

Vergaderjaar 2010–2011

31 531

Voorstel van wet van de leden Ten Hoopen, Aptroot en Vos houdende wijziging van de Mededingingswet ter versoepeling van de uitzondering op het verbod van mededingingsafspraken (versterking positie leveranciers uit het MKB)

K

BRIEF VAN DE MINISTER VAN ECONOMISCHE ZAKEN

Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 7 oktober 2010

1. Inleiding

Hierbij komt u een brief toe waarin wordt ingegaan op mogelijke oplossingen voor de problematiek rond inkoopmacht. Conform mijn toezeggingen tijdens het algemeen overleg over inkoopmacht met de Tweede Kamer d.d. 8 april 2010 ga ik in op mogelijke oplossingen in het civiele recht en op de haalbaarheid en handhaafbaarheid van een gedragscode op basis van vrijwilligheid. Ook komen op verzoek van uw Kamer de ervaringen met de Britse gedragscode voor supermarkten aan de orde.¹ Tot slot ga ik in op het verdere proces en wordt aandacht besteed aan een mogelijke verbetering van de wijze waarop kleine ondernemingen worden geïnformeerd over toegestane combinatieovereenkomsten.

2. Voorzieningen in het Burgerlijk Wetboek

Collectieve actie, artikel 3:305a

Tijdens het algemeen overleg van 8 april jl. heb ik de Tweede Kamer toegezegd een uiteenzetting te geven van de mogelijkheden die het burgerlijk recht aan ondernemers biedt om de nakoming van overeenkomsten af te dwingen. Het gaat dan om mogelijkheden naast de reguliere weg van individuele geschillenbeslechting die juist door leveranciers die afhankelijk zijn van een afnemer, niet wordt bewandeld. Ik heb in dat kader eerder gewezen op het collectieve actierecht van artikel 3:305a BW. Dit artikel biedt leveranciers die de stap naar de rechter niet individueel willen zetten, de mogelijkheid dit collectief te doen. De procedure van artikel 3:305a BW houdt in dat een vereniging of stichting een rechtsvordering kan instellen die strekt ter bescherming van belangen die de stichting of vereniging volgens haar statuten behartigt. Via de procedure van artikel 3:305a kunnen dezelfde vorderingen worden

¹ EK 31 531, nr. 31.

ingesteld als via de gebruikelijke rechtsgang waarbij een individuele partij een wederpartij daagt, met uitzondering van een vordering tot schadevergoeding.

In de discussie of het collectieve actierecht een bruikbare oplossing is voor leveranciers die hun recht willen halen wanneer afnemers gemaakte afspraken niet nakomen, heb ik toegezegd in te gaan op de vraag in hoeverre de leveranciers in kwestie anoniem kunnen blijven. Daarover kan ik u het volgende melden. Aangezien artikel 3:305a de belangenorganisatie een eigen toegang tot de rechter geeft, is er geen sprake van *vertegenwoordiging* van de leden door die organisatie. Het bekendmaken van de identiteit van deze leden is dan ook geen voorwaarde voor het voeren van de procedure.

Wel moet de organisatie die een collectieve actie instelt stellingen ter onderbouwing van haar vordering aanvoeren en deze zo nodig bewijzen. Uitgangspunt in de procedure voor de burgerlijke rechter is dat de gedaagde het recht heeft te weten tegen welke concrete vordering hij zich moet verweren en dat iedere partij haar eigen stellingen met bewijs moet staven. Gaat het om een collectieve actie van een brancheorganisatie, dan kunnen verschillende situaties worden onderscheiden.

Heeft de grote afnemer in zijn inkoopvoorwaarden opgenomen dat hij zich het recht voorbehoudt om bijvoorbeeld betalingsvoorwaarden eenzijdig te wijzigen en maakt hij van dit recht gebruik, dan kan de brancheorganisatie de rechter vragen voor recht te verklaren dat een dergelijke voorwaarde onredelijk bezwarend is voor de wederpartijen van deze afnemer. De vordering van de brancheorganisatie betreft dan een door de afnemer gebruikte standaardvoorwaarde en niet het concrete gebruik ervan in een individueel geval. Bewijs van de onredelijkheid van een dergelijke inkoopvoorwaarde kan in eerste instantie worden geleverd door de inkoopvoorwaarden van de grote afnemer te overleggen.

Wanneer de stellingen van de brancheorganisatie betrekking hebben op het niet-nakomen van verplichtingen van een afnemer jegens een aantal leden van de belangenorganisatie, zal de brancheorganisatie documentatie moeten overleggen waaruit de wanprestatie van de grote afnemer blijkt. Het gaat dan bijvoorbeeld om (standaard)brieven waarin de niet-nakoming van de contractsverplichtingen wordt aangekondigd en de oorspronkelijke (standaard)contractsbepalingen waarop de niet-nakoming betrekking heeft. Ontkent de afnemer dergelijke (standaard)brieven of -contracten te hebben verzonden respectievelijk gebruikt, dan zal de brancheorganisatie concrete documenten moeten overleggen waaruit blijkt dat de betreffende niet-nakoming daadwerkelijk jegens één of meer van de vertegenwoordigde leden is gepleegd. In dat geval is niet goed denkbaar dat de anonimiteit van de betrokkenen nog kan worden gewaarborgd. Wat in een individuele zaak afdoende bewijsvoering oplevert en hoe zich dit verhoudt tot het al dan niet bekend worden van de betrokkenen, is aan de rechter in die zaak.

Ook heb ik toegezegd in te gaan op de mogelijkheid tot het vorderen van schadevergoeding bij een collectieve actie. Schadevergoeding kan niet via een collectieve actie in de zin van artikel 3:305a BW worden gevorderd. Individuele gedupeerden hebben wel de mogelijkheid om met een verklaring voor recht als uitkomst van een collectieve actie in een individuele actie hun schade te verhalen. Daarnaast kunnen zij hun vorderingen bundelen en gezamenlijk aan de rechter voorleggen. Ook kunnen zij vorderingen overdragen ter incasso of een volmacht tot inning geven aan een organisatie die deze vorderingen vervolgens gezamenlijk voor hen bij de rechter instelt.

Het lid van de Tweede Kamer Ten Hoopen refereerde tijdens het algemeen overleg van 8 april jl. aan artikel 3:44 BW en een mogelijke rol van dat artikel bij het tegengaan van oneerlijke contractpraktijken. Het artikel geeft een grondslag voor vernietiging van een overeenkomst, wanneer deze door bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden tot stand gekomen is. Het is niet ondenkbaar dat een overeenkomst die tot stand komt in een situatie waarin een leverancier zich min of meer gedwongen ziet tot contracteren en waarvan de inhoud als gevolg daarvan in hoge mate wordt gedictieerd door de wederpartij, vernietigbaar is met een beroep op misbruik van omstandigheden. Echter, vernietigbaarheid van een overeenkomst houdt in dat de partij die de overeenkomst ongedaan wil maken, het initiatief daartoe moet nemen, ofwel door verklaring van die strekking af te leggen, ofwel door de rechter om vernietiging te vragen. De mogelijkheden die dit artikel biedt kunnen een leverancier weliswaar helpen om zich te bevrijden van afspraken die hij onder dwang gemaakt heeft, maar zullen in de praktijk beperkt zijn aangezien de leverancier zich tot de rechter zal moeten wenden. De ervaringen tot nu toe laten zien dat partijen deze stap vermijden.

3. Uitkomsten consultatie gedragscode

In april 2010 is aan 55 brancheorganisaties een brief gestuurd met het verzoek hun mening over een mogelijke gedragscode kenbaar te maken. Een oproep om deel te nemen aan de consultatie is tevens geplaatst op de website van het Ministerie van Economische Zaken. Doel van deze consultatie was in beeld te brengen in hoeverre draagvlak bestaat voor een vrijwillige gedragscode met daarin nadere afspraken over de wijze waarop individuele leveranciers en afnemers onderling zaken doen.

In totaal zijn 24 reacties ontvangen, waarvan een aantal van koepelorganisaties namens meerdere aangesloten organisaties. Van deze 24 organisaties zijn in elk geval 15 organisaties bereid medewerking te verlenen aan het tot stand brengen van een gedragscode. Zij zien als voordelen van een gedragscode het commitment van leveranciers en afnemers, de laagdrempeligheid om excessen van inkoopmacht aan te kaarten, de lichte vorm van regulering, de mogelijkheid aanpassingen per sector makkelijk door te voeren en de overeenstemming met het beleid van de Europese Commissie op dit gebied. Zij zien echter ook problemen die om een oplossing vragen wil een gedragscode zinvol zijn. Zij noemen het risico van dublures met het BW, het probleem dat leveranciers niet durven te klagen, twijfels over de effectiviteit van de code, toename van kosten en administratieve lasten en het risico van strijd met het mededingingsrecht. Daarnaast merken de meeste respondenten die positief gereageerd hebben op dat zij niet gemachtigd zijn hun leden aan een gedragscode te binden.

Slechts 5 organisaties wijzen een gedragscode op voorhand af. Op grond hiervan is mijn conclusie dat de reacties voldoende bemoedigend zijn om een gedragscode nader uit te werken. In paragraaf 5 ga ik in op het verdere proces.

4. Britse ervaringen en lessen voor Nederland

Tijdens de plenaire behandeling van het initiatiefwetsvoorstel tot verruiming van de bagatelbepaling in de Mededingingswet in uw Kamer (EK 31 531, nr. 31), heb ik toegezegd in te gaan op de lessen die getrokken kunnen worden uit de ervaringen in het Verenigd Koninkrijk met een gedragscode tegen oneerlijke contractspraktijken. Om die lessen in de

juiste context te kunnen plaatsen, schets ik eerst de aard en achtergrond van de Britse code. Vervolgens ga ik in op mogelijke lessen voor Nederland.

Aard en achtergrond Britse gedragscode supermarkten

De Britse gedragscode voor supermarkten is ingesteld in 2002. Aanleiding voor het instellen van de gedragscode waren zorgen van de Britse mededingingsautoriteit over de mededinging in de levensmiddelensector. Uit onderzoek naar deze sector concludeerde de Britse mededingingsautoriteit dat supermarkten in het Verenigd Koninkrijk als afnemers van levensmiddelen in gevallen in staat zijn de marges van hun directe leveranciers dermate onder druk te zetten dat zij nauwelijks nog kunnen investeren en innoveren. Consumenten zijn daarvan uiteindelijk de dupe. Daarop is specifiek voor deze situatie een gedragscode opgesteld om de contractuele relatie tussen supermarkten en hun directe leveranciers te verbeteren en excessen te voorkomen. De gedragscode is dwingend opgelegd door de mededingingsautoriteit en stelt nadere regels aan de wijze waarop de supermarkten zaken doen met hun directe toeleveranciers. Noch de toeleveranciers, noch de partijen hoger in de keten, zoals primaire producenten, zijn gebonden aan de code.

Vervolgonderzoek in 2008 naar de levensmiddelensector en de werking van de code vormden in februari 2010 aanleiding de naleving in het Verenigd Koninkrijk onder de loep te nemen. Waar tot nu toe de mededingingsautoriteit klachten op grond van de code behandelde, is inmiddels besloten voor de behandeling van klachten een «Adjudicator» op te richten. Met deze onafhankelijke instantie hoopt men de terughoudendheid van leveranciers om klachten in te dienen te verminderen. Aangezien de gedragscode op een bestuursrechtelijke wijze wordt gehandhaafd, moeten gedupeerde leveranciers zich ook na de oprichting van de «Adjudicator» tot de rechter wenden om eventuele schadevergoeding te verkrijgen.

Aanknopingspunten voor de Nederlandse gedragscode

De vraag is in welke opzichten de gedragscode in het Verenigd Koninkrijk wel of geen aanknopingspunten biedt voor de in Nederland op basis van vrijwilligheid tot stand te brengen gedragscode voor eerlijke handelspraktijken.

Een belangrijke overeenkomst tussen de in Nederland tot stand te brengen gedragscode en de bestaande gedragscode in het Verenigd Koninkrijk is de doelstelling. De Britse gedragscode heeft tot doel de relatie tussen supermarkten en hun directie leveranciers te verbeteren. Ook bij de Nederlandse gedragscode gaat het erom de verhouding tussen afnemers en leverancier te verbeteren.

De Britse gedragscode zal bij het opstellen van de Nederlandse gedragscode vooral inspiratie kunnen bieden wat de inhoud betreft. Om bepaalde handelspraktijken te voorkomen bevat de Britse gedragscode bepalingen die supermarkten in acht moeten nemen bij hun handelsverkeer met leveranciers. Voorbeelden van zodanige bepalingen zijn het vereiste dat contractuele verplichtingen op schrift worden gesteld, een verbod op het achteraf en eenzijdig wijzigen van eerder overeengekomen voorwaarden en het vereiste dat betalingen binnen redelijke termijn moeten geschieden. Inzet is dat de tot stand te brengen Nederlandse gedragscode vergelijkbare bepalingen zal bevatten om bepaalde handelspraktijken van afnemers ten opzichte van hun leveranciers tegen

te gaan. Uit het onderzoek van EIM blijkt dat deze handelspraktijken ook in Nederland als onfatsoenlijk worden beschouwd.

Wat zijn reikwijdte betreft zal de Nederlandse gedragscode verschillen van de Britse. De Britse gedragscode is beperkt tot de levensmiddelensector. Het ligt voor de hand de reikwijdte van de Nederlandse gedragscode breder te laten zijn. Uit de resultaten van het onderzoek van EIM en uit klachten van leveranciers blijkt dat in Nederland onfatsoenlijke handelspraktijken tussen afnemer en leverancier zich niet beperken tot één bedrijfssector.

Ook zal de Nederlandse gedragscode, anders dan de Britse, behalve voor afnemers bepalingen bevatten gericht op leveranciers. De Britse gedragscode is dwingend opgelegd door de mededingingsautoriteit, terwijl het de bedoeling is dat in Nederland een gedragscode als een vorm van zelfregulering op basis van vrijwilligheid tot stand komt. Voor de effectiviteit van de vrijwillige gedragscode is het van belang dat zowel afnemers als leveranciers in zoveel mogelijk bedrijfssectoren zich aan een gedragscode conformeren.

Uit de in het Verenigd Koninkrijk met de gedragscode opgedane ervaringen blijkt dat ook daar, net als in Nederland, leveranciers die van gedragingen van hun afnemers nadelen ondervinden, die afnemers daarop niet durven aanspreken. Het zoeken naar manier om deze terughoudendheid te doorbreken, zal ook bij het tot stand brengen van een gedragscode in Nederland een belangrijk punt zijn. Een gedragscode is alleen effectief, indien deze voorziet in een laagdrempelige manier voor leveranciers om problemen met inkoopmacht van hun afnemers in een neutrale sfeer bespreekbaar te maken. Mijns inziens is het daarbij van essentieel belang dat het systeem erop gericht is er samen uit te komen. Een optie zou kunnen zijn in de gedragscode te bepalen dat als een leverancier van mening is dat een afnemer niet volgens de gedragscode handelt, een mediator ingeschakeld kan worden. Mediation biedt partijen de mogelijkheid in onderling overleg tot een vergelijk en zo nodig tot overeenstemming over genoegdoening te komen. Op deze manier kan worden voorkomen dat het verschil van mening ontaardt in een echt geschil. Ook kan wellicht de vrees bij leveranciers om problemen met een afnemer bij deze aan te kaarten, worden weggenomen. Eventuele resterende geschilpunten kunnen daarmee in een andere sfeer aan een expertcommissie worden voorgelegd dan wanneer de stap naar de rechter de eerste en enige optie is.

5. Conclusie en vervolgstappen

Mede kijkend naar het BW, naar de uitkomsten van de consultatie over de gedragscode en naar de Britse situatie, zie ik het verder uitwerken van een gedragscode op basis van vrijwilligheid als volgende stap. Daarbij staat voorop dat, aangezien een gedragscode een vorm van zelfregulering is, het succes ervan afhangt van de medewerking van zowel leveranciers als afnemers. Ik wil dan ook benadrukken dat, hoezeer mijn begrip voor de situatie van leveranciers, zij evenzeer als afnemers, een eigen verantwoordelijkheid hebben om de dialoog met elkaar aan te gaan en eventuele klachten op te brengen. Immers, het betreft hier de directe contractuele relaties tussen individuele ondernemingen. De overheid kan helpen die relaties in goede banen te leiden, maar wil en kan die individuele verantwoordelijkheid van elke ondernemer om diens positie op de markt te verdienen en te verdedigen niet overnemen.

Mijn ministerie zal graag een faciliterende rol vervullen bij het tot stand brengen van een gedragscode die daadwerkelijk problemen rond inkoopmacht in een sector oplost, in samenspraak met leveranciers en afnemers. Een laagdrempelige en effectieve manier voor leveranciers om hun problemen met inkoopmacht bij hun afnemers bespreekbaar te maken moet daar nadrukkelijk onderdeel van uitmaken. Deze trajecten worden wat mij betreft op korte termijn in gang gezet.

6. Combinatieovereenkomsten

Met vertegenwoordigers van VNO, van de Vereniging van Waterbouwers en van de Bond van Nederlandse Architecten is gesproken over de mogelijkheden kleine ondernemingen meer duidelijkheid te verschaffen over de toelaatbaarheid van combinatieovereenkomsten. Conclusie is dat een handleiding met een stappenplan duidelijkheid kan bieden, omdat ondernemingen dan beter in staat zijn zelf na te gaan of een combinatieovereenkomst wel of niet is toegestaan. Mijn departement is bezig een dergelijke handleiding op te stellen. Zodra die in concept gereed is, zal deze met de betrokken organisaties worden besproken.

De minister van Economische Zaken,
M. J.A. van der Hoeven