branche het afleggen tegen grote winkelketens in dezelfde branche omdat deze de mededingingspraktijk van prijsdumping (roofprijzen, *predatory pricing*, verkoop met verlies) bedrijven, terwijl we het voortbestaan van kleine detailhandels in onze binnensteden van belang vinden voor de leefbaarheid van de binnensteden, dan is dát de rechtvaardigingsgrond voor regulerend ingrijpen. Welk instrument dan een goede manier oplevert om te reguleren, is een heel andere vraag. Of een verbod op prijsdumping het verschil gaat maken en de redding van de kleine detailhandel zal zijn, is dus zo'n andere vraag.

Verskil in relatieve macht kan ook gelegen zijn in het feit dat een van beide partijen een natuurlijke persoon pleegt te zijn terwijl de andere partij een rechtspersoon pleegt te zijn. Natuurlijke personen die in de uitoefening van beroep of bedrijf handelen, kunnen namelijk minder terugvallen op de voordelen van een organisatievorm met schaalgrootte die vanwege die grootte ook minder cognitieve beperkingen kent.

Het enkele verschil tussen natuurlijke personen en rechtspersonen lijkt echter onvoldoende reden om te differentiëren in bescherming. In de literatuur wordt wel geopperd dat zzp'ers dezelfde bescherming verdienen als consumenten,²⁷¹ maar ik vraag me af of het label zzp genoeg reden is om die bescherming te geven. Of iemand zijn beroep of bedrijf uitoefent als natuurlijke persoon of juist gehuld in een mantel van rechtspersoonlijkheid, heeft vanuit civielrechtelijke optiek namelijk nogal arbitraire want vaak fiscale oorzaken. En als we zzp'ers als bijzondere groep beschermen, moeten we dan niet in het nadeel van de zzp'er laten wegen dat hij mede om fiscale redenen geen rechtspersoonlijkheid aanneemt?

Denkbaar is dat men bij natuurlijke personen meer rekening houdt met het gegeven dat ze meer mens en minder rechtspersoon zijn en dat hun bedrijfsbeslissingen dus mogelijk niet optimaal geïnformeerd en door rationele afweging van kansen en bedreigingen tot stand komen. Tot op zekere hoogte biedt het algemene raamwerk van de Wet acquisitiefraude de mogelijkheid om hier rekening mee te houden. Als er structurele problemen in bepaalde markten spelen, dan ligt het voor de hand om specifieke regels te introduceren.

Een voorbeeld: als onderzoek aantoont dat franchisenemers over het algemeen natuurlijke personen zijn en dat zij door hun cognitieve vooringenomenheden in het onderhandelingsproces met de franchisegever vrijwel altijd te optimistisch zijn over omzetkansen, zich te weinig verdiepen in de onderliggende *businesscase* en zich dus in het pak laten naaien door de franchisegever, moet het recht dan iets met die feiten?²⁷²

271 Zie de argumenten voor en tegen bij Schelhaas 2018, p. 32-33.

272 Vgl. Emerson & Hollis 2019.

Denkbaar is, zoals de Wet franchise doet, dat de wet op de wederpartij verplichtingen legt rondom informeren, verifiëren en waarschuwen.

Een gangbare manier om relatieve macht te modelleren, is het gebruik van kwantitatieve grenspalen: een onderneming is groot of klein volgens een relatieve of absolute maatstaf²⁷³ – denk aan omzetgetallen, aantallen werknemers – en dat is een prima manier om te modelleren zolang er genoeg empirische aanknopingspunten zijn. Als de grenspaal op een volstrekt arbitraire wijze in de grond wordt geslagen, ontbeert deze autoriteit en ontstaan grensgeschillen. Een flexibele manier om hiermee om te gaan is het instrument van reflexwerking, dat het mogelijk maakt om per analogie regels buiten het strikte toepassingsbereik toe te passen als de overeenkomsten tussen de niet-bestreden gevallen en de wel bestreden gevallen groter zijn dan de verschillen.

De grens die artikel 6:235 BW trekt tussen ‘grote’ en ‘kleine’ ondernemingen is niet alleen arbitrair (bijv. omdat absolute omzetgetallen bij een generieke regeling niet zo zinvol zijn als men ze niet afzet tegen het balanstotaal).²⁷⁴ Die grens is ook futiel omdat met artikel 6:248 lid 2 BW in essentie vaak hetzelfde bereikt kan worden als met artikel 6:233 aanhef en onder a BW. Artikel 6:235 lid 1 BW dient mijns inziens te worden geschrapt; het absolute criterium voor ‘grote’ versus ‘kleine’ wederpartijen is arbitrair en miskent de kern van toetsing aan artikel 6:233 aanhef en onder a BW. De rechter is prima in staat om met gebruikmaking van die open norm de hoedanigheid van de partijen te wegen.

Bij dit alles valt te bedenken dat bij het ontwikkelen van de normstelling en handhavingswijzen onderscheid tussen generieke en specifieke maatregelen gemaakt kan worden. Als jurist zijn we misschien geneigd om eerst naar het vakgebied te kijken (‘is het mededingingsrecht of privaatrecht?’) en de inpassing van gekozen oplossingen binnen die vakgebieden, maar daaraan vooraf gaat natuurlijk de vraag of het probleem serieus genoeg is om aangepakt te worden. Komt het probleem incidenteel voor en is de sociaal-economische impact niet bijzonder groot, dan kan een open gedragsnorm – al dan niet gecombineerd met een lijst van verdachte praktijken²⁷⁵ – met een door de rechter toegepast ex-posthandhavingsinstrument zinvol zijn. Het gros van de regels van het marktpraktijkenrecht is in deze categorie te plaatsen. Is het probleem groot en maatschappelijk

273 Richtlijn 2019/633 is een voorbeeld van de toepassing van een relatieve maatstaf (zie hiervoor par. 4.2); meestal wordt echter gebruikgemaakt van absolute en statische maatstaven (bijv. art. 6:235 lid 1 BW, art. 6:119a lid 6 BW).

274 Vgl. Schelhaas 2018, p. 33.

275 De vrees voor willekeur, discussie, afgrenzingsproblemen en verlies van flexibiliteit door te werken met lijsten van bedenkelijke praktijken (Drion 2021) deel ik geloof ik niet.

ontwrichtend, dan is wellicht een sectorspecifiek kader voor regulering, met een toezichthouder die ingrijpende ex-antebevoegdheden heeft, een betere optie. Die aanpak zien we bij sectorale regulering zoals bij platforms.

6.4 Rondvraag

Ik kom aan een afronding. Zoals ik aan het begin al aankondigde: veel bleef onbesproken in deze bijdrage. Wat in deze bijdrage niet of nauwelijks aan de orde kwam, zijn bijvoorbeeld handhavingsvraagstukken. Daarover vallen veel vragen te stellen. Grote verschillen in onderhandelings- en doorzettingmacht tussen partijen kunnen ertoe leiden dat gemaakte afspraken eenzijdig kunnen worden veranderd, dat de minder machtige partij in een *squeeze* terechtkomt en dat het juridisch gelijk halen leidt tot *delisting*. Hoeveel effectiviteit kan worden verwacht van handhaving van regels die ongeoorloofde marktpraktijken vooral via individueel privaatrechtelijk procederen willen aanpakken? Het handhavingstekort wordt onderkend in binnen- en buitenland, en daarom worden alternatieven voor de civiele procedure beproefd, van ADR tot adviescommissies en toezichthouders met bestuursrechtelijke bevoegdheden die zich tegen het contract aan bemoeien. Er wordt zelfs serieus gespeeld met het idee om bij de ACM een anonieme kliklijn voor mkb'ers in te richten om ondernemingen die betaaltermijnen niet naleven, aan te geven.²⁷⁶ In nader empirisch onderzoek zou bijvoorbeeld de vraag kunnen worden gesteld welke van deze alternatieven werken en wat de verklarende factoren voor die werkzaamheid zijn.

Van de vragen die in deze bijdrage niet zijn beantwoord, maar die zeker nadere bestudering verdienen, noem ik hier nog de volgende. Het kan nuttig zijn om de lijsten van bedenkelijke praktijken die in de voorgaande paragrafen de revue passeerden, aan een nadere analyse te onderwerpen. Ik signaleer wel bij wijze van voorbeeld een drietal interessante kwesties die mijns inziens uit het voorgaande voortvloeien:

- Een van de praktijken die op het netvlies staan bij beleidsmakers op nationaal en EU-niveau is de oneigenlijke risico-overdracht.²⁷⁷ Die overdracht kan op officiële wijze geschieden, via het contract, of op minder officiële wijze, namelijk door oneigenlijke handelspraktijken waarbij het contract eenzijdig wordt veranderd. Nader onderzoek zou nodig zijn naar de vraag of 'oneigenlijke' risico-overdrachten eenvoudig te onderscheiden zijn van 'eigenlijke' overdracht (zo ongeveer elk

²⁷⁶ *Kamerstukken II 2020/21*, 35769, nr. 3, p. 11.

²⁷⁷ Zie bijv. *De Pourcq 2018*, p. 37.

contract impliceert immers een allocatie van risico's), en zo ja, of daar een handzame regel aan valt vast te knopen.

- De rauwelijkse eenzijdige beëindiging van bestendige overeenkomsten (de *rupture brutale* zoals de Fransen het noemen²⁷⁸) kwamen we in verschillende vormen tegen: *delisting*, *blacklisting*, achteraf aansturen op een breuk. Onze rechtspraak op de toetsing van opzegging van duurovereenkomsten kan hier goed op aansluiten, maar deze praktijken spelen vaak ook nét buiten het contractuele kader. Dat pleit voor de ontwikkeling van het leerstuk in het marktpraktijkenrecht en niet exclusief in het contractenrecht.
- Ook kan het verband met bescherming tegen situationele afhankelijkheid worden uitgediept; een rechtsverhouding kan zo verduurzaamd zijn geraakt door tijdsverloop en verzonken kosten, dat een partij afhankelijk is geworden van de wederpartij (en misschien ook wel omgekeerd). Dat probleem overstijgt de 'groot vs. klein'-tegenstelling; IT-contracten waarin een bedrijf op maat gemaakte netwerkkapplicaties laat ontwerpen en bouwen, zijn notoir in dit opzicht.²⁷⁹ Het is in het klein een vergelijkbaar probleem als speelt bij grote techplatforms: te grote afhankelijkheid, te hoge prijzen, geen reële overstapmogelijkheden. Welke gedragsregels zijn daar passend bij, in het licht van wat in het buitenland aan regels bestaat die tegenwicht bieden aan relatieve marktmacht en in het bijzonder situationele afhankelijkheid?

Er valt dus genoeg vervolgonderzoek te verrichten. Ten slotte nog dit. Een aparte wet op 'mededingingspraktijken' zoals in naburige landen bestaat, kennen we niet. Eerder schreef ik dat het er wel op begon te lijken dat een apart rechtsgebied ontstaat, naast dat van de B2C-handelspraktijken, namelijk dat van wat ik nu noem het B2B-marktpraktijkenrecht.²⁸⁰ De wens was waarschijnlijk de vader van de gedachte, want de waarheid is dat van ordening nog niet echt sprake is. Hopelijk kan deze bijdrage een aanzet geven tot die ordening.

278 Frans recht verbiedt het rauwelijks beëindigen van bestendige duurovereenkomsten (*rupture brutale*) zonder schriftelijk medegedeelde, dragende grond die rekening houdt met de duur van de commerciële relatie en handelsgebruiken. Art. L 442-1-II Code de Commerce. Zie nader Vogel & Vogel 2020.

279 Zie bijv. ACM, *Marktordening informatiesystemen en gegevensuitwisseling in de ziekenhuiszorg – Update ACM* (juni 2021). Vgl. 'De wurgreep van de softwarereuzen', FD 5 oktober 2019; 'IT-leverancier Oracle claimde miljarden bij Rijksoverheid', FD 15 oktober 2019; 'Publieke instellingen hard in aanvaring met IT-bedrijven', FD 15 oktober 2019; 'Bij cio's is geest uit de fles over wurgcontract', FD 18 oktober 2019; 'Ziekenhuizen in opstand tegen "gedwongen" gang naar cloud', FD 12 november 2019.

280 Van Boom 2018, p. 281.

Verkort aangehaalde literatuur

ACM 2016

ACM, *Grote platforms, grote problemen? Een beschouwing van online platforms vanuit mededingingsperspectief*, Den Haag: Autoriteit Consument en Markt 2016.

Akerlof & Shiller 2015

G.A. Akerlof & R.J. Shiller, *Phishing for Phools – The Economics of Manipulation and Deception*, Princeton: Princeton University Press 2015.

Akman 2021

P. Akman, 'A Web of Paradoxes – Empirical Evidence on Online Platform Users and Implications for Competition and Regulation in Digital Markets', SSRN paper 2021, papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3835280.

Akman & Garrod 2011

P. Akman & L. Garrod, 'When are excessive prices unfair?', *J of Competition Law & Ecs* 2011, nr. 2, p. 403-426.

Asser/Sieburgh 6-III

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Deel 6-III. Verbintenissenrecht. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Baarsma 2019

B. Baarsma, 'Markt meester', *M&M* 2019, afl. 6, p. 221-222.

Baneke & Bremmer 2018

M. Baneke & L.L. Bremmer, 'Inkoopmacht platforms: wel macht, geen inkoop?', *Tijdschrift Mededingingsrecht in de praktijk* 2018, afl. 5-6, p. 52-58.

Beater 2011

A. Beater, *Unlauterer Wettbewerb*, Tübingen: Mohr Siebeck 2011.

Behrens e.a. 2018

C. Behrens, C. Koopmans, E. van den Berg, G. de Jong, N. Rosenboom & V. van Spijker, *Eén prijs voor bestelmaaltijden? Gebruik en effecten van smalle pariteitsclausules in de markt voor bestelmaaltijden* (rapport i.o.v. Ministerie van EZK), Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek 2018.

Behrens & Witteman 2019

C. Behrens & J. Witteman, *Platforms. Quicksan van economische en maatschappelijke effecten* (SEO-rapport 2019-91), Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek 2019.

Van den Bergh 2017

R.J. van den Bergh, *Comparative Competition Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar 2017.

Bernasek & Mongan 2015

A. Bernasek & D.T. Mongan, *All You Can Pay: How companies use your data to empty your wallets*, New York: Nation Books 2015.

Biemans & Castermans 2017

J.W.A. Biemans & A.G. Castermans, *Barmhartigheid in het burgerlijk recht* (Pre-adviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2017.

Bijloo 2021

W.M. Bijloo, 'Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen (WOH)', *Tijdschrift voor Agrarisch Recht* 2021, afl. 1, p. 5-8.

Bishop & Walker 2010

S. Bishop & M. Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, London: Sweet & Maxwell 2010.

Van Bochove 2013

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

Böhm 1933

F. Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf* (Nachdruck 2010), Baden-Baden: Nomos 1933.

Van Boom 2007

W.H. van Boom, 'Effectuerend handhaven in het privaatrecht', *NJB* 2007/16, p. 982-991.

Van Boom 2010

W.H. van Boom, *Handhaving consumentenbescherming: een toelichting op de Wet handhaving consumentenbescherming*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2010.

Van Boom 2018

W.H. van Boom, 'Handelspraktijken van supermarkten tegenover leveranciers', *TvC* 2018, afl. 6, p. 277-283.

Van Boom 2020

W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt. Hoe het vermogensrecht onze marktsamenleving faciliteert en geleidt*, Den Haag: Boom juridisch 2020.

Van Boom 2020a

W.H. van Boom, 'Letsel en verzekering: uitleg en inhoudstoetsing van algemene verzekeringsvoorwaarden', *Verkeersrecht* 2020/57, p. 98-108.

Van Boom e.a. 2014

W. van Boom, A. Garde & O. Akseli, 'Introduction', in: W. van Boom e.a. (red.), *The European Unfair Commercial Practices Directive: Impact, Enforcement Strategies and National Legal Systems*, Aldershot: Ashgate Publishing 2014, p. 1-20.

Brunner 1992

C.J.H. Brunner, 'De billijkheid in het nieuwe BW', in: C.J.H. Brunner, A.H.T. Heisterkamp, J.H.A. Lokin, W.H.M. Reehuis & W.J. Zwolve (red.), *Rechtsvinding onder het NBW*, Deventer: Kluwer 1992, p. 78-100.

Van de Bunt & Huisman 2009

H.G. van de Bunt & K. Huisman, *Misleidende handelspraktijken. Een onderzoek naar de aard, achtergronden en aanpak van acquisitiefraude in Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Busch 2021

C. Busch, *Regulation of digital platforms as infrastructures for services of general interest* (FES WISO Diskurs 09/2021), Friedrich-Ebert-Stiftung 2021.

Busch e.a. 2021

C. Busch, I. Graef, J. Hofmann & A. Gawer, *Uncovering blindspots in the policy debate on platform power* (Final report Expert Group for the Observatory on the Online Platform Economy), Brussels: European Commission 2021.

Cafarra & Morton 2021

C. Cafarra & F.S. Morton, 'The European Commission Digital Markets Act: A translation', 2021, voxeu.org/article/european-commission-digital-markets-act-translation.

Canoy & Hellingman 2018

M. Canoy & K. Hellingman, 'De Mededingingswet en de onderkant van de arbeidsmarkt', *M&M* 2018, afl. 5, p. 184-193.

Cauffman 2018

C.A.N.M.Y. Cauffman, 'Biedt het mededingingsrecht een recht op (effectieve) toegang tot platformen? Uitsluitingsstrategieën van dominante platformen', *SEW* 2018, afl. 12, p. 497-511.

Claassen 2020

R. Claassen, *Private eigendom, publieke macht. Op weg naar een nieuw feodalisme?* (oratie Utrecht), Den Haag: Boom juridisch 2020.

Claassen & Gerbrandy 2016

R. Claassen & A. Gerbrandy, 'Rethinking European Competition Law: From a Consumer Welfare to a Capability Approach', *Utrecht L. Rev.* 2016, afl. 1, p. 1-15.

Claeys & Tanghe 2019

I. Claeys & T. Tanghe, 'De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke handelspraktijken (Deel 1 en Deel 2)', *Rechtskundig Weekblad* 2019, afl. 10, p. 323-345; p. 363-379.

Combe 2020

E. Combe, *Économie et politique de la concurrence*, Paris: Dalloz 2020.

Cortez 2014

N. Cortez, 'Regulating Disruptive Innovation', *Berkeley Technology L.J.* 2014, p. 175-228.

Daskalova 2018

V.I. Daskalova, 'Oneerlijke platform-to-business-handelspraktijken: oude kwesties, nieuwe regelgeving', *SEW* 2018, afl. 12, p. 485-496.

Daskalova 2019

V. Daskalova, 'The New Directive on Unfair Trading Practices in Food and EU Competition Law: Complementary or Divergent Normative Frameworks?', *J of Eur Competition L & Practice* 2019, nr. 5, p. 281-296.

Devroe e.a. 2020

W. Devroe, B. Keirsbilck & E. Terryn (red.), *Nieuw economisch recht in B2B-relaties. Mededinging, misbruik van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en oneerlijke handelspraktijken*, Antwerpen: Intersentia 2020.

Van Dijck e.a. 2016

J. van Dijck, T. Poell & M. de Waal, *De platform samenleving. Strijd om publieke waarden in een online wereld*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2016.

Dommering 2019

E. Dommering, *De Europese informatierechtsorde*, Amsterdam: deLex 2019.

Drion 2021

C.E. Drion, 'Contractsvrijheid tussen ondernemers op de tocht?', *NJB* 2021/1974, p. 2193.

Dyal-Chand 2015

R. Dyal-Chand, 'Regulating Sharing: The Sharing Economy as an Alternative Capitalist System', *Tulane Law Review* 2015, nr. 2, p. 241-309.

Emerson & Hollis 2019

R.W. Emerson & S.A. Hollis, 'Bound by Bias? Franchisees' Cognitive Biases', *Ohio State Business L.J.* 2019, nr. 1, p. 1-61.

Van Engelen 1994

T.C.J.A. van Engelen, *Prestatiebescherming en ongeschreven intellectuele eigendomsrechten* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Eucken 1952

W. Eucken, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Bern/Tübingen: Francke/Mohr 1952.

Felderhof & Rozenbroek 2019

L.E. Felderhof & M.P.C. Rozenbroek, 'Een gelijk speelveld in de online platformeconomie?', *NtEr* 2019, afl. 5-6, p. 142-148.

Gerards 2019

J.H. Gerards, 'Grondrechten in de platformeconomie', in: J.H. Gerards & A.C. van Schaick (red.), *Digitalisering, vermogensrecht, de platformeconomie en grondrechten* (Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2019, p. 95-197.

Gerber 1998

D.J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford: Oxford University Press 1998.

Gerbrandy 2016

A. Gerbrandy, 'Toekomstbestendig mededingingsrecht', *M&M* 2016, afl. 3, p. 102-112.

Gerbrandy 2018

A. Gerbrandy, *Conceptualizing Big Tech as 'Modern Bigness' and its implications for European Competition Law. Submission in reaction to the Call for Contributions. Shaping competition policy in the era of digitalization*, Brussels: European Commission 2018.

Gerbrandy 2019a

A. Gerbrandy, 'Mededingingsrecht in de schijnwerpers', *M&M* 2019, afl. 1, p. 1-3.

Gerbrandy 2019b

A. Gerbrandy, 'Rethinking Competition Law within the European Economic Constitution', *Journal of Common Market Studies* 2019, nr. 1, p. 127-142.

Gerbrandy 2020

A. Gerbrandy, 'Global Challenges, Big Tech and Legal Responses', in: M. Bovens & M. Düwell (red.), *The Open Society and Its Future* (Think Paper Series #1), Utrecht: Institutions for Open Societies, Utrecht University 2020, p. 17-26.

Gerbrandy & De Vries 2020

A. Gerbrandy & S.A. de Vries, 'Het mededingingsrecht en de consument', in: E.H. Hondius & V. Mak (red.), *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2020, p. 527-556.

Gersdorf & Paal 2021

H. Gersdorf & B.P. Paal, *Informations- und Medienrecht – Kommentar*, München: Beck 2021.

Glöckner 2017

J. Glöckner, 'Unfair trading practices in the supply chain and the co-ordination of European contract, competition and unfair competition law in their reaction to disparities in bargaining power', *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2017, p. 416-434.

Glöckner 2019

J. Glöckner, 'Control of Relative Market Power in Competition Law. An Instrument to Implement the Unfair Trading Practices Directive?', *M&M* 2019, afl. 4, p. 136-145.

Gloy e.a. 2019

W. Gloy, M. Loschelder & R. Danckwerts, *Handbuch des Wettbewerbsrechts*, München: Beck 2019.

Götting e.a. 2020

H.-P. Götting, J. Meyer & U. Vormbrock, *Gewerblicher Rechtsschutz und Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden: Nomos 2020.

Grewe 2020

M. Grewe, *Missbrauchsverbot als Durchsetzungsinstrument* (diss. Freiburg), Baden-Baden: Nomos 2020.

Hage 2017

C.A. Hage, *Handhaving van privaatrecht door toezichthouders* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Hanemaaijer 2020

K. Hanemaaijer, 'Zorgplichten van online platforms ter voorkoming van misleiding. De consequenties van een verschuivend consumentenbeeld en platformbeeld', in: S.D. Lindenbergh, F.M. Ruitenbeek-Bart & I. Tillema (red.), *Belangenrijk burgerlijk recht*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 145-182.

Harari 2018

Y.N. Harari, *21 Lessons for the 21st Century*, London: Vintage 2018.

Hayek 1944

F.A. Hayek, *The Road to Serfdom* (reprint ed. 2001), Routledge 1944.

Hessel 2017

B. Hessel, 'Het toekomstbestendig mededingingsrecht kan bijdragen aan het concretiseren van de sociale markteconomie van de EU', *SEW* 2017, afl. 9, p. 356-366.

Hijma 2016

J. Hijma, *Algemene voorwaarden* (Mon. BW B55), Deventer: Kluwer 2016.

De Hoon 2005

M.W. de Hoon, *Conflictbeheersing bij opzegging* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

De Hoon & Van Doorn 2013

M.W. de Hoon & C.J.M. van Doorn, 'Inkoopmacht in de supermarktbranche: het civielrechtelijk perspectief', *NTBR* 2013/6, p. 223-229.

Houben 2005

I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005.

Houdijk 2009

J.C.A. Houdijk, *Publieke belangen in het mededingingsrecht: een onderzoek in vijf domeinen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009.

Huisman e.a. 2009

K. Huisman, H.G. van de Bunt, H. van Eeren, I.J.J. Kwaspen & I.M. Boer, *Misleidende handelspraktijken. Een onderzoek naar de aard, achtergronden en aanpak van acquisitiefraude in Nederland* (WODC Rapport 1768), Rotterdam/Den Haag: Erasmus Universiteit Rotterdam/WODC 2009.

Jongeneel 2017

R.H.C. Jongeneel, 'Zestig dagen max. Een uiterste betaaltermijn voor grote ondernemingen', *NJB* 2017/1855, p. 2457-2461.

Keirsbilck 2011

B. Keirsbilck, *The New European Law of Unfair Commercial Practices and Competition Law*, Oxford|Portland: Hart Publishing 2011.

Keirsbilck & E. Terryn 2020

B. Keirsbilck & E. Terryn (red.), *Unfair Trading Practices in the Food Supply Chain. Implications of Directive (EU) 2019/633*, Cambridge: Intersentia 2020.

Keurentjes 1986

R.B.M. Keurentjes, *Agressieve handelspraktijken* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1986.

Khan 2017

L.M. Khan, 'Amazon's Antitrust paradox', *Yale L.J.* 2017, p. 710-805.

Kohlen e.a. 2021

J. Kohlen, M. van de Sanden & M. Cox, "'Rebooting" het mededingingsrecht – ook het mededingingsrecht ontsnapt niet aan de digitale transitie. Over digitale platforms, ex-anteregulering en toegangsverplichtingen in het concentratietoezicht', *M&M* 2021, afl. 1, p. 6-14.

Koolhoven 2020

R. Koolhoven, 'De deeleconomie', in: E.H. Hondius & V. Mak (red.), *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2020, p. 69-98.

Körper e.a. 2020

T. Körper, H. Schweitzer & D. Zimmer, *Immenga/Mestmäcker Wettbewerbsrecht* – Bd. 2, München: Beck 2020.

Kreiczer-Levy 2019

S. Kreiczer-Levy, *Destabilized Property. Property Law in the Sharing Economy*, Cambridge: Cambridge University Press 2019.

Kulk 2020

S. Kulk, 'Platformaansprakelijkheid – van “notice and takedown” naar algoritmisch toezicht', *NtEr* 2020, afl. 5-6, p. 132-140.

Leistner 2007

M. Leistner, *Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb – eine grundlagenorientierte Studie unter besonderer Berücksichtigung der europäischen Perspektive*, Tübingen: Mohr Siebeck 2007.

Lindeboom 2020

J. Lindeboom, 'Concurrentie en de rol van het recht', *AA* 2020, p. 652-662.

Loos 2018

M.B.M. Loos, *Algemene voorwaarden*, Den Haag: Boom juridisch 2018.

Loos & Van Boom 2010

M.B.M. Loos & W.H. van Boom, *Handhaving van het consumentenrecht* (Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht 2009), Deventer: Kluwer 2010.

Loyer-Bouez e.a. 2019

D. Loyer-Bouez, S. Beauvais, S. Claude-Fendt, B. Joret, J.-M. Macqueron, L. Paudrat, C. Ribreau, M. Vandeveldé & V. Vélin, *Mémento Pratique Concurrency Consommation 20*, 2019.

Van Maanen 1986

G.E. van Maanen, *Onrechtmatige daad. Aspecten van de ontwikkeling en structuur van een omstreden leerstuk* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1986.

Mak 2018

V. Mak, 'Van ownership naar access. Is toegang de nieuwe eigendom?', *AA* 2018, p. 664-671.

Mak 2019

V. Mak, *Consumentenbescherming bij servitisation* (Preadviezen 2019 Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 69-98.

Mak 2020

V. Mak, *Legal Pluralism in European Contract Law*, Oxford: Oxford University Press 2020.

Mak 2021

V. Mak, 'Contracteren in de platformeconomie. De derde-aanbieder als zwakke partij', *MvV* 2021, afl. 2, p. 57-63.

Mak & Schemkes 2020

V. Mak & F. Schemkes, *Onderzoekstudie rondom consumentenbeleid in de digitale economie* (rapport in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat), Tilburg: Tilburg University 2020.

Mak & Schemkes 2021

V. Mak & F. Schemkes, "'With great power comes great responsibility". De Digital Services Act en de Digital Markets Act mogen wel wat strenger zijn voor Big Tech', *NJB* 2021/716, p. 746-754.

Malaurie-Vignal 2020

M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européen*, Paris: Sirey 2020.

Mestmäcker 2019

E.-J. Mestmäcker, *Wettbewerb in der Privatrechtsgesellschaft*, Tübingen: Mohr Siebeck 2019.

Micklitz 2018

H.-W. Micklitz, *The Politics of Justice in European Private Law – Social Justice, Access Justice, Societal Justice*, Cambridge: Cambridge University Press 2018.

Mok 2004

M.R. Mok, *Kartelrecht I – Nederland*, Deventer: Kluwer 2004.

Niels e.a. 2016

G. Niels, H. Jenkins & J. Kavanagh, *Economics for Competition Lawyers*, Oxford: Oxford University Press 2016.

Norman 2018

J. Norman, *Adam Smith: What He Thought, and Why it Matters*, London: Allen Lane/Penguin 2018.

Pavillon 2019

C.M.D.S. Pavillon, 'De zzp'er verdient betere bescherming maar welke bescherming precies? Een pleidooi voor de aanpassing van titel 6.3.4 BW', *TvC* 2019, afl. 3, p. 102-105.

Petit 2020

N. Petit, *Big tech & the ditigal economy. The moligopoly scenario*, Oxford: Oxford University Press 2020.

Petit 2021

N. Petit, 'The Proposed Digital Markets Act (DMA): A Legal and Policy Review', *Journal of European Competition Law & Practice* 2021, p. 1-7.

Peukert 2008

A. Peukert, *Güterzuordnung als Rechtsprinzip* (Hab. München), Tübingen: Mohr Siebeck 2008.

Picod 2007

Y. Picod (red.), *Le Code de Commerce: son histoire et l'évolution parallèle du droit de la concurrence déloyale*, Perpignan: P.U.P. 2007.

Podszun & Kreifels 2016

R. Podszun & S. Kreifels, 'Digital Platforms and Competition Law', *Journal of European Consumer and Market Law* 2016, p. 33-39.

Podszun & Kreifels 2018

R. Podszun & S. Kreifels, 'Data and competition law', in: V. Mak e.a. (red.), *Research handbook in data science and law*, Cheltenham: Edward Elgar 2018, p. 183-213.

De Pourcq 2018

S. De Pourcq, *Oneerlijke handelspraktijken en bedingen in contracten tussen ondernemingen* (diss. Leuven), Antwerpen: Intersentia 2018.

De Pourcq 2019

S. De Pourcq, 'Belangrijke wijzigingen op komst voor de contractuele verhouding tussen ondernemingen: misbruik van economische afhankelijkheid, oneerlijke bedingen en misleidende en agressieve handelspraktijken worden verboden', *Revue de Droit Commercial Belge/Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht* 2019, p. 642-665.

Radeideh 2005

M. Radeideh, *Fair Trading in EC Law. Information and Consumer Choice in the Internal Market*, Groningen: Europa Law Publishing 2005.

Ranchordás 2018

R.H. Ranchordás, 'Regulering in de nieuwe economie: een inleiding', *SEW* 2018, afl. 12, p. 480-484.

Robertson 2020

V.H.S.E. Robertson, *Competition Law's Innovation Factor. The Relevant Market in Dynamic Contexts in the EU and the US*, Oxford: Hart Publishing 2020.

Rosenboom e.a. 2021

N. Rosenboom, A. den Boer & L. Damstra, 'Kroniek economie in het mededingingsrecht 2020', *M&M* 2021, afl. 2, p. 51-61.

Rössner 2015

P.R. Rössner, *Martin Luther: On Commerce and Usury (1524)*, London: Anthem Press 2015.

Ruitinga 1982

D.P. Ruitinga, *Misbruik van economisch overwicht als grond voor het aantasten van overeenkomsten: een studie naar Frans, Amerikaans en Nederlands recht* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1982.

Sauter 2019

W. Sauter, 'Online uitbuiting van consumenten voorkomen: een zorgplicht voor dominante ondernemingen?', *M&M* 2019, afl. 3, p. 105-111.

Schaub 2020

M.Y. Schaub, *Onlineplatformen* (Mon. Privaatrecht 19), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Schebesta e.a. 2018

H. Schebesta, K.P. Purnhagen, B. Keirsbilck & T. Verdonk, 'Unfair Trading Practices in the Food Chain: Regulating Right?', *Wageningen Working Papers in Law and Governance* 2018, p. 1-16.

Schelhaas 2018

H.N. Schelhaas, *Commerciële contractanten – consistentere differentiëren?* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom juridisch 2018.

Schrepel 2021

T. Schrepel, 'Platforms or Aggregators: Implications for Digital Antitrust Law', *Journal of European Competition Law & Practice* 2021, p. 1-3.

Schrijen 2018

M.A.H. Schrijen, 'Het mededingingsrecht inzetten ter voorkoming van excessieve medicijnprijzen – een heilzame weg?', *Tijdschrift Mededingingsrecht in de praktijk* 2018, afl. 8, p. 25-31.

Slagter 1963

W.J. Slagter, 'Dient de wet ten aanzien van ongeoorloofde mededinging nadere bijzondere regelen te bevatten, en zo ja, welke?', in: H. van der Linden & W.J. Slagter, *Preadviezen NJV 1963* (Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging 1963-Ia), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963, p. 1-279.

Von Stechow 2002

H. von Stechow, *Das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. Mai 1896* (diss. Bayreuth), Berlin: Dunckler & Humblot 2002.

Streep 2018

N. Streep, 'De eigendom voorbij? Juridische aspecten van crowdownership en andere opkomende fenomenen', *AA* 2018, p. 612-619.

Sturris & Neppelenbroek 2018

N. Sturris & E. Neppelenbroek, 'De vermogensrechtelijke positie van de muzikkliefhebber in tijden van iTunes en Spotify', *AA* 2018, p. 590-600.

Stuyck & Keirsbilck 2019

J. Stuyck & B. Keirsbilck, *Handelspraktijken en contracten met consumenten (Beginselen van Belgisch Privaatrecht deel XIII Handels- en economisch recht. 2 Mededingingsrecht A – Handelspraktijken en contracten met consumenten)*, Mechelen: Wolters Kluwer België 2019.

Stuyck & Keirsbilck 2019a

J. Stuyck & B. Keirsbilck, 'De nieuwe Belgische wet met betrekking tot misbruik van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen: een eerste commentaar', *SEW* 2019, afl. 9, p. 374-394.

Terryn 2020

E. Terryn, 'Hoe het consumentenrecht het ondernemingsrecht inspireert: voortaan ook controle van contractvoorwaarden tussen ondernemingen in België', *TvC* 2020, afl. 1, p. 2-5.

Tjittes 1994

R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen een rechtsvergelijkend onderzoek naar de betekenis van de (onderlinge) hoedanigheid van partijen voor de totstandkoming en de vaststelling van de inhoud van rechtshandelingen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994.

Vandermeersch 2020

D. Vandermeersch, 'De nieuwe Belgische Mededingingswet', *SEW* 2020, afl. 2, p. 54-69.

Vedder & Appeldoorn 2019

H.H.B. Vedder & J.F. Appeldoorn, *Mededingingsrecht*, Groningen: Europa Law Publishing 2019.

Verkade 1986

D.W.F. Verkade, *Ongeoorloofde mededinging*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986.

Verkade 2011

D.W.F. Verkade, *Ongeoorloofde mededinging, marktmacht en marktomstandigheden* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: deLex 2011.

Verkade 2019

D.W.F. Verkade, *Misleidende (B2B) reclame en vergelijkende reclame* (Mon. BW B49b), Deventer: Kluwer 2019.

Vogel 2016

L. Vogel, *Du droit commercial au droit économique* (Ripert/Roblot *Traité de droit des affaires* Tome 1), Paris: LGDJ 2016.

Vogel & J. Vogel 2020

L. Vogel & J. Vogel, *La rupture brutale du relations commerciales établies*, Paris: LawLex/Bruylant 2020.

Vogel & J. Vogel 2020a

L. Vogel & J. Vogel, *Le Déséquilibre Signicatif*, Paris: LawLex/Bruylant 2020a.

De Vrey 2005

R.W. De Vrey, *Towards a European Unfair Competition Law. A Clash Between Legal Families*, Leiden: Brill 2005.

De Vries 2021

F.J. de Vries, 'Ongevraagde acquisitie ten opzichte van kleine ondernemers', *NTBR* 2021, p. 239-242.

Weber 2014

F. Weber, *The Law and Economics of Enforcing European Consumer Law. A Comparative Analysis of Package Travel and Misleading Advertising*, Aldershot: Ashgate 2014.

Weber & Faure 2015

F. Weber & M. Faure, 'The Interplay between Public and Private Enforcement in European Private Law: Law and Economics Perspective', *European Review of Private Law* 2015, nr. 4, p. 525-550.

SER 2020

SER Commissie Platformeconomie en werk, *Hoe werkt de platformeconomie?*, Den Haag: Sociaal-Economische Raad (SER) 2020.

Wessels & Jongeneel 2017

B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.), *Algemene voorwaarden*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Whish & Bailey 2018

R. Whish & D. Bailey, *Competition Law*, Oxford: Oxford University Press 2018.

Wilterdink 2015

N. Wilterdink, *Vermogensongelijkheid in Nederland*, Amsterdam: Van Gennep 2015.

Wurmnest 2012

W. Wurmnest, *Marktmacht und Verdrängungsmissbrauch*, Tübingen: Mohr Siebeck 2012.