

Aanbodbundeling en gezamenlijke verkoop van primaire landbouwproducten – hoever reikt het kartelverbod?

Mr. H.C.E.P.J. Janssen en mr. S. van der Heul*

In de vorig jaar in werking getreden GMO-Verordening worden producenten van primaire landbouwproducten gestimuleerd hun producten gezamenlijk af te zetten. Wanneer gezamenlijke afzet tevens centrale prijsstelling en/of aanbodbundeling impliceert, kan een spanningsveld ontstaan met het kartelverbod dat concurrentie beperkende afspraken zoals prijsafspraken en quoterings verbiedt. In deze bijdrage wordt nader ingegaan op de verhouding tussen de GMO-Verordening en het kartelverbod, waarbij de (on)mogelijkheden voor samenwerking in de landbouwsector worden geschetst.

Verordening (EU) nr. 1308/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 17 december 2013, PbEU 2013, L 347

Inleiding

In de landbouwsector worden landbouwers¹ in het kader van het Gemeenschappelijk Landbouwbeleid (GLB)² van de Europese Unie gestimuleerd om hun productie aan de vraag aan te passen, te bundelen en gezamenlijk af te zetten om op die manier hun onderhandelingspositie te verbeteren. Hiertoe kunnen de landbouwers zich

verenigen in erkende producentenorganisaties (PO's).³ Aanbodbundeling en gezamenlijke afzet zijn blijkens Europese jurisprudentie enkel mogelijk als landbouwers een belangrijk gedeelte van hun productie via de PO waarvan zij lid zijn verkopen. De verkoopvoorwaarden dienen in voorkomend geval door de PO te worden bepaald. In het bijzonder moet de PO de prijs vaststellen waartegen de productie wordt verkocht.⁴ Het kartelverbod, dat concurrentie beperkende overeenkomsten zoals prijs- en quoteringsafspraken verbiedt, is behoudens enkele specifieke uitzonderingen evenwel in beginsel van toepassing op overeenkomsten tussen ondernemingen die actief zijn in de landbouwsector. Het spanningsveld tussen enerzijds quoteringsafspraken en de gezamenlijke vaststelling van verkoopprijzen en anderzijds het kartelverbod is hiermee direct duidelijk.⁵

Hoewel het GLB vooral ten behoeve van erkende PO's mogelijkheden heeft gecreëerd om vergaand samen te werken, blijkt de scheidslijn tussen verboden kartelafspraken en toegestane aanbodbundeling respectievelijk centrale prijsstelling op grond van het GLB in de praktijk dun en (dus) voor landbouwers moeilijk te markeren. De laatste jaren zijn diverse landbouwers, PO's en Verenigingen van landbouwers in de sector groenten en fruit door de Autoriteit Consument & Markt (ACM) beboet voor overtreding van het kartelverbod.⁶ Boven-

* Mr. H.C.E.P.J. (Eric) Janssen is advocaat mededingings- en GMO-recht bij Dirkwager advocaten & notarissen. Mr. S. (Sjaak) van der Heul is advocaat mededingings- en GMO-recht bij Dirkwager advocaten & notarissen.

1. In dit artikel wordt in overeenstemming met art. 4 lid 1 onder a Verordening (EU) nr. 1307/2013 tot vaststelling van voorschriften voor rechtstreekse betalingen aan landbouwers in het kader van de steunregelingen van het gemeenschappelijk landbouwbeleid en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 637/2008 van de Raad en Verordening (EG) nr. 73/2009 van de Raad, *PbEU* 2013, L 347/608, gesproken over 'landbouwers' en niet over 'ondernemingen' zoals in art. 101 VWEU.

2. Sinds de afschaffing van de Europese Gemeenschap moet eigenlijk worden gesproken van ELB (Europees Landbouwbeleid). In de literatuur wordt echter nog overwegend gesproken van GLB of het Engelse equivalent CAP (Common Agricultural Policy).

3. Hierna zal met 'PO' uitsluitend worden bedoeld op erkende PO's. Wanneer landbouwers zich hebben verenigd in een niet-erkende vereniging, wordt deze vereniging overeenkomstig art. 209 Verordening (EU) nr. 1308/2013 aangeduid als 'Vereniging van landbouwers'.

4. Gerecht 30 september 2009, zaak T-432/07, *Frankrijk/Commissie*, ECLI:EU:T:2009:373, r.o. 54 en Gerecht 16 september 2013, zaak T343/11, *Nederland/Commissie*, ECLI:EU:T:2013: 468, r.o. 151.

5. In deze zin A-G Stix-Hackl in de conclusie in de zaak C-137/00, *Milk Marque*, ECLI:EU:C:2002:496, randnr. 42 en H. Schweizer in: *Immennga/Mestmäcker, 'Wettbewerbsrecht'*, Landbouw, München: Verlag C.H. Beck 2012, deel 2, afdeling VIII onder A Inleiding.

6. ACM ontstond op 1 april 2013 door een fusie van de Consumentenautoriteit, de OPTA en de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). Als wij verwijzen naar besluiten en zienswijzen van ACM van voor 1 april 2013 doelen wij op besluiten en zienswijzen van de NMa.

dien lijkt de Europese Commissie zich in de recent gepubliceerde concept 'Guidelines on the application of the specific rules laid down in Articles 169, 170 and 171 of the CMO Regulation for the olive oil, beef and veal and arable crops sectors' (hierna: de Conceptrichtsnoeren)⁷ op het standpunt te stellen dat een inbreuk op het kartelverbod inherent is aan de activiteiten van erkende PO's. De Rijksdienst voor Ondernemend Nederland (RVO) hanteert een ander uitgangspunt. In de eind 2014 gepubliceerde 'Basisregeling Producentenorganisaties (PO), Brancheorganisaties (BO) en Verbindend Verklaring (VV)⁸' (hierna: de Basisregeling) stelt de RVO dat activiteiten van een erkende PO die in overeenstemming zijn met de doelstellingen van het GLB geen inbreuk vormen op de geldende mededingingsregels.⁹ De vraag waar de grenzen van samenwerking voor landbouwers liggen, is aldus zelden zo relevant als momenteel. Hierna zullen wij deze grenzen markeren.

GMO

De GMO en de rol van PO's

Op grond van artikel 39 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) heeft het GLB als doelstellingen (1) de vergroting van de productiviteit, (2) het verzekeren van een redelijke levensstandaard voor de landbouwbevolking, (3) stabilisering van de markten, (4) het veilig stellen van de voedselvoorziening en (5) het verzekeren van redelijke prijzen bij de levering aan verbruikers. Om deze doelstellingen te bereiken zijn er op grond van het VWEU bij verordening Gemeenschappelijke Marktordeningen (GMO's) vastgesteld.

Hoewel aanvankelijk per (groep van) landbouwproducten afzonderlijke GMO's werden vastgesteld, zijn de meeste GMO's vanaf 2007 samengevoegd in één verordening, de zogenoemde Integrale GMO-Verordening.¹⁰ Alleen de GMO voor visserij en aquacultuur¹¹ is daarnaast blijven bestaan. In het kader van de recente hervorming van het GLB is de Integrale GMO-Verorde-

ning met ingang van 1 januari 2014 vervangen door Verordening (EU) nr. 1308/2013 (hierna: de GMO-Verordening).¹² Op basis van de GMO-Verordening kunnen de Europese Commissie en de lidstaten uitvoeringsregelingen vaststellen.¹³

In de sector groenten en fruit vond de Europese wetgever vanwege de sterke concentratie van de vraag door bijvoorbeeld grote supermarkketens en inkoopswerkingen het reeds in 1966 noodzakelijk het aanbod via PO's te bundelen om zodoende de positie van de landbouwers op de markt te verbeteren.¹⁴ Sindsdien is de concentratie van de vraag alleen maar toegenomen. Hoewel de gevolgen van de vraagconcentratie in de sector groenten en fruit blijkens recent onderzoek van de Europese Commissie niet noodzakelijkerwijs negatief zijn voor consumenten,¹⁵ zet het huidige GLB nog steeds in op verbetering van de onderhandelingspositie van de landbouwers.¹⁶ Door zich te groeperen kunnen landbouwers het aanbod bundelen en hun producten collectief verkopen waardoor zij hun marktpositie binnen de voedselketen kunnen verstevigen.¹⁷ De bepalingen die voorheen uitsluitend golden voor PO's, verenigingen van PO's en brancheorganisaties in de sector groenten en fruit in de huidige GMO-Verordening, zijn daardoor uitgebreid tot alle sectoren.¹⁸ Hiermee is dus ook de mogelijkheid geïntroduceerd om in alle sectoren die onder de GMO-Verordening vallen PO's op te rich-

7. Zie <http://ec.europa.eu/competition/consultations/2015_cmo_regulation/draft_guidelines%20_en.pdf>, geraadpleegd op 16 april 2015.
8. Basisregeling Producentenorganisaties (PO), Brancheorganisaties (BO) en Verbindend Verklaring (VV) van de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland, november 2014, te raadplegen via: <www.rvo.nl/sites/default/files/2014/11/Basisregeling%20PO%27s%2C%20BO%27s%20en%20VV%27s.pdf>, geraadpleegd op 16 april 2015.
9. Zie <www.rvo.nl/sites/default/files/2014/11/Basisregeling%20PO%27s%2C%20BO%27s%20en%20VV%27s.pdf>, geraadpleegd op 16 april 2015.
10. Verordening (EG) nr. 1234/2007 van 22 oktober 2007 houdende een gemeenschappelijke ordening van de landbouwmarkten en specifieke bepalingen voor een aantal landbouwproducten.
11. Zie voor een overzicht van de diverse verordeningen H.C.E.P.J. Janssen, 'Producentenorganisaties in de groenten- en fruitsector en het belang van regie over de afzet', SEW 2015, p. 78. Uitsluitend voor visserij- en aquacultuurproducten geldt nog een afzonderlijke GMO, Verordening (EU) nr. 1379/2013 van 11 december 2013 houdende een gemeenschappelijke marktordering voor visserijproducten en aquacultuurproducten, tot wijziging van Verordeningen (EG) nr. 1184/2006 en (EG) nr. 1224/2009 van de Raad en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 104/2000 van de Raad.

12. Verordening (EU) nr. 1308/2013 van 17 december 2013 tot vaststelling van een gemeenschappelijke ordening van de markten voor landbouwproducten en tot intrekking van de Verordeningen (EEG) nr. 922/72, (EEG) nr. 234/79, (EG) nr. 1037/2001 en (EG) nr. 1234/2007 van de Raad.
13. Op Europees niveau zijn er voor de sector groenten en fruit uitvoeringsregels vastgesteld in Verordening (EU) nr. 543/2011. Op nationaal niveau zijn er voor de sector groenten en fruit uitvoeringsregels vastgesteld in de Regeling van de Staatssecretaris van Economische Zaken van 2 december 2013, nr. WJZ/13150516, houdende regels ten aanzien van de uitvoering van de gemeenschappelijke marktordering groenten en fruit (Regeling uitvoering GMO groenten en fruit), Stcrt. 2013, 34167, voor alle overige sectoren die onder de GMO-Verordening vallen zijn de nationale uitvoeringsregels vastgesteld in de Basisregeling.
14. Zie Verordening nr. 159/66/EEG van de Raad van 25 oktober 1966 houdende aanvullende bepalingen inzake de gemeenschappelijke ordening der markten in de sector groenten en fruit en overweging 7 van Verordening (EG) nr. 2200/96 van de Raad van 28 oktober 1996 houdende een gemeenschappelijke ordening der markten in de sector groenten en fruit.
15. Zie 'The economic impact of modern retail on choice and innovation in the EU food sector, Final report to the European Commission', november 2014, by EY, Cambridge Econometrics Ltd., Arcadia International, november 2014, te raadplegen via <http://ec.europa.eu/competition/sectors/agriculture/retail_study_report_en.pdf>, geraadpleegd op 16 april 2015.
16. Zie Mededeling van de Europese Commissie 'Het GLB tot 2020: inspeelen op de uitdagingen van de toekomst inzake voedsel, natuurlijke hulpbronnen en territoriale evenwichten', COM(2010)672, p. 8.
17. Zie <http://ec.europa.eu/agriculture/cap-overview/2014_nl.pdf>, geraadpleegd op 16 april 2015.
18. Zie Overwegingen 131 en 133 GMO-Verordening en persbericht 15100/12 van 23 oktober 2012 betreffende de 3193e zitting van de Landbouw- en Visserijraad, p. 14, te raadplegen via <www.eerstekamer.nl/eu/documenteu/15100/12_voorlopig_persverslag_raad/f=/vj55j7lr1wy1.pdf>, geraadpleegd op 16 april 2015.

ten.¹⁹ Juist omdat in de groente- en fruitsector al langer PO's actief zijn, zal de uitleg die in het verleden gegeven is aan de specifieke regels voor PO's in deze sector richtinggevend zijn in andere landbouwsectoren.

Erkenning

De GMO-Verordening kent PO's in de sector groenten en fruit de kardinale rol toe de productie te plannen, het aanbod te bundelen en de producten van de leden te verkopen om op deze manier de onderhandelingspositie van landbouwers te verbeteren. Teneinde deze rol te kunnen vervullen moeten de PO's wel door de lidstaat van vestiging als zodanig zijn erkend. Inmiddels kunnen in alle sectoren die onder de GMO-Verordening vallen PO's worden opgericht. Erkenning is in alle gevallen vereist om als PO te kunnen handelen. Ook als aan de Europese en nationale erkenningscriteria²⁰ wordt voldaan mogen lidstaten de gevraagde erkenning desalniettemin weigeren.²¹ Slechts in de sectoren groenten en fruit, olijfolie en tafelolijven, zijderupsen en de hopsector zijn de lidstaten verplicht tot erkenning over te gaan als aan alle voorwaarden is voldaan.²²

De erkenningscriteria zien onder andere op de eisen die aan de statuten van de PO worden gesteld, het minimumaantal leden, de minimale jaarlijkse omzet en de door de PO na te streven doelstellingen.

In artikel 152 lid 1 sub c GMO-verordening worden de doelstellingen genoemd die een PO kan nastreven. In beginsel mag een PO er dus voor kiezen om één of meer van deze doelstellingen na te streven. In de sector groenten en fruit is een PO evenwel verplicht in ieder geval de tweede in artikel 152 lid 1 onder c GMO-Verordening genoemde doelstelling na te streven.²³ Deze doelstelling, die de hoofdactiviteit van een PO in de sector groenten en fruit vormt,²⁴ brengt mee dat de PO:

1. het aanbod van haar leden concentreert; en
2. de producten van haar leden verkoopt.

Een PO is slechts in staat het aanbod te concentreren en de producten van de leden te verkopen indien 'een belangrijk deel van de productie' van haar leden door tussenkomst van de PO wordt verkocht.²⁵ Daarom moeten de statuten van PO's in de sector groenten en fruit de leden ten minste een leverplicht opleggen om

(behoudens enkele limitatieve uitzonderingen)²⁶ hun volledige productie via de PO te verkopen.²⁷

Het feit dat een PO de verkoop van de producten van haar leden nastreeft, brengt mee dat zij ook daadwerkelijk moet beschikken over de regie over de afzet. Het begrip 'verkoop van de productie' in de zin van de GMO-Verordening betekent namelijk dat de PO belast is met 'het beheer van de verkoopvoorwaarden en in het bijzonder met het vaststellen van de verkoopprijzen van de productie'.²⁸ De regievoorwaarde wordt in ieder geval niet vervuld als de rol van de PO bij de afzet er uitsluitend uit bestaat het afzetkader te creëren waardoor prijsstijgingen bij de verkoop van de eigen productie door leden worden gefaciliteerd. Evenmin mogen de leden van een PO in de gelegenheid worden gesteld om eigen verkooppersoneel dat zich uitsluitend bezighoudt met de afzet van het lid in wiens dienst zij zijn bij de PO of een van haar verkoopdochteren te detacheren. In een dergelijke situatie worden de producten weliswaar formeel door de PO verkocht, maar zijn het de leden die uiteindelijk beslissen over de prijs voor hun 'eigen' producten die worden verkocht aan hun 'eigen' klanten.²⁹ Een PO moet dus meer zijn 'dan een verzameling van telers die in het kader van' hun 'vereniging onderling inzichten of inlichtingen over producten of verkoopmethoden uitwisselen, en overleggen teneinde een akkoord over de in de handel gebrachte producten te bereiken'.³⁰ In de sector groenten en fruit mogen lidstaten toestaan dat de afzet wordt uitbesteed aan één of meer leden, mits de PO maar de regie over de afzet houdt.³¹ In weerwil hiervan is in Nederland met name naar aanleiding van de arresten *Frankrijk/Commissie* en *Nederland/Commissie* bepaald dat in de sector groenten en fruit leden van een PO niet betrokken mogen zijn bij de afzet.³² In onze ogen is deze interpretatie te streng. In de genoemde arresten heeft het Gerecht niet geoordeeld dat leden geen betrokkenheid mogen hebben bij de verkoop. Het is volgens het Gerecht enkel niet toegestaan dat een lid de eigen producten verkoopt. Dit doet immers afbreuk aan de hoofdactiviteit van een PO, namelijk concentratie van het aanbod en gezamenlijke verkoop. Eén of meer leden moeten uitstekend in staat worden geacht het aanbod van de (overige) leden te concentreren en onder regie van de PO af te zetten. Waar het om gaat, is dat de PO erop toeziet dat deze telers

19. Onder de Integrale GMO-Verordening konden op grond van art. 122 onder a PO's worden opgericht in de sectoren hop, olijfolie en tafelolijven, groenten en fruit, zijderupsen en sedert 2012 ook in de sector melk en zuivelproducten.

20. Voor de sector melk en zuivelproducten gelden erkenningscriteria die iets afwijken van de algemene erkenningscriteria.

21. Art. 152 lid 1 GMO-Verordening en art. 2:1 Basisregeling.

22. Art. 159 onder a GMO-Verordening en art. 25 Regeling uitvoering GMO groenten en fruit.

23. Art. 160 eerste alinea GMO-Verordening, art. 26 lid 1 Verordening (EU) nr. 543/2011, art. 22 Regeling uitvoering GMO groenten en fruit en art. 26 lid 1 Verordening (EU) nr. 543/2011.

24. Art. 26 lid 1 Verordening (EU) nr. 543/2011.

25. Gerecht, *Frankrijk/Commissie*, r.o. 54. Van het arrest is slechts een Franse versie gepubliceerd. De vertaling van het citaat is ontleend aan een verwijzing ernaar in het arrest *Nederland/Commissie*, r.o. 151.

26. Art. 26bis Verordening (EU) nr. 543/2011.

27. Art. 153 Verordening (EU) nr. 1308/2013.

28. *Frankrijk/Commissie*, r.o. 54. De rechtsregel uit het arrest is in inmiddels gecodificeerd in art. 26 lid 1 Verordening (EU) nr. 543/2011.

29. In hoger beroep is het arrest bevestigd door HvJ 6 november 2014, zaak C-610/13, *Nederland/Commissie*, ECLI:EU:C:2014:2349.

30. *Nederland/Commissie*, r.o. 120.

31. De Europese Commissie kan op grond van art. 155 GMO-Verordening sectoren aanwijzen waar uitbesteding mogelijk is. Enkel voor de sector groeten en fruit is deze mogelijkheid opengesteld en wel in art. 27 lid 2 Verordening (EU) nr. 543/2011.

32. Art. 21 lid 6 onder a Regeling uitvoering GMO groeten en fruit. Zie ook besluit Productschap Tuinbouw 10 oktober 2012 in zaak 12/0399BRS/LK (n.g.) en besluit Productschap Tuinbouw 15 oktober 2012 in zaak 12/0405BRS/SVV (n.g.). Het is overigens wel toegestaan dat de leden van de PO de verkoopmedewerkers van de PO periodiek adviseren. Zij mogen evenwel niet betrokken worden bij de onderhandelingen met afnemers.

voor de eigen producten geen betere verkoopvoorwaarden kunnen bedingen.³³ Hoe dan ook, de GMO-regels geven de lidstaten uitdrukkelijk de bevoegdheid om de uitbestedingsmogelijkheden te beperken. Van deze mogelijkheid heeft Nederland gebruikgemaakt. Hoewel waarschijnlijk strikter dan op grond van het GLB noodzakelijk biedt de Nederlandse beperking op uitbesteding duidelijkheid en stimuleert het PO's de afzet daadwerkelijk ter hand te nemen.

In Nederland houdt de RVO strikt toezicht op de wijze waarop de regie over de afzet door PO's wordt uitgeoefend. Als een PO niet (langer) de regie voert, kan een eenmaal verleende erkenning worden ingetrokken. Op de controle van de regiefunctie door de lidstaat (in Nederland door de RVO) wordt actief toezicht gehouden door de Europese Commissie.

Het kartelverbod in de landbouwsector

Het generieke kartelverbod in vogelvucht

Overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen twee of meer ondernemingen, alsmede besluiten van ondernemersverenigingen (hierna gezamenlijk ook: 'de afspraken') waardoor de concurrentie op de relevante markt merkbaar wordt beperkt, zijn een verboden kartel op grond van artikel 101 lid 1 VWEU mits tevens de handel tussen de lidstaten wordt beïnvloed. Het kartelverbod maakt onderscheid tussen afspraken die het doel hebben om de concurrentie te beperken (ook: doelbeperkingen) en afspraken die uitsluitend een dergelijk gevolg sorteren (ook: gevolgbeperkingen). Dit onderscheid is van belang, aangezien een doelbeperking in de Europese context wordt geacht de concurrentie merkbaar te beperken waarmee in beginsel de overtreding van het kartelverbod vaststaat.³⁴ Op grond van artikel 42 VWEU zijn de mededingingsregels slechts in de landbouwsector van toepassing indien en voor zover ze van toepassing zijn verklaard door de Raad en het Europees Parlement. In de GMO-Verordening hebben zij hier gebruik van gemaakt. Op grond van de GMO-Verordening geldt als uitgangspunt dat het generieke mededingingsrecht gewoon van toepassing is op afspraken die betrekking hebben op de productie van of handel in landbouwproducten. Dat is

slechts anders als een beroep kan worden gedaan op de in de GMO-Verordening vervatte vrijstelling.³⁵

Zoals hiervoor is uiteengezet stimuleert het GLB landbouwers om hun aanbod te bundelen en de producten gezamenlijk af te zetten. Uit het voorgaande volgt vervolgens dat aanbodbundeling en gezamenlijke afzet door een PO in de sector groenten en fruit in het licht van de vereiste regie over afzet op zijn beurt veelal noodzakelijkerwijs impliceert dat de verkoopvoorwaarden, waaronder met name de verkoopprijs, door de PO moet worden vastgesteld. Bovendien brengt centraal geregisseerde gebundelde afzet mee dat de PO in de sector groenten en fruit voor haar leden de hoeveelheid producten vaststelt die op de markt worden gebracht, hetgeen een quoteringsbesluit oplevert.

Sedert de invoering van de GMO-Verordening mogen PO's in andere sectoren zich ook gaan bezighouden met aanbodbundeling en het afzetten van de producten van de leden mits zij die doelstelling blijkens hun statuten nastreven en als PO zijn erkend. Aangezien zowel quoterings- als prijsafspraken in de regel een doelbeperking opleveren,³⁶ kan de mededingingsrechtelijke schoen hier wringen.³⁷

PO's en Verenigingen van landbouwers als economische eenheid

Landbouwers vormen ondernemingen in de zin van de mededingingsregels.³⁸ Het Hof van Justitie heeft verduidelijkt dat onder het begrip 'onderneming' ook moet worden verstaan een 'economische eenheid', ook al wordt deze economische eenheid uit juridisch oogpunt door verschillende natuurlijke of rechtspersonen gevormd.³⁹ Het gaat om 'economische eenheden die bestaan in een unitaire organisatie van personele, materiële en immateriële elementen, welke op duurzame basis een bepaald economisch doel nastreeft'.⁴⁰ In alle gevallen waarin is aangenomen dat concurrentie is uitgesloten binnen een unitaire organisatie, was er sprake van een entiteit die in staat was het marktgedrag van één of

33. CBB 2 maart 2011, zaaknummer AWB 10/530, ECLI:NL:CBB:2011:1.

34. Hoewel uitgebreid onderzoek naar de marktomstandigheden bij doelbeperkingen niet noodzakelijk is, moet wel worden aangetoond dat de afspraak in staat moet zijn om de mededinging merkbaar te beïnvloeden, bijvoorbeeld omdat partijen geen positie op de markt innemen. In dit artikel gaan wij uit van merkbare beperking in geval van een doelbeperking.

35. In Verordening (EEG) nr. 26/62 van de Raad inzake de toepassing van bepaalde regels betreffende de mededinging op de voortbrenging van en de handel in landbouwproducten en Verordening (EG) nr. 1184/2006 van de Raad van 24 juli 2006 inzake de toepassing van bepaalde regels betreffende de mededinging op de voortbrenging van en de handel in landbouwproducten, komt deze clausule niet voor. De clausule is toegevoegd op het moment dat in Verordening (EG) nr. 1234/2007 een specifieke mededingingsparagraaf werd opgenomen. Zie R. Møgele en F. Erlbacher (red.), *Single Common Market Organisation*, München/Oxford: C.H. Beck/Hart Publishing 2011, p. 780.

36. Zie voor prijsafspraken als doelbeperking HvJ 19 maart 2015, zaak C-286/13, *Dole Food*, ECLI:EU:C:2015:184, r.o. 121 en voor quoteringsafspraken als doelbeperking HvJ 20 november 2008, zaak C-209/07, *BIDS*, ECLI:EU:C:2008:643, r.o. 33.

37. Zie p. 6 van de 'Guidance on restrictions of competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice, accompanying the De Minimis Notice' van 25 juni 2014, SWD (2014), 198 final.

38. Gerecht 13 december 2006, gevoegde zaken T-217/03 en T-245/03, *FNCVB*, ECLI:EU:T:2006:391, r.o. 53.

39. HvJ 14 december 2006, zaak C- 217/05, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, ECLI:EU:C:2006:784, r.o. 40.

40. Gerecht 10 maart 1992, zaak T-11/89, *Shell International Chemical Company Ltd*, ECLI:EU:T:1992:33, r.o. 311. Zie ook HvJ 13 juli 1962, zaak 19/61, *Mannesman AG*, ECLI:EU:C:1962:31, p. 371.

meer andere entiteiten te beïnvloeden.⁴¹ De bron van de beïnvloedingsmogelijkheid kan heel divers zijn. Uit het Elf Aquitaine-arrest volgt dat om uit te maken of een entiteit zelf haar eigen marktgedrag bepaalt 'rekening moet worden gehouden met alle relevante factoren betreffende de economische, organisatorische en juridische banden' tussen de afzonderlijke entiteiten.⁴² Er zijn drie elementen van belang bij de vraag of afzonderlijke entiteiten deel uitmaken van een economische eenheid. De entiteiten:

1. hebben geen mogelijkheid tot onderlinge concurrentie,
2. streven hetzelfde economische doel na, en
3. worden feitelijk of juridisch gecontroleerd door eenzelfde entiteit.

Op afspraken die binnen de economische eenheid worden gemaakt, is het kartelverbod niet van toepassing. Het kartelverbod ziet immers uitsluitend op afspraken tussen onafhankelijke ondernemingen en besluiten van verenigingen van onafhankelijke ondernemingen.⁴³

Voor een PO of vereniging van landbouwers geldt hetzelfde. Als een PO of een vereniging van landbouwers gezamenlijk met haar leden als een enkele economische eenheid wordt aangemerkt, worden alle leden en hun vereniging geacht onderdeel uit te maken van een en dezelfde onderneming. In voorkomend geval kan de PO of de Vereniging van landbouwers het aanbod bundelen en de producten van de leden verkopen zonder dat daarmee in strijd wordt gehandeld met het kartelverbod. Beide worden dan immers gezien als een interne handeling van de economische eenheid.

Het bestaan van een economische eenheid moet per concreet geval worden beoordeeld. Het is dus mogelijk dat bepaalde PO's of Verenigingen van landbouwers wel een economische eenheid vormen met hun leden en andere niet. In dat kader moet naar ons oordeel uitdrukkelijk onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds PO's die als doel hebben het bundelen en het afzetten van de producten van de leden en anderzijds PO's en Verenigingen van landbouwers die dit doel niet hebben. Gelet op de aard van de erkenningscriteria is het namelijk goed denkbaar dat naleving van de erkenningscriteria meebrengt dat PO's die het bundelen en het afzetten van de producten van de leden als doel hebben, tezamen met deze leden noodzakelijkerwijs een economische eenheid vormen. De aanbodbundeling, de leverplicht en de afzet door deze PO's brengt immers mee dat leden niet onderling kunnen concurreren op prijs en allen hetzelfde

de economische doel als de PO nastreven: namelijk het bewerkstelligen van zo gunstig mogelijke afzetcondities voor alle leden. Bovendien moet de PO in het kader van de regie over de afzet de leden daadwerkelijk en effectief controleren op onder andere de naleving van de leverplicht. In geval van overtreding moet de PO sancties opleggen.⁴⁴ Indien een PO niet actief controleert of geen sancties oplegt, kan dit negatieve gevolgen hebben voor de erkenning.⁴⁵

Voor PO's en Verenigingen van landbouwers die geen bundeling en afzet van de producten van de leden nastreven, ligt dat in beginsel anders. In die situatie zullen de leden waarschijnlijk de mogelijkheid hebben om onderling te concurreren, zodat zij niet het zelfde doel nastreven. Bovendien zal de aanbodbundeling en de afzet niet door de PO of Vereniging van landbouwers (hoeven te) worden gecontroleerd.

Voorzichtigheid blijft evenwel geboden alvorens te concluderen dat een economische eenheid tot stand is gebracht. ACM heeft namelijk ten aanzien van PO's in de sector groenten en fruit tot op heden geen vaste lijn gekozen. In twee concentratiezaken is ACM om een informele zienswijze gevraagd. In 2011 kwam ACM in de eerste zaak tot de conclusie dat de leden van een niet nader genoemde erkende PO geen economische eenheid vormden met deze PO.⁴⁶ Minder dan een jaar later kwam ACM in de tweede zaak die betrekking had op de PO's Versdirect.nl - Best Growers Benelux tot de conclusie dat

'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*'.⁴⁷

De staatssecretaris van economische zaken heeft in 2013 de Tweede Kamer toegezegd met een handleiding te komen waarin onder andere beschreven wordt wanneer er sprake is van een economische eenheid.⁴⁸ Inmiddels is in verband met deze toezegging de 'Handleiding mededingingsrecht voor producentenorganisaties en brancheorganisaties in de landbouwsector' (hierna: de Handleiding) naar de Tweede Kamer gezonden.⁴⁹ In de Handleiding wordt gesteld dat bij (erkende) PO's in het algemeen geen sprake zal zijn van een economische eenheid. PO's zijn

41. HvJ 25 oktober 1983, zaak 107/82, AEG, ECLI:EU:C:1983:293, r.o. 49, Gerecht 15 september 2005, DiamlerChrysler, ECLI:EU:T:2005:322, r.o. 85 en Gerecht 2 februari 2012, zaak T-77/08, Dow Chemical, ECLI:EU:T:2012:47, r.o. 74. In deze zin ook O. Odudu en D. Bailey, 'The single economic entity doctrine in EU competition law', CMLR 2014, p. 1727.

42. HvJ 29 september 2011, zaak C-521/09, Elf Aquitaine SA, ECLI:EU:C:2011:620, r.o. 58.

43. Zie bijvoorbeeld HvJ van 24 oktober 1996, zaak C-73/95, Parker, ECLI:EU:C:1996:405. In deze zin J.P. Gruber, 'Wettbewerbs in der Landwirtschaft - Teil II', OZK 2009, p. 192 en M.J. Plomp, 'Spelregels voor samenwerking en concurrentie', TAgR 2013, p. 167.

44. Art. 153 lid 2 onder d GMO Verordening en art. 14 Regeling uitvoering GMO groenten en fruit.

45. Zie: besluit Productschap Tuinbouw van 5 oktober 2012 in zaak 12/0376BRS/LK (n.g.) waar onder andere het niet hebben van een actief sanctiebeleid reden was de erkenning van de PO te schorsen.

46. Informele zienswijze NMa van 31 oktober 2011 in zaak 7285 (FresQ).

47. Informele zienswijze van de NMa van 3 februari 2012 in zaak 7310 (Versdirect.nl en Best Growers Benelux).

48. Handelingen II 2013/14, nr. 21, item 11, 7 november 2013, p. 17.

49. Bijlage bij de Kamerbrief van 19 maart 2015, Kamerstukken II 2014/15, 28 625, nr. 222.

‘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’.

In de Handleiding wordt in dit kader uitsluitend verwezen naar een informele zienswijze van ACM uit 2011. Gelet op de in de Handleiding genoemde datum ligt voor de hand dat we te maken hebben met de eerste hiervoor genoemde informele zienswijze. Hoewel dit niet uit de tekst blijkt, is het op basis van mediaberichten aannemelijk dat deze informele zienswijze betrekking heeft op de (voormalige) PO FresQ.⁵⁰ Uitgaande van de juistheid van deze aanname, kan op basis hiervan de conclusie in de eerste informele zienswijze goed worden verklaard. Uit het arrest *Nederland/Commissie* kan namelijk worden opgemaakt dat in het bijzonder de grootschalige telers van FresQ inderdaad onafhankelijke ondernemingen waren.⁵¹ Op basis van deze constatering wordt in het arrest geconcludeerd dat FresQ geen regie had over de afzet.⁵² Dit gebrek aan regie over de afzet heeft vergaande gevolgen gehad voor FresQ, te weten intrekking van de erkenning.⁵³ Onze conclusie is dan ook dat de in de Handleiding aangehaalde informele zienswijze wat ons betreft onvoldoende grond biedt om in algemene zin te concluderen dat bij (erkende) PO's geen sprake zal zijn van een economische eenheid. De informele zienswijze heeft immers betrekking op een PO die de erkenningscriteria niet naleefde. Daar komt bij dat, zoals hiervoor eveneens is uiteengezet, de PO's Versdirect.nl – Best Growers Benelux volgens ACM wél een economische eenheid vormden met hun leden.⁵⁴ Waarom deze naar ons oordeel representatievere informele zienswijze niet door de staatssecretaris wordt aangehaald, is ons onduidelijk.

Aanbodbundeling en gezamenlijke afzet van de producenten bij gebreke van een economische eenheid

Wanneer PO's of Verenigingen van landbouwers geen economische eenheid vormen met hun leden, moeten zij worden aangemerkt als ondernemersvereniging (met de telers als leden).⁵⁵ Een besluit van een ondernemersvereniging over het marktgedrag van de leden moet in dat geval dus ook aan het kartelverbod worden getoetst. Als het besluit betrekking heeft op belangrijke concurrentieparameters, zoals de hoeveelheid producten van de leden die op de markt wordt gebracht en/of de hoogte

van de verkoopprijs, kan dat een substantieel mededingingsrisico meebrengen.

Op basis van de GMO-Verordening hebben PO's de mogelijkheid (en in de sector groenten en fruit de verplichting) om het aanbod te bundelen en de prijzen van de producten van hun leden vast te stellen. Indien deze activiteiten op gespannen voet zouden staan met het kartelverbod, worden PO's in zekere zin uit hoofde van de erkenningscriteria gedwongen om in strijd te handelen met het kartelverbod. De erkenningscriteria schrijven immers voor dat PO's die bundeling en afzet van de producten van de leden als doel hebben, daadwerkelijk regie over deze afzet moeten hebben. Het Hof van Justitie heeft echter een rangorde aangebracht waaruit volgt dat in geval van tegenstrijdigheid van de GMO met de mededingingsregels, de GMO prevaleert.⁵⁶ Aan Verenigingen van landbouwers dan wel individuele landbouwers die buiten de kaders van de GMO-Verordening om mededingingsbeperkende afspraken maken, komt een beroep op de voorrangregeling als rechtvaardiging voor kartelafspraken uiteraard niet toe. Zij zijn immers geen (erkend) instrument van het GLB.⁵⁷

Bedacht dient te worden dat de mogelijke respectievelijk verplichte aanbodregulering en centrale prijsstelling via de PO ziet op alle sectoren die onder de GMO-Verordening vallen. De erkenningscriteria voor PO's hebben (anders dan de door de Commissie in de Conceptrichtsnoeren genoemde uitzondering) geen sectorspecifiek toepassingsbereik. De Duitse mededingingsautoriteit, het Bundeskartellamt, heeft zich op een vergelijkbaar standpunt gesteld. Zij heeft in een discussiepaper uiteengezet dat de GMO-Verordening bijzondere uitzonderingen op het kartelverbod bevat die prevaleren boven de generieke landbouwvrijstelling.⁵⁸ Bij de toepassing van het mededingingsrecht op afspraken betreffende de concentratie van het aanbod en de afzet van de producten van de leden door een PO moet uitdrukkelijk rekening worden gehouden met de GMO-regels. Dit betekent dat als deze afspraken niet verder gaan dan noodzakelijk om de doelstellingen voorzien bij artikel 152 GMO-Verordening te realiseren, de mededingingsregels niet van toepassing zijn. In de literatuur wordt dit standpunt bevestigd.⁵⁹ Ook volgens de RVO maken de

50. Zie: 'Grote meerderheid telers Coforta vertrekt naar Fresq', *AGF* 30 september 2011. <www.agf.nl/artikel/75159/Grote-meerderheid-T-telers-Coforta-vertrekt-naar-Fresq>, geraadpleegd op 16 april 2015.

51. *Gerecht, Nederland/Commissie*, r.o. 48.

52. *Gerecht, Nederland/Commissie*, r.o. 153.

53. Zie CBB 20 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:341.

54. In deze zin ook Plomp 2013, p. 167.

55. *Gerecht* 13 december 2006, gevoegde zaken T-217/03 en T-245/03, FNCVB, ECLI:EU:T:2006:391, r.o. 54. In deze zin ook Bellamy & Child: *European Community law of competition* (zesde editie), Oxford: Oxford University Press 2008, p. 137.

56. HvJ 29 oktober 1980, zaak 139/79, Maizena, ECLI:EU:C:1980:250, r.o. 23. HvJ 5 oktober 1994, zaak C-280/93, Duitsland/Commissie, ECLI:EU:C:1994:367, r.o. 61 en HvJ 9 september 2003, zaak C-137/00, Milk Marque, ECLI:EU:C:2003:429, r.o. 81.

57. Zie hierna de bespreking van het besluit van ACM in de zilveruizenzaak.

58. 'Ausnahmbereiche des Kartellrechts: Stand und Perspektiven der 7. GWB-Novelle', 29 september 2003, p. 26, te raadplegen via: <www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Diskussions_Hintergrundpapier/Bundeskartellamt%20-%20Ausnahmbereiche%20des%20Kartellrechts.pdf;jsessionid=E0B399EBC9FA697282017A2E957CAD86.1_cid371?__blob=publicationFile&v=4>, geraadpleegd op 16 april 2015.

59. D. Ehle in: *Verfassungsrechtliche und kartellrechtliche Beurteilung der Erzeugerorganisationen, Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters* 1967, p. 52; R. Mögele en F. Erlbacher (red.), *Single Common Market Organisation*, p. 781-782; M. Litjens, 'Meer ruimte voor producentenorganisaties door clustervorming door hervorming Europees landbouwbeleid', *M&M* 2014/6, p. 219; W.H.M. Baltussen e.a., *Prijsvorming van voedsel*, LEI Wageningen UR 2014, p. 121; en M.C. van Heezik, 'The Greenery B.V. versus diverse telers', *TAgR* 2011, p. 309-310.

activiteiten van een PO die overeenstemmen met de doelstellingen van het GLB geen inbreuk op de geldende mededingingsregels, mits de PO voldoet aan de erkenningscriteria.⁶⁰

In het licht van het voorgaande kan een PO, anders dan een niet als PO erkende vereniging van landbouwers, centraal prijsbeleid en aanbodregulering feitelijk ook rechtvaardigen op grond van de leer van de inherente beperkingen. Op basis daarvan valt niet elke overeenkomst tussen ondernemingen of elk besluit van een ondernemersvereniging die de handelingsvrijheid beperkt binnen de werkingssfeer van het kartelverbod. Bij de toepassing van het kartelverbod op een concreet geval moet namelijk in de eerste plaats rekening worden gehouden met de algehele context waarbinnen het betrokken besluit (in het onderhavige geval de vaststelling van de verkoopprijzen van de leden) is genomen of zijn werking ontplooit, en meer in het bijzonder met de doelstellingen van het besluit.⁶¹ Als die beoordeling uitwijst dat de beperking van de mededinging inherent is aan het nastreven van een gelegitimeerd publiek doel en er geen minder vergaande middelen voor handen zijn om het doel te bereiken dan is het kartelverbod niet van toepassing.⁶² Verdedigd kan worden dat aanbodbundeling en centrale prijsstelling door een PO inherent zijn aan het realiseren van de publieke doelstellingen van de GMO.⁶³

Het kartelverbod en samenwerking tussen PO's

Uit het voorgaande blijkt dat het goed verdedigbaar is dat het kartelverbod niet van toepassing is op afspraken binnen de PO die betrekking hebben op bundeling en afzet van de producten van de leden. Dat laat onverlet dat het kartelverbod in principe onverkort van toepassing is op afspraken tussen meerdere PO's. Zij zijn immers in ieder geval aan te merken als afzonderlijke ondernemingen.⁶⁴

De GMO-Verordening biedt echter evenals voor individuele landbouwers ook voor PO's de mogelijkheid om onderling samen te werken in een zogenoemde Unie van Producentenorganisaties (UPO).⁶⁵ Binnen een UPO verenigen PO's zich op vergelijkbare wijze als landbouwers zich in een PO hebben verenigd. Een UPO kan evenals reguliere PO's door de lidstaat van vestiging worden

erkend. Die erkenning brengt vervolgens mee dat de UPO alle taken en functies mag vervullen als een PO.⁶⁶ In de sector groenten en fruit brengt erkenning van een UPO dus direct ook mee dat centraal de regie over de afzet van de aangesloten PO's kan worden gevoerd, bestaande onder meer uit de bundeling van het aanbod van alle aangesloten PO's (quotering) en de vaststelling van de verkoopprijzen van alle PO's (centrale prijsstelling).⁶⁷ Wanneer PO's toetreden tot een UPO met het doel de producten van de aangesloten leden te bundelen en af te zetten, staan zij aldus noodzakelijkerwijs ook hun commerciële beleidsvrijheid af aan de UPO.

De UPO biedt aan PO's de mogelijkheid om zichzelf per productgroep respectievelijk sector te verenigen. In de sector groenten en fruit is het zelfs toegestaan dat de leden van UPO de betrokken producten zelf afzetten.⁶⁸ Het verdient echter de voorkeur dat PO's hun gehele productie van de productgroep respectievelijk sector waarvoor de UPO is opgericht ook daadwerkelijk via de UPO verkopen. In Nederland is tot op heden slechts een voorbeeld van een nationale UPO bekend en wel voor de productgroep komkommers.⁶⁹ Daarnaast is er ook een internationale UPO voor appels waar een Nederlandse PO lid van is.⁷⁰

Uitzondering op het kartelverbod in de landbouwsector

Algemene uitzondering artikel 101 lid 3 VWEU

Kartels zijn van het verbod uitgezonderd indien (kort gezegd) de positieve effecten ervan opwegen tegen de negatieve effecten. Hiervan is bij toepassing van het generieke kartelverbod sprake als de afspraak voldoet aan de voorwaarden uit een groepsvrijstelling,⁷¹ en/of de wettelijke uitzondering.⁷² Voor de wettelijke uitzondering is vereist dat een afspraak (1) efficiëntievoordelen oplevert, (2) waarvan een redelijk deel de gebruikers ten goede komt, terwijl (3) de mededingingsbeperkingen noodzakelijk zijn om de voordelen te bereiken, en er

60. Zie Basisregeling.

61. HvJ 12 december 1995, zaak C-399/93, Oude Luttikhuis, ECLI:EU:C:1995:434, r.o. 10.

62. Bijvoorbeeld HvJ 19 februari 2002, zaak C-309/99, Wouters, ECLI:EU:C:2002:98, r.o. 97 en N. Rosenboom, 'Naschrift bij: Beoordeling van duurzaamheidsinitiatieven onder het kartelverbod', M&M 2014/3, p. 116.

63. Dit standpunt wordt verdedigd door Bellamy & Child 2008, p. 1179, voetnoot 654, H. Schweizer, randnr. 50 en de Europese Commissie in OECD Policy Round Tables, Competition and Regulation in Agriculture: Monopsony Buying and Joint Selling, 2014, p. 189.

64. Zie voor een voorbeeld het hierna te bespreken paprikabesluit.

65. Art. 156 GMO-Verordening.

66. Art. 156 GMO-Verordening.

67. De erkenning van UPO's wordt geregeld in art. 30 Regeling uitvoering GMO groenten en fruit (sector groenten en fruit) en art. 3:1 Regeling producenten en brancheorganisaties (overige sectoren).

68. Art. 33 Uitvoeringsverordening.

69. Beschikking Productschap Tuinbouw van 17 juli 2009 in zaak 09/0346BAW (Coöperatie Kompany U.A.).

70. Zie J. Bijman en A. Saris, *Support for Farmers' Cooperatives - Case Study Report European Fruit Co-operation (EFC)*, Wageningen UR 2012.

71. Bijvoorbeeld de Verordening (EU) nr. 1218/2010 van 14 december 2010 betreffende de toepassing van art. 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen specialisatieovereenkomsten, Verordening (EU) nr. 316/2014 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht en Verordening (EU) nr. 330/2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

72. De wettelijke uitzondering staat in art. 101 lid 3 VWEU.

(4) voldoende restconcurrentie overblijft. Hoewel de wettelijke uitzondering niet a priori bepaalde soorten overeenkomsten van zijn toepassingsbereik uitzondert, is toepassing ervan op prijsafstemming op zijn minst genomen problematisch. De Europese Commissie gaat er namelijk van uit dat doelbeperkingen in beginsel niet voldoen aan de eerste twee voorwaarden uit de wettelijke uitzondering.⁷³

Algemene uitzondering kartelverbod artikel 209 GMO-Verordening

De GMO-Verordening voorziet in specifieke vrijstellingen in aanvulling op de algemene uitzondering op het kartelverbod uit artikel 101 lid 3 VWEU.⁷⁴ De mededingingsrechtelijke uitzonderingspositie voor de landbouwsector heeft overigens uitsluitend betrekking op het kartelverbod. Het verbod om misbruik te maken van een economische machtspositie, alsmede de regels inzake concentratiecontrole zijn onverkort op de landbouwsector van toepassing. Daarvoor zijn namelijk geen specifieke uitzonderingen in de GMO-Verordening opgenomen.

Op grond van artikel 209 GMO-Verordening zijn van het Europese kartelverbod uitgezonderd afspraken:⁷⁵

1. die vereist zijn voor de verwezenlijking van de doelstellingen van het GLB, en
2. van landbouwers, verenigingen van landbouwers of unies van deze verenigingen, erkende PO's⁷⁶ of erkende UPO's.⁷⁷ Deze afspraken moeten wel betrekking hebben op de productie of de verkoop van landbouwproducten, dan wel op het gebruik van gemeenschappelijke installaties voor het opslaan, behandelen of verwerken van landbouwproducten. Bovendien mogen zij de doelstellingen van het GLB niet in gevaar brengen.

De praktijk heeft uitgewezen dat het vrijwel ondoenlijk is om een succesvol beroep te doen op de eerste uitzondering.⁷⁸ Indien de hiervoor genoemde afspraken bovendien de verplichting inhouden identieke prijzen toe te passen en/of de mededinging uitsluiten, kan op zowel de eerste als de tweede uitzonderingen géén beroep worden gedaan.⁷⁹

73. Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, PbEU 2004, C 101, par. 46.

74. Art. 206 GMO-Verordening. Zie uitgebreid hierover H.C.E.P.J. Janssen en S. van der Heul, 'Mededinging in de landbouw in het bijzonder in het licht van de Russische boycot', Tijdschrift voor agrarisch recht 2014, nr. 9.

75. Zie art. 209 lid 1 Verordening (EU) nr. 1308/2013.

76. De erkenning wordt geregeld in art. 152 GMO-Verordening.

77. De erkenning wordt geregeld in art. 156 GMO-Verordening.

78. Zie bijvoorbeeld Besluit ACM van 25 mei 2012 in zaak 6964, Zilverui en H.C.E.P.J. Janssen en S. van der Heul, 'Mededinging in de landbouw in het bijzonder in het licht van de Russische boycot', *TvAR* 2014, p. 338.

79. G. von Rintelen is van mening dat de voorloper van art. 209 GMO-Verordening, art. 176 Verordening (EG) nr. 1234/2007, van toepassing is op afspraken die niet gebaseerd zijn op de GMO-regels. Zie G. Von Rintelen in: R. Mögele en F. Erlbacher (red.), *Single Common Market Organisation*, München/Oxford: C.H. Beck/Hart Publishing 2011, p. 531.

Beide uitzonderingen waren tot de invoering van de GMO-Verordening onderworpen aan voorafgaande controle door de Europese Commissie. Een afspraak kon slechts van het kartelverbod worden uitgezonderd op basis van uitdrukkelijke goedkeuring van de Europese Commissie. Inmiddels is er sprake van een vrijstelling waardoor landbouwers zonder tussenkomst van de Europese Commissie op basis van een *self assessment* moeten beoordelen of een door hen beoogde afspraak van de vrijstelling kan profiteren. Daarmee is de toepassing van de landbouwuitzondering in lijn gebracht met de wettelijke uitzondering op het generieke kartelverbod uit artikel 101 lid 3 VWEU.⁸⁰

Een zeer belangrijk probleem bij de toepassing van het *self assessment* is voor landbouwers gelegen in het feit dat er maar relatief weinig besluiten zijn waarin de landbouwuitzondering door de Europese Commissie is toegepast. Daardoor ontbreekt voor landbouwers een duidelijk zicht op het toetsingskader. Hier komt bij dat de uitzonderingen op het kartelverbod ook nog eens eng moeten worden geïnterpreteerd.⁸¹ Helaas biedt ook de Handleiding weinig concrete handvatten voor een *self assessment*. Deze beperkt zich tot een algemene beschrijving van de uitzonderingsmogelijkheid uit hoofde van artikel 209 GMO-Verordening zonder een toelichting te geven over de concrete toepassing ervan. Daar is juist behoefte aan.

Nieuwe vrijstellingen voor specifieke sectoren?

De Europese Commissie stelt zich in de Conceptrichtsnoeren op het standpunt dat de GMO-Verordening in de artikelen 169-171 specifieke nieuwe vrijstellingen introduceert voor de sectoren olijfolie, rundvlees en bepaalde akkerbouwproducten. Op grond van deze artikelen mogen PO's in de genoemde sectoren onder bepaalde voorwaarden namens hun leden onderhandelen over contracten betreffende de levering van producten. Een vergelijkbare regeling was in 2012 reeds in het kader van het zogenoemde melkpakket geïntroduceerd voor de sector melk- en zuivelproducten.⁸² Ook deze regeling is teruggekomen in de GMO-Verordening.⁸³ In de Conceptrichtsnoeren wordt uitsluitend ingegaan op de situatie dat de activiteiten van een PO in het kader van onderhandelingen ten behoeve van haar leden in strijd zijn met het kartelverbod. Daarmee wordt onzes inziens ten onrechte geïmpliceerd dat aanbodbundeling en gezamenlijke afzet enkel is toegestaan als kan worden geprofiteerd van een expliciete vrijstelling. Zoals hiervoor reeds is uiteengezet biedt de algemene vrijstelling vervat in artikel 209 GMO-Verordening in dat geval

80. Verordening (EG) nr. 1/2003 van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag.

81. HvJ 12 december 1995, zaak C-399/93, *Oude Luttikhuis*, ECLI:EU:C:1995:434, r.o. 25; Gruber (deel I) 2009, p. 138, T.P.J.N. van Rijn, *Landbouwbeleid en mededinging*, SEW 2007, nr. 2, p.4, R. Mögele en F. Erlbacher (red.), *Single Common Market Organisation*, p. 783

82. Verordening (EU) nr. 261/2012 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1234/2007 van de Raad, wat de contractuele betrekkingen in de sector melk en zuivelproducten betreft, PbEU 2012, L 94/38.

83. Art. 149 GMO-Verordening.

geen soelaas, omdat deze niet van toepassing is op de gezamenlijke vaststelling van prijzen. De enige expliciete vrijstelling die resteert is de in de GMO-Verordening opgenomen mogelijkheid voor PO's in de sectoren melk, olijfolie, rundvlees en bepaalde akkerbouwproducten om namens de leden te contracteren.

Wat opvalt is dat de voorwaarden die de GMO-Verordening aan het gezamenlijk contracteren door PO's in de sectoren melk, olijfolie, rundvlees en bepaalde akkerbouwproducten verbindt, stringenter zijn dan de voorwaarden die op grond van de erkenningscriteria voor de PO's in andere sectoren gelden. Zo zijn bijvoorbeeld gezamenlijke prijsstelling en quotering op grond van de sectorspecifieke uitzonderingen slechts toegestaan als het marktaandeel van de PO onder een bepaalde drempel blijft,⁸⁴ terwijl een marktaandeeldrempel geen onderdeel uitmaakt van de erkenningscriteria.⁸⁵ De uitzondering op het kartelverbod die volgens de Europese Commissie is gecreëerd in de sectoren melk, olijfolie, rundvlees en bepaalde akkerbouwproducten biedt daarmee feitelijk minder vergaande mogelijkheden tot centrale verkoop dan de reguliere erkenningscriteria. Doordat de Europese Commissie de sectorspecifieke bepalingen desondanks kwalificeert als uitzondering op het kartelverbod, impliceert zij aldus (mogelijk onbewust) dat het kartelverbod onverkort van toepassing is op de afspraken binnen PO's, ook al voldoen deze PO's aan de erkenningscriteria van artikel 152 GMO-Verordening. Een beroep op de algemene landbouwvrijstelling is in dat geval ook niet mogelijk vanwege de gezamenlijke prijsstelling.

In het licht van onze eerdere analyse betwijfelen wij of de uitleg die de Europese Commissie in de Conceptrichtsnoeren geeft aan de verhouding tussen de GMO-Verordening en het kartelverbod juist is. De Conceptrichtsnoeren scheppen wat ons betreft onzekerheid over de mogelijkheid tot centrale onderhandelingen via PO's die aanbodbundeling en afzet van producten als doel hebben en in dat kader voldoen aan de erkenningscriteria. Het lijkt ons logischer om de sectorspecifieke bepalingen aan te merken als een (uitsluitend voor de betreffende sectoren geldende) beperking van de mogelijkheden die de erkenningscriteria aan PO's bieden om over te gaan tot centrale onderhandelingen (en dus quotering en prijsstelling).

Hoewel strikte interpretatie van de Conceptrichtsnoeren aldus zou impliceren dat gezamenlijke onderhandelingen via PO's buiten de sectoren melk, olijfolie, rundvlees en bepaalde akkerbouwgewassen door het kartelverbod worden getroffen, zal de soep waarschijnlijk niet zo heet worden gegeten als opgediend. De erkennings-

criteria uit de GMO-Verordening gelden immers onverkort en uit de Conceptrichtsnoeren blijkt niet dat de Europese Commissie voor andere sectoren dan vermeld in de Conceptrichtsnoeren een gewijzigd beleid voorstaat. Een dergelijke benadering past ook niet in de verruiming van de mogelijkheid tot aanbodbundeling en gezamenlijke afzet die de GMO-Verordening PO's beoogt te bieden.⁸⁶ De invoering in 2012 van een speciale uitzondering voor de sector melk en zuivelproducten was nog te begrijpen. Voor deze sector bood de voorganger van de GMO-Verordening⁸⁷ nog niet de mogelijkheid om PO's op te richten. Door het generieke karakter van artikel 152 GMO-Verordening is er eigenlijk geen behoefte meer aan specifieke vrijstellingen voor één of meer onder de GMO-Verordening vallende sectoren.

Toepassing kartelverbod en uitzonderingen door ACM in Nederland

Zoals uit het voorgaande blijkt, zijn er voor landbouwers diverse mogelijkheden om voorgenomen samenwerking zodanig in te richten dat deze niet in strijd komt met het mededingingsrecht. Dat laat onverlet dat zorgvuldigheid geboden blijft. ACM is de laatste jaren namelijk zeer actief geweest in de handhaving. In Nederland was in 2012 zelfs de helft van alle boetebesluiten voor overtredingen van het kartelverbod gericht op de agrarische sector.⁸⁸

Het zilveruienbesluit

In 2012 heeft ACM vijf zilveruienproducenten beboet voor een overtreding van het kartelverbod.⁸⁹ Vanaf 1998 tot en met 2003 waren de zilveruienproducenten georganiseerd in een coöperatie (een Vereniging van landbouwers) waarin zij onderling afspraken maakten over het maximaal in te zaaien areaal zilveruien (een quoteringsafpraak). Na liquidatie van de coöperatie in december 2003 zouden de afspraken zijn voortgezet. Ook zouden er drie failliete zilveruienproducenten gezamenlijk zijn opgekocht ter ondersteuning van deze quoteringsafspraken en zou er vanaf 2006 prijsinformatie zijn uitgewisseld. Het zilveruienkartel is door ACM aangemerkt als doelbeperkingen en als 'zeer zware overtreding' beboet omdat het volgens haar verstrekkende afspraken tussen concurrenten betrof.

De zilveruienproducenten hadden in bezwaar en beroep bij de Rechtbank Rotterdam uitvoerig maar tevergeefs

84. Afhankelijk van de sector in beginsel 15 procent of 20 procent.

85. Onder de Integrale GMO-Verordening konden PO's in de sector groenten en fruit in beginsel slechts worden erkend als zij niet over een machtspositie beschikten. Zie art. 125ter lid 1 onder g Integrale GMO-Verordening. De met ingang van 1 januari 2015 erkende Producentenorganisatie varkenshouderij (POV) verenigt inmiddels ca. 60 procent van de Nederlandse varkenshouders. Blijkens de statuten heeft POV als doelstelling aanbodbundelingen en afzet van de producten van de leden.

86. Onder de Integrale GMO-Verordening konden op grond van art. 122 onder a PO's worden opgericht in de sectoren hop, olijfolie en tafelolijven, groenten en fruit, zijderupsen en sedert 2012 ook in de sector melk en zuivelproducten.

87. Verordening (EG) nr. 1234/2007 van 22 oktober 2007 houdende een gemeenschappelijke ordening van de landbouwmarkten en specifieke bepalingen voor een aantal landbouwproducten.

88. A.R. Bosman e.a., 'Kroniek Nederlands mededingingsrecht 2012', *M&M* 2013/2.

89. Besluit ACM van 25 mei 2012 in zaak 6964, Zilveruien.

betoogd dat hun gedragingen de doelstellingen van het GLB nastreefden en de quoteringsafspraken dus geen strijd opleverden met het kartelverbod. ACM verwerpt dit standpunt in niet mis te verstane bewoordingen, hetgeen heeft standgehouden bij de Rechtbank Rotterdam.⁹⁰

‘Zowel de Coöperatie als de betrokken ondernemingen zijn geen (leden van) officieel erkende telersverenigingen. Zij kunnen derhalve aan de Integrale GMO-Verordening geen bevoegdheid ontleen om de afzet te bundelen en, a fortiori, niet om een quoteringsregeling – zoals ten tijde van de Coöperatie (en daarna) is overeengekomen – in het leven te roepen.’⁹¹

Bovendien stelden de betrokken landbouwers dat zij kunnen profiteren van de algemene landbouwwijziging uit (thans) artikel 209 GMO-Verordening. ACM verwerpt ook dit verweer van de zilveruienproducenten. Een quoteringsafpraak draagt naar het oordeel van ACM niet bij aan de doelstellingen van het GLB, omdat het de productiviteit van de landbouwsector niet doet toenemen. Evenmin draagt de afspraak volgens ACM bij aan redelijke verkoopprijzen.⁹² Sterker nog, de quoteringsafpraak zou de concurrentie volgens ACM zodanig beperken dat de doelstellingen van het GLB in gevaar zouden komen.⁹³

Voor de toepassing van het kartelverbod in de landbouwsector is de zilveruienzaak daarmee om twee redenen van belang. In de eerste plaats blijkt dat volgens ACM uitsluitend aan PO's een centrale rol bij de uitvoering van het GLB toekomt. Die omstandigheid brengt mee dat alleen PO's een beroep kunnen doen op de voorrang van de GMO-Verordening omtrent de regiefuncties teneinde gedragingen die op gespannen voet staan met het kartelverbod te rechtvaardigen. In de tweede plaats blijkt dat de landbouwwijziging uit artikel 209 GMO-Verordening bij toepassing van het kartelverbod ook door ACM zeer restrictief wordt uitgelegd. Een beroep op de landbouwwijziging is in artikel 209 GMO-Verordening namelijk slechts expliciet uitgesloten in geval van prijsafstemming of uitschakeling van de concurrentie. De afspraken tussen de landbouwers in het zilveruienkartel hadden daarentegen primair betrekking op quoteringsafspraken en de uitwisseling van informatie over prijzen. Vermoedelijk heeft ACM zich daarom op het standpunt gesteld dat de door haar geconstateerde uitwisseling van prijsinformatie ‘valt onder het inhouden van de verplichting een bepaalde prijs toe te passen’.⁹⁴ In verband met het marktaandeel van 70 procent van de betrokken landbouwers heeft ACM zich bovendien op het vergaande standpunt gesteld dat een beroep op de landbouwwijziging niet mogelijk was omdat de concurrentie weliswaar niet

geheel was uitgeschakeld maar desondanks sterk was verminderd.⁹⁵

De Rechtbank Rotterdam heeft deze uitleg van ACM in beroep in stand gehouden. Het laatste woord is over deze zaak echter nog niet uitgesproken.⁹⁶ Momenteel is het hoger beroep tegen de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam bij het CBB nog aanhangig.

Het paprikabesluit

Het feit dat de GMO-Verordening de mogelijkheid biedt tot samenwerking tussen PO's betekent echter niet dat gezamenlijke prijsafstemming en quoteringsregeling buiten een UPO om geen strijd oplevert met het kartelverbod. In het paprikabesluit heeft ACM de betrokkenheid van drie PO's bij een kartel op het gebied van paprika's vastgesteld.⁹⁷ De PO's zouden hebben afgesproken om minimumprijzen te hanteren, concurrentiegevoelige (prijs)informatie uit te wisselen, elkaars klanten te respecteren (marktverdeling) en de paprikaprijzen aan de klok bij een van de betrokken PO's kunstmatig hoog te houden.

Ook het paprikabesluit is – voor zover hier relevant – om twee redenen noemenswaardig. Naast het feit dat ACM de landbouwwijziging in lijn met het zilveruienbesluit opnieuw zeer beperkt heeft uitgelegd, illustreert de zaak ook waar volgens ACM de grenzen van onderlinge samenwerking tussen PO's liggen. Het paprikabesluit had betrekking op slechts één enkele productgroep.⁹⁸ Gelet hierop stelden de betrokken PO's dat hun samenwerking feitelijk hetzelfde zou zijn als hadden zij een UPO opgericht. Omdat zij daartoe echter niet waren overgegaan en dus niet beschikten over een erkenning, mochten zij zich volgens ACM op grond van de GMO-Verordening ook niet gedragen als waren zij een erkende UPO. De UPO mag volgens ACM op grond van artikel 125quater Integrale GMO-Verordening⁹⁹

‘de werkzaamheden van een producentenorganisatie, dat wil zeggen het concentreren en coördineren van het aanbod en het in de handel brengen van de producten van de leden, verrichten. Bij deze bepaling is aangegeven dat dit artikel alleen van toepassing is op erkende unies van producentenorganisaties en niet analoog kan worden toegepast op collectieve gedragingen van verschillende producentenorganisaties die niet gezamenlijk als APO [UPO] erkend zijn. Aangezien in deze zaak geen sprake is van een officieel erkende APO [UPO], kunnen de betrokken ondernemingen naar het oordeel van de Raad geen beroep doen op de vrijstelling in deze bepaling.’¹⁰⁰

90. Rb. Rotterdam 20 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2045.

91. Besluit Zilveruien, randnr. 212.

92. Besluit Zilveruien, randnr. 224.

93. Besluit Zilveruien, randnr. 228.

94. Besluit Zilveruien, randnr. 227.

95. Besluit Zilveruien, randnr. 228.

96. Rb. Rotterdam 20 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2045.

97. Besluit ACM van 15 mei 2012 in zaak 7036, Paprika.

98. UPO's kunnen in beginsel slechts worden erkend indien zij een totale productgroep bestrijken. Zie art. 30 lid 2 Regeling uitvoering GMO groenten en fruit.

99. Thans art. 156 GMO-Verordening.

100. Besluit Paprika, randnr. 297.

De inhoudelijke beoordeling van ACM is bij de Rechtbank Rotterdam in stand gebleven.¹⁰¹

Conclusie

Afspraken die landbouwers maken om hun onderhandelingspositie te verbeteren worden niet altijd getroffen door het kartelverbod. Zo zal aanbodbundeling en gezamenlijke verkoop toegestaan zijn als de landbouwers zich op een zodanige wijze verenigen dat zij met hun vereniging worden aangemerkt als economische eenheid. Indien deze Vereniging van landbouwers aanbodbundeling en afzet van de producten van de leden als doel heeft en daarnaast als PO is erkend, zal er zeer waarschijnlijk sowieso sprake zijn van een economische eenheid. Dit erkenningscriterium brengt immers mee dat de leden van een PO geen bemoeienis met de afzet mogen hebben. Ook als een PO geen economische eenheid vormt met haar leden, zal aanbodbundeling en afzet van de producten door de PO niet in strijd zijn met het kartelverbod. De regels uit de GMO-Verordening prevaleren namelijk boven de mededingingsregels.

PO's die op het gebied van de afzet willen samenwerken doen er goed aan een UPO op te richten. Een UPO mag namelijk dezelfde activiteiten verrichten als een PO. Binnen de UPO kan het aanbod worden gebundeld en kunnen de producten van de leden worden afgezet.

De landbouwvrijstelling biedt weinig soelaas voor aanbodbundeling en gezamenlijke afzet vanwege de noodzakelijke prijsafstemming. De door de Europese Commissie als extra vrijstelling gepresenteerde mogelijkheid voor PO's om in de sectoren melk en zuivelproducten, olijfolie, rundvlees en bepaalde akkerbouwproducten namens de leden contracten te sluiten, zien wij als een beperking van de mogelijkheid die de GMO-Verordening PO's biedt om het aanbod te bundelen en de producten van de leden af te zetten.

Samenwerking buiten een economische eenheid en/of (U)PO noopt tot grote alertheid. De praktijk leert dat de sectorspecifieke uitzonderingen op het kartelverbod tot op heden bijzonder strikt worden uitgelegd waardoor toepassing wordt gegeven aan het generieke kartelverbod. In dat geval kunnen afspraken tussen landbouwers die binnen een (U)PO of economische eenheid toelaatbaar zouden zijn, een beboetbare overtreding opleveren.

170

101. Rb. Rotterdam 20 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4689. Niet uitgesloten kan worden dat de zaak voor de beboete PO's met een sissers afloopt omdat ACM mogelijk de verkeerde rechtspersonen heeft beboet.