



ADVIES

CRB 2022-3060

**Bepaalde clausules in de agro-voedingsketen naar
aanleiding van de Oekraïne-crisis**

CCE
Conseil Central de l'Economie
Centrale Raad voor het Bedrijfsleven
CRB





Advies
Bepaalde clausules in de agro-voedingsketen naar aanleiding van
de Oekraïne-crisis

Brussel
17.11.2022

Inleidend: de vraag om advies

Bij brief van 17 juni 2022 heeft de Minister van Middenstand, Zelfstandigen, KMO's en Landbouw, de heer David Clarinval, de bijzondere raadgevende commissie Onrechtmatige Bedingen (hierna brc Onrechtmatige Bedingen) conform de artikelen VI.91/8 en XIII.20 van het Wetboek van Economisch Recht (hierna WER) om advies gevraagd omtrent het geoorloofd karakter van bepaalde clausules die voorkomen in de agro-voedingssector in het licht van de bepalingen inzake onrechtmatige bedingen in overeenkomsten gesloten tussen ondernemingen (Titel III/1 van boek VI van het WER).

In de context van de huidige prijsverhogingen en bevoorradingsproblemen die zich voordoen naar aanleiding van de Oekraïne-crisis, wil de heer Minister dat de brc Onrechtmatige Bedingen in het bijzonder de bedingen inzake prijsherziening, risico-overdracht (met inbegrip van het risico van overmacht), boetes bij niet- of laattijdige levering, afstand van verhaal, onderzoekt, die voorkomen tussen de ondernemingen die werkzaam zijn in deze sector.

Deze vraag om advies is onder meer gegrond op artikel VI.91/8, § 1, van het Wetboek van Economisch Recht (hierna afgekort als WER), dat de materiële bevoegdheid van de brc Onrechtmatige Bedingen bij dergelijke adviesaanvragen vaststelt, en dat bepaalt dat de Minister van Economie of de Minister van Middenstand de brc Onrechtmatige Bedingen om advies kunnen vragen wanneer deze het bestaan van een onevenwicht tussen de rechten en plichten van de partijen in de contractvoorwaarden van sommige beroepsactiviteitsectoren vaststelt.

Aangezien bij de vraag om advies geen contracten werden gevoegd heeft de brc Onrechtmatige Bedingen in een eerste fase aan haar leden, de beroepsorganisaties, gevraagd om overeenkomsten en bedingen over te maken, wat de beroepsorganisaties die de leveranciers van landbouw- en voedingsproducten vertegenwoordigen met veel moeite hebben kunnen bekomen bij hun leden. In een tweede fase heeft de brc Onrechtmatige Bedingen de beroepsorganisaties formeel aangeschreven om aan de brc een representatief staal van (al dan niet geanonimiseerde) contracten te bezorgen tegen eind augustus.

De beroepsorganisaties die de voedselproducenten vertegenwoordigen, verklaren hierbij dat het om actuele voorwaarden gaat, en dat veel van de contractvoorwaarden meerdere keren aangetroffen werden in de door hun leden overgemaakte overeenkomsten.

De brc Onrechtmatige Bedingen herhaalt in dat opzicht dat haar leden bij het behandelen van contracten gehouden zijn tot een beroepsgeheim¹. Ondanks deze formele aanvraag, heeft de brc Onrechtmatige Bedingen niet alle verduidelijkingen kunnen bekomen: veelal werden enkel afzonderlijke bedingen voorgelegd aan de brc, zodat onvoldoende de samenhang met de andere bedingen kon worden nagegaan. De brc begrijpt de vrees van de ondernemingen voor het verlies van haar lopende overeenkomsten indien deze publiekelijk zouden worden gemaakt², maar benadrukt dat haar enige taak erin bestaat om een objectief oordeel te vellen over het al dan niet onrechtmatig karakter van bedingen, en herhaalt haar wettelijke verplichting om geen vertrouwelijke of bedrijfsgevoelige bedingen of voorwaarden bekend te maken in de onderzochte

¹ Zie art. 12 van het Huishoudelijk Reglement, te raadplegen op de website van de Centrale Raad voor het Bedrijfsleven. Zie ook artikel VI.91/8, § 2, van het WER dat uitdrukkelijk bepaalt dat "de bijzondere raadgevende commissie Onrechtmatige bedingen geen vertrouwelijke of bedrijfsgevoelige bedingen of voorwaarden bekend in hun beroepsactiviteitsectoren mag bekendmaken."

² Dit is de zogenaamde "fear factor": de benadeelde partij zal geen klacht durven indienen, noch naar de rechter durven stappen, uit vrees om zijn leveringsovereenkomst te verliezen, of uit vrees voor andere vergeldingsmaatregelen van de sterkere partij in het transactieproces. Zie *Parl. St.*, Kamer, Doc. 55 2177/001, p. 24 en 31; zie ook Richtlijn 2019/633 van 17 april 2019 inzake oneerlijke handelspraktijken in de relaties tussen ondernemingen in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen, *Publ.-bl. EU*, 52 april 2019, L 111/59, overwegingen 8 en 28.

beroepsactiviteitsectoren. Bovendien wordt het advies van de brc Onrechtmatige Bedingen, zoals het gepubliceerd wordt, geanonimiseerd: er wordt in principe nergens in het publieke advies vermeld van welke onderneming, of uit welke overeenkomst met welke partijen, de contractvoorwaarden afkomstig zijn.

Desondanks bleef de brc Onrechtmatige Bedingen moeilijkheden ondervinden bij het verzamelen van contractvoorwaarden, hetzij omdat ondernemingen zich beriepen op het bedrijfsgeheim³, hetzij omdat ondernemingen verwezen naar een geheimhoudingsclausule in het contract, waardoor ze de overeenkomsten niet mochten overmaken. De brc Onrechtmatige Bedingen ontving evenmin contractvoorwaarden van de Algemene Directie Economische Inspectie binnen de FOD Economie, ondanks herhaaldelijk informeel verzoek hiertoe.

De brc Onrechtmatige Bedingen merkt vervolgens op dat bedingen waarbij gesteld wordt dat de “partijen erkennen dat ze voldoende in kennis gesteld zijn omtrent hun respectieve rechten, vrij hun toestemming hebben gegeven voor het invoegen van die bedingen en beschouwen dat die clausules evenwichtig zijn en conform aan hun eigen belangen” in strijd zijn met de algemene norm (artikel VI.91/3, § 1, WER).

Contractueel erkennen dat voldaan is aan de vereisten van dwingende wetgeving, waardoor de beschermde partij dus op voorhand afstand doet van haar wettelijke rechten, is in strijd met het wezen van dwingende wetgeving. Indien partijen niet aan de hand van bijkomende elementen kunnen aantonen dat er de nodige info gegeven werd, dat over bepaalde bedingen die niet per se als onrechtmatig te beschouwen zijn, een evenwichtige regeling getroffen werd, zijn te beschouwen als ‘fictieve’ erkenningsclausules strijdig met de algemene norm (artikel VI.91/3, § 1, WER)⁴.

De brc Onrechtmatige Bedingen vroeg omwille van het niet op tijd ontvangen van individuele overeenkomsten uitstel voor het uitbrengen van het advies aan dhr. Clarinval, Minister van Middenstand, Zelfstandigen, KMO's en Landbouw tot 1 november, waar het advies oorspronkelijk binnen de 3 maanden moest worden verstrekt (dus tegen 17 september).

De brc Onrechtmatige Bedingen heeft enkel de 4 soorten clausules die door de Minister werden voorgelegd onderzocht, namelijk bedingen inzake prijsherziening, risico-overdracht, boetes in geval van niet-levering of vertraging, en afstand van verhaal. Om die reden heeft de brc andere clausules die ze aantrof niet opgenomen in het advies, en andere clausules die werden voorgelegd niet onderzocht.

De brc Onrechtmatige Bedingen benadrukt in dit opzicht ook, net zoals ze dat gedaan heeft in het advies inzake de afnameverplichtingen in overeenkomsten tussen brouwerijen-drankenhandelaars en de horeca⁵, dat zij enkel uitspraak kan doen over bedingen in leveringsovereenkomsten, en zich niet

³ Artikel I.17/1, 1° WER definieert de notie “bedrijfsgeheim” als volgt:

1° bedrijfsgeheim: informatie die aan de volgende cumulatieve voorwaarden voldoet:

a) ze is geheim in die zin dat zij, in haar geheel dan wel in de juiste samenstelling en ordening van haar bestanddelen, niet algemeen bekend is bij of gemakkelijk toegankelijk is voor personen binnen de kringen die zich gewoonlijk bezighouden met de desbetreffende soort informatie;

b) ze bezit handelswaarde omdat zij geheim is;

c) ze is door de persoon die rechtmatig daarover beschikt onderworpen aan redelijke maatregelen, gezien de omstandigheden, om deze geheim te houden;

⁴ Zie in dezelfde zin, met betrekking tot de bedingen die aan een consument de indruk geven dat hij geen beroep kan doen op de dwingende bepalingen van zijn nationaal rechtstelsel het arrest Amazon: *HvJ* 28 juli 2016, C -191/15, *Verein für Konsumenteninformation tegen Amazon EU Sàrl*, ECLI:EU:C:2016:612, punten 65-71 en tweede dictum.

Zie ook reeds COB 32, 15 februari 2012, Advies inzake bedingen, in overeenkomsten tot aankoop van een bouwterrein, m.b.t. het bouwen door een bepaalde onderneming, p. 15.

⁵ Brc OB, 29 juli 2021, Advies inzake de afnameverplichtingen in overeenkomsten tussen brouwerijen-drankenhandelaars en de horeca, p. 4.

kan uitspreken over oneerlijke marktpraktijken, noch over de uitvoering door één van de contractpartijen van de overeenkomst in strijd met de goede trouw, of ook rechtsmisbruik.

Zo dient er bijvoorbeeld een onderscheid gemaakt te worden tussen bedingen waarbij een partij zich het recht voorbehoudt om eenzijdig en zonder geldige reden de prijs, de kenmerken of de voorwaarden van de overeenkomst eenzijdig te wijzigen (artikel VI.91/5, 1° WER), waarover de brc zich wél kan uitspreken, en de praktijk, de gedraging, die erin bestaat eenzijdig de voorwaarden (inclusief de kwaliteitsnormen en de prijzen) van een leveringsovereenkomst voor landbouw- en voedingsproducten te wijzigen (zie artikel VI.109/4, 3°, van de wet van tot omzetting 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 en tot wijziging van het Wetboek van economisch recht⁶. Wat het nastreven van faire relaties tussen de actoren in de agro-voedingsketen betreft, en het gezamenlijk nastreven van een evenwichtige aanpak van de extreme prijsfluctuaties ten gevolge van de Oekraïne-crisis gelden andere fora, met name het binnen deze sector georganiseerde Ketenoverleg⁷, waarbij duidelijker afspraken in de Gedragscode⁸ zouden kunnen worden vastgelegd.

⁶ B.S. 15 december 2021. Zie hierover meer uitgebreid de verdere bespreking in Hoofdstuk 1, punt 1 van dit advies.

⁷ <https://supplychaininitiative.be/nl/>

⁸ Gedragscode voor faire relaties tussen aanbieders en kopers in de agro-voedingsketen, zie https://supplychaininitiative.be/library/files/Code_140610_NL.pdf

Advies

1 Hoofdstuk 1. Algemene opmerkingen met betrekking tot deze adviesvraag

1.1 Nieuw wettelijk kader en verhouding tot de recentelijk omgezette UTP-wetgeving

De vraag om advies heeft betrekking op de relatief recent in werking getreden bepalingen inzake onrechtmatige bedingen in overeenkomsten gesloten tussen ondernemingen (Titel 3/1 van boek VI WER, artikelen 91/1 tot 91/10)⁹, waar aan de brc Onrechtmatige Bedingen beperkter adviesbevoegdheden werden toegekend dan bij b2c-overeenkomsten (zie art. VI.91/9 WER). De brc Onrechtmatige Bedingen legt er in dit opzicht de nadruk op dat het pas de tweede keer is dat ze advies verleent voor wat onrechtmatige bedingen in b2b-overeenkomsten betreft. Het eerste advies inzake b2b-overeenkomsten was het advies van 29 juli 2021 inzake de afnameverplichtingen in overeenkomsten tussen brouwerijen-drankenhandelaars en de horeca¹⁰, dat handelde over de minimale afnameverplichtingen van horeca-uitbaters en situaties van overmacht (de gedwongen sluiting in gevolge de Covid-crisis).

Wat het wettelijke kader betreft, is er nog recenter, namelijk eind 2021, een wet aangenomen “tot omzetting 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 en tot wijziging van het Wetboek van economisch recht”. Deze wet voegt een vierde afdeling in onder het hoofdstuk “oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen” (artikelen VI.109/4 tot VI.109/8 WER).

Deze wet (hierna de UTP-wet genoemd¹¹), gepubliceerd op 15 december 2021, trad op 25 december 2021 in werking, maar voorziet in een overgangsregeling van twaalf maanden voor leveringsovereenkomsten die vóór de datum van bekendmaking van deze wet zijn gesloten: die overeenkomsten dienen dus uiterlijk tegen 15 december 2022 volledig in overeenstemming te zijn met deze wet. Leveringsovereenkomsten die reeds gesloten waren vóór 15 december 2021 en waarin praktijken of bedingen voorkwamen die niet in overeenstemming zijn met de UTP-wet, hoeven dus tot die datum niet te voldoen aan de voorschriften van de UTP-wet.

De UTP-wet is de omzetting van een richtlijn welke tot doel heeft leveranciers van landbouw- en voedingsproducten¹² te beschermen tegen oneerlijke handelspraktijken gepleegd door hun afnemers. Zevoert in dat opzicht een zwarte en grijze lijst in, met in alle gevallen oneerlijke marktpraktijken (zwarte lijst) en marktpraktijken die vermoed worden oneerlijk te zijn, tenzij zij eerder op duidelijke en

⁹ De bepalingen inzake onrechtmatige bedingen in b2b-overeenkomsten van de wet van 4 april 2019 “houdende wijziging van het Wetboek van Economisch Recht met betrekking tot misbruiken van economische afhankelijkheid, onrechtmatige bedingen en oneerlijke marktpraktijken tussen ondernemingen” traden pas in werking op 1 december 2020.

¹⁰ <https://www.ccecrb.fgov.be/p/nl/888/afnameverplichtingen-in-overeenkomsten-tussen-brouwerijen-drankenhandelaars-en-de-horeca/19>

¹¹ Dit is de afkorting van “Unfair Trading Practices”: omdat het hier om de eerste richtlijn gaat die een b2b-bescherming tegen oneerlijke handelspraktijken (of in de context van het WER marktpraktijken) invoert, wordt deze wetgeving – die zich enkel beperkt tot de agro-voedingsketen- in Europa gemeenzaam de UTP-wet genoemd.

¹² Enkel leveranciers met een jaarlijks geconsolideerd omzetcijfer van 350 miljoen euro worden beschermd. Deze beperking in omzetcijfer geldt evenwel niet voor producentenorganisaties die erkend zijn krachtens artikel 152 van 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. Zie artikel VI.109/4 WER.

ondubbelzinnige wijze zijn overeengekomen in de leveringsovereenkomst of in een daaropvolgende overeenkomst tussen de leverancier en de afnemer (grijze lijst).

Het gaat in de zwarte lijst bijvoorbeeld om een verbod van een betalingstermijn van langer dan 30 dagen, het op een te korte termijn annuleren van bestellingen voor de levering aan de afnemer, het zomaar eenzijdig wijzigen van de leveringsvoorwaarden door de afnemer, of het eisen dat de leverancier bijdraagt in het verlies of het bederf van goederen nadat de eigendom is overgedragen aan de afnemer, en zonder dat dit aan nalatigheid of fout van de leverancier is toe te schrijven.

In de grijze lijst gaat het vooral om het vragen van vergoedingen aan de leverancier voor kosten die normaliter op de afnemer wegen, of het opzadelen van de leverancier met het financiële risico van onverkochte producten.

Indien de opgesomde praktijken voorkomen in de vorm van contractvoorwaarden, namelijk bedingen die gelden in de overeenkomst tussen de betrokken partijen, dan dient hier eveneens rekening mee te worden gehouden in het kader van de bescherming tegen onrechtmatige bedingen. In de UTP-wet wordt daarom ook uitdrukkelijk gesteld dat contractuele bedingen die oneerlijke marktpraktijken tussen een afnemer en een leverancier tot gevolg hebben, verboden en nietig zijn (artikel VI.109/8, tweede lid WER). Wel moet hierbij rekening worden gehouden met de overgangsregeling.

1.2 Structuur van de agro-voedingsketen: producenten, voedselverwerking en distributie

De beoordeling van het onrechtmatig karakter van bedingen gebeurt – buiten de bedingen van de zwarte lijst- nooit geïsoleerd. Artikel VI.91/3 WER bepaalt in dit opzicht dat bij deze beoordeling rekening moet worden gehouden met “alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, de algemene economie van de overeenkomst, alle geldende handelsgebruiken, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, op het moment waarop de overeenkomst is gesloten in aanmerking genomen, rekening houdend met de aard van de producten waarop de overeenkomst betrekking heeft”.

Een belangrijke factor waarmee rekening moet worden gehouden is de hoedanigheid van de partijen, en hoe ze zich verhouden tot hun medecontractanten, welke hun relatieve machtspositie en dus ook hun onderhandelingspositie is.

Hierbij dient voor ogen gehouden worden dat de agro-voedingsketen bestaat uit 3 sectoren: de landbouwsector, de voedselverwerkende industrie en de distributiesector. Het hoeft hierbij geen betoog – de Oekraïne-crisis bewees dit nog maar eens- dat het hier om een zeer internationale markt gaat, waar alle Belgische ondernemingen aan onderhevig zijn.

Aangezien de vraag van de heer Minister betrekking heeft op de agro-voedingsketen met deze drie actoren, heeft de brc Onrechtmatige Bedingen geprobeerd om overeenkomsten van deze 3 partijen te verzamelen. Bij het onderzoek van de overgemaakte contractclausules was het evenwel niet altijd duidelijk tussen welke partijen de overeenkomsten werden gesloten.

Wat de agro-voedingsketen op zich betreft, is deze markt in vergelijking met andere sectoren bijzonder kwetsbaar omdat enerzijds het aanbod van de producenten sterk afhankelijk zijn van de

weersomstandigheden en van het klimaat, terwijl anderzijds de vraag heel inelastisch is¹³. Daarnaast gaat het om een heel verticaal georganiseerde markt, met zeker voor wat de landbouw betreft veel kleine ondernemingen tegenover een geconcentreerde markt van afnemers (retail). Dit dient enigszins genuanceerd te worden, aangezien voedingsproducenten daarnaast ook aan groothandelaars, verwerkingsondernemingen, landbouwcoöperatieven verkopen, en deze kwetsbare positie dient in dat opzicht per marktsegment bekeken te worden.

Langs de andere kant is ook de retail of distributie in haar onderhandelingspositie afhankelijk van de marktmacht en merkbekendheid van enkele multinationale voedselverwerkingsbedrijven, en dient er rekening gehouden te worden dat het hier in veel gevallen om essentiële voedingsproducten gaat, waardoor het doorrekenen van prijsverhogingen aan de consument evenmin een optie is in sommige gevallen.

Deze factoren spelen inherent mee bij de beoordeling van de vraag of de voorgelegde bedingen al dan niet een kennelijk onevenwicht creëren tussen de contractuele rechten en verplichtingen van de contractpartijen.

1.3 Contextuele toetsing binnen het contractuele kader- probleem van apart overgemaakte bedingen

In punt 2 werd erop gewezen dat de hoedanigheid van de partijen, en hun onderhandelingspositie in het licht van de eigenheid van de markt, een inherent element is bij de beoordeling van het onrechtmatig karakter.

Dit geldt ook voor de beoordeling van een beding in samenhang met andere bedingen, met alle andere omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst of de geldende handelsgebruiken, en de economie van het contract.

Veel van de overgemaakte clausules werden “*an sich*” overgemaakt, i.e. zonder de hele economie van het contract in aanmerking te nemen. Zo kan het bijvoorbeeld zijn – weliswaar binnen de perken van wat toelaatbaar mag geacht worden- dat een bepaald risico uitdrukkelijk is ingecalculeerd bij het beperken van een prijsaanpassingsbeding, wat het vermoeden dat een beding onrechtmatig zou zijn kan weerleggen.

Zoals ook uit de analyse in hoofdstuk 2 van de te onderzoeken bedingen zal blijken, hangt veel dus af van de samenhang van het betrokken beding in relatie met de andere bedingen, met de geldende handelsgebruiken in de specifieke sector, en met de economie van het contract. Dit zijn criteria die ook uitdrukkelijk opgesomd worden in artikel VI.91/3, § 2, eerste lid, WER.

¹³ *Parl. St.*, Kamer, Doc. 55 2177/001, p. 4-6, verwijzend naar de impactanalyse van de Europese Commissie op het voorstel van richtlijn oneerlijke handelspraktijken agro-voedingsketen: Commission staff working document, Impact assessment, Initiative to improve the food supply chain (unfair trading practices), 12 april 2018, (2018) 92 final, blz. 8-11.

2 Hoofdstuk 2. Analyse van de in vraag gestelde bedingen

2.1 Afdeling 1. Bedingen inzake prijsaanpassing

2.1.1 Algemeen: prijsvaststelling versus prijsaanpassingsbedingen

De prijsvaststelling op zich is een zaak van de vrije markt. Artikel V.2 WER bepaalt dat “de prijzen van goederen en diensten worden bepaald door de vrije markt”.

De toetsing aan de onrechtmatige bedingen is in principe een toetsing van het juridisch evenwicht: er moet worden gekeken of er sprake is van een kennelijk onevenwicht tussen de rechten en plichten van partijen. Dit is te beoordelen in functie van de “zwarte lijst” van onrechtmatige bedingen, de “grijze lijst” van onrechtmatige bedingen en het algemeen begrip “onrechtmatig beding”.

Wát de partijen overeenkomen, en tegen welke prijs, kan niet getoetst worden krachtens de bepalingen inzake onrechtmatige bedingen, op voorwaarde weliswaar dat de afspraken omtrent de essentialia van het contract duidelijk gemaakt zijn.

Dit vertaalt zich wettelijk in artikel VI.91/3, § 2, *in fine* WER dat stelt dat de beoordeling van het onrechtmatige karakter van bedingen geen betrekking op de bepaling van het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst, noch op de gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs of vergoeding en anderzijds de als tegenprestatie te leveren producten, voor zover die bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd.

De toetsing van de gelijkwaardigheid van enerzijds de prijs en anderzijds de tegenprestatie, ook in het licht van de gewijzigde omstandigheden, valt derhalve in principe buiten de bepalingen VI.91/1 e.v. WER.

Enkel indien de bepalingen inzake prijzen/ vergoedingen onduidelijk geformuleerd zijn kan gekeken worden naar de gelijkwaardigheid van de prijs en de tegenprestatie.

Enkel de verhouding prijs/voorwerp van de overeenkomst valt onder deze uitsluiting. Bepalingen op grond waarvan partijen de mogelijkheid krijgen een aanpassing van de prijs te vragen, of bepalingen inzake de wijze van aanpassing van de prijs vallen op zichzelf beschouwd niet onder het bepaalde in art. VI.91/3, § 2, *in fine* WER.

Enkel indien met een bepaald risico uitdrukkelijk zou rekening gehouden zijn bij de prijsvaststelling, zou dit als een zogenaamd kernbeding (art. VI.91/3, § 2, *in fine* WER) kunnen beschouwd worden en alsnog zijn uitgesloten uit de controle op grond van de onrechtmatige bedingenleer. Volgens de voorbereidende werken bij de b2b-wet ligt een “kernbeding” voor, zodra een partij akkoord ging om een bepaald element of risico uit te sluiten in ruil voor een voordeel.¹⁴

¹⁴ *Parl. St. Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, p. 34; “Bedingen die het voorwerp van de overeenkomst bepalen (de zogenaamde “kernbedingen”) worden uitgesloten van toetsing op hun onrechtmatig karakter, op voorwaarde dat ze duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd. Deze uitsluiting is logisch: aan het beginsel van de contractvrijheid wordt niet geraakt, enkel aan het misbruik dat ervan wordt gemaakt. Kan dus worden aangetoond dat de andere partij akkoord ging om een bepaald element van de overeenkomst, of een bepaald risico, uit te sluiten in ruil voor een voordeel, dan gaat het om een beding omtrent het voorwerp van de overeenkomst dat onder de contractvrijheid valt.”*

Dit dient dan wel ook duidelijk naar voor te komen, met andere woorden “op duidelijke en begrijpelijke manier te zijn geformuleerd” (transparantievereiste). De vraag stelt zich dan of het al dan niet (beperkt) voorzien in een mogelijkheid van prijsherziening door partijen werd uitgesloten in ruil voor een voordeel (bijv. garantie van een basisprijs zoals in sommige contracten het geval is).

De brc Onrechtmatige Bedingen wenst daarnaast nog op te merken dat voor wat bedingen betreft die voorzien in prijsherzieningsmechanismen, tot nader order nog altijd artikel 57 van de wet van 30 maart 1976 betreffende de economische herstelmaatregelen geldt¹⁵, die dergelijke contractuele prijsherzieningen – in de mate ze toepasselijk zijn- enkel tot belope van 80% van het werkelijke aandeel van de op te sommen parameters die reële kosten vertegenwoordigen, toelaten.

2.1.2 Onderzochte bedingen

De door de beroepsorganisaties overgemaakte contracten of contractclausules hebben in het algemeen ofwel (1) betrekking op de levering van landbouwproducten (suiker, bieten, melk, wortelen, spinazie, enz.), ofwel (2) overeenkomsten tussen voedselverwerkende ondernemingen en hun afnemers.

(1) Wat de prijsvaststelling van deze landbouwproducten betreft, is deze prijs doorgaans bepaalbaar aan de hand van objectieve maatstaven in de kaderovereenkomst, die reeds lange tijd zo vastgesteld zijn: de prijs wordt op afgesproken tijdstippen (bijvoorbeeld wekelijks) bepaald in functie van de marktprijzen voor die producten, of in functie van de (objectief vast te stellen) kwaliteit boven een basisprijs. Het gaat hier om een objectieve prijsvaststelling op het moment van de levering aan de hand van bepaalbare parameters, het gaat bijgevolg in die gevallen niet om prijsherzieningsbedingen.

(2) Zo er in de overeenkomsten tussen voedselverwerkende ondernemingen en hun afnemers een mogelijkheid tot prijsaanpassing wordt voorzien, dan is ofwel het akkoord van beide partijen vereist, of een motivering vereist.

Het gaat in de aangegeven gevallen van prijsaanpassingsbedingen niet om een eenzijdig recht op wijziging, het gaat meer om een recht om een aanpassing te vragen en er is doorgaans bepaald dat partijen moeten akkoord gaan over de aanpassing. De betrokken bedingen strekken er derhalve niet toe een onderneming toe te laten eenzijdig de prijs te wijzigen.

2.1.3 Toetsing van de onderzochte bedingen aan de zwarte en grijze lijst- bevindingen

Eenzijdige mogelijkheid tot prijsvaststelling of tot aanpassing van de prijs

De brc trof onder meer het volgende beding aan: « Le fournisseur recevra le paiement pour le produit livré tel que défini par le conseil d'administration et expliqué en outre dans les conditions générales d'affiliation en vigueur à tout moment. »), en verder in het contract : « En cas de décision par le conseil d'administration, XXXX pourra amender la présente convention moyennant un préavis d'au moins 3 mois après l'envoi de la notification (ou plus longtemps pour l'entrée en vigueur de l'amendement selon les dispositions impératives de la loi). À l'échéance du préavis, l'amendement concerné sera considéré comme convenu entre les parties et fera partie de la convention. »

Indien dit concreet betekent dat de Raad van Bestuur eenzijdig kan beslissen over het voorwerp en/of de prijs van het geleverde goed, is dit te zien als een potestatieve voorwaarde (art. VI.91/4, 1° WER), of ook een beding dat één partij het eenzijdige recht verleent om een of ander beding van de

¹⁵ B.S. 1 april 1976.

overeenkomst te interpreteren (art. VI.91/4, 2°, WER), en zijn dergelijke bedingen onrechtmatig in de zin van de genoemde bepalingen.

Zonder geldige reden de prijs eenzijdig wijzigen

Artikel VI.91/5, 1° WER heeft onder meer betrekking op prijswijzigingsbedingen en stelt dat behoudens bewijs van het tegendeel vermoed worden onrechtmatig te zijn, de bedingen die ertoe strekken “de onderneming het recht te verlenen om zonder geldige reden de prijs, de kenmerken of de voorwaarden van de overeenkomst eenzijdig te wijzigen”).

Bij de leveringsovereenkomsten inzake landbouwproducten wordt doorgaans bepaald dat de prijs wordt vastgesteld op het moment van het specifieke aankooporder of op het moment van de levering. Indien de prijs op dat moment wordt overeengekomen, of indien de prijs bepaalbaar is volgens objectieve gegevens die aan de wil van de partijen zijn onttrokken of volgens objectieve elementen waardoor de overeenkomst kan worden bepaald zonder dat er een nieuw akkoord tussen de partijen nodig is, dan gaat het niet om een eenzijdig wijzigingsrecht en stelt zich geen probleem in het licht van deze bepaling.

Bijvoorbeeld:

«Art. ... Ce prix est établi par rapport à un Prix de référence du produit calculé chaque année selon la formule et les paramètres définis à l'Annexe n°1 « Détermination du Prix de référence du produit », et audité par un commissaire aux comptes indépendant, [...]»

« Art. ...Pour les produits sources d'une richesse différente, les bonifications et réfections sont calculées comme suit (% d'augmentation ou de diminution du prix des produits à tel degré (par dixième de degré). »

De prijsbepaling gebeurt dus aan de hand van een gemiddelde en een referentieprij, en de prijsaanpassing gebeurt in functie van de kwaliteit (suikergehalte)

Indien de contractvoorwaarden echter ertoe zouden strekken dat een partij een eenzijdig wijzigingsrecht zou hebben van de voorwaarden van de overeenkomst, ook indien er geen geldige reden is, dan zijn dergelijke contractvoorwaarden in strijd met artikel VI.91/5, 1°, WER en gaat het mogelijks ook om een eenzijdige mogelijkheid tot prijsvaststelling door één partij, wat in strijd is met artikel VI.91/4, 2°, WER. Er kan in dit opzicht gewezen worden naar het voorbeeld gegeven in punt 3.1.

Zoals reeds bij de bespreking van de aangetroffen bedingen is aangehaald, wordt in de overeenkomsten tussen voedselverwerkende ondernemingen en hun afnemers bij prijsaanpassingen ofwel het akkoord van beide partijen vereist, of een motivering vereist. Het gaat dus niet om een eenzijdig wijzigingsrecht.

In die bepalingen wordt opgesomd omwille van welke redenen de partijen de prijzen kunnen heronderhandelen. Vooral in het kader van een toetsing van deze contractvoorwaarden aan de algemene norm (art. VI.91/3, § 1, WER), is het van belang dat hierin zowel redenen die verband houden met de economische activiteit van de leverancier, als redenen die verband houden met de economische activiteit van de afnemer, worden opgenomen.

Zo wordt in één van de overgemaakte voorbeelden voorzien in een expliciete mogelijkheid tot heronderhandeling bij verlaging van de grondstoffenprijzen. De verhoging van de prijzen staat hier niet expliciet vermeld, maar lijkt niet uitgesloten door de algemene bepaling.

Een ander voorbeeld waarin de aanleidingen tot heronderhandeling worden opgesomd stelt dat dit bijvoorbeeld kan indien de rentabiliteitsdoelstellingen van de “klant” niet meer behaald kunnen

worden. Maar anderzijds is er ook een mogelijkheid tot heronderhandeling *“wanneer er aanwijzingen zijn dat één of meer van de kostprijzen samenstellende elementen van de tarieven (bv. Grondstofprijzen, taksen, ...) in belangrijke mate verhoogd of verlaagd zijn”*.

De redenen waarom de prijs kan worden aangepast, en de omstandigheid dat deze aanpassingen zowel naar beneden als naar boven moeten gelden, dienen hierbij evenwichtig te zijn en te beantwoorden aan de respectieve contractuele belangen.

Het spreekt daarnaast voor zich dat bij dergelijke contractclausules vooral de uitvoering ter goede trouw van dergelijke algemene principes, en het te goeder trouw heronderhandelen van de prijs en de aankoopvoorwaarden (en dus de uitoefeningstoets), een even belangrijke rol zullen spelen als een evenwichtige opsomming van de redenen tot heronderhandeling.

2.1.4 Afwezigheid van prijsaanpassingsbedingen: zonder tegenprestatie het economische risico op een partij leggen?

Artikel VI.91/5, 3° WER bepaalt dat behoudens bewijs van het tegendeel vermoed worden onrechtmatig te zijn, de bedingen die ertoe strekken *“zonder tegenprestatie het economische risico op een partij leggen indien die normaliter op de andere onderneming of op een andere partij bij de overeenkomst rust”*).

Het eerste punt dat te onderzoeken is, is of de contracten die geen bepalingen inzake prijsaanpassing opnemen bij onvoorziene omstandigheden, aan deze bepaling kunnen worden getoetst, in die zin dat het niet voorzien van een prijsaanpassing in bepaalde omstandigheden het economisch risico van de prijsstijging of -verlaging zou leggen op een partij, terwijl die normaliter op de ander rust.

In de eerste plaats zou kunnen opgemerkt worden dat de afwezigheid van een bepaald beding (nl. het beding van prijsaanpassing) er niet toe kan leiden dat getoetst wordt op basis van de bepalingen inzake onrechtmatige bedingen.

Er is echter volgens de brc Onrechtmatige Bedingen rekening mee te houden dat volgens artikel VI.91/5 WER de toetsing bedingen betreft *“die ertoe strekken”* bepaalde gevolgen teweeg te brengen. Deze precisering maakt het mogelijk om te kijken naar een geheel van bepalingen (bijv. de bepalingen inzake prijsbepaling) en te kijken of deze zoals ze geformuleerd zijn (derhalve zowel rekening houdend met wat erin is opgenomen of er niet in is opgenomen)¹⁶ ertoe strekken een onrechtmatigheid in de zin van artikel VI.91/5 WER tot stand te brengen. In dat opzicht kunnen die prijsbedingen als geheel (en met het ontbrekend element inzake prijsaanpassing) getoetst worden aan artikel VI.91/5, 3° WER. Zoals hierna zal blijken, is de contextuele toetsing hier van groot belang¹⁷, en dient vooral rekening gehouden te worden met wat gebruikelijk is in de gegeven sector qua prijsaanpassingsbedingen.

¹⁶ De transparantievereiste vervult, samen met deze contextuele toetsing, een centrale rol bij de beoordeling van de bedingen of combinatie van bedingen. Zo heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat het niet uitdrukkelijk meedelen van een bodemrentevoet voor een hypothecaire lening met variabele rentevoet een inbreuk op de transparantievereiste betreft die zo zwaarwichtig is dat ze tot gevolg had dat ze leidde tot een oneerlijk beding in de zin van artikel 3, eerste lid, richtlijn oneerlijke bedingen, met alle gevolgen die dit met zich meebracht. Zie het arrest Gutierrez Naranjo (Grote Kamer): HvJ, 21 december 2016, C-154/15, C-307/15, en C-308/15 *Francisco Gutiérrez Naranjo tegen Cajasur Banco SAU, Ana María Palacios Martínez tegen Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA), Banco Popular Español SA tegen Emilio Irlés López en Teresa Torres Andreu*, ECLI:EU:C:2016:980 ;

¹⁷ Deze spelen immers onverkort mee bij de beoordeling aan de hand van de grijze lijst. Met name alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, de algemene economie van de overeenkomst, alle geldende handelsgebruiken, alsmede alle

In die zin is een toetsing volgens de brc ORB toch mogelijk ingeval het contract geen bepaling bevat inzake prijsaanpassing.

Toepassingscriteria van artikel VI.91/5, 3° WER:

(1) Economisch risico

Art. VI.91/5, 3° WER betreft bedingen die betrekking hebben op het verleggen van een “economisch risico”. De vraag is vooreerst wat onder de notie “economisch risico” valt.

De wet, noch de voorbereidende werkzaamheden geven hiervan een definitie.

Verscheidende auteurs hebben erop gewezen dat deze notie niet de juridische risico's viseert, zoals aansprakelijkheid¹⁸.

De notie ‘economisch risico’ houdt ook op zich een element van onzekerheid die partijen op zich moeten nemen: met andere woorden iedere partij dient een bedrijfsrisico, eigen aan de economische activiteit, op zich te nemen¹⁹.

(2) Onterecht verplaatsen van het risico

Of het economische risico bij de een of bij de andere partij ligt, valt volgens bepaalde rechtsleer, waarin de brc Onrechtmatige Bedingen zich bij kan aansluiten, te bezien vanuit de economie van het contract: het risico moet gedragen worden door de partij die het best geplaatst is om het op zich te nemen, bijvoorbeeld door de controle die hij/zij rechtstreeks of via tussenpersonen kan uitoefenen op het voorwerp van de overeenkomst, of de mogelijkheid dat hij zich kan verzekeren tegen het verlies »²⁰.

Dit is geval per geval te beoordelen²¹ waarbij ook rekening is te houden met de betrokken sector en de geldende handelsgebruiken²².

Zo in de betrokken sector prijsaanpassingsclausules bij verlaging / verhoging van de prijs gebruikelijk zijn, dan kan de afwezigheid van een dergelijke bepaling in overweging genomen worden voor de beoordeling van de onrechtmatigheid, samen met andere elementen, wegens verlegging van een economisch risico.

Er moet echter ook gekeken worden naar andere elementen (zoals de duur van het contract).

Bij afwezigheid van enige bepaling inzake prijsaanpassing zou ook gesteld kunnen worden dat er geen sprake is van een verlegging van economisch risico, wanneer het economisch risico van een onzekere

andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, zie artikel VI.91/3, § 2, eerste lid, WER.

¹⁸ R. JAFFERALI, “Les clauses abusives dans les contrats B2B après la loi du 4 avril 2019 ou le règne de l’incertitude”, *JT* 2020, p. 306.

¹⁹ R. JAFFERALI, “Les clauses abusives dans les contrats B2B après la loi du 4 avril 2019 ou le règne de l’incertitude”, *JT* 2020, p. 306.

²⁰ R. JAFFERALI, “Les clauses abusives dans les contrats B2B après la loi du 4 avril 2019 ou le règne de l’incertitude”, *JT* 2020, p. 307.

²¹ I. CLAEYS en T. TANGHE, “De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken”, *RW* 2019-20, nr. 51.

²² *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-1451/3, p. 42. In dat verband geeft de parlementaire voorbereiding aan dat de handelsgebruiken in bijvoorbeeld de distributiesector niet dezelfde zijn als die in de bouwsector. I. CLAEYS en T. TANGHE, “De b2b-wet van 4 april 2019: bescherming van ondernemingen tegen onrechtmatige bedingen, misbruik van economische afhankelijkheid en oneerlijke marktpraktijken”, *RW* 2019-20, nr. 51; S. GERIGAT en R. STEENNOT, “Impact van de B2B-wet op de wilsautonomie en de rechtszekerheid, een rechtsvergelijkende analyse”, *TPR* 2019, p. 1027, nr. 52.

gebeurtenis van de prijswijziging gelijk op beide partijen rust, omdat ze elk op dezelfde manier het risico lopen van een verhoging of verlaging van de prijs.

De brc Onrechtmatige Bedingen erkent langs de andere kant dat het hier om een uitzondering op het principe van “pacta sunt servanda” gaat, en dat bij de beoordeling ook rekening dient gehouden met de rechtszekerheid en het basisprincipe van de uitvoering van overeenkomsten zoals deze overeengekomen zijn. Toch moeten bedingen die betrekking hebben op aan externe, ontoerekenbare risico's, aangepast zijn aan de aard van dergelijke situaties, zoniet wordt de last van dergelijke risico's te eenzijdig op één partij gelegd.

(3) zonder tegenprestatie

Zelfs als er verlegging zou zijn van het economische risico, dan nog is dit slechts onrechtmatig indien dit zonder tegenprestatie geschiedt. Als er bijvoorbeeld een contract met een basisprijs zou gelden, waartegenover bepaalde risico's ingecalculleerd zijn, is er wel al een 'tegenprestatie' verrekend in de prijs.

2.1.5 Prijsaanpassingsbeding bij onvoorziene omstandigheden: aangetroffen voorbeelden

In de overgemaakte contracten trof de brc Onrechtmatige Bedingen voorbeelden aan van clausules waarbij rekening gehouden wordt met de mogelijkheid van onvoorziene omstandigheden, en een procedure van heronderhandeling wordt vooropgesteld in de clausule.

Zoals geweten, wordt de imprevisieleer, die reeds algemeen ingang vond in andere rechtsstelsels en Verdragen²³ nu ook aanvaard in het goedgekeurde nieuw Burgerlijk Wetboek, dat pas op 1 januari 2023 in werking treedt²⁴. Deze bepaling in het Burgerlijk Wetboek staat los van de beoordeling van het al dan niet onrechtmatig karakter in het licht van artikel VI.91/5, 3° WER;

In het licht van artikel VI.91/5, 3° WER, waar zoals in punt 4 naar voor kwam, dient immers gekeken te worden naar de vraag of er (zonder tegenprestatie) een onterechte verplaatsing is van een *economisch* risico, dienen dergelijke clausules aangepast zijn aan het plotse en onvoorziene karakter van dergelijke situaties van imprevisie.

Voorbeelden

De brc Onrechtmatige Bedingen trof in dat opzicht clausules aan, waar een aanpassing aan imprevisie slechts één keer in een kalenderjaar kon worden ingeroepen. Beide partijen beschikken over de mogelijkheid om bij ontoerekenbare verandering van omstandigheden die een belangrijke impact heeft op het contractuele evenwicht, een vraag tot heronderhandeling in te dienen, ten minste drie maand voor de gewenste datum van toepassing. Over deze aanpassing wordt onderhandeld gedurende maximum één maand, waarna het eventuele akkoord na twee maanden in werking zou treden. Tijdens de maanden juli, augustus, november en december zouden geen wijzigingen mogen toegepast worden. Deze zouden pas kunnen doorgevoerd worden op 1 september, respectievelijk 1 januari.

²³ Bijv.-b. Nederland, artikel 6:257 NBW, art. 79.1 Weens Koopverdrag.

²⁴ Zie artikel 5.74 “Verandering van omstandigheden”, in de wet van 28 april 2022 houdende invoeging van boek 5 “Verbintenissen” in het Burgerlijk Wetboek, B.S. 1 juli 2022

Bespreking

Het risico van imprevisie wordt dus contractueel omkaderd, en beide partijen kunnen desgevallend beroep doen op imprevisie. Op zich wordt het risico niet onterecht naar één partij verschoven.

Indien gelet op alle omstandigheden rond de sluiting van de overeenkomst, de algemene economie van de overeenkomst, alle geldende handelsgebruiken, alsmede alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is, het inroepen van imprevisie de facto niet werkbaar zou zijn, dan kan een dergelijk beding niettemin onrechtmatig bevonden worden in de zin van de algemene norm van artikel VI.91/3, § 1, WER.

2.2 Afdeling 2. Bedingen inzake risico-overdracht

Een tweede categorie van bedingen waarvan de heer Minister wenst dat de brc Onrechtmatige Bedingen een onderzoek voert en een analyse maakt, betreft de bedingen inzake risico-overdracht. Er kan vooreerst verwezen worden naar de wettelijke regeling van oneerlijke overdracht van risico in de UTP-wetgeving, bijvoorbeeld artikel VI.109/5, 5°, WER, waar de marktpraktijk verboden wordt waarin de afnemer verlangt van de leverancier dat hij betaalt voor het bederf of verlies, of beide, van landbouw- en voedingsproducten, dat zich voordoet bij de afnemer of nadat de eigendom is overgedragen aan de afnemer, en dat niet aan nalatigheid of fout van de leverancier is toe te schrijven.

Aangezien er een overgangsregeling geldt voor op 15 december 2021 reeds gesloten overeenkomsten, en aangezien het hier gaat om specifieke wetgeving waar de brc Onrechtmatige Bedingen strikt gezien niet voor bevoegd is, werd niet onderzocht of dergelijke praktijken in de vorm van contractvoorwaarden voorkwamen in de leveringsovereenkomsten.

Wat contractuele regelingen inzake risico-overdracht betreft, trof de brc Onrechtmatige bedingen vooral bedingen inzake overmacht aan. Zowel in (1) de overeenkomsten met betrekking tot de levering van landbouwproducten (suiker, bieten, melk, wortelen, spinazie, enz.), en de (2) overeenkomsten tussen voedselverwerkende ondernemingen en hun afnemers, zijn overmachtsclausules.

Zoals reeds in het advies inzake de afnameverplichtingen in overeenkomsten tussen brouwerijen-drankenhandelaars en de horeca naar voor kwam²⁵, kunnen overmachtsclausules in de eerste plaats getoetst worden aan artikel VI.91/5, 3° WER, indien ze tot gevolg zouden hebben dat het economisch risico onterecht volledig op één partij wordt afgewenteld (art. VI.91/5, 3°, WER). Overmachtsclausules kunnen desgevallend ook getoetst worden aan artikel VI.91/5, 4° WER indien hierdoor de wettelijke rechten van een partij bij gebrekkige uitvoering van één van de contractuele verplichtingen op on gepaste wijze beperkt of uitgesloten worden doordat het risico van overmacht volledig op een contractspartij gelegd wordt (artikel VI.91/5, 4° WER).

In tweede orde is er ook altijd een toetsing aan de algemene norm (art. VI.91/3, § 1 WER): de rechtspositie van de benadeelde partij mag bijvoorbeeld niet kennelijk worden aangetast door hem rechten te ontnemen die hij krachtens het nationale recht zou hebben bij gebrek aan het beding.

De brc Onrechtmatige Bedingen stelt vast dat de meeste contracten voorzien dat overmacht de partijen bevrijdt en indien deze situatie voortduurt, een dergelijke situatie tot de ontbinding van de overeenkomst kan leiden. Dit is conform aan een normale contractuele regeling: een tijdelijke vorm

²⁵ Brc OB 47, 29 juli 2021, 29 juli 2021, Advies inzake de afnameverplichtingen in overeenkomsten tussen brouwerijen-drankenhandelaars en de horeca, p. 13.

van overmacht schort de nakoming van de wederzijds aangegane verbintenissen op, en een definitieve vorm van overmacht bevrijdt de partijen van hun respectieve verbintenissen.

Voorbeeld:

Voorbeeld 1. Chaque Partie devra, dans le cas d'une impossibilité d'exécuter les engagements pris dans le Contrat et relevant d'un cas de force majeure, immédiatement en informer l'autre Partie, par lettre recommandée avec accusé de réception.

En cas de persistance du cas de force majeure pendant plus d'un mois à compter de l'envoi de la lettre recommandée, et faute de solution alternative, l'autre Partie aura la possibilité de résilier le Contrat immédiatement et sans compensation.'

Voorbeeld 2.

11.1. "Force Majeure" means circumstances beyond the reasonable control of the parties including lock-outs, strikes and other industrial disputes. Low production due to weather conditions is expressly excluded as Force Majeure.

11.2. If an event of Force Majeure prevents a party to perform its obligations, this party will suspend performance of its obligation during the period required to remove such cause. In such event the party prevented to perform its obligations shall notify the other party and, if the period of suspension lasts longer than four (4) weeks, the other party may at any time cancel the contract with immediate effect."

Zoals hierboven al is besproken, moet hierbij uitgegaan worden van het basisprincipe dat iedere onderneming gehouden is tot een normaal ondernemingsrisico. In de landbouwsector geldt nu eenmaal dat dat lage productie tgv weersomstandigheden geen overmacht uitmaakt, in zoverre het niet om extreme situaties gaat, waarvan de overheid het uitzonderlijk karakter erkent. Clausules waarin gesteld wordt dat lage productie ten gevolge van weersomstandigheden niet onder het begrip overmacht vallen, zijn dan ook toegelaten krachtens het gemeen recht.

Er wordt wat betreft de beoordeling van overmachtsclausules in het licht van artikel VI.91/5, 4° WER, dan ook verwezen naar de overwegingen inzake externe, onvoorzienbare risico's en prijsaanpassingsclausules²⁶.

De brc Onrechtmatige Bedingen wijst er in dit opzicht nogmaals op dat indien bepaalde risico's ingecalculeerd zouden zijn in de prijs en er hierover uitdrukkelijk overeenstemming zou gelden, het vermoeden van artikel VI.91/5, 4° WER weerlegd kan worden.

Zoals reeds gesteld, schort een tijdelijke vorm van overmacht de verbintenissen van de partijen op, en bevrijdt een definitieve vorm van overmacht de partijen, waardoor zij de ontbinding van de overeenkomst moeten kunnen invoeren. De brc Onrechtmatige Bedingen veronderstelt dan ook dat deze bepaling in die zin moet worden begrepen:

Voorbeeld 3. "Tout retard dans l'exécution de ses obligations par l'une des parties qui trouve sa cause dans un cas de force majeure ne sera pas considérée comme une inexécution et n'entraînera dès lors pas la résiliation de la présente convention. [...]"

In dit voorbeeld zijn de juridische gevolgen niet duidelijk: heeft de benadeelde partij bijvoorbeeld het recht om de ontbinding van de overeenkomst te vragen bij blijvende onmogelijkheid?

²⁶ Zie hoger bij de bespreking van artikel VI.91/5, 3°, in afdeling 1.

2.3 Afdeling 3. Bedingen inzake boetes in geval van niet-levering of vertraging

2.3.1 Uitgangspunt

Wat schadebedingen betreft, is het vooreerst van belang dat ze duidelijk en begrijpelijk geformuleerd zijn (artikel VI.91/2 WER) en op basis van objectieve criteria een bepaalbare schadevergoeding vaststellen in geval van toerekenbare tekortkoming van de schuldenaar van de verbintenis.

Schadebedingen dienen vervolgens getoetst te worden aan artikel VI.91/5, 8° WER. Deze bepaling van de grijze lijst komt erop neer dat schadebedingen een indemnifair of schadevergoedend karakter moeten hebben, en geen punitief of bestraffend karakter. Artikel VI.91/5, 8° WER bepaalt dat behoudens bewijs van het tegendeel vermoed worden onrechtmatig te zijn, de (combinaties van) bedingen die ertoe strekken *“8° in geval van niet-uitvoering of vertraging in de uitvoering van de verbintenissen van de andere partij, schadevergoedingsbedragen vast te stellen die kennelijk niet evenredig zijn aan het nadeel dat door de onderneming kan worden geleden.”*

2.3.2 Voorbeeld

“The Buyer will have the right to claim, in addition to 250 Euro administrative fee, a penalty due by the Supplier that will rise until 10% (capped at 50%) if the gross purchase value for the first day that Goods are not delivered as foreseen. For each additional day that the Goods are not delivered the Buyer will have the right to add an additional penalty fee equal to 5% of the gross purchase value of the missing Goods on top.”

2.3.3 Bespreking van dit voorbeeld

De bedongen schadevergoeding bij niet-tijdige levering door de leverancier moet in redelijke verhouding staan tot de te ramen schade op het ogenblik van het sluiten van de overeenkomst.

Zoals aangegeven, dient een schadebeding vooreerst duidelijk en begrijpelijk geformuleerd te zijn (de transparantievereiste, artikel VI.91/2 WER). Voor schadebedingen houdt dit in dat duidelijk moet bedongen worden welke schadevergoeding verschuldigd is, vanaf welk moment.

Schadebedingen die betrekking hebben op eenzelfde soort schade dienen gegroepeerd te worden. Gelden schadebedingen cumulatief, dan dient vanuit een beoordeling van deze bedingen in hun globaliteit nagegaan te worden of ze betrekking hebben op onderscheiden vormen van schade²⁷.

Vooreerst is het in dit opzicht niet duidelijk hoe en in welke omstandigheden de 10%, die kan oplopen tot 50%, aangerekend worden. Ten tweede behoudt de Koper zich het recht voor om een bijkomende boete van 5% van de bruto-verkoopwaarde aan te rekenen per ‘bijkomende’ dag vertraging.

Er kan vervolgens opgemerkt worden, voor wat die bijkomende boete betreft, dat dit een discretionaire beoordeling van de Koper betekent, wat op zich reeds in strijd is met artikel VI.91/4, 2° WER. Ten tweede is niet duidelijk of de boete van 10 tot 50% cumulatief toe te passen is met de boete van 5% per ‘bijkomende’ dag vertraging.

Naast een vergoeding voor de administratiekosten en de invorderingskosten, kan ermee ingestemd worden dat de schade ook bestaat in het op zijn beurt niet kunnen beschikken over de beloofde

²⁷ Zie reeds C.O.B. 23, 19 december 2007, Advies inzake de contractuele voorwaarden in de overeenkomsten tussen videotheken en consumenten, p. 14; COB 37, 15 juli 2015, Advies over de contracten huishoudelijke hulp van dienstencheque-ondernemingen, p. 41-42 en aanbeveling p. 44 (10.4.).

levering en dat de Koper aanzienlijke schade lijdt per dag dat bijvoorbeeld het distributiecentrum de beloofde levering niet in het warehouse of de supermarkt kan brengen.

Wat de cumulatie van schadebedingen betreft, moeten deze in hun globaliteit beoordeeld worden, en moet duidelijk aangetoond worden dat de combinatie van deze schadebedingen ziet op verschillende vormen van schade, waarbij die cumulatie niet mag leiden tot een kennelijk onevenwicht tussen de rechten en plichten van de contractspartijen.

2.3.4 Schadebedingen en ontoerekenbare tekortkoming

De brc Onrechtmatige Bedingen merkt tenslotte op dat schadebedingen enkel redelijkerwijs gevorderd kunnen worden van de tegenpartij indien een contractuele tekortkoming toerekenbaar is aan deze medecontractant.

Wordt van de tegenpartij ook een bijkomende schadevergoeding gevraagd bij niet-toerekenbare tekortkoming, dan strekt een dergelijk beding ertoe dat op die manier het economisch risico op één partij wordt afgewenteld (art. VI.91/5, 3°, WER), hetzij de wettelijke rechten van de leverancier bij gebrekkige uitvoering van één van de contractuele verplichtingen op ongepaste wijze beperkt of uitgesloten worden doordat een extern risico volledig op hem wordt gelegd (artikel VI.91/5, 4° WER). In die zin schept een dergelijk beding ook in het algemeen een kennelijk onevenwicht tussen de rechten en plichten van de partijen ten nadele van de leverancier.

Indien een beding bijvoorbeeld “automatisch” geldt voor het geval de levering niet volledig conform is, of in geval een bepaald gepland verkoopcijfer niet bereikt werd, kan gesteld worden dat per definitie een economische risico afgewenteld wordt op een partij.

De brc Onrechtmatige Bedingen verwijst in dit opzicht, voor een analoge redenering, naar haar advies van 29 juli 2021 inzake de afnameverplichtingen in overeenkomsten tussen brouwerijen-drankenhandelaars en de horeca²⁸

2.4 Afdeling 4. Bedingen inzake afstand van verhaal

Een vierde soort bedingen welke de Minister vroeg om nader te bekijken, zijn de bedingen inzake afstand van verhaal.

Het begrip “afstand van verhaal” is voor interpretatie vatbaar, en de brc Onrechtmatige Bedingen zocht hiervoor in de eerste plaats aansluiting bij artikel VI.91/4, 3°, WER van de zwarte lijst.

Krachtens art. VI.91/4, 3° Wetboek Economisch Recht is het volgende beding verboden, de (combinaties van) bedingen die ertoe strekken:

“3° in geval van betwisting, de andere partij te doen afzien van elk middel van verhaal tegen de onderneming;”

Aangezien het om een bepaling van de zwarte lijst in b2b-overeenkomsten gaat (artikel VI.91/4 WER), dient deze bepaling strikt te worden ingevuld. Langs de andere kant gaat het bij bedingen van de zwarte en de grijze lijst om bedingen die een bepaald concreet gevolg teweegbrengen, namelijk bedingen “die ertoe strekken” [in casu de andere partij te doen afzien van elk middel van verhaal tegen

²⁸ Brc OB 47, 29 juli 2021, 29 juli 2021, Advies inzake de afnameverplichtingen in overeenkomsten tussen brouwerijen-drankenhandelaars en de horeca, p. 10-11.

de onderneming], wat betekent bedingen die tot gevolg hebben aan de wederpartij ieder rechtsmiddel te ontnemen dan wel de uitoefening van rechtsmiddelen onredelijk te bezwaren. Eerder dan de formulering, moet het concrete gevolg worden beoordeeld in de voorliggende context. Het 'jus agendi' is trouwens van openbare orde.

Omdat deze bepaling zo strikt geformuleerd is, verhindert het bijgevolg bijvoorbeeld de toepassing van uitdrukkelijk ontbindende bedingen niet, omdat in die gevallen een controle a posteriori van de rechter mogelijk is. Voor dergelijke bedingen geldt evenwel een belangrijke aanvullende toetsing op basis van de algemene norm, zoals dit ook reeds naar voor gekomen is in vorige adviezen van de (bijzondere raadgevende) Commissie Onrechtmatige Bedingen²⁹.

Naast dergelijke oneigenlijke 'eigenrichtingclausules'³⁰ trof de brc Onrechtmatige Bedingen ook arbitragebedingen aan. De Commissie voor Onrechtmatige Bedingen heeft in dit opzicht meerdere keren geoordeeld voor wat b2c-overeenkomsten betreft dat het principe van vrijheid essentieel is voor wat de eventuele keuze voor arbitrage betreft, en dat contractvoorwaarden de consument niet kunnen verplichten tot arbitrage³¹: arbitrage is immers een manier tot conflictoplossing die in essentie op de vrije wil van de partijen is gebaseerd.

Los van de discussie of 'exclusieve' arbitragebedingen al dan niet onder het verbod van artikel VI.91/4, 3°, WER zouden vallen, is het hierbij vooral essentieel om via de algemene norm contextueel te toetsen of dergelijke bedingen tot doel zouden hebben om de wederpartij kennelijk te ontmoedigen zijn rechten uit te oefenen³².

²⁹ Bijvoorbeeld in het advies algemene voorwaarden huishoudhulp via dienstencheques, waar de Commissie voor Onrechtmatige Bedingen bij de beoordeling van de rechtmatigheid van uitdrukkelijk ontbindende bedingen de nadruk legde op duidelijke criteria, wederkerige formulering, en vooral dat een dergelijke ontbinding als 'ultimum remedium' enkel kan wegens voldoende zwaarwichtige redenen, en proportioneel moet toegepast worden. Zie COB 37, 15 juli 2015, advies over de contracten huishoudelijke hulp van dienstencheque-ondernemingen, p. 44.

³⁰ Eigenrichtingclausules zijn clausules die geheel of ten dele de toegang tot het gerecht verhinderen en de realisatie van betwiste materiële rechten beogen zonder tussenkomst van de (overheids/scheids)rechter. Oneigenlijke eigenrichtingclausules zijn clausules die er onrechtstreeks op neerkomen dat het jus agendi belemmerd wordt. Zie J. LAENENS, "Gerechtelijke controle van de handelsgebruiken: grenzen en perspectieven", in *Handelspraktijken en voorlichting en bescherming van de consument*, CDC 18, Brussel, Larcier, 1988, (253), 261-262.

³¹ Zie o.m. C.O.B. 20, 5 mei 2006, Advies op een modelovereenkomst dienstverlening advocaat p. 15; COB 26, 16 december 2009, Advies inzake de contractuele bepalingen in overeenkomsten tussen een architect en zijn cliënt, p. 34., en COB 38, 16 december 2015, Advies over de algemene voorwaarden van sociale netwerksites, p. 48-49.

Zie ondertussen ook het principe van vrijheid, gesteld in artikel 10 van de Richtlijn 2013/11/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG (richtlijn ADR consumenten, *PBEU*, 18 juni 2013, nr. L 165/63.

³² Zie bijvoorbeeld A. Duriau, « Les clauses abusives relatives à la preuve et au règlement des différends », in *Les clauses abusives B2B après la loi du 4 avril 2019*, Anthemis, 2020, p. 393,

3 Besluit

De brc Onrechtmatige Bedingen maakt wat de overgemaakte contracten of contractclausules, een onderscheid tussen (1) contracten of clausules die betrekking hebben op de levering van landbouwproducten (suiker, bieten, melk, wortelen, spinazie, enz.), ofwel (2) contracten of clausules in leveringsovereenkomsten tussen voedselverwerkende ondernemingen en hun afnemers.

Zoals meermaals aangehaald, werden aan de brc Onrechtmatige Bedingen veelal enkel aparte bedingen overgemaakt, en dient een toetsing (buiten indien het om inbreuken op de zwarte lijst gaat), altijd in het licht van de overeenkomst in haar geheel, en de algehele context te gebeuren.

De brc Onrechtmatige Bedingen komt tot het volgende besluit voor wat de aangetroffen bedingen betreft:

3.1 *Bedingen inzake prijsherziening*

3.1.1

Wat de prijsvaststelling in de overeenkomsten inzake levering van landbouwproducten betreft, gaat het doorgaans om prijsbepaling aan de hand van objectieve maatstaven in de kaderovereenkomst: de prijs wordt op afgesproken tijdstippen (bijvoorbeeld wekelijks) bepaald in functie van de marktprijzen voor die producten, of in functie van de (objectief vast te stellen) kwaliteit boven een basisprijs. Het gaat hier om een objectieve prijsvaststelling op het moment van de levering aan de hand van bepaalde parameters, het gaat bijgevolg in die gevallen niet om prijsherzieningsbedingen.

3.1.2

Zo er in de overeenkomsten tussen voedselverwerkende ondernemingen en hun afnemers een mogelijkheid tot prijsaanpassing wordt voorzien, dan is ofwel het akkoord van beide partijen vereist, of een motivering vereist. Het gaat dus niet om een eenzijdig wijzigingsrecht.

In het kader van een toetsing van deze contractvoorwaarden aan de algemene norm (art. VI.91/3, § 1, WER), is het van belang dat hierin zowel redenen die verband houden met de economische activiteit van de leverancier, als redenen die verband houden met de economische activiteit van de afnemer, worden opgenomen.

De redenen waarom de prijs kan worden aangepast, en de omstandigheid dat deze aanpassingen zowel naar beneden als naar boven moeten gelden, dienen hierbij evenwichtig te zijn en te beantwoorden aan de respectieve contractuele belangen.

Indien bijvoorbeeld contractueel wordt voorzien dat de prijs kan worden heronderhandeld bij een verlaging van de prijs van de grondstoffen, volgt uit de evenwichtstoetsing en de symmetrie dat contractueel ook moet worden voorzien dat heronderhandeling gebeurt bij een verhoging van de prijs van de grondstoffen.

Bij dergelijke contractclausules speelt daarnaast vooral de uitvoering ter goede trouw van de overeenkomst, en het te goeder trouw heronderhandelen van de prijs en de aankoopvoorwaarden (en dus de uitoefeningstoets), een even belangrijke rol als een evenwichtige opsomming van de redenen tot heronderhandeling.

3.1.3

Bedingen waarbij één partij zich het recht toe-eigent om eenzijdig te beslissen over de prijs of over (de kwaliteit van) het product zijn voorzien in een potestatieve voorwaarde (art. VI.91/4, 1° WER), of betreffen ook een beding dat één partij het eenzijdige recht verleent om een of ander beding van de overeenkomst te interpreteren (art. VI.91/4, 2° WER), en zijn bijgevolg in alle gevallen onrechtmatig.

3.1.4

Aangezien het in de zwarte en de grijze lijst gaat om (combinaties van) bedingen die “ertoe strekken” en het om een contextuele toetsing gaat, kan ook de afwezigheid van een bepaald beding, in casu het beding van prijsaanpassing ertoe leiden dat hierdoor (zonder tegenprestatie) het economische risico op een partij gelegd wordt indien dit normaliter op de andere onderneming of op een andere partij bij de overeenkomst rust (art. VI.91/5, 3° WER).

Dit is geval per geval te beoordelen, waarbij ook rekening is te houden met de betrokken sector en de geldende handelsgebruiken.

Zo in de betrokken sector prijsaanpassingsclausules bij verlaging / verhoging van de prijs gebruikelijk zou zijn, dan kan de afwezigheid van een dergelijke bepaling in overweging worden genomen voor de beoordeling van het onrechtmatig karakter, samen met andere elementen.

3.1.5

Bedingen kunnen voorzien in de mogelijkheid tot heronderhandeling in geval van onvoorziene omstandigheden en de situatie van imprevisie contractueel omkaderen. Eén van de criteria bij de beoordeling van het evenwichtig karakter is dat beide partijen dit kunnen invoeren. Enkel indien uit een contextuele toetsing van een dergelijk beding zou blijken dat het invoeren van imprevisie de facto niet werkbaar zou zijn, zouden dergelijke bedingen niettemin onrechtmatig kunnen worden bevonden krachtens de algemene norm (artikel VI.93/3, § 1, WER).

3.2 *Bedingen inzake risico-overdracht*

Wat de bedingen inzake risico-overdracht betreft, heeft de brc Onrechtmatige Bedingen zich beperkt tot overmachtsclausules.

De brc Onrechtmatige Bedingen stelt vast dat de meeste contracten voorzien dat een tijdelijke vorm van overmacht de nakoming van de wederzijds aangegane verbintenissen opschort, en indien deze situatie voortduurt, een dergelijke situatie tot de ontbinding van de overeenkomst kan leiden. Dit is conform aan een normale contractuele regeling:

3.3 *Bedingen inzake boetes in geval van niet-levering of vertraging*

Schadebedingen dienen vooreerst duidelijk en begrijpelijk geformuleerd te zijn, wat betekent dat ze op basis van objectieve criteria een bepaalde schadevergoeding vaststellen in geval van toerekenbare tekortkoming van de schuldenaar van de verbintenis.

Schadebedingen mogen vervolgens geen punitieve functie hebben, maar enkel een schadevergoedende functie: ze mogen krachtens artikel VI.91/5, 8° WER niet kennelijk onevenredig zijn aan het nadeel dat door de onderneming kan worden geleden.

Wat de cumulatie van schadebedingen betreft, moeten deze in hun globaliteit beoordeeld worden, en moet duidelijk aangetoond worden dat de combinatie van deze schadebedingen ziet op verschillende vormen van schade, waarbij die cumulatie niet mag leiden tot een kennelijk onevenwicht tussen de rechten en plichten van de contractspartijen.

Schadebedingen kunnen tenslotte enkel verhaald worden in geval van toerekenbare tekortkoming van de medecontractant. Indien een beding bijgevolg "automatisch" geldt voor het geval de levering niet volledig conform is, of in geval een bepaald gepland verkoopcijfer niet bereikt werd, kan gesteld worden dat per definitie een economische risico afgewenteld wordt op een partij.

3.4 Bedingen inzake afstand van verhaal

De brc begrijpt onder bedingen inzake afstand van verhaal, bedingen die geheel of ten dele de toegang tot het gerecht verhinderen en de realisatie van betwiste materiële rechten beogen zonder tussenkomst van de (overheids/scheids) rechter.

Aangezien artikel VI.91/4, 3° WER van de zwarte lijst heel strikt geformuleerd is, pleit de brc Onrechtmatige Bedingen ervoor om vooral via de algemene norm na te gaan of bijvoorbeeld uitdrukkelijke ontbindende bedingen of arbitragebedingen al dan niet tot gevolg zouden hebben om de wederpartij kennelijk te ontmoedigen in het uitoefenen van zijn rechten.
