

Gaat (de ACM met) de Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen de inkoopmacht van retailers aanpakken?

Mr. D.W.L.A. Schrijvershof en mr. T. Heystee*

Per 1 november 2021 is de nieuwe Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen (*Stb.* 2021, 178) in werking getreden. De Wet betreft de implementatie van de Europese Richtlijn 2019/633/EU (*PbEU* 2019, L 111). De auteurs zetten de aanleiding en inhoud van de Wet uiteen en signaleren enkele knelpunten. Zo wordt ingegaan op (1) de effectiviteit van de beoogde alternatieve geschilbeslechting, (2) de zwarte en grijze lijst en de mogelijkheid voor de lidstaten om verdergaande maatregelen te treffen, en (3) de handhavingmogelijkheden bij grensoverschrijdende gevallen. Ook wordt kort aandacht besteed aan potentiële overlap met andere Europese regelgeving. Voorts komt aan bod het mogelijke succes van de Wet, mede in het licht van de cruciale rol die de ACM zal (moeten) spelen bij de handhaving van de Wet.

Wet van 3 maart 2021, houdende regels strekkende tot implementatie van Richtlijn (EU) 2019/633 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) (Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen) (Stb. 2021, 178).

* Mr. D.W.L.A. (Diederik) Schrijvershof is advocaat bij Maverick Advocaten. Mr. T. (Tess) Heystee is paralegal bij Maverick Advocaten. De auteurs danken Irthe de Jong voor haar assistentie bij de totstandkoming van deze bijdrage.

Inleiding

Op 25 april 2019 is de Europese Richtlijn 2019/633/EU¹ inzake oneerlijke handelspraktijken in de relaties tussen ondernemingen in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen gepubliceerd (hierna: de ‘Richtlijn’). De Richtlijn heeft ten doel uitwassen van inkoopmacht in te perken en de economische afhankelijkheid van kleine(re) marktdeelnemers te verminderen.² Deze Richtlijn moest voor 1 mei 2021 worden geïmplementeerd in de wetgeving van de lidstaten.³ De Nederlandse wetgever heeft deze implementatie uitgevoerd door middel van de Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen (hierna: de ‘Wet’).⁴ De Wet is in werking getreden per 1 november 2021. De Wet is een een-op-een implementatie van de Richtlijn en bevat een zwarte lijst (verboden) en grijze lijst (verboden, tenzij) met bedingen die volgens de Europese wetgever als oneerlijke handelspraktijken kwalificeren. Na inwerkingtreding van de Wet is het opnemen van dergelijke bedingen in contracten dus verboden (bedingen op de zwarte lijst), dan wel aan banden gelegd (bedingen op de grijze lijst). Voor reeds bestaande contracten geldt een overgangstermijn.

De bescherming van boeren, telers en tussenleveranciers in de voedselvoorzieningsketen stond al langere tijd in

1. 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).
2. Richtlijn, overweging 9.
3. Art. 13 Richtlijn.
4. Wet van 3 maart 2021, houdende regels strekkende tot implementatie van Richtlijn (EU) 2019/633 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) (Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen) (*Stb.* 2021, 178).

de (Europese) belangstelling. Zo zegde het kabinet-Rutte III in het regeerakkoord uit 2017 al toe dat de Mededingingswet wordt aangepast om de ongelijke machtsverhoudingen in de land- en tuinbouwketen te compenseren.⁵ In andere lidstaten is dat al meer praktijk: zo kreeg in Polen de supermarktketen Biedronka in 2020 een boete van ca. € 160 miljoen wegens oneerlijke handelspraktijken.⁶ Biedronka eiste willekeurige kortingen van haar groente- en fruitleveranciers. De leveranciers werden eerst na de levering op de hoogte gesteld van de korting die zij moesten toekennen aan Biedronka. Als eerdere facturen niet met de korting werden gecorrigeerd, dreigde Biedronka met een boete.⁷ Ook de Autoriteit Consument en Markt (ACM) heeft de laatste jaren als gevolg van het eerdergenoemde regeerakkoord aandacht voor de agri- en foodsector. Met de Agri-Nutri Monitor 2020 en 2021 tracht de ACM inzicht te verkrijgen in de verhoudingen binnen de voedseldistributieketen. Daarnaast meldde de ACM vanaf 1 november 2021 ook actief toezicht te gaan houden op de Wet.⁸

In deze bijdrage staan de inhoud van de Wet en de gevolgen daarvan voor de ondernemingen in de voedseldistributieketen centraal. Nadat wij de inhoud van de Wet hebben geschetst (met daarbij enkele kanttekeningen), gaan wij in op diverse knelpunten. Wij noemen enkele praktische bezwaren die (kunnen) gaan spelen bij de uitvoering van de Wet. Het gaat daarbij om de (in)effectiviteit van de in de Wet opgenomen mogelijkheid van alternatieve geschilbeslechting, de verhouding tussen de in te stellen geschillencommissie en reeds bestaande scheidsgerichten in de agrarische sector, de zwarte en grijze lijst en de moeilijkheden met grensoverschrijdende handhaving. Tot slot gaan wij in op de cruciale rol van de ACM en de sector zelf bij het uitvoeren van de Wet.

5. Regeerakkoord, 10 oktober 2017, p. 34. Beschikbaar via: www.kabinetsformatie2021.nl/documenten/publicaties/2017/10/10/regeerakkoord-vertrouwen-in-de-toekomst. Dit wetsvoorstel is uiteindelijk op 16 maart 2021 ingediend; zie *Kamerstukken II 2020/21, 35770, nr. 2*.
6. De Poolse mededingingsautoriteit (Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK)) legde in 2020 een boete op van PLN 723 miljoen (ongeveer € 160 miljoen) aan Biedronka's moedermaatschappij Jerónimo Martins Polska.
7. Persbericht UOKiK, 'The president of UOKiK has imposed a fine of PLN 723 million on Biedronka', 14 december 2020. Deze boete was UOKiK's hoogste boete ooit wegens misbruik van inkoopmacht.
8. Zie onderaan in het bericht 'ACM keurt gezamenlijk bedrijf De Heus in pluimveesector goed', acm.nl 7 mei 2021. De ACM heeft recent de tweede Agri-Nutri Monitor afgerond. In een interview in *de Volkskrant* blijkt dat de ACM zich afvraagt of de Wet behulpzaam zal zijn: 'Het klopt dat deze Europese wet boeren beter moet beschermen tegen de macht van inkopers. Late betalingen voor bederfelijk voedsel, last-minute annulleringen, eenzijdige veranderingen van (oude) contracten, gedwongen betaling voor de verspilling van producten en weigering van schriftelijke contacten moeten daarmee tot het verleden gaan behoren. De praktijk zal moeten uitwijzen of dit de boer op de lange termijn ook echt een beter inkomen oplevert.', P. Hotse-Smit, 'Het probleem met bio is dat de consument er niet voor wil betalen', *de Volkskrant* 11 oktober 2021.

De Richtlijn en de Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen

Verboden gedragingen en omzeldrempels

Zoals gezegd bevat de Wet een zwarte (verboden) en grijze (verboden, tenzij) lijst. De zwarte lijst is opgenomen in artikel 2 Wet en bepaalt kort gezegd dat een afnemer onrechtmatig handelt wanneer hij:

- a. te laat betaalt (later dan dertig dagen na levering voor bederfelijke landbouw- en voedingsproducten en later dan zestig dagen na levering voor niet-bederfelijke producten);
- b. een bestelling op korte termijn annuleert;
- c. eenzijdig de leveringsvoorwaarden wijzigt (bijvoorbeeld met betrekking tot leveringsplaats, volume, prijs of kwaliteit);
- d. betalingen verlangt die geen verband houden met de verkoop van de landbouw- en voedingsproducten van de producent;
- e. de producent laat betalen voor bederf of verlies van de gekochte producten nadat de afnemer de producten al in zijn bezit heeft;
- f. weigert de voorwaarden van een leveringsovereenkomst schriftelijk te bevestigen;
- g. bedrijfsgeheimen van de producent onrechtmatig gebruikt;
- h. (dreigt met) vergeldingsmaatregelen;
- i. vergoeding van kosten verlangt die gepaard gaan met het onderzoeken van klachten van klanten van de afnemer met betrekking tot de door de producent geleverde producten, terwijl bij de producent geen sprake is van nalatigheid of schuld.

De grijze lijst is opgenomen in artikel 3 Wet en bepaalt dat in beginsel onrechtmatig is (tenzij de betreffende handelspraktijk voorafgaand helder en ondubbelzinnig schriftelijk is overeengekomen) wanneer de afnemer:

- a. onverkochte landbouw- en voedingsproducten retourneert zonder betaling;
- b. een vergoeding verlangt voor de opslag, het uitstallen of aanbieden van de producten;
- c. van de producent verlangt dat hij een deel van de kosten draagt voor door de afnemer gegeven kortingen;
- d. verlangt dat de producent betaalt voor het maken van reclame;
- e. verlangt dat de producent betaalt voor marketing;
- f. verlangt dat de producent betaalt voor personeel voor de inrichting van de verkooppunten van de afnemer.

De zwarte en grijze lijst hebben ten doel de middelgrote en kleine producenten te beschermen tegen grote afnemers en tracht de scheve verhouding tussen hen te ondervangen. De Wet is niet van toepassing op een afnemer en een leverancier die van gelijke grootte zijn.

Daarom staan in artikel 5 Wet specifieke omzetrempels waar zowel de producent als afnemer aan moet voldoen, wil de producent met succes een beroep kunnen doen op de in de Wet opgenomen verbodsbepalingen:

Omzet producent/leverancier	Afnemer
< € 2 miljoen	> € 2 miljoen
> € 2 miljoen en < € 10 miljoen	> € 10 miljoen
> € 10 miljoen en < € 50 miljoen	> € 50 miljoen
> € 50 miljoen en < € 150 miljoen	> € 150 miljoen
> € 150 miljoen en < € 350 miljoen	> € 350 miljoen

Handhaving

De Richtlijn biedt ruimte voor zowel publieke als private handhaving. In de Wet bestaan civiele en publieke handhaving dan ook naast elkaar.

• Publiekrechtelijke handhaving

De publieke handhaving wordt neergelegd bij de ACM (art. 7 lid 2 Wet). In de Richtlijn is in artikel 6 een aantal handhavingsbevoegdheden opgenomen waar de toezichthouder over moet kunnen beschikken.⁹ In de Wet is deze lijst niet volledig terug te vinden. Dat is ook niet nodig, omdat de ACM reeds beschikt over bepaalde toezichtbevoegdheden op grond van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en de Instellingswet.¹⁰

Het opleggen van een geldboete of last onder dwangsom is geregeld in artikel 9 Wet. Op deze bevoegdheid is titel 5.4 Awb van toepassing.¹¹ In artikel 6 lid 1 onder e Richtlijn worden de lidstaten verplicht hun nationale handhavingsautoriteit de mogelijkheid te geven om geldboeten op te leggen. De hoogte van de boete is in de Richtlijn niet gegeven. De Nederlandse wetgever heeft voor een maximumbedrag van € 900.000 of, indien dat meer is, maximaal 10% van de omzet van de overtreder gekozen (art. 10 lid 1 Wet). Met dit boetebedrag wordt volgens de wetgever aangesloten op hetgeen op vergelijkbare terreinen als boetemaximum geldt, zoals de boetes in het kader van overtredingen van de Mededingingswet en oneerlijke handelspraktijken op grond van

9. De toezichthouder moet (1) op eigen initiatief of op basis van een klacht een onderzoek kunnen instellen en uitvoeren, (2) de afnemers en leveranciers kunnen verplichten alle informatie te verstrekken die noodzakelijk is om het onderzoek naar verboden handelspraktijken te voeren, (3) onaangekondigde inspecties kunnen verrichten, (4) een besluit kunnen nemen tot vaststellen van een inbreuk op de in art. 3 opgenomen verboden gedragingen en de afnemer kunnen verplichten de verboden handelspraktijk te beëindigen, (5) geldboeten of andere sancties en voorlopige maatregelen kunnen opleggen en (6) genomen besluiten kunnen publiceren.
10. De bevoegdheid tot het verplichten van informatieverstrekking en de bevoegdheid tot het doen van inspecties vloeit voort uit art. 5:16 Awb respectievelijk art. 5:15 en 5:17 Awb. De bevoegdheid tot het openbaar maken van het besluit vloeit voort uit art. 12u Instellingswet. De bevoegdheid waarbij de ACM op eigen initiatief of op basis van een klacht een onderzoek kan instellen vloeit wel rechtstreeks voort uit art. 7 lid 2 Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen. Zie *Kamerstukken II 2020/21, 35642, nr. 3, p. 6 (MvT)*.
11. *Kamerstukken II 2020/21, 35642, nr. 3, p. 7 (MvT)*.

de Wet handhaving consumentenbescherming. Daarnaast noemt de wetgever dat de maximale boetehoogte gerechtvaardigd wordt door de grote financiële belangen die in deze sector spelen bij de betreffende overtredingen. Daarbij wordt gewezen op het feit dat het kan gaan om afnemers met een omzet van meer dan € 350 miljoen per jaar, is het maximum noodzakelijk om voldoende afschrikwekkend te zijn en het genoten voordeel weg te nemen.¹²

De boete voor schending van de Wet kan worden verhoogd met 100% indien de overtreder kort gezegd binnen vijf jaar eenzelfde overtreding begaat (art. 10 lid 2 Wet). Op grond van artikel 9 Wet kan de ACM ook besluiten tot vaststelling van de verboden gedraging zonder daaraan een sanctie te verbinden. Verder heeft de ACM op grond van artikel 12j Instellingswet de bevoegdheid tot het geven van een bindende aanwijzing.¹³ Kortom, de ACM beschikt over een breed en serieus pakket aan mogelijke acties en sancties in geval van schending van de Wet.

• Civielrechtelijke handhaving

Het civiele kader is vooral gericht op alternatieve geschilbeslechting. De Richtlijn stuurt hier ook op aan door in artikel 7 te bepalen dat lidstaten het vrijwillige gebruik van doeltreffende en onafhankelijke alternatieve geschilbeslechtigingsmechanismen kunnen bevorderen. De Nederlandse wetgever gaat ver in deze bevordering. Artikel 6 Wet bepaalt dat de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit (LNV) een geschillencommissie kan instellen en creëert de *verplichting* voor afnemers om zich aan te sluiten bij een dergelijke geschillencommissie. Over deze verplichting zijn in de marktconsultatie bij het wetsvoorstel de nodige zorgen geuit en is benoemd dat het wetsvoorstel verder gaat dan de Richtlijn.¹⁴ Zo noemt overweging 41 bij de Richtlijn dat 'het gebruik van *vrijwillige alternatieve geschillenbeslechting* tussen leveranciers en afnemers uitdrukkelijk [moet] worden aangemoedigd'. Vervolgens bepaalt artikel 7 Richtlijn dat 'de lidstaten het *vrijwillige gebruik* [kunnen] bevorderen van doeltreffende en onafhankelijke alternatieve geschillenbeslechtigingsmechanismen' [cursivering door auteurs]. De wetgever zou met een *verplichting* voor afnemers tot aansluiting bij de geschillencommissie veel verder gaan dan het bevorderen, dan wel aanmoedigen van het *vrijwillige* gebruik van alternatieve geschilbeslechting. Volgens de wetgever geeft de Richtlijn in artikel 9 een expliciete grondslag om verdergaande maatregelen te treffen. Daarbij zij ook opgemerkt dat de Europese wetgever in overweging 39 en 40 bij de Richtlijn uitdrukkelijk benoemt dat het de lidstaten vrijstaat op hun grondgebied strengere nationale regels te handhaven die een hoger niveau van bescherming bieden tegen oneerlijke handelspraktijken in de land-

12. *Kamerstukken II 2020/21, 35642, nr. 3, p. 19 (MvT)*.

13. *Kamerstukken II 2020/21, 35642, nr. 3, p. 7 (MvT)*.

14. Zie bijvoorbeeld de reactie van Albert Heijn op de consultatie van de Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen, p. 4 en 5. Beschikbaar via www.internetconsultatie.nl/ohp/reactie/2bb5a18d-d663-4998-8f3c-bae8993afe69.

bouw- en voedselvoorzieningsketen. Tevens moeten zij nationale regels kunnen invoeren die niet onder de Richtlijn vallen.¹⁵ Uiteraard geldt daarbij wel de grens dat dergelijke maatregelen evenredig moeten zijn. Wij menen dat de Nederlandse wetgever met een verplichte aansluiting dan ook niet te ver gaat. Een afnemer heeft immers altijd de mogelijkheid het geschil naderhand voor te leggen aan de rechter.¹⁶ Artikel 6 lid 3 Wet bepaalt namelijk dat uitspraken gewezen door de geschillencommissie eerst bindend worden op het moment dat drie maanden zijn verstreken en de afnemer geen beroep bij de civiele rechter heeft ingesteld. Daarnaast mag een producent er ook altijd voor kiezen om rechtstreeks naar de rechter te stappen.¹⁷

Overgangstermijn: 15 april 2022

In artikel 12 Wet is een overgangstermijn opgenomen. De Wet is de eerste twaalf maanden na publicatie in het Staatsblad (15 april 2021) niet van toepassing op overeenkomsten die zijn gesloten voor 1 november 2021. Dat maakt dat overeenkomsten gesloten voor 1 november 2021 uiterlijk op 15 april 2022 in lijn met de Wet moeten zijn gebracht.

Knelpunten in de Wet

Effectiviteit alternatieve geschilbeslechting en de Geschillencommissie

De grondslag voor de instelling van een geschillencommissie is terug te vinden in artikel 6 Wet. De Nederlandse wetgever is voortvarend te werk gegaan en heeft op 1 juni 2021 een Conceptreglement Geschillencommissie Oneerlijke Handelspraktijken Landbouw- en Voedselvoorzieningsketen ter consultatie voorgelegd.¹⁸ In dit Conceptreglement worden de taken en bevoegdheden van de Geschillencommissie vastgelegd. De Raad van State wees in zijn advies van 23 september 2020 op de mogelijkheid om aan te sluiten bij de expertise van reeds bestaande geschillencommissies in de sector, zoals de Stichting Geschillen in de Landbouw c.a.¹⁹ De wetgever heeft er niettemin voor gekozen een nieuwe geschillencommissie op te richten. De reden daarvoor is thans onbekend. Wij verwachten dat de wetgever hier bij de nog te publiceren reactie op de consultatie van het Conceptreglement nader op in zal gaan. De Geschillencommissie zal aangesloten zijn bij de Stichting Geschillencommissies voor beroep en bedrijf.²⁰ De Geschillencommissie zal de Geschillencommissie Oneerlijke Handelspraktijken Landbouw- en Voedselvoorzienings-

keten, ingevolge artikel 6 lid 1 Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen worden genoemd (art. 1 Conceptreglement).²¹ Wij signaleren bij de effectiviteit van de nieuwe Geschillencommissie enkele knelpunten.

• *Achtergrond en ontstaansgeschiedenis*

Reeds in 2013 concludeerde het onderzoeksinstituut Stichting Economisch Onderzoek (SEO) dat het civiele recht en het algemene mededingingsrecht, evenals toen bestaande zelfregulering, ontoereikend waren om oneerlijke handelspraktijken aan te pakken.²² SEO pleitte daarom voor een aanvulling van de bestaande zelfregulering door middel van een door de sector gezamenlijk (dus zowel met leveranciers als afnemers) opgestelde gedragscode.

De oneerlijke handelspraktijken in de agri- en foodsector kregen in dezelfde periode aandacht op Europees niveau door middel van het *European Supply Chain Initiative*.²³ Dat is een initiatief opgezet door een aantal Europese brancheverenigingen met het doel eerlijke handelspraktijken in de voedselvoorzieningsketen te bevorderen. In 2011 zag, na aansporing van de Europese Commissie,²⁴ de gedragscode *'Verticale relaties in de voedselketen: Beginselen van goede praktijken'*²⁵ het licht. Dit betrof een serie zelfreguleringsprincipes die tot doel had de verticale relaties in de voedselvoorzieningsketen te bevorderen. De gedragscode werd gehandhaafd door middel van de Kaderregeling voor de toepassing en handhaving van de beginselen van goede praktijken in verticale relaties in de voedselvoorzieningsketen.²⁶

Op 16 september 2013 startte in Nederland een pilot in de agri- en foodsector om de effectiviteit van een gedragscode met mogelijkheden voor geschilbeslechting te onderzoeken. Voor de inhoud van de gedragscode en de handhaving werd aangesloten bij het Europese initiatief.²⁷ De pilot is geëvalueerd door LEI Wageningen UR (tegenwoordig: Wageningen Economic Research (WUR) (onderdeel van Wageningen University & Research)).²⁸ Uit de evaluatie, die begin 2016 is gepubliceerd, bleek dat weliswaar een grote hoeveelheid onder-

15. Verderop in het artikel gaan wij in op de zwarte en grijze lijst in combinatie met de mogelijkheden uit art. 9 Richtlijn.

16. *Kamerstukken II 2020/21, 35642, nr. 3, p. 12 (MvT)*.

17. *Kamerstukken II 2020/21, 35642, nr. 3, p. 5 (MvT)*. De vraag is in hoeverre dit realistisch is. De Wet is juist noodzakelijk omdat producenten vaak geen actie durven te ondernemen.

18. Beschikbaar via www.internetconsultatie.nl/geschillencommissie. Hierina: 'het Conceptreglement'.

19. Advies Raad van State 23 september 2020, kenmerk W11.20.0195/IV.

20. Zie www.degeschillencommissie.nl.

21. Hierna: 'Geschillencommissie'.

22. B. Baarsma & N. Rosenboom, 'Oneerlijke handelspraktijken: voldoet bestaande (zelf)regulering?', SEO-rapport 2013, nr. 4.

23. Het *European Supply Chain Initiative* is geëindigd in 2019: 'The European Supply Chain Initiative (SCI) was een gezamenlijk initiatief van verschillende verenigingen op EU-niveau, die de voedsel- en drankenindustrie (FoodDrinkEurope), de fabrikanten van merkartikelen (AIM), de detailhandel (de European Round Round Table, EuroCommerce en Independent Retail Europe), SMEs (SMEunited) en agrarische handelaren (CELCAA). Het SCI was actief tussen 2013 en 2019 en bevorderde eerlijke handelspraktijken in de voedselvoorzieningsketen als basis voor commerciële transacties.' Zie www.supplychaininitiative.eu.

24. Zie bijvoorbeeld Mededeling van de Commissie, COM(2009)591.

25. De beginselen zijn beschikbaar via www.supplychaininitiative.eu/sites/default/files/dutch_version_principles.pdf.

26. De kaderregeling is beschikbaar via www.supplychaininitiative.eu/sites/default/files/entr-2013-00308-00-01-nl-tra-00final_0.pdf.

27. *Kamerstukken II 2012/13, 22112, nr. 1687*.

28. M.C. van der Heide, C.P.A. van Wagenberg & L.O. Judge, 'Gedragscode eerlijke handelspraktijken; Quick-scanevaluatie', Wageningen, LEI Wageningen UR, februari 2016. Beschikbaar via <https://edepot.wur.nl/370100/>.

nemingen zich had aangesloten bij de gedragscode, maar dat gedurende de gehele looptijd van de pilot *geen enkele klacht* is ingediend.²⁹ Daardoor kon de WUR geen uitspraak doen over de effectiviteit van de geschillenbeslechting.³⁰

• *Alternatieve geschilbeslechting: heilloze weg?*

Vijf jaar na de eerdergenoemde evaluatie door de WUR doet de wetgever een nieuwe poging tot het instellen van een instrument voor alternatieve geschilbeslechting. Er is inmiddels een aantal dingen anders:

1. Er is geen sprake van zelfregulering, maar van een wettelijke basis.
2. Afnemers worden verplicht zich aan te sluiten bij de Geschillencommissie.
3. Het is – op papier – niet alleen mogelijk om anoniem te klagen in het geval van een gebundelde klacht, maar ook in bilaterale verhoudingen.

De wetgever wil met de mogelijkheid van anoniem klagen bij de Geschillencommissie een laagdrempeliger alternatief voor de rechter bieden.³¹ Hoewel anonimiteit de drempel kan verlagen, hangt de effectiviteit onzes inziens af van de praktische uitvoering hiervan. Zo is van belang dat alle noodzakelijke gegevens anoniem moeten kunnen worden aangedragen. Producentenbranchevereniging LTO merkt in dit kader in de consultatie op het Conceptreglement bijvoorbeeld op dat gewaarborgd moet worden dat omzetgegevens eveneens anoniem kunnen worden aangedragen.³² Het is immers goed denkbaar dat op basis van die gegevens een afnemer kan herleiden welke producent de klacht heeft ingediend. Daarnaast geldt dat wanneer de afnemer ervan wordt beschuldigd een specifiek zwartelijstverbod te hebben overtreden, hij gemakkelijk kan nagaan in welk contract dat staat. Dergelijke herleiding moet nu juist worden voorkomen, wil men het indienen van klachten door producenten stimuleren.

Daarnaast moet anonimiteit ook bij het toetsen van ontvankelijkheid van de klacht worden gewaarborgd. Een klacht kan – op verzoek van de afnemer – niet-ontvankelijk worden verklaard wanneer de klacht niet eerst bij de afnemer is ingediend (art. 6 lid 1 Conceptreglement). De producent kan hierbij wel anoniem blijven door een klacht te laten indienen door zijn gemachtigde (art. 6 lid 3 Conceptreglement). Diezelfde gemachtigde moet de klacht daarna ook indienen bij de Geschillencommissie (art. 6 lid 3 Conceptreglement). Een van de nadelen van anoniem klagen is dat de Geschillencommissie slechts kan beslissen wat zij voor recht houdt tussen de anonieme producent en afnemer, zonder dat deze beslissing bindend wordt (art. 17 Conceptreglement). De mogelijkheid om anoniem te kunnen klagen kan naar

onze mening vooral van belang zijn in de beginfase van de procedure, waarin de ontvankelijkheid van de klacht wordt getoetst. Indien de klacht dan afstuit op niet-ontvankelijkheid heeft dat immers verder geen nadelige gevolgen voor de klagende producent, omdat de afnemer niet (zeker) weet wie de klacht heeft ingediend. Een klagende producent die zichzelf kenbaar heeft moeten maken, zou te maken kunnen krijgen met represailles van de afnemer(s). Dat kan een veelheid aan sancties betreffen tot aan het saneren van producten van de producent uit het (online)winkelschap.

Vanuit de afnemerszijde is in de consultatie aangevoerd dat anoniem klagen een scheve procesverhouding bewerkstelligt en in strijd is met het recht op een eerlijk proces.³³ Zo wordt het voor de afnemer lastig om stellingen van de anonieme klager te toetsen en daarmee wordt zijn verdedigingspositie onnodig geschaad.³⁴ Dezelfde zorgen waren al geuit bij de consultatie op de Wet, waarin de mogelijkheid tot anoniem klagen bij de ACM is opgenomen. De wetgever reageerde daarop door aan te geven dat de mogelijkheden om anoniem te klagen niet onbeperkt zijn. Ook merkte de wetgever op dat vertrouwelijkheid de partij die een oneerlijke handelspraktijk zou hebben begaan, niet mag hinderen in haar mogelijkheden zich te verweren. In de memorie van toelichting bij de Wet is daarom expliciet opgenomen dat degene die om vertrouwelijkheid verzoekt, door de ACM gevraagd kan worden deze vertrouwelijkheid op te geven indien de vertrouwelijkheid correcte handhaving in de weg staat. Men kan zich overigens afvragen of deze zorgen steekhoudend zijn. De ACM heeft immers een plicht om een zelfstandig feitenonderzoek te verrichten (ook bij de afnemer). Waar de producent over klaagt, is niet direct onderdeel van de bewijsvoering: dat verzamelt de ACM zelf. Bij de Geschillencommissie ligt dit overigens anders: die verzamelt niet zelf bewijs. Daar zijn de onafhankelijke leden immers verplicht te oordelen over hetgeen partijen hun voorleggen. Weigert de producent zijn vertrouwelijkheid desgevraagd op te geven, dan kan dit ertoe leiden dat de ACM geen rechtsgeldig besluit kan nemen en het onderzoek zonder handhaving moet afsluiten.³⁵ In het Conceptreglement ontbreekt een dergelijke onderbouwing. Het is bepaald wenselijk dat de wetgever zich in de reactie op de consultatie uitlaat over de reikwijdte en grens van een eventuele vertrouwelijkheid. Ook is het van belang dat niet te lichtvaardig met het doorbreken van anonimiteit van de producent wordt omgesprongen. Indien vertrouwelijkheid onvoldoende wordt gewaarborgd of (desgevraagd) te lichtzinnig moet worden opgegeven, dan wordt de drempel die reeds in de pilotproef uitdrukkelijk is ervaren niet verlaagd. Dan staat nog steeds een machtige afnemer (met diepe zakken en goede rechtsbijstand) tegenover een kleine(re) producent die van deze afnemer

29. Er is slechts één mogelijke schending door de stuurgroep besproken, die echter niet heeft geleid tot een officiële klacht. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 22112, nr. 1862.

30. Van der Heide, Van Wagenberg & Judge 2016, p. 16 en 17.

31. *Kamerstukken II* 2020/21, 35642, nr. 3, p. 4.

32. Zie de reactie van LTO Nederland, p. 6. Beschikbaar via www.internetconsultatie.nl/geschillencommissie/reactie/4b95489c-4708-4724-bf38-a30f8e255a78.

33. Opgenomen in art. 6 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).

34. Reactie Dentons Europe LLP, beschikbaar via www.internetconsultatie.nl/geschillencommissie/reactie/00a5bd6b-1446-4fd4-9964-f2d78a1cd273.

35. *Kamerstukken II* 2020/21, 35642, nr. 3, p. 8.

afhankelijk is voor zijn voortbestaan. Daarbij zal voor die producent nog steeds gelden: durf ik het wel op te nemen tegen de hand die mij voedt?

Verhouding bestaande sectorspecifieke geschillencommissies, Geschillencommissie en de ACM

Een tweede belangrijk punt, zoals ook gemeld in de reacties op de consultatie,³⁶ ziet op de verhouding tussen de private en publieke handhaving. De Wet wijst naar de ACM voor publieke handhaving en naar de Geschillencommissie voor private handhaving. Dat laatste is geen noviteit nu er in de agrarische sector al diverse alternatieve geschillencommissies bestaan. De vraag is echter wel wat hun onderlinge verhouding zal zijn.³⁷

Het zal voor de klagende producent gevolgen hebben of er wordt gekozen voor de bestuursrechtelijke dan wel civielrechtelijke route. Deze verschillen zien niet alleen op kosten, maar met name ook op bewijslast, waarbij geldt dat in het civiele recht zelf bewijs moet worden vergaard terwijl dat in het bestuursrechtelijke traject door de ACM wordt gedaan. Een producent doet er dan ook goed aan vooraf na te gaan in hoeverre hij zou kunnen voldoen aan de civielrechtelijke bewijslast alvorens hij een keuze maakt voor een civiel- of bestuursrechtelijk traject. Een afweging daarbij zal ook zijn in hoeverre de mate van anonimiteit in elk traject zal worden gewaarborgd.

Zwarte en grijze lijst: artikel 9 Richtlijn als basis voor verdergaande maatregelen

Zoals gezegd zijn de zwarte en grijze lijst in de Wet een-op-een overgenomen uit de Richtlijn. In de consultatie op de Wet is vanuit de afnemerszijde aangevoerd dat de lijsten niet zouden moeten worden uitgebreid. Ook is geopperd in plaats van een concrete lijst met verboden een generiek verbod op oneerlijke handelspraktijken in te stellen.³⁸ De wetgever acht beide voorstellen niet wenselijk. De lijst van oneerlijke handelspraktijken zoals opgenomen in de Richtlijn, komt namelijk grotendeels overeen met de hiervoor genoemde Europese gedragscode *Verticale relaties in de voedselketen: Beginselen van goede praktijken*, opgesteld vanuit het *European Supply Chain Initiative*. Uit de evaluatie van de Nederlandse

pilot, waarin deze gedragscode eveneens is gehanteerd, bleek niet dat de deelnemers vonden dat de lijst van oneerlijke praktijken onvoldoende was. De wetgever zag dan ook geen aanleiding tot uitbreiding van de lijst.³⁹ Het is onzes inziens dan ook een verstandige keuze geweest om geen generiek verbod in te stellen. Een concrete lijst met verboden werkt praktischer en is minder vatbaar voor subjectieve interpretatie.

Niettemin hebben de lidstaten op grond van artikel 9 Richtlijn wel de mogelijkheid om verdergaande maatregelen te treffen dan die in de Richtlijn zijn bepaald. Zo had de wetgever ervoor kunnen kiezen de lijst uit te breiden met andere verboden. Marktpartijen hebben daarvoor wel een aantal suggesties gedaan. Zo is bijvoorbeeld verzocht een verbod op de verkoop onder kostprijs in te stellen. Volgens de wetgever werkt een dergelijk verbod marktversturend en draagt het niet bij aan het concurrentievermogen van de sector. Bovendien zouden allerlei neveneffecten kunnen ontstaan, zoals overproductie en het indirect subsidiëren van onrendabele bedrijven.⁴⁰

Toch zijn er in andere Europese lidstaten wel dergelijke verboden te vinden. In België geldt al jaren een verbod op verkoop onder kostprijs. Albert Heijn kreeg daar bij toetreding in België⁴¹ mee van doen toen zij stunte met een drie-halen-één-betalenactie.⁴² In 2013 oordeelde het Europese Hof van Justitie in antwoord op prejudiciële vragen dat dit Belgische verbod, voor zover het consumentenbescherming beoogt, in strijd was met de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken.⁴³ Ook in Spanje is een vergelijkbaar verbod kwetsbaar gebleken bij toetsing door het Hof van Justitie: ook hier oordeelde het Hof van Justitie dat het verbod verder ging dan de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en daarmee dus in strijd was.⁴⁴ Het instellen van een dergelijk verbod vergt dan ook de nodige aandacht.

Hoewel de wetgever nu niet kiest voor een uitbreiding van de Europese lijsten, behoudt hij zich dat recht wel uitdrukkelijk voor. In de memorie van toelichting is gezegd dat de wetgever er bij de evaluatie van de Richtlijn toe kan besluiten op basis van de opgedane ervaringen de lijst uit te breiden.⁴⁵ In de Richtlijn is namelijk in artikel 12 opgenomen dat de Commissie uiterlijk op

36. Zie bijvoorbeeld de reactie van LTO Nederland, beschikbaar via www.internetconsultatie.nl/ohp/reactie/726ed30a-0be3-4206-af75-b7346beab871.

37. Zo behandelt het Scheidsgerecht Bloembollen (www.scheidsgerechtbloembollen.nl) geschillen van ondernemers in de bloembollensector die deels overlappen met de oneerlijke handelspraktijken in de Wet. Wanneer is het voor een producent beter om naar de Geschillencommissie, naar een reeds bestaand scheidsgerecht of toch naar de ACM te gaan? De wetgever merkt niets anders op dan dat de ACM belast wordt met de bestuursrechtelijke handhaving en dat de civiele handhaving bij de Geschillencommissie en de civiele rechter ligt. Over de verhouding met andere scheidsgerechten zwijgt de wetgever.

38. *Kamerstukken II 2020/21, 35642, nr. 3, p. 11-12.*

39. *Kamerstukken II 2020/21, 35642, nr. 3, p. 11-12.*

40. *Kamerstukken II 2020/21, 35642, nr. 3, p. 12.*

41. En ook in Frankrijk, zie *Kamerstukken II 2017/18, 34775-XIII, nr. 32, item 11.*

42. F. Deryemaeker, 'Albert Heijn ontketent prijzenoorlog in België met drie halen, één betalen', *AD* 6 februari 2019. Albert Heijn startte in België een prijssoffensief door bij diverse producten drie halen en één betalen te hanteren, waardoor de producten met verlies werden verkocht. Er volgde een onderzoek van de Economische Inspectie en de verantwoordelijk federaal minister voor Consumentenzaken merkte op: 'Het belangrijkste is dat Albert Heijn deze actie stopzet. Op korte termijn kan dit voordelig zijn voor de consument, maar op lange termijn is dit nadelig omdat heel wat kleinhandelszaken niet op deze manier kunnen concurreren.' Zie eveneens D. Baert, 'Albert Heijn betrapt op verkopen met verlies tijdens 1+2-actie', *vrt.be* 5 maart 2019.

43. HvJ 7 maart 2013, zaak C-343/12, ECLI:NL:EU:C:2013:154 (*Euronics/Kamera Express*).

44. HvJ 19 oktober 2017, zaak C-295/16, ECLI:EU:C:2017:782 (*Europamur Alimentación*), punt 34-43.

45. *Kamerstukken II 2020/21, 35642, nr. 3, p. 12.*

1 november 2025 de wet evalueert om onder meer de doeltreffendheid van de nationale maatregelen te beoordelen. Wij denken dat met de zwarte en grijze lijst een goede en vooral praktische eerste stap is gezet. De tijd zal moeten leren of uitbreiding dan wel verstrenging wenselijk is. Een belangrijke factor daarbij is in hoeverre het gebruik van oneerlijke bedingen zal verminderen. Zo bestaat het gevaar dat afnemers via de grijze lijst alsnog bedingen afdwingen die schadelijk kunnen zijn voor de producent. De vraag is namelijk of een kleine producent daadwerkelijk nee durft te zeggen tegen een afnemer die een dergelijk grijzelijsbeding in het contract wil hebben.

Grensoverschrijdende gevallen

In de Richtlijn is in artikel 8 lid 1 bepaald dat de nationale handhavingsautoriteiten elkaar bijstand dienen te verlenen bij onderzoeken met een grensoverschrijdende dimensie, bijvoorbeeld door informatie uit te wisselen en te assisteren bij onderzoeken.⁴⁶ Volgens de wetgever kunnen buitenlandse producenten (zelfs van buiten de Europese Unie) een handhavingsverzoek indienen tegen een afnemer die gevestigd is in Nederland. Producenten in een andere Europese lidstaat kunnen er ook voor kiezen om bij hun eigen handhavingsautoriteit een verzoek in te dienen. Nederlandse producenten kunnen ook een melding doen bij de ACM met betrekking tot een in een andere lidstaat gevestigde afnemer. Op grond van artikel 7 lid 3 Wet kan de ACM in dat geval samenwerken met handhavingsautoriteiten in andere lidstaten.⁴⁷

De Wet (en overigens ook de Richtlijn) spreekt niet over de vraag bij welk instantie de klagende producent zich moet melden ingeval sprake is van een transactie met grensoverschrijdende dimensie, maar gaat enkel in op samenwerkingsmogelijkheden voor de ACM. Terecht zijn in de reactie op de consultatie van de Wet dan ook opmerkingen gemaakt over de praktische uitvoering hiervan vanuit het perspectief van de producent.⁴⁸ Het moet voor een klagende producent duidelijk zijn bij welke instantie hij terecht kan. Op basis van de memorie van toelichting lijkt hij nu de keuze te hebben tussen (1) een klacht bij zijn eigen nationale handhavingsautoriteit of (2) bij de handhavingsautoriteit van de lidstaat waar de afnemer is gevestigd. Daar bestaat dan wellicht een risico op forumshopping: de producent zal de handhavingsautoriteit kiezen die de (in zijn voordeel) strengste regels heeft (al kan men zich afvragen of dat iets negatiefs is). Voorts rijzen ook enkele praktische bezwaren, zoals taalbarrières. In welke taal kan de klagende producent zijn klacht indienen? Moet dat in de taal van de betreffende lidstaat of is Engels wellicht een wenselijker optie? Zowel de Richtlijn als de Wet als de memorie van toe-

lichting zwijgt hierover. Het valt aan te bevelen dat handhavingsautoriteiten (al dan niet gezamenlijk) een leidraad opstellen waarin dergelijke problematiek wordt behandeld.

Samenloop met andere Europese wetgeving

De Richtlijn vertoont overlap met andere, eerder opgestelde Europese wetgeving. Zo zijn te noemen de Richtlijn betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties⁴⁹ (hierna: Richtlijn betalingsachterstanden) en de Richtlijn betreffende de bescherming van niet-openbaar gemaakte knowhow en bedrijfsinformatie (bedrijfsgeheimen) tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken daarvan (hierna: Richtlijn bedrijfsgeheimen).⁵⁰ De Richtlijn bepaalt namelijk dat zowel te late betaling als verboden openbaarmaking een oneerlijke handelspraktijk is.

De Richtlijn conflicteert echter niet met de Richtlijn betalingsachterstanden en de Richtlijn bedrijfsgeheimen. Zo sluit de Richtlijn volledig aan bij hetgeen is bepaald in de Richtlijn bedrijfsgeheimen. Artikel 3 lid 1 onder g Richtlijn noemt expliciet dat sprake is van een verboden handelspraktijk (zwarte lijst (art. 2 lid 1 onder g) in de Wet) wanneer de afnemer bedrijfsgeheimen van de leverancier onrechtmatig verkrijgt, deze onrechtmatig gebruikt of deze onrechtmatig openbaar maakt, verkrijgt, *in de zin van Richtlijn (EU) 2016/943 van het Europees Parlement en de Raad* (lees: de Richtlijn bedrijfsgeheimen). Voor een uitwerking van dit verbod wordt dus volledig teruggevallen op de Richtlijn bedrijfsgeheimen.

Met betrekking tot de Richtlijn betalingsachterstanden geldt een iets andere situatie. Artikel 3 lid 1 onder a Richtlijn (zwarte lijst (art. 2 lid 1 onder a) in de Wet) bepaalt dat er sprake is van een verboden handelspraktijk wanneer te laat wordt betaald (later dan dertig dagen na levering voor bederfelijke landbouw- en voedingsproducten en later dan zestig dagen na levering voor niet-bederfelijke producten). De Richtlijn noemt aan het einde van artikel 3 lid 1 Richtlijn dat het in onder a genoemde verbod geen afbreuk doet aan de in Richtlijn 2011/7/EU (lees: Richtlijn betalingsachterstanden) neergelegde gevolgen van betalingsachterstanden en rechtsmiddelen die, in afwijking van de in die richtlijn vastgestelde betalingstermijnen, van toepassing zijn op basis van de in de onderhavige richtlijn vastgestelde betalingstermijnen. Anders gezegd: de Richtlijn bevat een *lex specialis* wat betreft de betalingstermijn (name-

46. Zie ook Richtlijn, overweging 36.

47. *Kamerstukken II* 2020/21, 35642, nr. 3, p. 14.

48. Zie bijvoorbeeld de reactie van LTO Nederland, p. 6, beschikbaar via www.internetconsultatie.nl/geschillencommissie/reactie/4b95489c-4708-4724-bf38-a30f8e255a78.

49. Richtlijn 2011/7/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 2011 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties (*PbEU* 2011, L 48).

50. Richtlijn 2016/943/EU van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2016 betreffende de bescherming van niet-openbaar gemaakte knowhow en bedrijfsinformatie (bedrijfsgeheimen) tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar maken daarvan (*PbEU* 2016, L 157).

lijk dertig kalenderdagen zonder de mogelijkheid tot verlenging (art. 3 lid 1 onder a Richtlijn) in plaats van de gebruikelijke dertig kalenderdagen met de optie tot verlenging tot zestig kalenderdagen (art. 3 lid 3 en 5 Richtlijn betalingsachterstanden), maar verklaart de overige bepalingen van de Richtlijn betalingsachterstanden van overeenkomstige toepassing.

De Nederlandse wetgever heeft dit een-op-een overgenomen in de Wet, met dien verstande dat rekening zal worden gehouden met de bepalingen waarmee die richtlijn in de Nederlandse rechtsorde is omgezet (art. 2 lid 2 onder a Wet).

Het mogelijke succes van de Wet

Een fundamentele kwestie is de vraag of de Wet het juiste instrument is om oneerlijke handelspraktijken te bestrijden en de uitwassen van inkoopmacht van retailers in te perken. Het verleden laat zien dat producenten vrijwel niet durven te klagen over de hand die hen voedt. Zelfs al zou de producent overgaan tot het indienen van een klacht, dan is het nog maar de vraag of de klacht tot de gewenste uitkomst leidt of dat de producent voor niets met de billen bloot is gegaan. Niettemin heeft de Wet potentie. Hieronder gaan wij in op de cruciale rol van de ACM bij de handhaving van de Wet en stippen wij aan wat de sector zelf zou kunnen doen om de Wet tot een succes te maken.

De cruciale rol van de ACM

Waar de Wet naar onze mening veel potentie heeft, is de publiekrechtelijke handhaving. Naast het feit dat producenten zelf naar de ACM kunnen stappen, heeft de ACM de mogelijkheid om de Wet proactief te handhaven.⁵¹ Onzes inziens zal de effectiviteit en mate van naleving van de Wet voor een groot deel afhankelijk zijn van de (proactieve) houding van de ACM. De ACM heeft in ieder geval in haar Focus Werkzaamheden 2021 gemeld dat zij toe zal zien op oneerlijke handelspraktijken in de agri- en foodsector.⁵² Daarbij zou de ACM haar optreden in het kader van de Wet niet snel afhankelijk moeten laten zijn van signalen of klachten, gezien de belangen die op het spel staan. De ACM zou zelf contact dienen op te nemen met afnemers en onderzoeken instellen in de agri- en foodsector. De Wet biedt de ACM daarvoor alle ruimte en de ACM heeft al bewezen dat zij dergelijke proactieve acties onderneemt, ook in de agri- en foodsector. Zo zond de ACM eind april 2021 een brief naar onder andere de zuivelindustrie, waarin zij de betrokken bedrijven maande hun duurzaamheidsclaims in overeenstemming te brengen met de wet-

geving inzake oneerlijke handelspraktijken.⁵³ De handhavingspraktijk van de ACM kenmerkt zich geregeld door publieke waarschuwingen die gevolgd worden door daadwerkelijke handhaving. Een brief aan de agri- en food retailsector met een verzoek om contracten in overeenstemming te brengen met de Wet zou dan ook een voorbode kunnen zijn voor de retailers: worden deze waarschuwingen niet gevolgd, dan bestaat het risico op boetes van de ACM.

Voorts zou de ACM ook (steekproefsgewijs) contracten van afnemers kunnen opvragen om deze ambtshalve te toetsen op oneerlijke bedingen. De ACM heeft de bevoegdheid om inlichtingen te vorderen⁵⁴ en de retailers zijn dan verplicht⁵⁵ aan dit verzoek gehoor te geven.⁵⁶ Dergelijke handhavingsmechanismen zijn eerder ook gebruikt door andere mededingingsautoriteiten. Een voorbeeld is dat de Europese Commissie bij de *sector inquiry* in de farmaceutische sector onderzoek deed naar mededingingsversturende praktijken.⁵⁷ De Commissie concludeerde toen dat zij de sector in de gaten zou blijven houden.⁵⁸ De Commissie vroeg in het kader van deze monitoring met regelmaat kopieën op van octrooischikkingsovereenkomsten van medicijnfabrikanten om de inhoud daarvan te onderzoeken.⁵⁹ Net als bij de farmaceutische industrie geldt dat er tussen afnemer en producent vaak sprake is van schriftelijke overeenkomsten en bijbehorende schriftelijke communicatie. Dat alles is door de ACM uiteraard op te vragen in het kader van de handhaving van de Wet.

Producenten hoeven niet stil te zitten: benut producentenorganisaties

De ACM heeft dus een belangrijke rol te vervullen bij het afdwingen van naleving van de Wet. Dat betekent niet dat producenten ondertussen niets zelf kunnen doen als het gaat om het creëren van een betere positie om uitwassen van inkoopmacht van afnemers tegen te gaan. In de literatuur is eerder geopperd om samenwerkingsvormen in te stellen zoals een zogenoemde producentenorganisatie (PO).⁶⁰ Ook in de Tweede Kamer is gemeld dat horizontale samenwerking tussen producenten meer ruimte moet krijgen.⁶¹

51. Zie art. 7 Wet en *Kamerstukken II 2020/21*, 35642, nr. 3, p. 6.

52. Focus Werkzaamheden 2021, 'Dit gaat de ACM in 2021 doen', p. 4. Beschikbaar via www.acm.nl/sites/default/files/documents/focus-werkzaamheden-acm-2021.pdf.

53. Sectorbrief zuivelindustrie, ACM 28 april 2021, p. 2. Beschikbaar via www.acm.nl/sites/default/files/documents/sectorbrief-zuivel-duurzaamheidsclaims.pdf.

54. Art. 5:17 Awb.

55. Op grond van art. 6b Instellingswet geldt deze verplichting namelijk voor eenieder. Logischerwijs moeten de gevorderde inlichtingen wel redelijkerwijs noodzakelijk zijn. De ACM moet zich namelijk houden aan de beginselen van proportionaliteit en evenredigheid. Zie *Kamerstukken II 2012/13*, 33622, nr. 3, p. 46. Onzes inziens zal geen sprake zijn van strijd met deze beginselen wanneer de contracten worden opgevraagd in het kader van de uitvoering van de Wet.

56. Art. 5:20 Awb.

57. Commission Decision of 15 January 2008 initiating an inquiry into the pharmaceutical sector pursuant to Article 17 of Council Regulation (EC) No 1/2003 (Case No COMP/39.514).

58. Persbericht Europese Commissie, 'Antitrust: shortcomings in pharmaceutical sector require further action', 8 juli 2009.

59. 8th Report on the Monitoring of Patent Settlements, 9 maart 2018, p. 5.

60. M.E.G. Litjens, 'Eerlijk duurt het langst', *TvAR* 2020, afl. 2, p. 73-74.

61. *Kamerstukken II 2017/18*, 28625, nr. 257, p. 2 en 3.

De mogelijkheid tot het vormen van een PO vloeit voort uit het Gemeenschappelijk Landbouwbeleid (GLB).⁶² Het GLB heeft onder meer tot doel dat landbouwproducenten verzekerd zijn van redelijke vergoedingen voor hun producten.⁶³ Binnen een PO kunnen landbouwproducenten met elkaar samenwerken. De zeer omvangrijke Verordening tot vaststelling van een gemeenschappelijke ordening van de markten voor landbouwproducten⁶⁴ (GMO-verordening) reguleert de inrichting en doelstellingen van producentenorganisaties. Volgens de Commissie kunnen PO's

‘een nuttige rol spelen bij de concentratie van het aanbod, bij het verbeteren van de afzet, de planning en de afstemming van de productie op de vraag, het optimaliseren van de productiekosten en het stabiliseren van de producentenprijzen, het verrichten van onderzoek, het bevorderen van beste praktijken en het verstrekken van technische bijstand, het beheren van bijproducten en de risicobeheersingsinstrumenten waarover hun leden beschikken, kunnen zodoende bijdragen aan het versterken van de positie van de producenten in de voedselketen.’⁶⁵

Een PO zou een grote(re) rol kunnen spelen bij de onderhandelingen met de afnemers die leiden tot de uiteindelijke contracten voor de leden van een PO.⁶⁶ Het grote voordeel van een GMO-erkende PO is dat zij in beginsel geen rekening hoeft te houden met het kartelverbod wanneer zij namens de leden van de PO overeenkomsten sluit, besluiten neemt of feitelijke gedragingen verricht die bijdragen aan de verwezenlijking van de doelstellingen in artikel 39 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) (gemeenschappelijk landbouwbeleid) (art. 209 GMO-verordening).⁶⁷

62. Het Gemeenschappelijk Landbouwbeleid wordt momenteel hervormd. De Europese Commissie heeft op 1 juni 2018 een aantal wetsvoorstellen voor de periode 2021-2027 gepresenteerd (COM/2018/392 final), die het huidige kader wijzigen. Een aantal verordeningen zullen worden ingetrokken, andere zullen worden gewijzigd. Doordat de onderhandelingen tussen het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie nog niet zijn afgerond, is de ingangsdatum uitgesteld tot 2023. Vanaf 2023 zal dan een nieuw gemeenschappelijk landbouwbeleid (gericht op verduurzaming) in werking treden: zie https://ec.europa.eu/info/food-farming-fisheries/key-policies/common-agricultural-policy/future-cap_nl. Momenteel gelden dus nog de huidige verordeningen. In dit artikel zal dan ook geen aandacht worden besteed aan eventuele wijzigingen dan wel intrekkingen.

63. Art. 39 VWEU.

64. Verordening (EU) nr. 1308/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 17 december 2013 tot vaststelling van een gemeenschappelijke ordening van de markten voor landbouwproducten en tot intrekking van de Verordeningen (EEG) nr. 922/72, (EEG) nr. 234/79, (EG) nr. 1037/2001 en (EG) nr. 1234/2007 van de Raad (PbEU 2013, L 347/671).

65. Verordening (EU) nr. 1308/2013, overweging 131.

66. De wetgever heeft in art. 1 Wet een PO onder het begrip leverancier geschaard. Het is daardoor mogelijk dat PO's optreden namens hun achterban wanneer sprake is van een vermeende oneerlijke handelspraktijk.

67. De doelstellingen zijn: (a) de productiviteit van de landbouw te doen toenemen door de technische vooruitgang te bevorderen en door zowel de rationele ontwikkeling van de landbouwproductie als een optimaal gebruik van de productiefactoren, met name de arbeidskrachten, te verzekeren, (b) aldus de landbouwbevolking een redelijke levensstandaard

Het Hof van Justitie voegde daar in 2017 in zijn *Witlof*-uitspraak aan toe dat het kartelverbod eveneens niet van toepassing is wanneer een PO daadwerkelijk en nauwgezet de doelstellingen van de GMO-verordening nastreeft. De samenwerking mag dan niet verder gaan dan strikt noodzakelijk.⁶⁸ Vrijwel tegelijkertijd met de uitspraak van het Hof van Justitie werd de Omnibusverordening⁶⁹ geïntroduceerd. Die verordening beoogt de Europese landouwwegels te vereenvoudigen. Daarmee is niet iedere discussie beslecht, want in de literatuur wordt gemeld dat er nog steeds twijfel bestaat over de vraag wanneer een PO onder het kartelverbod valt.⁷⁰ Het gaat deze bijdrage te buiten om die discussie uiteen te zetten. Wij volstaan te vermelden dat artikel 209 GMO-verordening bepaalde uitzonderingen op het kartelverbod biedt, maar dat niet is uitgesloten dat PO's ook onder andere omstandigheden uitgezonderd kunnen zijn van het kartelverbod.

Conclusie

Dat uitwassen van inkoopmacht van retailers in de agri- en foodsector een probleem zijn, wordt door de Europese Commissie, mededingingsautoriteiten en de Nederlandse wetgever duidelijk onderkend. De verschillende initiatieven die op Europees niveau in de loop der jaren zijn genomen zijn uiteindelijk uitgemond in de Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen. Vanaf 1 november 2021 zijn daardoor een aantal bedingen in contracten tussen producenten en afnemers in de agri- en foodsector expliciet verboden.

Wij hebben enkele knelpunten gesignaleerd. Zo is de eerste vraag of de beoogde Geschillencommissie als instrument om de Wet te laten handhaven daadwerkelijk effectief zal zijn. Uit een eerdere pilot waarin de effectiviteit van alternatieve geschilbeslechting in de agri- en foodsector werd onderzocht bleek dat producenten, zeer waarschijnlijk uit angst voor represailles van de afnemer, geen enkele klacht hebben ingediend. Het is daarom van

te verzekeren, met name door de verhoging van het hoofdelijk inkomen van hen die in de landbouw werkzaam zijn, (c) de markten te stabiliseren, (d) de voorziening veilig te stellen en (e) redelijke prijzen bij de levering aan verbruikers te verzekeren.

68. HvJ 14 november 2017, zaak C-671/15, ECLI:EU:C:2017:860 (*Witlof*).

69. Verordening (EU) 2017/2393 van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2017 tot wijziging van Verordeningen (EU) nr. 1305/2013 inzake steun voor plattelandsontwikkeling uit het Europees Landbouwfonds voor plattelandsontwikkeling (Elfpo), (EU) nr. 1306/2013 inzake de financiering, het beheer en de monitoring van het gemeenschappelijk landbouwbeleid, (EU) nr. 1307/2013 tot vaststelling van voorschriften voor rechtstreekse betalingen aan landbouwers in het kader van de steunregelingen van het gemeenschappelijk landbouwbeleid, (EU) nr. 1308/2013 tot vaststelling van een gemeenschappelijke ordening van de markten voor landbouwproducten en (EU) nr. 652/2014 tot vaststelling van bepalingen betreffende het beheer van de uitgaven in verband met de voedselketen, diergezondheid en dierenwelzijn, alsmede in verband met plantgezondheid en teeltmateriaal (PbEU 2017, L 350) (Omnibusverordening).

70. Zie uitgebreid M.E.G. Litjens, 'ProducentenOrganisatie buiten of binnen het kartelverbod', *SEW* 2019, afl. 11, p. 482-489.

groot belang dat de mogelijkheid om anoniem te klagen voldoende wordt gewaarborgd. Als anonimiteit in de praktijk een wassen neus blijkt, zal dat nadelig werken voor de effectieve handhaving en daarmee naleving van de Wet. Verder hebben wij aandacht besteed aan de zwarte en grijze lijst, en de mogelijkheid voor de Nederlandse wetgever om daarbij verdergaande maatregelen te treffen. Hoewel de wetgever dat nu niet heeft gedaan, zal de tijd leren of daar in de toekomst wellicht verandering in moet komen. Tot slot hebben wij enkele praktische bezwaren genoemd bij grensoverschrijdende gevallen, zoals taalkundige barrières.

Het succes van de Wet valt of staat onzes inziens vooral bij het (proactieve) optreden van de ACM. De ACM heeft genoeg instrumenten tot haar beschikking om de Wet proactief te handhaven. Dat betekent niet dat de producenten in de sector zelf niets kunnen doen tegen uitwassen van inkoopmacht. Naar ons idee zou bijvoorbeeld het zoeken van samenwerking door leveranciers in bijvoorbeeld producentenorganisaties nuttig kunnen zijn. Producentenorganisaties zijn namelijk onder bepaalde voorwaarden vrijgesteld van het kartelverbod, waardoor producenten ruimte hebben om samen te werken. Gezamenlijk vertegenwoordigd in een producentenorganisatie zouden zij tegenwicht kunnen bieden aan alsmaar groter wordende afnemers.

Het is natuurlijk prijzenswaardig dat de (Europese) wetgever aandacht heeft voor de zwakke positie van de voedselproducenten, maar – zoals zo vaak bij wetgeving – het succes zit in de handhaving. Het belang daarvan zal verder toe kunnen nemen naarmate er op afnemers(etail)niveau meer inkoopsamenwerking en/of consolidatie plaatsheeft. Of de Wet daadwerkelijk hét panacee is om uitwassen van inkoopmacht tegen te gaan valt nog te bezien. De ACM zal bij dat proces een sleutelrol gaan vervullen. Aan de bevoegdheden kan het niet liggen, want de ACM kreeg van de wetgever alle middelen om die rol te vervullen.