

Ministerie van Economische Zaken
Directie Mededinging en Consumenten
T.a.v. mevrouw
Postbus 20101
2500 EC 's-Gravenhage

Onderwerp
Consultatie gedragscode leveringsvoorwaarden

Den Haag
30 juni 2010

Briefnummer

Telefoonnummer

E-mail

Geachte mevrouw

Graag reageren op uw brief van 7 april betreffende de
'consultatie gedragscode leveringsvoorwaarden'.

U refereert in uw brief aan het onderzoek dat door EIM is uitgevoerd naar de aard en omvang van de gevolgen van inkoopmacht en de Tweede Kamerdebatten die daarop volgden, welke de aanleiding vormen tot deze consultatie. Alvorens wij in zullen gaan op de consultatievragen, willen wij een aantal opmerkingen vooraf plaatsen inzake marktmacht die ons inziens ten alle tijde betrokken moeten worden bij de verdere discussie.

Marktmacht en wisselende marktposities op zichzelf zien wij als een gegeven dat intrinsiek is aan de marktdynamiek. De onderhandelingsdynamiek zorgt voor concurrentie op de markt en levert zodoende de consument voordelen op. Daarnaast zorgt een gezonde concurrentie ervoor dat het aanbod niet verschaalt en innovatie en kwaliteitsverbetering worden bevorderd. Eerlijke concurrentie is een algemeen belang waarop de NMa toeziet.

Het is van belang op te merken dat het hebben van marktmacht ook niet automatisch leidt tot misbruik van deze macht. Wij zien echter in de praktijk ook situaties van marktmacht optreden waardoor bovenstaande marktdynamiek verstoord kan raken. Ook in het kader van de Europese Unie wordt deze problematiek erkend. Het EIM-onderzoek, maar ook diverse brancheorganisaties, geven aan dat de volgende situaties zich kunnen voordoen:

- Er worden disproportionele contractvoorwaarden geëist, zoals onredelijke, niet passende, lange betalingstermijnen, onredelijke leveringsvoorwaarden (eventueel gekoppeld aan boeteregelingen), onbeperkte aansprakelijkheid en het onvoorwaardelijk accepteren van de inkoopvoorwaarden van de inkoper.
- Contractvoorwaarden, zoals prijsverlagingen, worden met terugwerkende kracht eenzijdig gewijzigd (op straffe van verbreking van de commerciële relatie) of overschreden.

Deze voorbeelden betreffen niet alleen relaties tussen bedrijven onderling, maar ook de overheid in haar rol als inkoper wordt hierbij veelvuldig door ondernemers genoemd. Elke maatregel die u voornemens bent te nemen, zal dan ook van toepassing moeten worden verklaard op de gevolgen die bedrijven ondervinden van de inkoopmacht van de overheid. Bovendien speelt hierbij aanvullend dat daar waar ondernemingen volledig onder de werking van de Mededingingswet vallen, dit niet het geval is voor de overheid. Voor de overheid als publieke inkoper gelden dus niet dezelfde regels. Dit 'gat' dient wat ons betreft in elk geval gerepareerd te worden.

Om tot concrete oplossingsmaatregelen te komen, valt het aan te bevelen de bovengenoemde voorbeelden nader te analyseren. Het EIM-onderzoek geeft aan dat er problemen met inkoopmacht bestaan, maar geeft onvoldoende aan waar eventuele beleidstekorten zitten. Bepaalde situaties worden wellicht al verboden door nationale of Europese wetgeving en ook de mate van onwenselijkheid kan per geval verschillen. Wij vragen u dan ook om bij het werken aan oplossingen, verdergaand onderzoek te verrichten naar de meest efficiënte en effectieve aanpak van het gesignaleerde probleem en daarbij ook nader te analyseren wat er op dit vlak op Europees niveau gebeurt.

Hierop vooruitlopend is de verwachting dat het veelal situaties betreft van gedrag dat verboden is door het Burgerlijk Wetboek of de Mededingingswet. Er bestaan wel algemene regels, maar deze zijn in de praktijk lastig afdwingbaar. Met name voor kleinere ondernemingen is het lastig hier tegenop te treden. Zij geven aan in een zodanige afhankelijkheidsrelatie te verkeren, dat zij geen tegenwicht kunnen bieden in de onderhandelingen. Bovendien is de weg naar de rechter voor hen moeilijk begaanbaar, niet vanwege juridische obstakels, maar omdat de relatie met de handelspartner direct op scherp wordt gezet. Je kunt alleen individueel bezwaar maken bij een rechter tegen onfaire handelspraktijken, met het risico van verlies van de eigen marktpositie. Zeker ook wanneer de overheid als inkoper optreedt, ligt hier een manco.

Een aantal leden heeft problemen met misbruik van inkoopmacht aangekaart bij de NMa. Hier werd afwijzend op gereageerd, wat de vraag oproept hoe de NMa aankijkt tegen marktmacht aan de afnemerszijde en op welke wijze deze toets wordt uitgevoerd. Het onbevredigend gevoel wat dit achterlaat bij de klagende partijen, nopen in ieder geval tot meer duidelijkheid over de rol van de NMa en wij pleiten ervoor dat u dit in uw aanpak van marktmacht ook zorgvuldig zult bekijken.

Daarnaast is de ruimte om als gezamenlijkheid op te treden beperkt volgens de mededingingsrechtelijke regels en kan ook een brancheorganisatie moeilijk namens de leden ingrijpen in dergelijke situaties of namens het collectief een rechtsprocedure

starten. Ook de ruimte om als brancheorganisatie de leden te adviseren is in de praktijk gering. Er bestaat een duidelijke behoefte bij een aantal brancheorganisaties om klachten van hun leden eventueel te verzamelen en in behandeling te nemen, waarbij de brancheorganisatie als collectief kan vragen om handhaving van de regels betreffende de contracten. Wij bevelen u aan ook deze beperkingen mee te nemen in uw beleidsaanpak om misbruik van inkoopmacht tegen te gaan. Wij willen u graag de suggestie doen om bijvoorbeeld een meldpunt voor branches bij de NMa in te richten, waarmee branches in gesprek komen met de NMa en waardoor ook de aard en omvang van de problematiek nader in beeld komt.

In uw consultatie beperkt u zich tot een gedragscode, eventueel gekoppeld aan een geschillencommissie. Alvorens daadwerkelijk het proces van de vorming van een code in te gaan, bevelen wij aan ook bovenstaande problemen nader te bekijken. Immers, ook bij een gedragscode, gaat het om de effectieve werking. De marktrelatie tussen bedrijven in de keten kan net zo goed benutting van een geschillencommissie in de weg staan, als een rechterlijke tussenkomst uit de weg wordt gegaan.

In uw brief noemt u een code om gevolgen van inkoopmacht tegen te gaan 'een gedragscode leveringsvoorwaarden'. Deze naam wekt de suggestie dat de code bepaalde leveringsvoorwaarden zou gaan voorschrijven. Naar onze mening betreft het hier in de kern 'eerlijke handelspraktijken tussen ondernemingen onderling en tussen ondernemingen en overheden'. Zowel inkoper als leverancier worden namelijk geacht zich eerlijk en rechtmatig ten opzichte van elkaar te gedragen en wanneer dit niet gebeurt, leidt dit tot de in deze brief genoemde onwenselijke excessen.

Dit brengt ons op de volgende antwoorden op uw vragen:

- 1) Is uw organisatie bereid medewerking te verlenen aan het tot stand brengen van een gedragscode met betrekking tot het sluiten, nakomen en wijzigen van contracten tussen leverancier en afnemer en zich te committeren aan het toezicht op de naleving van die gedragscode?

Binnen onze ledenkring wordt een gedragscode wisselend gewaardeerd.

De volgende voordelen worden genoemd:

- De code is een vorm van zelfregulering, die uitgaat van commitment tussen leveranciers en afnemers, waarop men zelf invloed heeft.
- Een code kan eventueel een laagdrempelig middel zijn om excessen van inkoopmacht aan te kaarten.
- Een code is in beginsel proportioneel, zeker in vergelijking tot wetgeving.
- Een code kan aangepast worden aan de behoeften per sector. In bepaalde sectoren bestaan al eigen codes, waar een algemene code rekening mee zou kunnen houden.
- In beginsel ontstaat er geen strijd met het Europees level playing field, aangezien het om soft law gaat en de Europese Commissie geuit heeft dergelijke codes te stimuleren.

Daarnaast worden ook nadelen genoemd:

- Het betreft wederom primair het stellen van nieuwe regels, terwijl het gevoel bestaat dat er op zich wel een voldoende wettelijk kader bestaat, maar dat deze lastig in te roepen zijn.
- Hiermee samenhangend bestaan er twijfels over de effectiviteit, aangezien ook bestaande regels in de praktijk vragen oproepen omtrent de handhaving.
- Er bestaan twijfels over de inhoudelijke meerwaarde, aangezien ook het Burgerlijk Wetboek ook al voor contracten en overeenkomsten in regels vastlegt wat civielrechtelijk is toegestaan en wat niet.
- Men vreest een ongewenste toename aan kosten en administratieve lasten.
- Een code waarin collectief afspraken worden gemaakt, kan, wanneer deze in de richting gaan van hardcore afspraken, strijd opleveren met het mededingingsrecht.

Indien er rekening wordt gehouden met bovenstaande opmerkingen en mits de nadelen kunnen worden tegengegaan, kan de mogelijkheid van een gedragscode nader worden onderzocht en blijven wij graag betrokken bij dit verdere proces.

- 2) Is uw organisatie gemachtigd namens uw leden deel te nemen aan het overleg over de gedragscode en uw leden aan de gedragscode te binden? Zo nee, kunt u dan aangeven wat de mogelijkheden van uw organisatie zijn om alsnog in die machtiging te voorzien?

zien het als hun verantwoordelijkheid mee te denken en te werken aan een gedragscode wanneer uit de consultatie blijkt dat hier voldoende draagvlak voor bestaat. Daarbij moet opgemerkt worden dat beide organisaties de leden niet in juridische zin binden of dwingen. Een volgend aandachtspunt is het feit dat de kenmerken en situaties sterk wisselen tussen de verschillende vaak internationaal opererende markten. Wij kunnen ons daarom voorstellen dat een eventuele gedragscode in de vorm van een modelcode ter beschikking wordt gesteld aan sectoren.

- 3) Hebt u in dit stadium al voorstellen voor onderwerpen die in de gedragscode geregeld moeten worden?

Een gedragscode moet betrekking hebben op die gedragingen die ertoe kunnen leiden dat marktmacht niet op de juiste manier wordt aangewend. Het gaat dan om zaken als

- Het naleven van voorwaarden in een contract.
- Welke spelregels gehonoreerd moeten worden als er aanleiding is voor het tussentijds openbreken van een contract.

Mocht u besluiten tot een gedragscode, dan worden wij graag betrokken bij de nadere uitwerking hiervan.

- 4) Hebt u in dit stadium al voorstellen voor een bepaalde vorm van toezicht op de naleving van de gedragscode?

Een gedragscode moet met name een preventief effect hebben, waardoor een marktpartij geremd wordt zich schuldig te maken aan oneerlijk handelsgedrag. Wij zien dan ook een grote rol voor de partijen zelf in de naleving van deze code. Daarnaast zou het probleem van angst om bezwaar te maken, juist ook bij zo een code op een andere wijze moeten worden ondervangen. Ook dit is een onderwerp waar nader over van gedachten kan worden gewisseld bij het eventueel opstellen van een code, aangezien dit afhankelijk is van de wijze waarop de code wordt ingevuld. Zoals al eerder aangegeven ontbreekt naar onze mening momenteel een krachtig toezicht op de overheid, wat bij deze discussie ook meegenomen zal moeten worden.

Mocht u naar aanleiding van bovenstaande antwoorden nog nadere vragen hebben, dan kunt u contact opnemen met

Met vriendelijke groet.

Ministerie van Economische Zaken

Directie Mededinging en Consumenten
T.a.v. mevrouw
Postbus 20101
2500 EC 's-GRAVENHAGE

Onze ref. : -
Telefoon : 1
Betreft : consultatie gedragscode
leveringsvoorwaarden

Zoetermeer, 29 juni 2010

Geachte mevrouw

In antwoord op de brieven van 7 en 14 april jl. van de minister van Economische Zaken over het bovengenoemde onderwerp bericht ik u als volgt.

Wij stellen het op prijs dat u heeft gevraagd haar zienswijze over deze problematiek aan u bekend te maken. Wij tekenen aan dat de consultatie beperkt lijkt tot inkoopmacht. Dan gaat het in feite niet zozeer over de door u genoemde leveringsvoorwaarden, maar om inkoopvoorwaarden die door de afnemer worden toegepast of om het opzij zetten van leveringsvoorwaarden door de afnemer. Bedrijven worden echter evenzeer geconfronteerd met de negatieve consequenties van verkoopmacht. Naar ons oordeel zou een eventuele gedragscode zowel de inkoop- als de verkoopkant van de markt moeten betreffen.

is echter van oordeel dat een gedragscode geen toegevoegde waarde zal hebben. Wij voeren daar de volgende redenen voor aan.

Wij begrijpen dat leveranciers in specifieke sectoren worden geconfronteerd met afnemers die gemaakte afspraken terzijde schuiven. Ook zou sprake zijn van de eenzijdige oplegging van onredelijke inkoopvoorwaarden. In onze sector (de technologische industrie) doen deze problemen zich incidenteel wel eens voor, maar er kan niet worden gesproken van een structureel probleem. Bij het maken van commerciële afspraken weegt de eventuele inkoopmacht van afnemers in onze sector zeker een rol als het gaat om bijvoorbeeld de al dan niet beperking van aansprakelijkheid. Wij hebben echter geen aanwijzingen dat eenmaal gemaakte afspraken vervolgens op noemenswaardige schaal door afnemers terzijde worden gesteld.

Vanuit onze ledenkring is het ons wel bekend dat juist overheden zich soms weinig gelegen laten liggen aan gemaakte afspraken. Regelmatig is sprake van overschrijding van contractuele betalingstermijnen. Wij zouden het vanzelfsprekend achten indien de

overheid in dit verband een voorbeeldfunctie zou vervullen door zich strikt aan gemaakte afspraken te houden. In dat verband zullen wij het erg op prijs stellen indien u correct betalingsgedrag door overheden wilt bevorderen.

In algemene zin gaan wij ervan uit dat een gedragscode weinig toegevoegde waarde zal kunnen hebben. Uiteindelijk is sprake van een commercieel spel, waarbij leveranciers door grote(re) afnemers onder druk worden gezet om afstand te doen van hun commerciële aanspraken. Met het oog op de continuïteit van de commerciële relatie kiezen leveranciers er dan voor om niet aan de gemaakte afspraken vast te houden. Een beroep op die afspraken zou immers tot irritatie bij de klant kunnen leiden en dat zou de commerciële relatie in gevaar kunnen brengen. Een vordering in rechte is al helemaal uit den boze. De leverancier maakt dus een welbewuste keuze om de kwestie niet hoog te spelen. Deze welbewuste keuze van de leverancier zal naar onze verwachting evengoed worden gemaakt indien een gedragscode zou worden vastgesteld. De leverancier zal er allicht van afzien buiten de eigen contractuele relatie aandacht te vragen voor de schending van afspraken door de grote(re) afnemer.

In de brief van 17 december 2009 van de minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer is de in het Verenigd Koninkrijk geldende gedragscode als voorbeeld genoemd. In diezelfde brief is echter al opgemerkt dat de effectiviteit van die gedragscode in het Verenigd Koninkrijk wordt ondermijnd door de weerstand van leveranciers om klachten bij vermeden inbreuken in te dienen uit vrees voor beschadiging of verbreking van de zakelijke relatie. Juist door dit voorbeeld wordt onderstreept dat de toegevoegde waarde van een eventuele gedragscode zeer beperkt zal zijn. De gang naar een geschillencommissie is in veel gevallen, op gelijke wijze als de gang naar de rechter, vanwege de commerciële gevoeligheid niet opportuun.

Een belangrijk punt is nog dat 60% van de afzet in onze sector buiten Nederland plaatsvindt. Ook in andere sectoren zal vaak sprake zijn van substantiële export. Een beperking tot het nationale niveau zal dan slechts beperkt soelaas bieden, zodat een gedragscode eigenlijk op internationaal niveau zou moeten worden vastgesteld.

Nogmaals, de geschetste problematiek doet zich in onze sector niet voor. Om de bovengenoemde redenen achten wij een gedragscode ook niet gewenst. Indien desondanks wordt besloten tot het opstellen van een gedragscode worden wij hier graag over geïnformeerd.

Met vriendelijke groet,

Van:

Verzonden: woensdag 30 juni 2010 10:55

Aan:

CC:

Onderwerp: reactie consultatie Gedragscode inkoopmacht

Geachte mevrouw

In uw brieven met kenmerk ETM/MC/10056267 en ETM/MC/10079854 geeft u namens het ministerie van Economische Zaken aan de zienswijze van het bedrijfsleven met betrekking tot een eventuele gedragscode op prijs te stellen. Deze gedragscode zal gaan over het sluiten, nakomen en wijzigingen van contracten tussen leverancier en afnemer. Iedere ondernemer onderschrijft de zienswijze van het ministerie van Economische Zaken bekend heeft gemaakt, maar wij vinden het van belang dat wij nog separaat ons standpunt aan u kenbaar maken.

Aard en omvang leden

De leden van de branche vertegenwoordigt 90% van de omzet van de detailhandel (circa € 14 miljard). In totaal zijn er 5.300 installatiebedrijven aangesloten bij de branche, die aan 130.000 personen werk bieden. De aangesloten leden vanuit de technische detailhandel bestaat uit winkelbedrijven die witgoed, bruingoed, verlichting, computers, hifi- en telecommunicatieapparatuur en sanitair verkopen en reparatiebedrijven. De leden van de branche vertegenwoordigt ruim 1.900 winkels. De totale omzet van deze bedrijven bedraagt circa € 3 miljard en er werken ruim 13.000 werknemers.

Installatiebedrijven

De installatiebedrijven behoren bij de contractvorming over het algemeen tot de leverende partij. Hierbij is er vaak sprake van een onevenwichtige machtspositie tussen de opdrachtgever en de installateur. Hoewel de opdrachtnemer vaak in zijn recht staat, kan dit recht in de praktijk moeilijk worden gehaald vanwege deze ongelijke machtspositie. Zodoende is het probleem niet dat er met betrekking tot contractvorming- en nakoming te weinig regels of wetten zijn, maar dat deze door de ongelijke machtspositie relatief eenvoudig door de opdrachtgevende partij terzijde kunnen worden geschoven. Ons inziens bieden extra regels, convenanten en dergelijke geen oplossing voor dit probleem, maar moet er meer werk worden gemaakt van het tegengaan van dit machtsmisbruik. Wij pleiten daarom voor meer toezicht, door bijvoorbeeld de Nederlandse Mededingingsautoriteit of het instellen van een klachtenloket.

In het geval van installerende bedrijven is de overheid vaak de opdrachtgevende partij. De voorgestelde gedragscode geldt slechts voor private partijen. Voor contracten tussen de overheid en het bedrijfsleven is een gedragscode niet het juiste middel om inkoopmacht in te perken. Door middel van wet- en regelgeving, bijvoorbeeld door een beleidsregel, zou de overheid zich wel kunnen verplichten tot evenwichtige contractvoorwaarden waarbij de overheid de positie en de voorwaarden van de leverende partij in ogenschouw neemt. Deze beleidsregel zal een positief effect hebben voor zowel het midden- en kleinbedrijf als het grootbedrijf.

Technische detailhandel

De technische detailhandel is bij het vormen van contracten vaak afnemer van (grote) toeleveranciers. Zoals al hierboven staat vermeld, is er al bestaande wet- en regelgeving omtrent contractvorming- en nakoming tussen private partijen. Een gedragscode heeft hierbij geen inhoudelijke toegevoegde waarde, maar levert slechts meer regels en administratieve lasten op. Daarnaast zitten in de huidige contracten nu al vaak onevenwichtige voorwaarden, opgelegd door de toeleveranciers. Een gedragscode kan dit niet voorkomen. Verder zijn veel contracten tussen de technische detailhandel en de toeleveranciers mondeling afgesproken. Daar de toeleveranciers vaak grote partijen met uitgebreide juridische afdelingen zijn, zou het op schrift stellen van de contracten bevorderend werken voor nog meer onevenwichtige voorwaarden. Voorts zijn in de contracten soms langere betalingstermijnen afgesproken, wat gunstig is voor de detailhandel. Het in een gedragscode vastleggen van een redelijke, dus kortere, betalingstermijn kan zodoende negatief uitpakken voor de detailhandel. Tot slot zou een eventuele gedragscode en geschillencommissie niet gelden voor bedrijven die niet zijn aangesloten bij een brancheorganisatie, zodat er een ongelijke positie ontstaat tussen bedrijven die wel en niet zijn aangesloten bij een brancheorganisatie. Dit is een onwenselijke situatie. Een gedragscode en de mogelijke gevolgen geeft daarom juist meer macht aan de toeleveranciers en het zet de detailhandel in een zwakkere positie.

De overheid zou de in bovenstaande is bedoelde gedragscode niet gebaat bij een voorgestelde eventuele gedragscode. Er is daarentegen wel behoefte aan een gedragscode voor het beter navolgen van leveranciers van het regresrecht bij een non-conformiteit bij consumentenkoop.

Met
volg

met
ewel

De overheid zou de in bovenstaande is bedoelde gedragscode niet het optimale middel vindt om het probleem van machtsmisbruik bij contractvorming- en naleving tegen te gaan, zijn wij wel bereid om mee te werken aan een eventuele totstandkoming hiervan. In uw brief stelt u de vraag of het secretariaat gemachtigd is door de leden deel te nemen aan de discussie.

de leden te binden aan de gedragscode. Als er meer duidelijkheid omtrent de gedragscode is, zal het secretariaat een voorstel formuleren waarna het Algemeen Bestuur van hierover een besluit zal nemen.

Uiteraard is graag bereid bovenstaande toe te lichten in een gesprek.

Met vriendelijke groet, namens