

De landbouwcoöperatie en haar leden als economische eenheid

mr. H.C.E.P.J. Janssen¹

Op 19 juni 2017 publiceerde de Autoriteit Consument en Markt (ACM) een persbericht op haar site waarin wordt gemeld dat 'guidance' is gegeven aan de Coöperatieve Nederlandse Bloembollencentrale (CNB). De bedoelde 'guidance' is vervat in een aan CNB gerichte brief van dezelfde datum.² In deze brief schrijft de ACM:

'Het verzoek omvat, kort gezegd, een beschrijving van de door u zo genoemde Huidige Handelswijze door leden van CNB die werkzaam zijn in de bloembollensector. Volgens het verzoek zijn er mogelijk mededingingsrisico's aan de Huidige Handelswijze verbonden, waarbij het voorstel van CNB is de Huidige Handelswijze te staken en de samenwerking tussen kwekers van bloembollen op een andere wijze organiseren.'

Op basis van de door CNB verstrekte informatie en bij de ACM bekende informatie over het concurrentieproces in de bloemsector, wordt in de brief vervolgens bevestigd 'dat de Huidige Handelswijze mededingingsrechtelijke risico's met zich mee brengt'. Deze risico's worden echter in sterke mate gereduceerd door het staken van de 'Huidige Handelswijze' en het implementeren van de door CNB 'Voorgestelde Handelswijze'.

De brief van de ACM is intrigerend vaag. Waar hebben we het over? Uit een interview met twee bestuurders van CNB in de Bloembollenvisie, kan worden opgemaakt dat de 'Huidige Handelswijze' betrekking heeft op de 'huidige activiteiten binnen kwekersverenigingen'. Hiermee wordt blijkens het interview bedoeld op afspraken die kwekers binnen kwekersverenigingen maken 'over prijs en areaal', alsmede het door kwekers gezamenlijk met andere kwekers verkopen van bloembollen. De mededingingsrechtelijke risico's die mogelijk aan deze activiteiten kleven, worden weggenomen 'door het oprichten van een economische eenheid waarin aangesloten kwekers een stuk zeggenschap overdragen'.³ Deze economische eenheid wordt, blijkens de website van CNB, gevormd door een 'verkoop BV' die in opdracht van aangesloten kwekers met betrekking tot een bepaalde bloembollencultivar de productie plant, het aanbod bundelt en de door de aangesloten kwekers geproduceerde bloembollen verkoopt.⁴

De door de ACM aan CNB gegeven 'guidance' is aanleiding om na te gaan onder welke omstandigheden producenten van primaire landbouwproducten samen met de landbouwcoöperatie waarvan zij lid zijn een economische eenheid kunnen vormen. Dit is vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt relevant. Afspraken

binnen een economische eenheid zijn immers niet aan het kartelverbod onderworpen.

Als eerste wordt in dit artikel kort ingegaan op de mededingingsregels in de landbouw. In dit kader wordt tevens stil gestaan bij de vraag of landbouwcoöperaties een voorkeursbehandeling krijgen. Vervolgens wordt in algemene zin uiteengezet wanneer er van een economische eenheid sprake is. Daarna wordt gekeken naar de bestaande praktijk in de Nederlandse landbouw. Aansluitend wordt uiteengezet hoe een economische eenheid in de landbouw vorm gegeven zou kunnen worden. Het artikel wordt afgesloten met een conclusie.

1. Landbouwcoöperaties en mededinging

1.1. Mededinging in de landbouw

J.L.R.A. Huydecoper, Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad, verzuchtte eens dat weinig rechtsgebieden in zo'n mate de kwalificatie 'mandarijnen-wetenschap' oproepen, als het mededingingsrecht.⁵ De Advocaat-Generaal zag zich gesteld voor de vraag of een non-concurrentiebeding in een alledaagse huurovereenkomst in strijd was met het kartelverbod. Als een dergelijke rechttoe rechtaan mededingingsrechtelijke vraag al de kwalificatie 'mandarijnen-wetenschap' oproept, hoe wordt dan wel niet gedacht over mededinging in de landbouw? Voor de

1. Eric Janssen is advocaat bij Kneppelhout & Korthals Advocaten. Hij bedankt Celine van der Weide voor haar commentaar op een eerdere versie. Dit artikel is afgesloten op 5 december 2017.

2. Brief ACM 19 juni 2017, ACM/DM/2017/203510, te raadplegen via: https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/17354_brief-acm-over-verzoek-om-guidance-cnb-new-20062017.pdf [voor het laatst geraadpleegd op 3 december 2017].

3. Bloembollenvisie 22 juni 2017 p. 42-43 en nieuwsbericht CNB 27 juli 2017 'CNB zorgt voor oplossing kwekersverenigingen', te raadplegen via: <https://www.cnb.nl/CNB-zorgt-voor-oplossing-kwekersverenigingen> (voor het laatst geraadpleegd op 3 december 2017).

4. Website CNB 'Kwekersverenigingen' te raadplegen via: <https://www.cnb.nl/kwekersverenigingen> (voor het laatst geraadpleegd op 3 december 2017).

5. Conclusie A-G J.L.R.A. Huydecoper in zaak C03/224HR (Schuitema), ECLI:NL:PHR:2004:AR2768, randnr. 26.

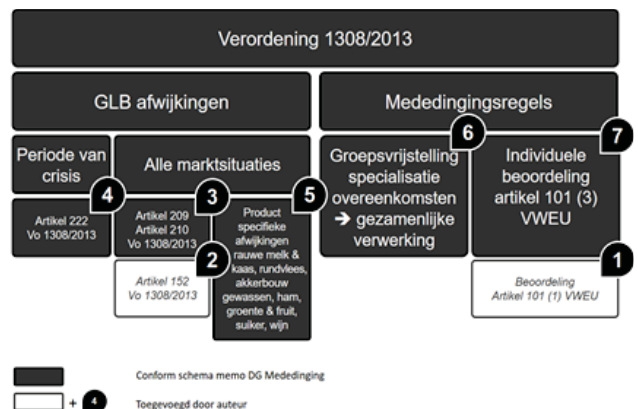
landbouw gelden immers sectorspecifieke mededingingsregels.

Op grond van art. 42 VWEU⁶ zijn mededingingsregels slechts van toepassing op de landbouw indien en voor zover dat door het Europees Parlement en de Raad is bepaald. Van deze bevoegdheid hebben het Europees Parlement en de Raad gebruik gemaakt door in art. 206 Vo 1308/2013 te bepalen dat de mededingingsregels ook in de landbouwsector⁷ van toepassing zijn, met uitzondering van de 'afwijkingen' die deze Verordening bevat ten aanzien van het kartelverbod.⁸ Ten aanzien van het verbod misbruik te maken van een economische machtspositie en de concentratiecontrole zijn de mededingingsregels dus onverkort op de landbouwsector van toepassing.

In een memo van juni 2016 heeft DG Concurrentie⁹ de toepasselijkheid van het kartelverbod in landbouw schematisch weergegeven en vervolgens per sector kort beschreven.¹⁰ Bij wijze van inleiding stelt DG Concurrentie dat producenten van primaire landbouwproducten gezamenlijke activiteiten mogen ontplooiën zoals collectieve inkoop, productieplanning, opslag en distributie, teneinde een groter marktaandeel te krijgen. DG Concurrentie wijst er wel op dat het uitsluitend gezamenlijk verkopen of onderhandelen zonder daadwerkelijk gemeenschappelijke activiteiten te ontwikkelen die het concurrentievermogen en de doelmatigheid verbeteren in het algemeen verboden zijn. Wat hiervan ook zij, in ieder geval zal steeds eerst beoordeeld moeten worden of een afspraak, onderling afgestemde feitelijke gedraging of besluit de mededinging überhaupt beperkt. In voorkomend geval moet deze beperking ook nog eens merkbaar zijn.

Daarnaast is van belang dat in art. 152 lid 1 sub c Vo 1308/2013¹¹ diverse doelstellingen worden genoemd die erkende producentenorganisaties¹² of unies van producentenorganisaties kunnen nastreven. De vanuit mededingingsrechtelijk perspectief meest in het oog springende doelstellingen zijn (i) het te verzekeren dat de productie wordt gepland en aan de vraag wordt aangepast, (ii) het bundelen van het aanbod van de leden en (iii) het verkopen van de producten van de leden. In de visie van DG Concurrentie zijn deze gedragingen in het algemeen verboden. Het Hof van Justitie heeft in de Franse witlofzaak echter bepaald dat gedragingen die voor producentenorganisaties of unies van producentenorganisaties noodzakelijk zijn om de hiervoor bedoelde doelstellingen te kunnen realiseren, buiten het kartelverbod vallen. Anders zou afbreuk worden gedaan aan het nuttig effect van de gemeenschappelijke marktordening (GMO).¹³ Onder omstandigheden moet het mededingingsrecht dus wijken voor het Gemeenschappelijk Landbouwbeleid (GLB).

Rekening houdend met beide hiervoor besproken elementen, ziet het in de landbouw te hanteren mededingingsrechtelijk toetsingskader er schematisch als volgt uit:



6. Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.
7. De mededingingsregels voor de visserijsector staan in Verordening 1379/2013, *PbEU* 2013 L 354/1.
8. Voor een uitgebreide beschrijving van de mededingingsregels in de landbouw zie: H.C.E.P.J. Janssen en S. van der Heul in 'Mededinging in de landbouw in het bijzonder in het licht van de Russische boycot', *TvAR* 2014 p. 335, H.C.E.P.J. Janssen en S. van der Heul in 'Aanbodbundeling en gezamenlijke verkoop van primaire landbouwproducten – hoever reikt het kartelverbod?', *NTER* 2015 p. 60, M.C. van Heezik in 'Mededingingsregels voor producentenorganisaties', *SEW* 2017 p. 298 en J. Blockx en J. Vandenberghe in 'Rebalancing commercial relations along the food supply chain: the agricultural exemption from EU competition law after Regulation 1308/2013' in *European Competition Journal* 2014 p. 387.
9. Het Directoraat-Generaal Concurrentie (DG Concurrentie) is het departement van de Europese Commissie dat verantwoordelijk is voor het Europese concurrentiebeleid en voor de handhaving van de Europese mededingingsregels. DG Concurrentie werkt nauw samen met de nationale mededingingsautoriteiten.
10. Het memo is te raadplegen via: http://ec.europa.eu/competition/sectors/agriculture/overview_european_competition_rules_agricultural_sector.pdf [voor het laatst geraadpleegd op 29 november 2017].

Op basis van het aangevulde schema kan de samenwerking tussen producenten van primaire landbouwproducten aldus aan het kartelverbod worden getoetst:

1. Is er sprake van een overeenkomst, onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen zelfstandige ondernemingen of een besluit van een ondernemersvereniging waardoor de mededinging op een relevant deel van de markt merkbaar wordt beperkt?¹⁴ Voor de toepasselijkheid
11. Verordening 1308/2013 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, *Pb EU* 2013 L 347/671. Deze Verordening wordt ook wel aangeduid als de GMO Verordening.
 12. Producentenorganisaties worden ook wel aangeduid als telersverenigingen.
 13. HvJ 14 november 2017 (Franse witlof) zaak C-671/15, *ECLI:EU:C:2017:860*, ro 44.
 14. HvJ 12 december 1995 (Dijkstra) gevoegde zaken

- van het Europese kartelverbod is verder vereist dat tevens de handel tussen de lidstaten wordt 'verhinderd'.¹⁵
2. Moet het kartelverbod wijken voor het GLB?¹⁶
 3. Kan worden geprofiteerd van de in de artikelen 209 en 210 geregelde algemene afwijkingen?¹⁷ Een van deze afwijkingen is het zogenaamde 'genossenschaftsprivileg', in het kader waarvan afspraken tussen producenten van primaire landbouwproducten en hun coöperaties van het kartelverbod zijn uitgezonderd mits deze afspraken: (i) de doelstellingen van het GLB niet in gevaar brengen, (ii) niet de verplichting inhouden een bepaalde prijs toe te passen, of (iii) de mededinging uitsluiten.¹⁸
 4. Kan worden geprofiteerd van een crisisafwijking?¹⁹
 5. Kan worden geprofiteerd van een sectorspecifieke afwijking?²⁰
 6. Kan beroep worden gedaan op een groepsvrijstelling?²¹

-
- C-319/93, C-40/94 en C-224/94, ECLI:EU:C:1995:433 ro 22. Voor de mededingingsrechtelijke beoordeling van diverse samenwerkingsvormen tussen concurrenten zie: Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *PB EU* 2011 C 11/1. Zie in dit kader ook: A.M. van den Bossche in 'Samenwerking tussen concurrenten, dat komt als eb en vloed. Wijsheid is maat', *SEW* 2012 p. 130.
15. Zie: Richtsnoeren betreffende het begrip 'beïnvloeding van de handel' in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEG* 2004 C 101/81.
 16. Overeenkomstig het arrest in de Franse witlofzaak is dit het geval wanneer de gedragingen van een producentenorganisatie of unie van producentenorganisatie noodzakelijk is om een of meer van de in art. 152 lid 1 sub c Vo 1308/2014 genoemde doelstellingen te verwezenlijken.
 17. In § 2.1. van het memo merkt DG Mededinging op dat deze algemene vrijstellingen in de praktijk niet veel zijn toegepast, zodat de reikwijdte van deze vrijstellingen niet duidelijk is.
 18. Art. 209 lid 1 2° en 3° alinea Vo 1308/2013. Deze vrijstelling wordt door de Europese Commissie aangeduid als 'Genossenschaftsprivileg' in het besluit van 26 juli 1988 in de zaak IV/31.379 - Bloemenveilingen Aalsmeer, *Pb EG* 1998 L 262/27, p. 42. Deze vrijstelling is op verzoek van de Duitse delegatie opgenomen in Vo 26/62, de voorloper van de huidige regeling en is ontleend aan het Duitse recht. In deze zin: Immenga / Mestmäcker in 'Wettbewerbsrecht' Beck 2012, Boek 1, deel 2, afdeling VIII, randnr. 40 en Wiedemann in 'Handbuch des Kartellrechts', Beck 2008, hoofdstuk 8 § 32 randnr. 18.
 19. Tot op heden heeft de Europese Commissie eenmaal van de door art. 222 Vo 1308/2013 geboden bevoegdheid gebruik gemaakt. Zie: Vo 2016/559 waarbij toestemming wordt verleend voor overeenkomsten en besluiten betreffende productieplanning in de sector melk en zuivelproducten, *PbEU* 2016 L 96/20.
 20. De artikelen 149 (zuivel), 169 (olijfolie), 170 (rundvlees) en 171 (bepaalde akkerbouwgewassen) lijken bedoeld te zijn als vrijstelling van het kartelverbod. Daarnaast bevat Vo 1308/2013 voor diverse andere producten bijzondere bepalingen die door de Europese Commissie als afwijking op het kartelverbod worden beschouwen.
 21. In het Memo verwijst DG Mededinging uitsluitend

7. Kan worden geprofiteerd van de (individuele) wettelijke vrijstelling?²²

De economische eenheid komt aan de orde bij vraag 1. Zoals hierna verder zal worden uitgewerkt, vallen afspraken binnen een economische eenheid niet onder het kartelverbod. De toepasselijkheid van het 'Genossenschaftsprivileg' komt aan bod bij vraag 3 in het kader van de externe component van de economische eenheid.

1.2. Een bijzondere rol voor landbouwcoöperaties?

In het algemeen worden landbouwcoöperaties waarin producenten van primaire landbouwproducten zich hebben verenigd, vanuit mededingingsrechtelijke perspectief welwillend bejegend. In dit kader wordt in de literatuur²³ meestal verwezen naar het Oude Luttikhuis arrest. Het Hof van Justitie wijst er in dit arrest op 'dat de organisatie van een onderneming in de bijzondere rechtsvorm van een coöperatie op zich niet is aan te merken als een mededingingsbeperkende gedraging.' Hier voegt het Hof van Justitie aan toe dat deze rechtsvorm 'in de gunst van de nationale wetgever en van de communautaire autoriteiten' staat 'als factor voor de modernisering en rationalisatie van de landbouwsector en voor de efficiëntie van de ondernemingen'.²⁴ Het economische nut van landbouwcoöperaties is door het Gerecht onderstreept in het Florimex arrest. Door de concentratie van het aanbod draagt een landbouwcoöperatie immers 'bij tot de verbetering van de afzetstructuren, doordat zij een groot aantal kleine producenten in staat stelt om op meer dan regionale schaal aan het economische proces deel te nemen, en voldoet zij aldus aan bepaalde doelstellingen' van het GLB.²⁵

Hiermee is zeker niet gezegd dat de samenwerking tussen producenten van primaire landbouwproducten binnen een landbouwcoöperatie aan het kartelverbod is onttrokken.²⁶ Wil de samenwerking aan dit verbod ontsnappen, dan moet de samenwerking 'beperkt zijn tot hetgeen noodzakelijk is om de goede werking van de coöperatie te verzekeren en haar contractuele onderhandelingspositie ten opzichte van de producenten te handhaven'.²⁷ Verdergaande

naar de Groepsvrijstelling specialisatie overeenkomsten. Er zijn echter meer groepsvrijstellingen die mogelijk relevant kunnen zijn. Zie ook: A.M. van den Bossche, voetnoot 14.

22. Zie voor de beoordeling: Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten, voetnoot 14.
23. G.G.J. ten Broeke en A.A.H.M. Gommers in 'Het mededingingsrecht in de agrosector', *TvAR* 2000, p. 210, 'M.C. van Heezik in 'The Greenery B.V. versus diverse telers', *TvAR* 2011 p. 306. T.R. Ottevanger en S.J. van der Voorde in 'De Coöperatieve onderneming', *WEJ Tjeenk Willink* 1999, p. 170.
24. HvJ 12 december 1995 (Oude Luttikhuis) zaak C-399/93, ECLI:EU:C:1995:434, ro 12.
25. Gerecht 14 mei 1997 (Florimex) gevoegde zaken T-70/92 en T-71/92, ECLI:EU:T:1997:69, ro 161.
26. HvJ 12 december 1995 (Oude Luttikhuis) zaak C-399/93, ECLI:EU:C:1995:434, ro 13.
27. HvJ 15 december 1994 (Göttrup-Klim) zaak C-250/92,

beperkingen, zoals bijvoorbeeld 'een combinatie van bedingen als een exclusieve leveringsverplichting en de verplichting tot betaling van een buitensporig uit-trekgeld, waardoor de leden gedurende lange tijd aan de coöperatie worden gebonden en hun aldus de mogelijkheid wordt ontnomen om zich tot concurrenten te wenden' kunnen 'een beperking van de mededinging tot gevolg' hebben.²⁸

VerLoren van Themaat sprak in dit kader over een 'rule of reason overweging' van het Hof van Justitie.²⁹ Onder de huidige GMO-regels zou dit de toepassing van het 'Genossenschaftsprivileg' kunnen zijn. Deze benadering heeft de Europese Commissie bijvoorbeeld gekozen in de zaak Campina.³⁰

Bij de beoordeling van samenwerking tussen producenten van primaire landbouwproducten moet gekeken worden naar 'de economische context waarin de ondernemingen opereren, de produkten of diensten waarop de overeenkomsten betrekking hebben, de structuur van de betrokken markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert'.³¹ Zo zal de positie van de betrokken coöperatie op de markt relevant zijn.³² Samenwerking binnen een kleine plaatselijke of regionale landbouwcoöperatie zal minder snel op mededingingsrechtelijke bewaren stuiten dan samenwerking binnen een grote landbouwcoöperatie. Een kleine landbouwcoöperatie kan mogelijk profiteren van een bagatelregeling.³³ Voorzichtigheid is echter geboden. Zoals hiervoor reeds is opgemerkt, staat de DG Concurrentie kritisch tegenover gezamenlijke verkoop of onderhandelen zonder dat er daadwerkelijk gemeenschappelijke activiteiten worden ontwikkeld die het concurrentievermogen en de doelmatigheid verbeteren. Hetzelfde geldt in voorkomend geval voor productieplanning en aanbodbundeling.³⁴

Overigens moet nog worden opgemerkt dat in het mededingingsrecht onderscheid wordt gemaakt tussen afspraken die tot doel hebben de mededinging te beperken en afspraken die slechts dat gevolg hebben. Eerstbedoelde afspraken worden geacht de mededinging merkbaar te beperken, zonder dat daarvoor onderzoek hoeft te worden gedaan.³⁵ Voorbeelden hiervan uit de 'agrarische jurisprudentie' zijn prijsafspraken en productieafspraken.³⁶

2. De normadressaten van het kartelverbod

2.1. De onderneming

De Europese en Nederlandse mededingingsregels zijn slechts van toepassing op ondernemingen.³⁷ Art. 1 sub f Mededingingswet bevat geen definitie van het begrip onderneming, maar verwijst naar art. 101 lid 1 VWEU. Dit artikel bevat evenmin een definitie. Hetzelfde geldt voor art. 102 VWEU. Daarom moest de Europese rechter eraan te pas komen om het begrip onderneming te definiëren. In het Höfner en Elser arrest heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat een onderneming 'elke eenheid omvat die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd'.³⁸ Uit het arrest Commissie – Italië volgt dat onder een economische activiteit wordt verstaan 'iedere activiteit bestaande in het aanbieden van goederen en diensten op een bepaalde markt'.³⁹

Het voorgaande betekent dat het begrip onderneming heel ruim is.⁴⁰ Zo is de rechtsvorm irrelevant. We hebben het dus niet uitsluitend over rechts-

ECLI:EU:C:1994:413, ro 35 en HvJ 12 december 1995 (Oude Luttikhuis) zaak C-399/93, ECLI:EU:C:1995:434, ro 14.

28. HvJ 12 december 1995 (Oude Luttikhuis) zaak C-399/93, ECLI:EU:C:1995:434, ro 15.

29. I.W. VerLoren van Themaat in zijn noot onder het Oude Luttikhuis arrest in *TvAR* 1996, p. 60. Ottevanger en Van der Voorde menen dat deze 'rule of reason' ook in het Nederlandse recht moet worden toegepast. T.R. Ottevanger en S.J. van der Voorde in 'De Coöperatieve onderneming', WEJ Tjeenk Willink 1999, p. 175.

30. XXIe Verslag over het mededingingsbeleid 1991, p. 76-77. Het verslag is te raadplegen via: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/85113eef-343c-47c4-b8ae-8fb99b7711f3/language-en> (voor het laatst geraadpleegd op 4 december 2017).

31. HvJ 12 december 1995 (Oude Luttikhuis) zaak C-399/93, ECLI:EU:C:1995:434, ro 10.

32. Conclusie A-G Tesouro 12 september 1995 (Dijkstra) zaak C-319/93, ECLI:EU:C:1995:277, randnr. 32.

33. Zie bijvoorbeeld art. 7 Mw.

34. Memo DG Concurrentie juni 2016 p. 2, voetnoot 5. Zie in dit kader ook: DG Concurrentie 16 februari 2010 Working Paper 'The interface between EU competition policy and the Common Agriculture Policy (CAP): Competition rules applicable to cooperation agreements between farmers in the dairy sector', p. 20. Het memo is te raadplegen via: <http://ec.europa.eu/com>

petition/sectors/agriculture/working_paper_dairy.pdf (voor het laatst geraadpleegd op 30 november 2017).

35. Zie: E.F. van Hasselt, H.E. Urlus en A. Baars in 'HvJ EU Expedia en de mededingingsrechtelijke merkbaarheid', M&M 2013, aflevering 4 en B.J.H. Braeken en S. Tuinenga in 'Hof van Justitie zaait verwarring in Expedia over merkbaarheidsvereiste bij doelbeperkingen', *MP* 2013 p. 111.

36. HvJ 19 maart 2015 (Noord-Europees bananenkartel) zaak C-286/13, ECLI:EU:C:2015:184, ro 134 en CBB 24 maart 2016 (Zilveruilen) zaak 14/251 14/252 14/253, ECLI:NL:CBB:2016:56, ro 4.6.3.

37. HvJ 21 september 1988 (Van Eycke) zaak C-267/86, ECLI:EU:C:1988:427 ro 16 en HvJ 18 juli 2013 (Schindler) zaak C-501/11, ECLI:EU:C:2013:522, ro 103. In deze zin ook: A. Jones in 'The boundaries of an undertaking in EU Competition Law', *European Competition Journal* p. 301, C. Koenig in 'An economic analysis of the single economic entity doctrine in EU competition law', *Journal of Competition Law & Economics* 2017 p. 285.

38. HvJ 23 april 1991 (Höfner en Elser) zaak 41/90, ECLI:EU:C:1991:161, ro 21.

39. HvJ 16 juni 1987 (Commissie/Italië) zaak 118/85, ECLI:EU:C:1987:283, ro 7 en HvJ 18 juni 1998 (Italië – Commissie) zaak C-35/96, ECLI:EU:C:1998:303, ro 36.

40. V. Korah in 'An introductory guide to EC competition law and practice', Hart Publishing 2004 p. 40 en W. van Gerven e.a. in 'Kartelrecht II – Europese Gemeenschap', W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 67.

personen. Ook natuurlijke personen en zelfs overheden kunnen als onderneming kwalificeren.⁴¹ Evenmin is een winsttoegmerk vereist. Non-profit instellingen kunnen voor de mededingingsregels dus evenzeer een onderneming zijn.

Het enige criterium dat relevant is, is dat een entiteit een economische activiteit uitoefent.⁴² Bij de beoordeling of een activiteit een economisch karakter heeft, is van belang of zij, althans in beginsel, door een particuliere entiteit kan worden uitgeoefend. Wanneer het uitgesloten is dat een particuliere entiteit een bepaalde activiteit uitoefent, heeft het geen zin daarop de mededingingsvoorschriften toe te passen.

In het FNCBV arrest heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat de activiteiten van producenten van primaire landbouwproducten zeker economisch van aard zijn. *'Zij produceren immers goederen die zij tegen vergoeding te koop aanbieden.'*⁴³ Bijgevolg zijn de bedoelde producenten te beschouwen als onderneming in de zin van de mededingingsregels.

2.2. De ondernemersvereniging

Naast ondernemingen, zijn ook ondernemersverenigingen onderworpen aan de mededingingsregels. Art. 1 sub g Mededingingswet verwijst, net als ten aanzien van het begrip onderneming, naar art. 101 lid 1 VWEU. Laatstbedoeld artikel bevat, evenals art. 102 VWEU, geen definitie. In het Frubo arrest heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat art. 101 lid 1 VWEU van toepassing is op *'verenigingen, voor zover haar eigen activiteiten of die van de aangesloten ondernemingen ertoe strekken de in die bepaling bedoelde gevolgen teweeg te brengen'*.⁴⁴ Het gaat dus om een 'geïnstitutionaliseerde vorm van afstemming'.⁴⁵ In het BNIC arrest heeft het Hof van Justitie hier aan toegevoegd dat het juridisch kader waarin besluiten van ondernemersverenigingen worden vastgesteld, alsmede de juridische kwalificatie die

in de verschillende nationale rechtsordes aan dit kader worden gegeven, niet van invloed zijn voor de toepasselijkheid van de Europese mededingingsregels.⁴⁶ Dit betekent dat als ondernemersvereniging kan worden aangemerkt een organisatie die een aantal ondernemingen verenigt.⁴⁷ Een dergelijke organisatie behoeft niet de juridische vorm van een vereniging te hebben. Het is zelfs niet nodig dat de organisatie rechtspersoonlijkheid bezit.⁴⁸ Gelet op deze ruime definitie kunnen ook publiekrechtelijke lichamen, zoals bijvoorbeeld de Orde van Advocaten, als ondernemersvereniging kwalificeren. Dit is uiteraard afhankelijk van de activiteiten die een dergelijke organisatie ontplooit.⁴⁹

Een ondernemersvereniging hoeft zelf geen economische activiteiten te ontplooiën. Op het moment dat een ondernemersvereniging dat wel doet, kan een dergelijke organisatie zelf ook als onderneming kwalificeren.⁵⁰

Als naar de Europese jurisprudentie wordt gekeken, valt op dat landbouwcoöperaties meestal worden gekwalificeerd als onderneming. Of deze coöperaties ook zijn aan te merken als ondernemersvereniging wordt in het midden gelaten. In het VBA/Florimex arrest merkte het Gerecht De Verenigde Bloemenveilingen Aalsmeer (VBA) aan als onderneming. VBA, een coöperatieve vereniging waarbij 3.000 kwekers van bloemen en sierplanten waren aangesloten, hield zich namelijk bezig met het veilen van bloemkwekerijproducten.⁵¹ Vager is het Hof van Justitie in het Oude Luttikhuis arrest. Daar wordt opgemerkt dat Coberco, een coöperatieve vereniging van melkveehouders, *'haar bedrijf maakt van het verwerken van melk tot melk- en zuivelproducten en het verkopen van die producten'*. Vervolgens wordt Coberco indirect aangeduid als een *'onderneming in de bijzondere rechtsvorm van een coöperatie'*.⁵² Heel duidelijk daarentegen is het Gerecht in het DPF arrest. De coöperatieve vereniging Dansk Pelsdyravlerforening (DPF) wordt door het Gerecht aangemerkt als ondernemersvereniging.

41. In het Siemens arrest heeft het Hof van Justitie overwogen dat de Europese wetgever ervoor heeft *'geopteerd het begrip onderneming te gebruiken ter aanduiding van de pleger van een inbreuk op het mededingingsrecht die op grond van de artikelen 81 EG en 82 EG kan worden bestraft, en geen andere begrippen, zoals het met name in artikel 48 EG gebruikte begrip vennootschap of rechtspersoon'*. HvJ 10 april 2014 (Siemens) gevoegde zaken C-231/11 - C-233/11, ECLI:EU:C:2014:256, ro 42.

42. A. Jones e.a. in 'EU Competition Law – Tekst, Cases and materials', Oxford University Press 2011, p. 125.

43. HvJ 13 december 2006 (FNCBV) gevoegde zaken T-217/03 en T-245/03, ECLI:EU:T:2006:391, ro 53. In hoger beroep in stand gebleven: HvJ 18 december 2008 (FNCBV) gevoegde zaken C-101/07 en C-110/07, ECLI:EU:C:2008:741. De vraag of producenten van primaire landbouwproducten een economische activiteit verrichten speelde in beroep geen rol. In deze zin: F Erlbacher en R. Mögele e.a. in 'Single Common Market Organisation', C.H. Beck – Hart – Nomos 2011, p. 779.

44. HvJ 15 mei 1975 (Frubo) zaak 71/74 ECLI:EU:C:1975:61, ro 30.

45. Gerecht 24 mei 2012 (MasterCard) zaak T-111/08, ECLI:EU:T:2012:260, ro 244.

46. HvJ 30 januari 1985 (BNIC) zaak 123/83, ECLI:EU:C:1985:33, ro 17. Zie ook: Gerecht 26 januari 2005 (Piau) zaak T-193/02, ECLI:EU:T:2005:22, ro 72.

47. Zie: HvJ 19 februari 2002 (Wouters) zaak C-309/99, conclusie A-G Léger, ECLI:EU:C:2001:390, randnr. 61.

48. Kamerstuk 24704 nr. 3 p. 11, 58 en 87.

49. Besluit NMa 21 februari 2002, zaak 560/87 (Engelgeel) randnr. 40 en beschikking van de Europese Commissie van 7 april 1999 in zaak IV/36.147 EPI-gedragscode, PB 1999 L 106/14 randnr. 24.

50. Besluit NMa 29 augustus 2002 (AUV en Aesculaap) zaak 2422-72, randnrs. 55-56 en Gerecht 26 januari 2005 (Piau) zaak T-193/02, ECLI:EU:T:2005:22, ro 72. Zie ook: Gerecht 14 mei 1998 (Finnboard) zaak T-338/94, ECLI:EU:T:1998:99, ro 283. In hoger beroep in stand gebleven. HvJ 16 november 2000 (Finnboard) zaak C-298/98, ECLI:EU:C:2000:634.

51. Gerecht 14 mei 1997 (VBA/Florimex) gevoegde zaken T-70/92 en T-71/92, ECLI:EU:T:1997:69, ro 3-4 en HvJ 30 maart 2000 (VBA/Florimex) zaak C-265/97, ECLI:EU:C:2000:170, ro 2.

52. HvJ 12 december 1995 (Oude Luttikhuis) zaak C-399/93, ECLI:EU:C:1995:434, ro 2 en 12.

DPF had immers meer dan 5.000 bontkwekers als lid. Deze bontkwekers waren volgens het Gerecht ondernemers in de zin van mededingingsregels. Verder hield DPF zich bezig met de verkoop van de door haar leden geproduceerde of bewerkte vellen. Bijgevolg kwalificeerde DPF ook zelf als onderneming.⁵³ Uit het voorgaande volgt dat een coöperatie waarin producenten van primaire landbouwproducten zich hebben verenigd zal zijn aan te merken als een ondernemersvereniging. Op het moment dat deze coöperatie zelf ook economische activiteiten verricht, zal deze ook kwalificeren als onderneming.⁵⁴

2.3. De economische eenheid

2.3.1. Inleiding

De grondgedachte van de Europese mededingingsregels is *'dat iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de gemeenschappelijke markt zal voeren, waartoe mede behoort de keus dergenen aan wie hij zijn produkten wenst aan te bieden en te verkopen'*.⁵⁵ Deze *'beslissingsvrijheid'*, een belangrijk kenmerk van volledige mededinging,⁵⁶ veronderstelt dat twee of meer entiteiten zelfstandig op de markt actief zijn. Daarom richt het kartelverbod *'zich tot economische eenheden die bestaan in een unitaire organisatie van personele, materiële en immateriële elementen, welke op duurzame basis een bepaald economisch doel nastreeft en kan bijdragen tot het begaan van een in die bepaling bedoelde inbreuk'*.⁵⁷ In verband hiermee heeft de Unierechter het begrip onderneming gepreciseerd door te overwegen dat het begrip verwijst naar *'een economische eenheid, ook al bestaat die vanuit juridisch oogpunt uit verschillende natuurlijke of rechtspersonen'*.⁵⁸ Meerdere natuurlijke en rechtspersonen kunnen dus vanuit mededingingsrechtelijk zicht in het economisch verkeer als één partij worden gezien. Het kenmerkende element van een economische eenheid is dat concurrentie

is uitgesloten tussen de verschillende entiteiten die onderdeel uitmaken van de economische eenheid.⁵⁹ De concurrentie tussen verschillende entiteiten die samen een economische eenheid vormen kan op verschillende gronden uitgesloten zijn. Het meest in het oog springende grond is eigenaarschap. Maar dat is niet de enige grond. Ook contractuele en economische relaties kunnen meebrengen dat bepaalde entiteiten niet met elkaar concurreren.

2.3.2. Eigenaarschap

In de zaak Parker Pen / Viho heeft het Hof van Justitie duidelijk uiteengezet waarom entiteiten die behoren tot één concern niet met elkaar concurreren. Parker Pen verkocht in Duitsland, Frankrijk, België en Nederland haar producten onder andere via dochtermaatschappijen. Deze dochtermaatschappijen mochten deze producten alleen in het eigen toegewezen gebied verkopen. Leveringsaanvragen van plaatselijke klanten werden doorgezonden aan de plaatselijke dochtermaatschappij. Viho meende dat dit verbod op passieve verkoop⁶⁰ in strijd was met kartelverbod en diende een klacht in bij de Europese Commissie. Het Gerecht en het Hof van Justitie waren het met de Europese Commissie eens dat Parker Pen het kartelverbod niet had overtreden. Het Gerecht oordeelde dat het kartelverbod ziet *'op de betrekkingen tussen twee of meer economische eenheden die met elkaar in concurrentie kunnen treden, met uitsluiting van overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen ondernemingen die tot hetzelfde concern behoren'*.⁶¹ Dit oordeel bleef in hoger beroep in stand. In de woorden van het Hof van Justitie vormden Parker en haar dochtermaatschappijen *'een economische eenheid, waarbinnen de dochtermaatschappijen over geen enkele zelfstandigheid beschikken om hun marktgedrag te bepalen, doch handelen volgens instructies die hun worden gegeven door de moedermaatschappij die hen controleert'*.⁶² Een dochteronderneming die niet in staat is zelfstandig het eigen marktgedrag te bepalen, vormt dus samen met de moedermaatschappij een economische eenheid. Dit betekent dat van belang is na te gaan waarom deze zelfstandigheid bij de dochteronderneming ontbreekt. In dat kader kan worden gewezen op het Hydroterm arrest. Het Hof van Justitie stelde in dit arrest vast dat van een economische

53. Gerecht 2 juli 1992 (Dansk Pelsdyravlerforening) zaak T-61/89, ECLI:EU:T:1992:79, ro 2-3, 50.

54. In deze zin: Wiedemann in 'Handbuch des Kartellrechts', Beck 2016, hoofdstuk 8 § 32 randnr. 22.

55. HvJ 16 december 1975 (Suiker Unie) gevoegde zaken 40 tot 48, 50, 54 tot 56, 111, 113 en 114/73, ECLI:EU:C:1975:174, ro 173 en HvJ 4 juni 2009 (T-mobile) zaak C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, ro 32.

56. Conclusie A-G Stix-Hackl (Thyssen Stahl) zaak C-194/99, ECLI:EU:C:2002:535, randnr. 118.

57. Gerecht 10 maart 1992 (Shell) zaak T-11/89, ECLI:EU:T:1992:33, ro 311.

58. HvJ 14 december 2006 (Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio) zaak C-217/05, ECLI:EU:C:2006:784, ro 40, HvJ 10 september 2009 (Akzo Nobel e.a./Commissie) zaak C-97/08, ECLI:EU:C:2009:536, ro 55, HvJ 29 september 2011 (Elf Aquitaine/Commissie) zaak C-521/09, ECLI:EU:C:2011:620, ro 53 en HvJ 18 juli 2013 (Schindler) zaak C-501/11, ECLI:EU:C:2013:522, ro 103.

59. O. Odudu en D. Bailey in 'The single economic entity doctrine in EU competition law', CMLR 2014 p. 1726 en M.J. Plomp in 'Spelregels voor samenwerking en concurrentie', *TvAR* 2013, p. 165.

60. Zie thans: art. 4 sub b onder (i) Verordening 330/2010 betreffende de toepassing van art. 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *PbEU* 2010 L 102/1.

61. Gerecht 12 januari 1995 (Parker Pen / Viho) zaak T-102/92, ECLI:EU:T:1995:3, ro 47.

62. HvJ 24 oktober 1996 (Parker Pen / Viho) zaak C-73/95, ECLI:EU:C:1996:405, ro 16.

eenheid sprake kan zijn 'wanneer ter ener zijde van de overeenkomst ondernemingen deelnemen die een identiek belang hebben en door een en dezelfde -eveneens aan de overeenkomst deelnemende- natuurlijke persoon worden gecontroleerd. Immers in deze omstandigheden bestaat er geen mogelijkheid van mededinging tussen de personen die tezamen, als een enkele partij aan de betrokken overeenkomst deelnemen'.⁶³ Het Hof van Justitie noemt dus twee elementen die voor het ontbreken van de zelfstandigheid van belang zijn: (i) controle en (ii) identieke belangen.

Het eerste element, de controle die een 100% moedermaatschappij kan uitoefenen, wordt treffend beschreven door Advocaat-Generaal Kokott in de zaak Akzo Nobel. Een moedermaatschappij is volgens de Advocaat-Generaal 'namelijk zonder enige twijfel in staat om beslissende invloed op haar dochtervennootschap uit te oefenen wanneer zij haar dochter [...] voor 100 % controleert [...], hetzij via een rechtstreekse deelneming dan wel indirect via haar deelnemingen in andere vennootschappen'. De beslissende invloed bestaat eruit dat de moedermaatschappij als enige het recht heeft 'om de leden van de bestuursorganen van de dochtervennootschap aan te wijzen, en vaak is ook sprake van een personele vervlechting tussen beide vennootschappen. Bovendien volgt uit de 100 %-deelneming dat noch bij strategische beslissingen, noch in het dagelijkse bestuur van de dochtervennootschap de belangen van andere aandeelhouders een rol kunnen spelen'.⁶⁴ Op het moment dat er meer aandeelhouders in het spel zijn, kan de situatie anders worden. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de IJsselcentrale beschikking van de Europese Commissie. In deze beschikking kwam de Europese Commissie tot de conclusie dat de vier Nederlandse elektriciteitsproducenten, die samen de NV Samenwerkende Elektriciteitsproductiebedrijven (SEP) hadden opgericht, niet behoorden tot hetzelfde concern. Volgens de Europese Commissie waren de vier elektriciteitsproducenten afzonderlijk georganiseerde rechtspersonen die niet door een en dezelfde natuurlijke of rechtspersoon werden gecontroleerd. Iedere elektriciteitsproducent bepaalde zelfstandig het eigen zakelijk beleid.⁶⁵

Ten aanzien van het tweede element, de identieke belangen, wijzen Odudu en Bailey erop dat een moedermaatschappij in staat is zich alle winsten van de dochteronderneming toe te eigenen.⁶⁶ Zo gezien is er sprake van 'een volledige parallelle tussen de belangen van de moedermaatschappij en die van haar 100 %-dochtervennootschap'.⁶⁷ In deze situatie is

het irrelevant bij welke entiteit de winst uiteindelijk terecht komt. Op het moment dat dit wel relevant wordt, wordt concurrentie mogelijk. Alsdan is van een economische eenheid geen sprake meer.⁶⁸

Bijgevolg vormt een dochteronderneming samen met de moederorganisatie een economische eenheid als (i) de dochteronderneming niet zelfstandig het eigen marktgedrag kan bepalen, (ii) de moederorganisatie de dochteronderneming controleert en (iii) de moederorganisatie en de dochteronderneming identieke belangen hebben.

2.3.3. Agenten en andere tussenpersonen

In de Richtsnoeren verticale overeenkomsten wordt een agent gedefinieerd als 'een natuurlijke of rechtspersoon die bevoegd is tot het onderhandelen over en/of het sluiten van contracten namens een andere persoon (de principaal), hetzij op eigen naam van de agent hetzij op naam van de principaal, betreffende:

- de koop van goederen of diensten door de principaal, of
- de verkoop van door de principaal geleverde goederen of diensten'.⁶⁹

Deze definitie is niet helemaal volledig. De agent is namelijk een 'zelfstandig tussenpersoon'. Ten behoeve van zijn opdrachtgever, de principaal, bemiddelt de agent bij de totstandkoming van overeenkomsten.⁷⁰ De agent is dus niet in loondienst van zijn principaal. In weerwil van deze juridische zelfstandigheid, heeft het Hof van Justitie in het VAG Leasing arrest geoordeeld dat 'tussenpersonen' vanuit mededingingsrechtelijke optiek hun hoedanigheid van 'zelfstandig marktdeelnemer [verliezen] wanneer zij geen van de risico's dragen die voortvloeien uit de overeenkomsten die zij voor rekening van de opdrachtgever hebben gesloten en als in de onderneming van de opdrachtgever opgenomen medewerkers zijn te beschouwen'.⁷¹ Juist het vermogen om financiële risico's te dragen, is de essentiële voorwaarde om te

63. HvJ zaak 12 juli 1984 (Hydroterm) zaak 170/83, ECLI:EU:C:1984:271, ro 11.

64. Conclusie A-G J. Kokott (Akzo Nobel) zaak C 97/08, ECLI:EU:C:2009:262, randnr. 48 en 73.

65. Europese Commissie, beschikking 16 januari 1991 (IV/32.732 - IJsselcentrale e.a.) PbEG 1991 L 28/32, randnr. 24.

66. O. Odudu en D. Bailey in 'The single economic entity doctrine in EU competition law', CMLR 2014 p. 1729. Zie ook: Gerecht 10 maart 1992 (Shell) zaak T-11/89, ECLI:EU:T:1992:33, ro 312.

67. Conclusie A-G J. Kokott (Akzo Nobel) zaak C 97/08, ECLI:EU:C:2009:262, randnr. 73.

68. O. Odudu en D. Bailey in 'The single economic entity doctrine in EU competition law', CMLR 2014 p. 1729-1730.

69. Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, Pb EU 2010 C 130/1, randnr. 12. Zie ook: Art. 1 lid 2 Richtlijn 86/653, inzake de coördinatie van de wetgevingen van de Lid-Staten inzake zelfstandige handelsagenten, Pb EG 1986 L 382/17. De richtlijn is beperkt tot het 'het tot stand brengen van de verkoop of de aankoop van goederen'. In Nederland is Richtlijn 86/653 geïmplementeerd in art. Boek 7, Titel 7, afdeling 4 BW. Deze regeling ziet op de bemiddeling bij de totstandkoming van overeenkomsten in het algemeen.

70. Art. 1 lid 2 Richtlijn 86/653 (zie: voetnoot 68).

71. HvJ 24 oktober 1995 (VAG Leasing) zaak C-266/93, ECLI:EU:C:1995:345, ro 19. De Europese Commissie heeft dit verder uitgewerkt in de Richtsnoeren verticale samenwerking randnr. 13-17 (zie: voetnoot 68). Zie in dit kader ook: HvJ 14 december 2006 (CEPSA) zaak C-217/05, ECLI:EU:C:2006:784, ro's 50-57 waar omstandigheden worden genoemd aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of een tankstationhouder kwalificeert als zelfstandige onderneming in de zin van de mededingingsregels.

kunnen spreken van een deelnemer aan het economisch verkeer.⁷² Hierbij moet overigens veeleer rekening worden gehouden met de economische realiteit dan met de juridische kwalificatie van de contractuele verhouding naar nationaal recht.⁷³

De agent die geen financiële risico's draagt, vormt vervolgens met zijn principaal een economische eenheid in het geval hij de belangen van zijn principaal moet bewaken en diens instructies moet opvolgen. In deze situatie is de agent eigenlijk een in de onderneming van zijn principaal 'opgenomen hulporgaan', net als de hierna te bespreken werknemer.⁷⁴

Uit het voorgaande volgt dat er drie elementen zijn die meebrengen dat een agent samen met zijn principaal een economische eenheid vormt: (i) de agent bepaalt zijn marktgedrag niet zelf, (ii) hij volgt de instructies op die hem door zijn principaal worden gegeven en (iii) hij moet voor de belangen van zijn principaal waken.

Wel is nog van belang op te merken dat onderscheid moet worden gemaakt tussen 'enerzijds de markt waarop de handelsagent mogelijke principalen zijn bemiddelingsdiensten aanbiedt, en anderzijds de markt waarop hij de goederen of diensten van de principaal aan mogelijke klanten aanbiedt'.⁷⁵ De mogelijkheid bestaat dat de agent op de eerst genoemde markt een van zijn principaal onafhankelijke marktdeelnemer is.⁷⁶ In voorkomend geval is de economische eenheid beperkt tot de markt waarop de agent de goederen of diensten van zijn principaal aanbiedt.

2.3.4. Werknemers

Het hoofdkenmerk van een arbeidsverhouding is, dat iemand gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens gezag prestaties levert en als tegenprestatie een vergoeding ontvangt.⁷⁷ Arbeid in loondienst is naar haar aard het tegenovergestelde van de zelfstandige uitoefening van een economische of commerciële activiteit. Werknemers dragen normaal gesproken niet het directe commerciële

risico van een transactie. Zij moeten de opdrachten van hun werkgever uitvoeren. Zij bieden hun diensten niet aan verschillende afnemers aan, maar werken voor één werkgever. Om die redenen is er een significant functioneel verschil tussen een werknemer en een onderneming die diensten verricht.⁷⁸ Werknemers in loondienst zijn, vergelijkbaar met agenten, 'hulporganen van de onderneming' van hun werkgever.⁷⁹ Tijdens de duur van de arbeidsverhouding zijn zij in deze onderneming geïntegreerd en vormen zij hiermee een economische eenheid. Werknemers zijn zelf dus geen ondernemingen in de zin van het mededingingsrecht.⁸⁰

Zodra de arbeidsovereenkomst eindigt, komt ook de economische eenheid tussen de werkgever en de werknemer tot een einde. Dit kan consequenties hebben voor de afspraken die de werkgever en zijn voormalige werknemer hebben gemaakt. Hierbij kan gedacht worden aan bijvoorbeeld een non-concurrentie- of relatiebeding. Een dergelijk beding zou in strijd kunnen zijn met het kartelverbod als de voormalige werknemer zelfstandig op de markt actief is geworden of wil worden en zodoende kwalificeert als onderneming in de zin van de mededingingsregels.⁸¹

2.3.5. Consequenties van de economische eenheid

Odudu en Bailey wijzen erop dat het concept economische eenheid drie consequenties heeft: (i) entiteiten die samen onderdeel uitmaken van een economische eenheid kunnen het kartelverbod niet overtreden, (ii) elke entiteit binnen een economische eenheid kan aansprakelijk worden gehouden voor een inbreuk op de mededingingsregels en (iii) mededingingsautoriteiten kunnen handhavend optreden ten aanzien van entiteiten die weliswaar gevestigd zijn buiten de eigen jurisdictie, maar die onderdeel uitmaken van het een economische eenheid waarvan andere entiteiten binnen de jurisdictie van een mededingingsautoriteit zijn gevestigd.⁸² In dit artikel wordt onderzocht in hoeverre producenten van primaire landbouwproducten binnen een landbouwcoöperatie kunnen samenwerken

72. Conclusie A-G Ruiz-Jarabo Colomer 25 maart 1999 (Becu) zaak C-22/98, ECLI:EU:C:1998:133, randnr. 52-53.

73. HvJ 14 december 2006 (CEPSA) zaak C-217/05, ECLI:EU:C:2006:784, ro 46.

74. HvJ 16 december 1975 (Suikerunie) gevoegde zaken 40 tot 48, 50, 54 tot 56, 111, 113 en 114-73, ECLI:EU:C:1975:174, ro's 538-539 en Gerecht 15 september 2005 (DaimlerChrysler) zaak T-325/01, ECLI:EU:T:2005:322, ro 88. Richtlijn 86/653 bepaalt in art. 3 lid 1 sub a en c dat de agent verplicht is de belangen van zijn principaal te bewaken en diens instructies op te volgen (zie: voetnoot 68).

75. Conclusie A-G Kokott 13 juli 2006 (CEPSA) zaak C-217/05, ECLI:EU:C:2006:473, randnr. 43.

76. HvJ 14 december 2006 (CEPSA) zaak C-217/05, ECLI:EU:C:2006:784, ro's 62.

77. HvJ 3 juli 1986 (Lawrie-Blum) zaak 66/85, ECLI:EU:C:1986:284 ro 17 en HvJ 10 december 1991 (Merci) zaak C-179/90, ECLI:EU:C:1991:464, ro 13. Zie ook: art. 7:610 lid 1 BW.

78. Conclusie A-G Jacobs 28 januari 1999 (Albany) Zaak C-67/96, ECLI:EU:C:1999:28, randnr. 115.

79. Conclusie A-G Ruiz-Jarabo Colomer 25 maart 1999 (Becu) zaak C-22/98, ECLI:EU:C:1998:133, randnr. 54.

80. HvJ 16 september 1999 (Becu) zaak C-22/98, ECLI:EU:C:1999:419, ro 26.

81. Beschikking van de Europese Commissie 26 juli 1976 (Reuter – BASF) zaak IV/28.996, PbEG 1976 L 254/40, hoofdstuk II § 1 en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 19 februari 2013 (Wessem Port Services) zaak HD 200.106.108-01, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ1968, ro 4.15. In deze zin: O. Odudu en D. Bailey in 'The single economic entity doctrine in EU competition law', CMLR 2014 p. 1736-1737.

82. O. Odudu en D. Bailey in 'The single economic entity doctrine in EU competition law', CMLR 2014 p. 1721-1722.

zonder in strijd te handelen met het kartelverbod. Derhalve wordt hierna uitsluitend ingegaan op de eerste consequentie.

Reeds in het Consten & Grundig arrest heeft het Hof van Justitie overwogen dat de Europese wetgever met het kartelverbod *'de interne organisatie van de onderneming heeft willen ontzien en deze slechts krachtens artikel [102 VWEU] aan het verbod heeft willen onderwerpen voor het geval zulk een organisatie tot misbruik van een machtspositie zou kunnen leiden'*.⁸³ Dit uitgangspunt wordt in de literatuur tevens verdedigd.⁸⁴

In het ICI arrest heeft het Hof van Justitie bepaald dat wanneer een dochteronderneming *'bij het uitzetten van haar gedragslijn op de markt niet over werkelijke zelfstandigheid beschikt'*, het kartelverbod niet geldt *'voor de verhouding tussen haar en de moedermaatschappij, waarmede zij een economische eenheid vormt'*.⁸⁵ In het Parker Viho arrest heeft het Hof van Justitie hier aan toegevoegd dat het kartelverbod niet ziet *'op gedragingen die in feite die van een economische eenheid zijn'*.⁸⁶ In het DaimlerChrysler arrest heeft het Gerecht geoordeeld dat het kartelverbod niet toepassing is op agenten die hun marktgedrag niet zelfstandig bepalen en die gehouden zijn de instructies van hun principaal op te volgen.⁸⁷ Voor werknemers geldt hetzelfde, aangezien agenten met hen gelijk worden gesteld.⁸⁸ Ten aanzien van verticale overeenkomsten heeft het Hof van Justitie in het CEPESA arrest een vergelijkbaar standpunt ingenomen door te overwegen dat overeenkomsten tussen tankstationhouders en een oliemaatschappij alleen onder het kartelverbod vallen *'wanneer de tankstationhouder als een onafhankelijke marktdeelnemer wordt aangemerkt en er bijgevolg een overeenkomst tussen twee ondernemingen bestaat'*.⁸⁹

Het voorgaande is wel beperkt tot de interne situatie van de economische eenheid. Er kan ook sprake zijn van een externe component. Op het moment dat een tussenpersoon (agent) of werknemer de contractuele relatie wil beëindigen, kan er concurrentie ontstaan tussen hem en zijn opdrachtgever (principaal), respectievelijk werkgever. Dit kan worden afgeleid uit het zowel Oude Luttikhuis arrest als het Becu arrest. De externe component moet dus gewoon aan het kartelverbod worden ge-

toetst. Bij deze toets speelt de goede werking van de economische eenheid natuurlijk wel een rol.

3. De economische eenheid in de landbouw

3.1. Standpunt Nederlandse overheid

In zijn initiatiefnota *'Een eerlijke boterham, over het versterken van de voedselketen'* riep Kamerlid Geurts de regering in 2014 op om onder andere te regelen dat producentenorganisaties afspraken kunnen maken met gebruikmaking van de in de Vo 1308/2013 geregelde uitzondering op het kartelverbod zonder dat zij bang hoeven te zijn voor mogelijk ingrijpen van de ACM.⁹⁰ De minister van Economische Zaken reageerde hierop met de mededeling dat de bedoelde uitzondering directe werking heeft. *'Het is derhalve niet nodig om de genoemde bepalingen op te nemen in de Nederlandse Mededingingswet en toevoeging zou geen nieuwe mogelijkheden scheppen.'* Desondanks kondigde de minister in dezelfde brief aan dat de op 7 november 2013 toegezegde handleiding *'die meer duidelijkheid moet bieden over de mededingingsregels die relevant zijn voor de oprichting en activiteiten van PO's'* nog voor het einde van het jaar naar de Tweede Kamer zou worden gezonden.⁹¹ De bedoelde handleiding werd uiteindelijk op 19 maart 2015 door de staatssecretaris van Economische Zaken naar de Tweede Kamer gezonden.⁹²

In de handleiding wordt onder andere ingegaan op de vraag of producenten van primaire landbouwproducten samen met de landbouwcoöperatie⁹³ waarvan zij lid zijn een economische eenheid kunnen vormen. Volgens de staatssecretaris moet deze vraag ontkennend worden beantwoord:

*'PO's, UPO's en BO's betreffen samenwerkingsverbanden die erop zijn gericht bijvoorbeeld door middel van gezamenlijke onderhandelingen de marktpositie van hun leden te versterken, maar waarbij de betrokken ondernemingen voor het overige onafhankelijk kunnen opereren zodat geen sprake is van beslissende zeggenschap. Daarom zal bij PO's, UPO's en BO's over het algemeen geen sprake zijn van een economische eenheid.'*⁹⁴

83. HvJ 13 juli 1966 (Consten – Grundig) gevoegde zaken 56-64 en 58-64, ECLI:EU:C:1966:41, p. 513.

84. Bellamy en Child in 'European union law of competition' Oxford University Press 2013, randnr. 2.025 en Wish en Bailey in 'Competition Law' Oxford University Press 2015, p. 95-96.

85. HvJ 14 juli 1972 (ICI) zaak 48/69, ECLI:EU:C:1972:70, ro 134.

86. HvJ 24 oktober 1996 (Parker – Viho) zaak C-73/95, ECLI:EU:C:1996:405, ro 54.

87. Gerecht 15 september 2005 (DaimlerChrysler) zaak T-325/01, ro 88.

88. HvJ 16 december 1975 (Suiker Unie) gevoegde zaken 40 tot 48, 50, 54 tot 56, 111, 113 en 114/73, ECLI:EU:C:1975:174, ro 539-540.

89. HvJ 14 december 2006 (CEPSA) zaak C-217/05, ECLI:EU:C:2006:784, ro 38.

90. Kamerstuk 34 004, nr. 2 p. 13.

91. Brief minister van Economische Zaken 28 oktober 2014, Kamerstuk 34004 nr. 3 p. 4-5.

92. Brief staatssecretaris van Economische Zaken 19 maart 2015, Kamerstuk 28625 nr. 222.

93. De staatssecretaris spreekt in dit kader over producentenorganisaties (PO's), unies van producentenorganisaties (UPO's) en brancheorganisaties (BO's).

94. Handleiding mededingingsrecht voor producentenorganisaties en brancheorganisaties in de landbouwsector, bijlage bij Kamerstuk 28625 nr. 222, p. 7. De handleiding is te raadplegen via: https://www.eerste-kamer.nl/eu/overig/20150319/handleiding_mededingingsrecht_voor/document (voor het laatst geraadpleegd op 4 december 2017).

De staatssecretaris verwijst in de handleiding uitsluitend naar een niet nader aangeduide informele zienswijze van de Nederlandse Mededingingsautoriteit⁹⁵ van 31 oktober 2011. Zoals hierna uiteen zal worden gezet, gaat het om de informele zienswijze in de zaak FresQ. Wat echter opvalt is dat de eveneens hierna te bespreken informele zienswijze in de zaak Versdirect.nl en Best Growers Benelux onvermeld blijft.

Terzijde kan er in dit kader nog op worden gewezen dat het Vlaamse departement van landbouw en visserij het standpunt van de staatssecretaris van Economische Zaken lijkt te delen. In een op 17 januari 2017 gepubliceerde Handleiding mededinging in de landbouw wordt opgemerkt dat de producenten van primaire landbouwproducten meestal geen economische eenheid vormen met de landbouwcoöperatie waarvan zij lid zijn:

*'Een economische eenheid kan gezien worden als een overkoepelende organisatie die de economische activiteiten van haar onderdelen bepaalt. De economische eenheid moet opereren als één organisatie. Bepalend hierbij is of de overkoepelende organisatie een beslissende zeggenschap heeft over de onderdelen en er geen sprake is van vrijheid om eigenhandig het marktgedrag te bepalen. Dit zal eerder van toepassing zijn op dochterondernemingen van PO's. De telers die lid zijn van de PO worden meestal nog altijd als onafhankelijke ondernemingen beschouwd.'*⁹⁶

Het Vlaamse departement van landbouw en visserij onderbouwt de geciteerde stelling niet. Het is aanemelijk te veronderstellen dat de stelling ontleend is aan de hiervoor besproken Nederlandse handleiding van de staatssecretaris van Economische Zaken. Deze handleiding wordt in de literatuurlijst van de Vlaamse handleiding immers expliciet genoemd.

Hierna zal worden betoogd dat het standpunt ten aanzien van de economische eenheid in de landbouw in zowel de Nederlandse als de Vlaamse handleiding te kort door bocht is.

3.2. Standpunt van de NMa / ACM

3.2.1. Inleiding

De NMa en rechtsopvolger ACM hebben een aantal keren de gelegenheid gehad om te beoordelen

hoe de relatie tussen producenten van primaire landbouwproducten en de landbouwcoöperatie waarvan zij lid zijn mededingingsrechtelijk moet worden gekwalificeerd. Meestal ging het daarbij om concentraties.⁹⁷

3.2.2. Besluit 7 juli 1999 (FCDF - De Kievit)

Friesland Coberco Dairy Foods B.V. (FCDF), destijds een onderdeel van de coöperatieve vereniging Zuivelcoöperatie De Zeven Provinciën U.A., was voornemens Zuivelfabriek De Kievit B.V. over te nemen. De NMa verlangde voor deze overname een vergunning. Deze vergunning werd uiteindelijk verleend bij besluit van 7 juli 1999. In dit besluit wijst de NMa erop dat het kartelverbod niet van toepassing is op overeenkomsten tussen een moederverenootschap en een dochteronderneming die tot een hetzelfde concern behoren, indien die ondernemingen een economische eenheid vormen waarin de dochteronderneming haar optreden op de markt niet werkelijk zelfstandig kan bepalen. De NMa wijst er echter op dat in het voorliggende geval zowel de melkveehouders als de zuivelcoöperatie zelfstandige ondernemingen zijn. *'Melkveehouders zijn vrij om hun lidmaatschap van de coöperatie op te zeggen. De coöperatie mag ook boerderijmelk afnemen van niet-leden (zie punt 97). Een individuele melkveehouder kan geen invloed van betekenis uitoefenen op het beleid van de zuivelcoöperatie waarvan hij lid en mede-eigenaar is.'* Aldus komt de NMa tot de conclusie dat er geen sprake is *'van een economische eenheid van het individuele lid en de coöperatie. De boerderijmelk van de melkveehouder is uitsluitend 'gebonden' op grond van in vrijheid gemaakte afspraken tussen een zuivelcoöperatie en haar leden-melkveehouders'*.

De NMa heeft bovenstaande conclusie gebaseerd op een besluit van de Europese Commissie inzake Campina. Uit dit besluit heeft de NMa afgeleid dat *'geen parallel getrokken kan worden tussen intraconcernverhoudingen en de relatie van melkveehouders tot hun coöperatie'*.⁹⁸ Het door de NMa bedoelde besluit van de Commissie wordt besproken in het Mededingingsverslag 1991 en heeft betrekking op de door Campina gehanteerde uittrederegeling.⁹⁹

95. De Nederlandse Mededingingsautoriteit is op 1 april 2013 samen met de Consumentenautoriteit en de OPTA gefuseerd tot de Autoriteit Consument en Markt (ACM).

96. Handleiding mededinging in de landbouw, p. 23. De Handleiding is te raadplegen via: http://lv.vlaanderen.be/sites/default/files/attachments/gr_201609_publicatie_mededinging_digi.pdf (voor het laatst geraadpleegd op 4 december 2017).

97. Bij een concentratie moet worden gedacht aan een fusie, overname of de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming. Voor de definitie van concentratie zie: art. 3 Vo 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PbEG* 2004 L 24/1 en art. 27 Mw.

98. Besluit NMa 16 september 1999 in zaak 1132/FCDF - De Kievit, randnr. 55.

99. XXIIe Verslag over het mededingingsbeleid 1991, p. 76-77. Het verslag is te raadplegen via: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/85113eef-343c-47c4-b8ae-8fb99b7711f3/language-en> (voor het laatst geraadpleegd op 4 december 2017).

3.2.3. Besluiten 16 september 1999 en 16 april 2003 (The Greenery – Fruitmasters)

Twee grote producentenorganisaties op het gebied van fruit, The Greenery en Fruitmasters, probeerden zowel in 1999 als in 2003 een gemeenschappelijke onderneming tot stand te brengen. In beide gevallen werd de voorgenomen oprichting van een gemeenschappelijke dochteronderneming bij de NMa gemeld. De gemeenschappelijke dochteronderneming kwam er echter niet. De NMa was bang dat de voorgenomen concentratie onder andere 'zou kunnen leiden tot de vorming van een economische machtspositie jegens de aanbieders van vers fruit, en wel op de markt voor veiling- en bemiddelingsdiensten aan fruittelers'. Deze zorg was volgens de NMa gebaseerd 'op het gegeven dat een aanzienlijk percentage van het in Nederland geproduceerde volume aan fruit via de veiling- en bemiddelingsdiensten van The Greenery en Fruitmasters als intermediair in het verkeer werd gebracht'.¹⁰⁰ De NMa verlangde daarom zowel in 1999 als in 2003 een vergunning voor de concentratie. Deze vergunning werd door The Greenery en Fruitmasters niet aangevraagd.¹⁰¹ Beide besluiten lijken te impliceren dat de NMa de leden van The Greenery en Fruitmasters als zelfstandige en onafhankelijke ondernemingen heeft aangemerkt. De NMa is immers bang dat de nieuwe gemeenschappelijke onderneming een machtspositie krijgt ten opzichte van de leden.

3.2.4. Besluit 19 november 2009 (Tradition, WestVeg, Unistar en Brassica-Group)

Tradition, WestVeg, Unistar en Brassica-Group waren alle vier GMO erkende producentenorganisaties. Een voorgenomen fusie van deze organisaties in de zin van art. 27 lid 1 sub a Mededingingswet werd aan de NMa gemeld. In het besluit van 19 november 2009 wordt zonder enige toelichting vermeld dat uit de bij de melding ter beschikking gestelde omzetgegevens blijkt dat de gemelde concentratie binnen de werkingssfeer van het in hoofdstuk 5 van de Mededingingswet geregelde concentratietoezicht valt.¹⁰² Dit betekent dat de in art. 29 lid 1 Mededingingswet genoemde omzetrempels werden overschreden. Helaas zijn de omzetgegevens van de vier producentenorganisaties niet gepubliceerd. Gelet op het relatief geringe aantal leden per producentenorganisatie, ligt het voor de hand dat de ACM de omzet van de leden heeft

100. Besluit NMa 16 september 1999 in zaak 1427/The Greenery – Fruitmasters, randnrs. 42-56 en besluit NMa 16 april 2003 in zaak 3230/The Greenery – Fruitmasters 2 randnrs. 80-81.

101. Meer over beide meldingen: L.E.J. Korsten, M. A. Langman en M. van Wanroij in 'Kroniek Concentratiecontrole 2003', *M&M* 2004 p. 101.

102. NMa Besluit 19 november 2009 in zaak 6797/Tradition – WestVeg – Unistar – Brassica-Group, randnr. 10.

opgeteld bij de eigen omzet van de producentenorganisaties.¹⁰³

3.2.5. Informele zienswijze 31 oktober 2011 (FresQ)

In 2011 moest de NMa oordelen over de vraag of de toetreding van een aantal telers tot een producentenorganisatie als een concentratie in de zin van art. 27 Mw diende te worden aangemerkt. Hiertoe moest de NMa nagaan of telers samen met de producentenorganisatie een economische eenheid zouden vormen. In een informele zienswijze van 31 oktober 2011 concludeerde de NMa dat er van een economische eenheid geen sprake was:

*'De telers zijn zelfstandige en onafhankelijke ondernemingen en het feit dat zij hun afzet of een belangrijk deel daarvan via de coöperatie leiden brengt daar naar mijn inzicht in beginsel geen verandering in. Het komt mij dus voor dat zij voor de toepassing van de Mededingingswet in beginsel niet kunnen worden aangemerkt als een onderdeel van één enkele economische eenheid onder leiding van de coöperatie.'*¹⁰⁴

In vorenbedoelde informele zienswijze wordt de betrokken producentenorganisatie niet met name genoemd. Desalniettemin is identificatie mogelijk, omdat in de informele zienswijze wordt opgemerkt dat de betrokken producentenorganisatie '[...] aanvragen van [...] individuele telers van glasgroenten heeft ontvangen om per 1 januari 2012 tot de coöperatie toe te mogen toetreden'. Eind 2011 werd in agrarische pers melding gedaan van de overstap van 81 Coforta telers naar FresQ.¹⁰⁵ Op basis van deze berichtgeving moet ervan worden uitgegaan dat de informele zienswijze van 31 oktober 2011 betrekking heeft op FresQ.

3.2.6. Informele zienswijze 3 februari 2012 (Versdirect.nl en BGB)

Enkele maanden na de informele zienswijze in de zaak FresQ kwam de NMa tot een andere conclu-

103. Tradition, WestVeg, Unistar en Brassica-Group zijn na de fusie opgegaan in Best of Four. Hierna wordt in § 3.2.8 opgemerkt dat op basis van de eigen omzet de voorgenomen fusie tussen Van Nature en Best of Four niet meldingsplichtig zou zijn geweest. Het ligt daarom voor de hand te veronderstellen dat voor de fusie tussen Tradition, WestVeg, Unistar en Brassica-Group het zelfde heeft gegolden.

104. Informele zienswijze NMa 31 oktober 2011 in zaak 7285 [...], p. 2.

105. Zie bijvoorbeeld: Fresq: besluit over structuur Coforta-telers nog nemen, te raadplegen via: <http://www.boerderij.nl/Home/Nieuws/2011/10/Fresq-besluit-over-structuur-Coforta-telers-nog-nemen-AGD573938W/> [voor het laatst geraadpleegd op 4 november 2017].

sie. Wederom hebben we te maken met een voorgenomen concentratie. Uit de informele zienswijze van 3 februari 2012 in de zaak Versdirect.nl en Best Growers Benelux (BGB) blijkt dat producenten van primaire landbouwproducten wel degelijk een economische eenheid kunnen vormen met de producentenorganisatie waarvan zij lid zijn:

*'Kenmerk van de onderhavige coöperaties is de bundeling van het aanbod van de leden. De bundeling via de coöperatie leidt er toe dat het totale aanbod van de leden via één aanbieder op de afzetmarkt verschijnt. Het gebundelde aanbod is aldus het voorwerp van het commercieel beleid en het marktgedrag van één eenheid. Dat - in het geval van [Partij 1] - de coöperatie zelf in de vorm van bemiddeling betrokken is, heeft in dit geval niet tot gevolg dat de 'principalen' bij die bemiddeling (de afzonderlijke[...]) bij het op de markt brengen van hun producten individueel een eigen commercieel beleid voeren.'*¹⁰⁶

Versdirect.nl en BGB hebben de voorgenomen fusie bij de NMa gemeld. Bij besluit van 27 februari 2012 heeft de NMa partijen meegedeeld dat voor het tot stand brengen van de concentratie waarop de melding betrekking heeft, geen vergunning is vereist. In het verkorte besluit wordt slechts vermeld dat 'de gemelde operatie binnen de werkingssfeer van het in hoofdstuk 5 van de Mededingingswet geregelde concentratietoezicht valt'.¹⁰⁷ Mede gelet op de zienswijze, moet worden aangenomen dat Versdirect.nl en BGB de omzet van de leden bij de eigen omzet hebben opgeteld.

3.2.7. Besluit 15 mei 2012 (Paprika)

In dit besluit stelde de NMa vast dat de GMO erkende producentenorganisaties Coöperatieve Veiling Zuidoost-Nederland U.A. (ZON), Coöperatie United West Growers U.A. (UWG) en Coöperatieve Rainbow Paprika Telers U.A. (RPT) in de periode 30 mei 2006 tot en met 13 februari 2009 afspraken maakten over de prijs van paprika's.¹⁰⁸ Met name ten aanzien van het ondernemersbegrip is het een ingewikkelde kwestie.¹⁰⁹ Wat de zaak extra gecompliceerd maakt

is dat de rechtbank Rotterdam tweemaal een tussenuitspraak deed, die telkens gevolgen had voor de aanpak van de NMa.

De NMa heeft ZON, UWG en RPT in het besluit van 15 mei 2012 aangemerkt als de 'betrokken ondernemingen' omdat zij economische activiteiten verrichten.¹¹⁰ De producentenorganisaties zijn niet aangemerkt als ondernemingsvereniging. Evenmin kan uit het besluit worden opgemaakt dat de NMa van mening is dat de leden een economische eenheid vormen met de coöperatie waarvan zij lid zijn. In de procedure bij de rechtbank ontstaat discussie over de vraag welke rechtspersonen precies bij de door de ACM geconstateerde inbreuk zijn betrokken. Nadat de ACM tot de tevredenheid van de rechtbank had onderbouwd om welke rechtspersonen het ging, kwam de betrokken omzet aan bod. De ACM meende uit het Finnboard arrest te kunnen afleiden dat bij de berekening van de betrokken omzet, ook de door de leden van de producentenorganisaties behaalde omzet kon worden meegeteld. Dit betoog werd door de rechtbank geaccepteerd:

'Met ACM is de rechtbank van oordeel dat de overwegingen in het arrest Finnboard van het Gerecht duidelijk maken dat het ontbreken van een formele kwalificatie als ondernemersvereniging niet in de weg staat aan het gebruik van de door de verkoop B.V.'s ten behoeve van de bij de coöperaties aangesloten leden behaalde omzet voor de boetetoemering. De omstandigheden om dat te doen zijn nagenoeg dezelfde als in de Finnboard zaak:

- de verkoop B.V.'s [organisatie E] en [organisatie A] functioneerden als gezamenlijk verkoopkantoor voor de leden van [organisatie L] onderscheidenlijk [organisatie B]. De telers die bij genoemde coöperaties aangesloten waren, hadden bewust de verkoop uit handen gegeven en waren verplicht hun paprika's via de verkoop B.V.'s in de handel te brengen. Zij moesten zich daartoe ook aansluiten bij [organisatie F] (100% moeder van genoemde verkoop B.V.'s). Uit deze omstandigheden blijkt reeds dat zij gebonden waren aan de regels van [organisatie L] respectievelijk [organisatie B];
- deze verkoop B.V.'s traden net als Finnboard als contractspartij op, maar werden geen eigenaar van de te verhandelen producten, in dit geval paprika's;
- [organisatie L] en [organisatie B] beharrigden uitsluitend de belangen van hun leden (ook op het gebied van de afzet, zie artikel 2 statuten) en waren betrokken bij de afspraken met het doel om voor hun leden een betere (hogere) paprikaprijs te berekenen. De afspraken werden dus uitsluitend ten gunste van de leden-telers gemaakt;
- de 'eigen inkomsten' van de coöperaties staan in geen verhouding tot de waarde van de verkopen, zoals gemaakt door het kartel;
- voorts blijkt uit de statuten van beide coöperaties dat zij hun leden konden binden. Alle leden zijn

106. Informele zienswijze 3 februari 2012 in zaak 7319 [...], p. 2. De namen van partijen zijn te achterhalen via het zaaknummer. Versdirect.nl en Best Growers Benelux hebben hun voorgenomen concentratie gemeld. In het concentratiebesluit met hetzelfde zaaknummer als de informele zienswijze worden Versdirect.nl en Best Growers Benelux met name genoemd. Op de website van de ACM wordt verwezen naar de hier bedoelde informele zienswijze.

107. Besluit NMa 27 februari 2012 in zaak 7310/ Versdirect.nl - Best Growers Benelux.

108. Besluit NMa 15 mei 2012 in zaak 7036 / Paprika, randnrs. 158-163.

109. In deze zin: P.V.F Bos en M.J. Plomp in 'een gemengde sla van ondernemingsbegrip, toerekenbaarheid, beoefening en landbouwbeleid', *MeM* 2013, p. 162.

110. Besluit NMa 15 mei 2012 in zaak 7036 / Paprika, randnrs. 13-31 en 204.

*verplicht tot strikte naleving van de statuten, de reglementen en besluiten van de coöperatie, op straffe van sancties en/of ontzetting uit lidmaatschap.*¹¹¹

Naar aanleiding van vorengenoemd tussenvonniss verlaagde de ACM de opgelegde boetes bij besluit van 10 juni 2016. De boetes zijn verder verlaagd vanwege de slechte financiële situatie van de beboete producentenorganisaties. Hoewel het vermogen 'nihil tot beperkt' was, meende de ACM dat er toch ruimte was voor een boete. In de visie van de ACM kon immers worden uitgegaan van 'draagkracht in ruime zin'. Gelet hierop achtte de ACM het redelijk dat de producentenorganisaties van hun nog actieve leden een 'aanzienlijke bijdrage' zouden vragen. De producentenorganisaties hebben inmiddels met dit besluit ingestemd.¹¹²

3.2.8. Besluit 22 december 2015 (Van Nature en Best of Four)

In het besluit van 22 december 2015 heeft de ACM geconcludeerd dat de GMO erkende producentenorganisaties Van Nature en Best of Four mogen fuseren. In het verkorte besluit meldt de ACM dat na onderzoek is vastgesteld dat de gemelde operatie binnen de werkingssfeer van het in hoofdstuk 5 van de Mededingingswet geregelde concentratietoezicht valt. Dit betekent dat de in art. 29 lid 1 Mededingingswet genoemde omzetzempels werden overschreden. Helaas wordt in het besluit geen melding gemaakt van de omzetgegevens van de betrokken producentenorganisaties. Navraag heeft uitgeezen dat beide producentenorganisaties in hun concentratiemelding de omzet van hun leden bij de eigen omzet hebben opgeteld. Als slechts naar de eigen omzet zou zijn gekeken, zou de voorgenomen concentratie niet meldingsplichtig zijn geweest. Het feit dat de ACM concludeert dat er sprake is van een meldingsplichtige concentratie, impliceert dus dat de leden samen met Van Nature, respectievelijk Best of Four een economische eenheid vormen. Vergelijkbaar derhalve met situatie in de informele zienswijze in de zaak Versdirect.nl en BGB. Deze benadering ligt ook voor de hand. Van Nature is immers de rechtsopvolger van Versdirect.nl en BGB.

3.2.9. 'Guidance' 17 juni 2017 (CNB)

De brief van de ACM is heel summier en bevat geen inhoudelijke informatie. Slechts uit de hiervoor in

de inleiding van dit artikel aangehaalde berichten van CNB, kan worden opgemaakt dat het de bedoeling is dat de 'verkoop BV' en de toetgetreden kwekers een economische eenheid gaan vormen. De 'guidance' zal in het licht hiervan zo worden moeten begrepen, dat de ACM hier positief tegenover staat.

3.2.10. Conclusie ten aanzien van de economische eenheid

Als gekeken wordt naar de besluiten en informele zienswijzen van de NMa/ACM, dan lijkt het er op het eerste gezicht op dat er geen eenduidig antwoord bestaat op de vraag of producenten van primaire landbouwproducten een economische eenheid met hun producentenorganisatie kunnen vormen. De handleiding van de staatssecretaris van Economische Zaken weerspiegelt deze onduidelijkheid. Toch luidt de conclusie dat het antwoord op de gestelde vraag bevestigend moet luiden.

In de zaak FCDF - De Kievit heeft de NMa duidelijk een onjuiste analyse gemaakt. Allereerst de opzeggingsmogelijkheid. Het feit dat een producent van primaire landbouwproducten het lidmaatschap van zijn landbouwcoöperatie kan opzeggen is irrelevant. Agenten kunnen de verleende opdracht immers ook opzeggen en werknemers kunnen ontslag nemen. Toch kunnen zij tijdens de looptijd van hun opdracht c.q. arbeidsovereenkomst een economische eenheid vormen met hun opdrachtgever c.q. werkgever. Waar in dit kader op gelet moet worden is dat een producent een redelijke uittredingsmogelijkheid moet hebben. Dat externe aspect maakt immers geen onderdeel uit van de economische eenheid, maar moet worden getoetst aan het kartelverbod. Hierbij is het 'Genossenschaftsprivileg' relevant. Op de tweede plaats de zeggenschap. Het feit dat een individuele melkveehouder geen invloed kan uitoefenen op het beleid van de zuivelcoöperatie, duidt er juist op dat niet de individuele melkveehouders, maar de zuivelcoöperatie het marktbeleid bepaald. Op dezelfde manier bepaald een moederorganisatie het marktbeleid van een concern.

In de twee besluiten in de zaak The Greenery - Fruitmasters wordt weliswaar melding gemaakt van (statutaire) verplichtingen die op de leden van een erkende producentenorganisatie rusten, maar wordt niet ingegaan op de omvang van deze verplichtingen. De NMa lijkt zich in de besluiten op het standpunt te stellen dat de leden zich onafhankelijk kunnen gedragen ten opzichte van de erkende producentenorganisatie waarvan zij lid zijn, onder andere omdat zij het eigen afzetkanaal kunnen kiezen.¹¹³ Dit is mogelijk ingegeven door het feit dat The Greenery en Fruitmasters de NMa zelf hebben meegedeeld 'dat alle aanvoerders van fruit de mogelijkheid hebben op korte termijn over te kunnen schakelen van

111. Rechtbank Rotterdam 9 juli 2015 (Paprika) zaak ROT 13/247, 13/248, 13/249, 13/250, 13/251, 13/252, 13/5771, 13/5772, 13/5774, ECLI:NL:RBROT:2015:4885, ro 6.2. Zie verder: Gerecht 14 mei 1998 (Finnboard) zaak T-338/94, ECLI:EU:T:1998:99, ro's 273-280, zoals in stand gebleven voor het HvJ (Finnboard) zaak C-298/98, ECLI:EU:C:2000:634, ro 63 e.v.

112. Besluit ACM 10 juni 2016 (Paprika) zaak 7036, randnrs. 33-39.

113. Besluit NMa 16 september 1999 in zaak 1427/The Greenery - Fruitmasters, randnrs. 19, 45 en besluit NMa 16 april 2003 in zaak 3230/The Greenery - Fruitmasters 2 randnrs. 40-43 en voetnoot 34.

het coöperatieve afzetkanaal naar een alternatieve afzetwijze'.¹¹⁴ Net als in de zaak FCDF - De Kievit, waarvan het besluit bij de NMa ongetwijfeld nog vers in het geheugen lag, wordt ook in de zaak The Greenery – Fruitmasters de nadruk gelegd op de voor de telers bestaande mogelijkheid om uit te treden. Zoals hiervoor reeds opgemerkt is dit aspect irrelevant voor de vraag of een producent gedurende zijn lidmaatschap een economische eenheid vormt met zijn landbouwcoöperatie.

In de paprikazaak lag de nadruk op afspraken die producentenorganisaties met elkaar hadden gemaakt. De NMa hoefde de relatie tussen de producentenorganisaties en hun leden niet te kwalificeren. In het besluit van 15 mei 2012 wordt uitsluitend gemeld dat de GMO regels toestaan dat 'telers van paprika's hun productie in erkende producentenorganisaties (PO's) en associaties van producentenorganisaties (APO's) bundelen'.¹¹⁵ Pas tijdens de procedure bij de rechtbank kwamen de leden in beeld. De ACM wilde de omzet van de leden meetellen bij de berekening van de boetegrondslag. Daartoe beriep de ACM zich op het Finnboard arrest en niet op het bestaan van een economische eenheid tussen de paprikatelers en hun landbouwcoöperatie. Eigenlijk is dit wel opmerkelijk. De in het kader van het beroep op het Finnboard arrest aangevoerde omstandigheden wijzen namelijk op het bestaan van een economische eenheid.

Dan de twee informele zienswijzen van de NMa. In beide gevallen hebben we te maken met GMO erkende producentenorganisaties. Waarom dan twee totaal verschillende zienswijzen? Beide zienswijzen bevatten geen informatie over dit punt. Bedacht dient te worden dat een informele zienswijze van de NMa/ACM grotendeels is gebaseerd op de informatie die de verzoeker heeft aangeleverd. Niet uitgesloten kan worden dat FresQ zelf het standpunt heeft ingenomen dat haar leden zelfstandige ondernemers waren. In het licht van de besluiten van de NMa in de zaken FCDF - De Kievit en The Greenery - Fruitmasters een begrijpelijk standpunt. Bovendien was FresQ op het moment dat zij de NMa om een zienswijze verzocht, tevens verwikkeld in de paprikazaak. In die zaak had FresQ kennelijk het standpunt ingenomen dat zij de regie niet strak in hand had, zodat sommige dochterondernemingen zich 'op de markt autonoom gedroegen'.¹¹⁶ Wat FresQ hiermee bedoelde, kan worden opgemaakt uit het arrest Nederland / Commissie. Blijkens dit arrest had FresQ sommige van haar grote telers toegestaan verkooppersoneel bij dochterondernemingen van FresQ te detacheren. Een gedetacheerde verkoopmedewerker droeg uitsluitend zorg voor de afzet van producten van de teler die hem had gedet-

acheerd en hij volgde ook uitsluitend diens instructies op.¹¹⁷ Dit kan verklaren waarom de NMa in de informele zienswijze van 31 oktober 2011 tot de conclusie kwam dat de telers van FresQ 'zelfstandige en onafhankelijke ondernemingen' waren.

Versdirect.nl, en Best Growers Benelux daarentegen zullen ongetwijfeld aan de hand van de GMO-regels uiteen hebben gezet dat zij de regie hadden over de afzet van de producten die door hun leden werden geproduceerd. Op basis hiervan is de NMa tot de conclusie gekomen dat Versdirect.nl, en Best Growers Benelux samen met hun leden een economische eenheid vormden. Deze benadering is gevolgd in de besluiten in de zaak Tradition, WestVeg, Unistar en Brassica-Group en de zaak Van Nature en Best of Four, alsmede in de 'guidance' aan CNB.

Aldus is de rode lijn dat in geval de GMO-regels, met name in de sector groenten en fruit, strak worden nageleefd, de producenten van primaire landbouwproducenten en hun landbouwcoöperatie een economische eenheid vormen. Deze interpretatie wordt ondersteund door de conclusie van Advocaat-Generaal Wahl in de Franse witlofzaak:

*'De praktijken binnen een PO en een UPO die daadwerkelijk belast zijn met het beheer van de voortbrenging van en de handel in de producten van haar leden kunnen namelijk gelijk worden gesteld met die binnen een vennootschap of een groep die zich, op de betrokken markt en rekening houdend met de bijzonderheden van de landbouwmarkt, presenteert als één en dezelfde economische entiteit. Dergelijke „interne” praktijken zijn onttrokken aan het mededingingsrecht. In een dergelijke configuratie hebben de vertegenwoordigde landbouwers geen enkele controle meer, wat de verkoop van hun productie betreft, over de gang van zaken en de prijs.'*¹¹⁸

4. Economische eenheid in de landbouw

4.1. Inleiding

Hiervoor is geconstateerd dat vooral de GMO-regels in de sector groente en fruit er voor zorgen dat producenten van primaire landbouwproducten samen met hun landbouwcoöperatie een economische eenheid kunnen vormen. Dat betekent dat nagegaan moet worden welke omstandigheden meebrengen dat er een economische eenheid ontstaat tussen producenten en een producentorganisatie in de sector groenten en fruit.

114. Besluit NMa 16 april 2003 in zaak 3230/The Greenery - Fruitmasters 2 randnr. 67.

115. Besluit NMa 15 mei 2012 in zaak 7036 / Paprika, randnrs. 57 en 167.

116. Rechtbank Rotterdam 9 juli 2015 (Paprika) zaak ROT 13/247, 13/248, 13/249, 13/250, 13/251, 13/252, 13/5771, 13/5772, 13/5774, ECLI:NL:RBROT:2015:4885, ro 3.2.

117. HvJ 6 november 2014 (Nederland / Commissie) zaak C-610/13, ECLI:EU:C:2014:2349, ro 68.

118. Conclusie A-G Wahl 6 april 2017 (Franse witlof) zaak C-671/15, ECLI:EU:C:2017:281, randnr. 101.

4.2. Erkende producentenorganisatie in de sector groenten en fruit

De kernactiviteit van een erkende producentenorganisatie in de sector groenten en fruit bestaat volgens art. 11 lid 1 Vo 2017/891 uit *'de concentratie van het aanbod en de afzet van de producten van haar leden waarvoor zij is erkend'*.¹¹⁹ Daarnaast is een erkende producentenorganisatie op grond van art. 160 Vo 1308/2013 tevens verplicht de productie van de leden te plannen.

Uit het arrest Frankrijk / Commissie volgt dat een erkende producentenorganisatie de genoemde kernactiviteit slechts kan verrichten als *'une partie significative de la production des membres est vendue par l'intermédiaire de l'organisation de producteurs'*.¹²⁰

De leden van een erkende producentenorganisatie zijn met andere woorden dus verplicht *'een wezenlijk'* deel van hun productie door tussenkomst van hun producentenorganisatie te verkopen. Slechts onder strikte voorwaarden kunnen producentenorganisaties hun leden toestaan producten buiten de producentenorganisatie om te verkopen.¹²¹

Met *'verkoop'* wordt volgens het Gerecht bedoeld dat de producentenorganisatie om producten te verkopen, het verkoopkanaal moet kiezen en, tenzij de verkoop via een veiling verloopt, met afnemers moet onderhandelen over hoeveelheden en prijzen. Dit voorschrift is thans gecodificeerd in art. 11 lid 1 Vo 2017/891. De leden mogen zich niet met deze verkoop bemoeien. Een dergelijke bemoeienis zou afbreuk doen aan de regie die erkende producentenorganisaties over de afzet moeten hebben. In Nederland is dit verder uitgewerkt in de Regeling uitvoering GMO groenten en fruit 2017.¹²²

Over de verdeling van de verkoopopbrengst zeggen de GMO-regels als zodanig niets. Bedacht dient echter te worden dat erkende producentenorganisaties in de sector groenten en fruit het *'stabiliseren van producentenprijzen'* als doel moeten nastreven.¹²³ Dit doel zal niet of in ieder geval minder goed te reali-

seren zijn indien leden in gelijke gevallen verschillend worden behandeld. In dit kader kan worden gewezen op de zaak Batavia. In die zaak had het Productschap Tuinbouw de erkenning van producentenorganisatie Batavia ingetrokken. Een van de redenen hiervoor was dat een van de leden van Batavia, die tevens bestuurslid was, voor zijn eigen producten andere verkoopprijzen en –voorwaarden vaststelde dan voor de producten van andere leden die eveneens glasgroenten teelden.¹²⁴ Ook in de zaak FresQ is op onderhavig aspect ingegaan. Volgens het CBB is met de GMO-regels *'niet verenigbaar dat aangesloten telers onderling een akkoord over de prijs bereiken en (slechts) een van hen vervolgens profiteert van de verkoopprijs die de producentenorganisatie voor de producten weet te verkrijgen'*.¹²⁵

Het is voor producentenorganisaties van groot belang dat zij regie over de afzet hebben. Als deze regie ontbreekt, lopen producentenorganisaties het risico hun erkenning te verliezen. Dit kan weer negatieve gevolgen hebben voor eventuele GMO-subsidies die zij hebben ontvangen.¹²⁶ Mede gelet hierop, is het duidelijk de bedoeling dat producentenorganisaties controleren of hun leden de verplichtingen nakomen die op grond van de GMO-regels op hen rusten. Deze verplichtingen moeten blijkens art. 153 Vo 1308/2013 worden opgenomen in de statuten van de producentenorganisaties. De statuten moeten bovendien voorzien in sancties die aan leden kunnen worden opgelegd in geval zij hun statutaire verplichtingen overtreden. Hiertoe moeten de leden door de producentenorganisatie worden gecontroleerd, hetgeen wordt voorgeschreven door de artikelen 13 en 14 Regeling uitvoering GMO groenten en fruit.

Tot slot zijn er ook specifieke regels voor de uittreding. Op grond van art. 6 Verordening 2017/891 kunnen leden van een producentenorganisatie hun lidmaatschap opzeggen met een opzegtermijn van maximaal zes maanden. Voorwaarde is wel dat het lidmaatschap minimaal één jaar heeft geduurd. In art. 7 Regeling uitvoering GMO groenten en fruit is dit voorschrift verder uitgewerkt. Er kan in Nederland uitsluitend worden opgezegd tegen 1 januari. De duur van de opzegtermijn, die producentenorganisaties zelf in hun statuten moeten bepalen, bedraagt tenminste drie maanden en ten hoogste zes maanden.

119. Verordening 2017/891, tot aanvulling van Verordening (EU) nr. 1308/2013 van het Europees Parlement en de Raad wat betreft de sectoren groenten en fruit en verwerkte groenten en fruit en tot aanvulling van Verordening (EU) nr. 1306/2013 van het Europees Parlement en de Raad wat betreft de in deze sectoren toe te passen sancties en tot wijziging van Uitvoeringsverordening (EU) nr. 543/2011 van de Commissie, PbEU 2017 L 138/4.

120. Gerecht 30 september 2009 (Frankrijk – Commissie) zaak T-432/07, ECLI:EU:T:2009:373, ro 54 en Gerecht 16 september 2013 (Nederland/Commissie) in zaak T-343/11, ECLI:EU:T:2013:468, ro 151. Laatstbedoeld oordeel is in hoger beroep in stand gebleven. Zie in de kader ook art. 160 2^e alinea Vo 1308/2013.

121. Zie: art. 12 Vo 2017/891.

122. Regeling van de Staatssecretaris van Economische Zaken van 5 juli 2017, nr. WJZ / 17108187, houdende regels ten aanzien van de uitvoering van de gemeenschappelijke marktordening groenten en fruit, *Stcrt.* 2017 39552.

123. Art. 160 1^e alinea jo art. 152 lid 1 sub a onder iii Vo 1308/2013.

124. Brief van het Productschap Tuinbouw van 25 mei 2010. Deze brief is niet gepubliceerd, maar kenbaar uit de uitspraak van de voorzieningenrechter van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) van 22 juni 2010 (Batavia) zaak AWB 10/298, ECLI:NL:CBB:2010:BN0348. In de bodemprocedure is de intrekking van de erkenning van Batavia in stand gebleven. Uitspraak CBB 6 september 2013 (Batavia) zaak AWB 11/1086, 12/529, 12/592 t/m 12/595, ECLI:NL:CBB:2013:103.

125. CBB 25 juli 2017 (FresQ) zaak 15/7, ECLI:NL:CBB:2017:123, ro 4.4.

126. Zie over het belang van regie over de afzet: H.C.E.P.J. Janssen in 'Producentenorganisaties in de groenten- en fruitsector en het belang van regie over de afzet', SEW 2015, p. 76.

4.3. Niet-erkende landbouwcoöperaties en hun leden als economische eenheid

Producentenorganisaties in de sector groenten en fruit vormen geen economische eenheid met hun leden 'vanwege' de erkenning. De erkenning zorgt er uitsluitend voor dat eventueel de mededingingsregels moeten wijken voor GMO-regels, zoals het Hof van Justitie onlangs heeft aangenomen in de Franse Witlofzaak. Dit betekent dat de basis van een economische eenheid niet uitsluitend kan worden gevormd door de statuten van een landbouwcoöperatie. Dit is ook logisch. Agenten en werknemers vormen immers op basis van een overeenkomst een economische eenheid met hun opdrachtgever c.q. werkgever. Een economische eenheid hoeft dus niet noodzakelijkerwijs een (landbouw)coöperatie te zijn. Een besloten vennootschap behoort dus ook tot de mogelijkheden. Zo gezien is het niet vreemd dat CNB de economische eenheid vorm geeft aan de hand van een 'verkoop BV'.

Bij de vormgeving van een economische eenheid moet eerst gekeken worden naar de externe component.¹²⁷ Dit betekent (I) dat producenten van primaire landbouwproducten niet langer aan de economische eenheid mogen worden gebonden dan noodzakelijk is voor de goede werking van de economische eenheid. Voor de interne component is vervolgens van belang dat (II) het marktgedrag van de deelnemende entiteiten het marktgedrag is van een eenheid, (III) er één entiteit is die de andere entiteiten controleert, en (IV) de deelnemende entiteiten identieke belangen hebben.

Als de hiervoor genoemde vier punten worden afgezet tegen de GMO-regels komen we uit bij navolgend schema:

Maatregel			Verwijzing
I	1	Producent wordt voor onbepaalde tijd lid EE	Art. 6 Vo 2017/891
	2	Exclusiviteit tijdens lidmaatschap	Art. 153 Vo 1308/2013
	3	Opzegging lidmaatschap 1x per jaar	Art. 6 Vo 2017/891 Art. 7 Vo GMO G&F

II	4	Door de EE wordt de productie gepland, het aanbod wordt gebundeld en de producten van de leden verkocht	Art. 152 Vo 1308/2013 Art. 160 Vo 1308/2013 Art. 11 Vo 2013/891
	5	Verkoop volledige productie door de EE	Art. 160 Vo 1308/013
	6	Producent kan zijn eigen producten niet zelf verkopen, tenzij met ontheffing van de EE	Art. 11 Vo 2017/891 Art. 12 Vo 2017/891 Art. 25 Vo GMO G&F
	7	EE is zelfstandige marktpartij	AG in de Franse witlof zaak ro 101
	8	EE beslist over de verkoopvoorwaarden	Art. 11 Vo 2017/891 Art. 21 Vo GMO G&F
	9	EE verkoopt de producten op eigen naam	Art. 160 Vo 2017/891
	10	Producent kan producten niet terugkopen	Art. 145 Vo 543/2011

127. Zie § 2.3.5 hiervoor.

III	11	Producent presenteert zich als onderdeel van de EE	Art. 10 Vo GMO G&F
	12	Producent moeten de EE informatie verschaffen	Art. 153 Vo 1308/2013 Art. 14 Vo GMO G&F
	13	De EE kan de producenten controleren	Art. 13 Vo GMO G&F Art. 14 Vo GMO G&F
	14	De EE kan sancties opleggen	Art. 153 Vo 1308/2013 Art. 15 Vo GMO G&F
IV	15	De producenten delen in gelijke mate de verkoopopbrengst	Art. 152 lid 1 sub a onder iii Vo 1308/2017

EE: *Economische eenheid*
 Vo GMO GeF: *Regeling uitvoering GMO groenten en fruit*

De in het schema genoemde maatregelen kunnen in de statuten of een overeenkomst worden opgenomen. Zoals bekend is papier geduldig. Op papier kan een constructie uitstekend 'mededingingsproof' zijn. Als de praktijk anders is, lopen producenten van primaire landbouwproducten en hun landbouwcoöperaties nog steeds het risico het kartelverbod te overtreden. Het is daarom van groot belang dat daadwerkelijk wordt gecontroleerd dat de leden de economische eenheid niet in gevaar brengen. Eventuele overtredingen behoren serieus te worden bestraft.

5. Slot

Mededinging in de landbouw is een 'mandarijnen-wetenschap' bij uitstek. In de dagelijkse praktijk blijkt het vaak lastig om de mededingingsregels in overeenstemming met het GLB toe te passen. Helemaal als de regels tegenstrijdig zijn. Bij herhaling proberen overheden en mededingingsautoriteiten duidelijkheid te scheppen. Meestal wordt de materie er niet duidelijker op. De handleiding die de staatssecretaris van Economische Zaken in 2015 naar de Tweede Kamer zond is daar – helaas – een duidelijk voorbeeld van. De aldus gecreëerde verwarring heeft grote consequenties. Zo zijn producenten van primaire landbouwproducten kopschuw om samen te werken. De gedachte is dat eventuele samenwerking in strijd is met de mededingingsregels. Daarmee blijft noodzakelijke innovatie uit.

In dit artikel is uiteengezet dat producenten van primaire landbouwproducten binnen een economische eenheid heel goed kunnen samenwerken zonder in strijd te handelen met het kartelverbod. Het kartelverbod is op interne situaties immers niet van toepassing. Bij het vormgeven van een economische eenheid kunnen zij gebruik maken van de regels zoals die gelden voor erkende producentenorganisaties in de sector groenten en fruit. In die sector wordt al meer dan 100 jaar samengewerkt sedert 1966 onder de vlag van een GMO. De introductie van de mededingingsregels heeft hier geen verandering in gebracht. Een goed voorbeeld doet zoals bekend goed volgen!