

Mededinging in de landbouw in het bijzonder in het licht van de Russische boycot

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

Landbouwproducten zijn vaak aan bederf onderhevig. Onder andere deze omstandigheid brengt mee dat landbouwers¹ zeer kwetsbaar zijn bij plotselinge dalingen in de vraag naar hun producten, zelfs als de vraagdaling slechts tijdelijk van aard is. Helaas is de landbouwsector de laatste jaren niet gespaard gebleven van (externe) crises die de vraag naar landbouwproducten negatief hebben beïnvloed. Hoewel de Russische boycot daarvan het meest recente voorbeeld is, ligt ook de EHEC-crisis in 2011 nog vers in het geheugen.

Bij mediagenieke gevallen treft de Europese Commissie (hierna: de Commissie) veelal snel compensatiemaatregelen, maar dat laat onverlet de roep uit de sector om aanvullende en/of verdergaande onderlinge samenwerking om door middel van bijvoorbeeld een crisiskartel de negatieve gevolgen van de (plotselinge) vraagterugval verder te beperken.

LTO Nederland is inmiddels het publieke debat met de Autoriteit Consument & Markt (hierna: de ACM) en de Commissie aangegaan. Volgens voorzitter Albert Jan Maat van LTO Nederland moeten er 'onorthodoxe' afspraken gemaakt kunnen worden over de prijzen van de landbouwproducten die anders door een crisis negatief worden beïnvloed waarbij in het bijzonder wordt gedoeld op productiebeperkende afspraken.² Bovendien worden afspraken in de voedselketen beoogd die moeten 'voorkomen dat prijzen enorm gaan dalen'.³ Daarnaast kunnen crises volgens LTO Nederland aanleiding zijn om de samenwerking te intensiveren teneinde de positie van de betrokken ondernemingen na de crisis te versterken, bijvoorbeeld door het optuigen van gezamenlijke campagnes. De vraag is in hoeverre zulke maatregelen mededingingsrechtelijk toelaatbaar zijn. Zowel de ACM als de Commissie heeft in het verleden immers benadrukt dat crises geen excuus zijn om in strijd met het kartelverbod (inclusief de uitzonderingen) te handelen.⁴

In dit artikel worden de mogelijkheden uiteengezet voor collectieve acties van ondernemingen met het oogmerk om een (tijdelijke) crisis het hoofd te bieden. Nadat wij eerst kort het mededingingsrechtelijk kader hebben geschetst, zullen wij ingaan op de ruimte voor samenwerking die de sector-specifieke landbouwregels bieden. Sinds dit jaar is niet alleen het mededingingsregime in de landbouw herzien, de Commissie heeft ook de mogelijkheden gekregen om in crisissituaties het kartelverbod buiten toepassing te verklaren ten aanzien van bepaalde afspraken. Vervolgens gaan wij in op de aanvullende werking van de algemene mededingingsregels.

1. Het generieke mededingingsrecht

1.1 Inleiding

Zowel het Europese als het Nederlandse mededingingsrecht kennen drie pijlers:

1. het kartelverbod;
2. het misbruikverbod;
3. de concentratiecontrole.

In dit artikel onderzoeken wij welke mogelijkheden marktpartijen hebben om gezamenlijk een crisis te lijf te gaan. Deze samenwerking zullen wij toetsten aan het kartelverbod. Het misbruikverbod en de concentratiecontrole laten wij derhalve buiten beschouwing.

1.2 Het kartelverbod op hoofdlijnen

Een overeenkomst, een onderling afgestemde feitelijke gedraging of een besluit (hierna gezamenlijk: de afspraak) tussen twee of meer ondernemingen die het doel of het gevolg heeft dat de concurrentie op de relevante markt⁵ merkbaar wordt beperkt, wordt als een kartel aangemerkt.⁶ Gelet op deze definitie is niet elke afspraak verboden. Er bestaan landbouwspecifieke uitzonderingen op het kartelverbod. Bovendien zijn sommige kartels van het verbod uitgezonderd

* Eric Janssen en Sjaak van der Heul zijn werkzaam als advocaat bij Dirkzwager advocaten en notarissen.

1. Zie voetnoot 46.
2. Interview RTL Z van 7 augustus 2014, te raadplegen via <http://www.rtlnieuws.nl/economie/home/lto-compenseerschade-van-boycot-rusland>.
3. Persbericht LTO Nederland van 7 augustus 2014, LTO onderneemt concrete acties om gevolgen boycot op te vangen, te raadplegen via <http://www.lto.nl/actueel/Nieuws/10849517/LTO-onderneemt-concrete-acties-om-gevolgen-boycot-op-te-vangen>.
4. Zie bijvoorbeeld SPEECH/11/803 van Eurocommissaris Almunia, 24 november 2011, persbericht ACM van 28 januari 2009, NMa: crisis geen vrijbrief voor verboden afspraken te raadplegen via <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/5303/NMa-crisis-geen-vrijbrief-voor-verboden-afspraken/>.
5. afbakening van de relevante markt vindt plaats overeenkomstig de Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, *PbEU* 1997, C 372.
6. Het Europese kartelverbod staat in art. 101 (1) VWEU, het Nederlandse in art. 6 (1) Mw. Art. 101 (1) VWEU is overigens uitsluitend van toepassing indien de interstate-handel als gevolg van de inbreuk wordt beïnvloed. De materiële toets is echter identiek.

op grond van het algemene mededingingsrecht indien (kort gezegd) de positieve effecten ervan voor consumenten opwegen tegen de negatieve effecten.

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 wordt geacht de concurrentie merkbaar te beperken waarmee in beginsel de overtreding van het kartelverbod vaststaat.⁷ Van afspraken die geen mededingingsbeperkend doel hebben, moet door middel van uitvoerig (economisch) onderzoek worden vastgesteld wat de concrete gevolgen ervan op de relevante markt zijn.⁸ Als die niet voldoende concurrentiebeperkend blijken, is van een inbreuk op het kartelverbod uiteraard geen sprake.

Hoewel de aanduiding anders doet vermoeden, is het subjectieve oogmerk van partijen niet doorslaggevend bij de beoordeling of een afspraak een mededingingsbeperkend doel heeft. Op basis van vaste jurisprudentie moet worden gelet op de bewoordingen en doelen van de afspraken en op de economische en juridische context waarin deze is aangegaan. Het is een objectieve toets waardoor de vaststelling van een doelbeperking géén bewijs vergt van een beperkende intentie van partijen. Weliswaar wordt een eventuele subjectieve bedoeling van partijen meegewogen, maar die is tot op heden geenszins doorslaggevend gebleken.⁹

Tot zeer recent werd van bepaalde categorieën afspraken door het Hof van Justitie steevast verondersteld dat zij te allen tijde en ongeacht de eventuele (bij)bedoelingen van partijen een mededingingsbeperkend doel hebben.¹⁰ Met andere woorden, je herkent een doelbeperking als je er een ziet. Voorbeelden zijn onder meer marktverdelingsafspraken, prijsafspraken en productiebeperkingsafspraken.¹¹

Het onderscheid tussen afspraken met concurrentiebeperkend doel respectievelijk gevolg lijkt evenwel te vervagen. Het Hof van Justitie heeft namelijk in een recent arrest geoordeeld dat bij de beoordeling of sprake is van een doelbeperking rekening moet worden gehouden 'met de aard van de betrokken goederen of diensten en de daadwerkelijke voorwaarden voor het functioneren en de structuur van de betrokken markt of markten'.¹²

In de praktijk heeft de uitbreiding van de toets er tot op heden veelal toe geleid dat juist meer typen afspraken dan voorheen aangemerkt (kunnen) worden als doelbeperkingen.¹³ Gelet op de mogelijke noodzaak van marktonderzoek om een doelbeperking vast te stellen en de toegenomen rechtsonzekerheid die deze toets voor ondernemingen meebrengt, is het arrest niet met gejuich ontvangen.¹⁴

1.3 Wettelijke vrijstelling van het kartelverbod

Een afspraak die de mededinging merkbaar beperkt is in beginsel verboden. Dit is slechts anders als de afspraak kan profiteren van een vrijstelling van het kartelverbod omdat de positieve effecten van de afspraak opwegen tegen de negatieve effecten. Hiervan is sprake als de afspraak voldoet aan de voorwaarden uit een Groepsvrijstelling,¹⁵ en/of de wettelijke uitzondering.¹⁶ De wettelijke uitzondering is van toepassing als een afspraak (i) efficiëntievoordelen oplevert, (ii) waarvan een redelijk deel de gebruikers ten goede komt, terwijl (iii) de mededingingsbeperkingen noodzakelijk zijn om de voordelen te bereiken, en er (iv) voldoende restconcurrentie overblijft.

2. Het mededingingsrecht in de landbouwsector

2.1 De gemeenschappelijke marktordening in de landbouw en visserij

Met de oprichting van de Europese Economische Gemeenschap werd ook een gemeenschappelijk landbouwbeleid (hierna: het GLB)¹⁷ geïntroduceerd.¹⁸ Teneinde de doelstellingen van het GLB¹⁹ te bereiken, dient er een gemeenschappelijke ordening van de landbouwmarkten tot stand te worden gebracht die naar gelang de producten verschillende vormen kan aannemen.²⁰ De Europese wetgever heeft gekozen voor de meest vergaande vorm van ordening, namelijk een gemeenschappelijke marktorganisatie (hierna:

7. HvJ 13 december 2012 (Expedia Inc./Autorité de la concurrence) zaak C-226/11.
8. Zie de randnrs. 24 en 27 van de Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81, lid 3, van het Verdrag (thans art. 101 lid 3 VWEU), *Pb* EG 2004, C 101/97.
9. Zie bijvoorbeeld Dr. B. Baarsma en drs. J. Poort, 'Mededingingseconomisch perspectief op het leerstuk van de doelbeperking: toepassing op het BIDS-arrest', *NtER* 2009-2, p. 50-58.
10. HvJ EG 4 juni 2009 (T-Mobile Netherlands) zaak C-8/08.
11. Deze afspraken worden expliciet genoemd in art. 101 lid 1 VWEU en worden daarom aangemerkt als doelbeperking.
12. HvJ EU 14 maart 2013 (Allianz Hungária Biztosító e.a./Gazdasági Versenyhivatal) zaak C-32/11.
13. Zo zijn bijvoorbeeld (exclusieve) afnamebedingen tussen niet-concurrerende ondernemingen als doelbeperking aangemerkt. Zie bijvoorbeeld: HR 25 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3745 en HR 20 december 2013 ECLI:NL:HR:2013:2123.
14. Mr. G. Oosterhuis, 'Allianz: een beetje vaag en heel ongelukkig', *NtER* 2014-1, p. 25-32, C.L. Nagy, 'The Distinction between anti-competitive object and effect after Allianz: the end of coherence in Competition Analysis?', *World Competition* 36, no 4 (2013): 541-564.
15. Bijvoorbeeld de groepsvrijstellingsverordening inzake specialisatie, de groepsvrijstelling technologieoverdracht en de groepsvrijstelling verticale overeenkomsten.
16. De wettelijke uitzondering staat in art. 6 lid 3 Mw en art. 101 lid 3 VWEU.
17. Het GLB wordt thans geregeld in het derde deel van titel III van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: het VWEU). Sedert de oprichting van de EEG is de grondslag van het gemeenschappelijk landbouwbeleid niet wezenlijk veranderd.
18. Voor een uitgebreidere beschrijving van de achtergrond van het gemeenschappelijk landbouwbeleid zie G. Thiele, 'Single Common Market Organisation' München, Verlag C.H. Beck oHG 2011, p. 25 en H.M.C. Gonzales, 'Het EG-landbouwstructuurbeleid: een integrerend onderdeel van het gemeenschappelijk landbouwbeleid', *SEW* 1997, p. 7.
19. De doelstellingen van het GLB staan in art. 39 VWEU. Het gaat om de (i) vergroting van de productiviteit van de landbouw, (ii) het verzekeren van een redelijke levensstandaard voor de landbouwbevolking, (iii) de markten te stabiliseren, (iv) de voedselvoorziening veilig te stellen en (v) redelijke prijzen bij de levering aan verbruikers te verzekeren.
20. Art. 40 lid 1 VWEU.

de GMO).²¹ Sedert 1 januari 2014 zijn er twee GMO's van kracht: Verordening 1308/2013 voor land- en tuinbouwproducten²² en Verordening 1379/2013 voor visserij- en Aquacultuurproducten.²³

2.2 Het algemene mededingingsregime in de landbouw

Gelet op het specifieke karakter van de landbouw werd er bij het opstellen van het EEG Verdrag 1957 voor gekozen om de mededingingsregels voorlopig niet van toepassing te verklaren op de landbouw. De Raad kreeg de opdracht om een afzonderlijke mededingingsregeling voor de landbouwsector te ontwerpen. Deze regeling kwam er in 1962 met Verordening 26.²⁴ In 2006 is deze verordening vervangen door Verordening 1184/2006.²⁵ Dit had echter geen grote inhoudelijke wijzigingen tot gevolg. Vervolgens werd Verordening 1184/2006 in 2008 aangepast in die zin dat deze verordening niet langer van passing was op producten die vielen onder de Integrale GMO Verordening.²⁶ Laatstbedoelde verordening kende een eigen mededingingsregime.²⁷ Dit regime was echter inhoudelijk vrijwel gelijk aan het regime van Verordening 1184/2006.²⁸

Het uitgangspunt van het algemene mededingingsrecht in de landbouwsector is dat de mededingingsregels gewoon van toepassing zijn op landbouwproducten, tenzij een uitzondering van toepassing is. Deze uitzonderingen zien uitsluitend op het kartelverbod. Het kartelverbod geldt niet voor afspraken:

- i. die onderdeel zijn van een nationale marktordening, of
- ii. die nodig zijn om de doelstellingen van het GLB te verwezenlijken, of
- iii. tussen producentenorganisaties.²⁹

De regels betreffende het misbruikverbod en de concentratiecontrole zijn onverkort van toepassing.

Het betreft overigens géén vrijstelling. Afspraken moeten vooraf bij de Commissie worden gemeld. Het is uitsluitend de Commissie die mag beoordelen of aan de voorwaarden van de uitzonderingen is voldaan.

2.3 Wijziging van het mededingingsregime in de landbouw per 1 januari 2014

De beide op 1 januari 2014 in werking getreden GMO Verordeningen introduceerden elk een eigen van Verordening 1184/2006 afwijkend mededingingsregime. Aldus kennen we sedert 1 januari 2014 drie mededingingsregimes in de landbouw:

- i. het algemene regime van Verordening 1184/2006;
- ii. het regime van Verordening 1379/2013 (visserij- en Aquacultuurproducten);³⁰
- iii. het regime van Verordening 1308/2013 (landbouwproducten).³¹

Het belang van Verordening 1184/2006 is inmiddels verwaarloosbaar, omdat de meeste landbouwproducten onder een GMO Verordening vallen die een eigen mededingingsregime kennen.³²

2.4 Het mededingingsregime van Verordening 1308/2013

2.4.1 Inleiding

De structuur van het mededingingsregime dat Verordening 1308/2013 introduceert, lijkt op dat van Verordening 1184/2006: het uitgangspunt is dat het kartelverbod van toe-

passing is, tenzij een beroep kan worden gedaan op een van de uitzonderingen.

21. Vanaf 2007 zijn de meeste afzonderlijke GMO's samengevoegd in één Verordening: de Integrale GMO Verordening (*Pb* EG 2007 L299/1). Alleen de afzonderlijke GMO voor visserij- en Aquacultuurproducten (*PB* EG L 017/22) is blijven bestaan. De laatste relevante wijziging heeft eind vorig jaar plaatsgevonden: de Integrale GMO Verordening is vervangen door Verordening 1308/2013 voor land- en tuinbouwproducten en de GMO voor visserij- en Aquacultuurproducten is vervangen door Verordening 1379/2013.
22. Verordening 1308/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 17 december 2013 tot vaststelling van een gemeenschappelijke ordening van de markten voor landbouwproducten en tot intrekking van de Verordeningen (EEG) nr. 922/72, (EEG) nr. 234/79, (EG) nr. 1037/2001 en (EG) nr. 1234/2007 van de Raad, *Pb* EU 2013 347/671.
23. Verordening 1379/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2013 houdende een gemeenschappelijke marktordening 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, *Pb* EU 2013, L 354/1.
24. Verordening 26 inzake de toepassing van bepaalde regels betreffende de mededinging op de voortbrenging van en de handel in landbouwproducten, *PB* EEG 1962, p. 993.
25. Verordening 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 bepaalde landbouwproducten, *PB* EG L 214/7.
26. Zie Verordening 361/2008, van de Raad van 14 april 2008 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1234/2007 houdende een gemeenschappelijke ordening van de landbouwmarkten en specifieke bepalingen voor een aantal landbouwproducten, *Pb* EG 2008, L 121/1.
27. Zie de art. 175 – 176bis Verordening 1234/2007.
28. Zie in deze zin J.P. Gruber, 'Wettbewerf in der Landwirtschaft – Teil 1', *OZK* 2009, p. 138. Verordening 1234/2007 kende in art. 176bis overigens wel een aparte uitzondering voor erkende brancheorganisaties. Een uitzondering die ook voorkwam in Verordening 2200/96.
29. Het algemene mededingingsregime in de landbouw wordt uitvoerig beschreven door T.P.J.N. van Rijn, 'Landbouwbeleid en mededinging', *SEW* 2007, p. 2, P.J. Plomp in 'Spelregels voor samenwerking en concurrentie', *Agr.r.* 2013, p. 165, B.P.T. van Wonderen, 'Producentenorganisaties in het Europese landbouwbeleid en het Mededingingsrecht', *M&M* 2012, p. 206, M.C. van Heezik, 'Meer samenwerking bij toenemende marktwerking in de landbouwsector', *Agr.r.* 2009, p. 374, Bellamy & Child, 'European Community law of competition' Oxford University Press, 2008, p. 1175 en F. Erlbacher, 'Single Common Market Organisation' C.H. Beck Hart Nomos 2011, p. 782.
30. Verordening 1379/2013 geldt volgens art. 2 voor de in bijlage I genoemde visserij- en aquacultuurproducten die in de Unie worden afgezet.
31. Verordening 1308/2013 geldt volgens art. 1 voor de producten genoemd in de nomenclatuur van Brussel met uitzondering van visserij en aquacultuurproducten.
32. F. Erlbacher, p. 776.

2.4.2 Uitzonderingen in verband met het GLB

In verband met het GLB is het Europese kartelverbod³³ niet van toepassing op:³⁴

- i. afspraken die vereist zijn voor de verwezenlijking van de doelstellingen van het GLB, en
- ii. afspraken van landbouwers, verenigingen van landbouwers of unies van deze verenigingen, erkende producentenorganisaties³⁵ of erkende unies van producentenorganisaties (APO's).³⁶ 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.

Indien de hiervoor genoemde afspraken (i) de verplichting inhouden identieke prijzen toe te passen of (ii) de mededinging uitsluiten, kan op beide uitzonderingen geen beroep worden gedaan.

We hebben te maken met een echte vrijstelling. Het is dus niet langer noodzakelijk om een afspraak vooraf bij de Commissie aan te melden. Het gevolg hiervan is dat naast de Commissie ook de nationale mededingingsautoriteiten en gerechten mogen beoordelen of aan de voorwaarden van de uitzonderingen is voldaan.³⁷

In de beide in Verordening 1308/2013 opgesomde uitzonderingen komen elementen voor die ook aangetroffen worden in Verordening 1184/2006 en de Integrale GMO Verordening. Het ligt daarom voor de hand om deze elementen gelijklopend te interpreteren. Net als ten aanzien van de uitzonderingen in het algemene mededingingsregime in de landbouw, gaan wij er daarom van uit dat de hierna toe te lichten uitzonderingen eng moeten worden geïnterpreteerd.³⁸

I De eerste uitzondering

Over de eerste uitzondering kunnen we kort zijn. De reikwijdte van deze uitzondering is immers beperkt:³⁹

- i. De enige in aanmerking komende beperkingen moeten noodzakelijk zijn om *alle* doelstellingen van het GLB te bereiken,⁴⁰ of, indien deze doelstellingen uiteen blijken te lopen, moeten ze ermee verzoend kunnen worden.⁴¹
- ii. Het is niet genoeg om te beweren dat er een verband bestaat tussen de afspraak en de doelstellingen van het GLB. Uitdrukkelijk is bepaald dat de afspraak 'vereist' is.⁴²
- iii. De afspraak is niet vrijgesteld als er andere, minder beperkende manieren bestaan om hetzelfde doel te bereiken.⁴³
- iv. In het algemeen zijn de regelingen waarin de GMO Verordeningen voorzien, voldoende om de doelstellingen van het GLB te realiseren. Bijgevolg is het onwaarschijnlijk dat aanvullende met het kartelverbod strijdige maatregelen nodig zijn om de genoemde doelstellingen te realiseren.⁴⁴
- v. Prijsafspraken en afspraken die de mededinging uitsluiten kunnen niet van de vrijstelling profiteren.⁴⁵

II De tweede uitzondering

De tweede uitzondering is voor de praktijk het meest interessant. Wel dient bedacht te worden dat de tweede uitzondering beperkt is tot samenwerking tussen landbouwers⁴⁶ en hun verenigingen. Indien bij de afspraak andere partijen zijn betrokken, kan op de vrijstelling geen beroep worden ge-

daan.⁴⁷ Wat opvalt is dat in de tweede uitzondering nu ook expliciet erkende producentenorganisaties en erkende unies van productenorganisaties worden genoemd naast 'verenigingen van landbouwers'. Hiermee lijkt te worden geïmpliceerd dat afspraken waarbij niet-erkende producentenorganisaties zijn betrokken ook van de vrijstelling kunnen profiteren. Wat verder opvalt is dat partijen uit meerdere lidstaten mogen samenwerken. Onder het algemene mededingingsregime in de landbouw is dat uitgesloten.

De toepasselijkheid van de tweede uitzondering is afhankelijk van de vervulling van vier voorwaarden. De afspraken:

- i. moeten 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;
- ii. mogen de doelstellingen van het GLB niet in gevaar brengen;
- iii. mogen niet de verplichting bevatten identieke prijzen toe te passen;
- iv. mogen de mededinging niet uitsluiten.

33. Het Europese kartelverbod staat in art. 101 lid 1 VWEU.

34. Zie art. 209 lid 1 Verordening 1308/2013. In het Dijkstraarrest (HvJ (Dijstra) gevoegde zaken 40/94 en 224/94 ro 20) is uitgemaakt dat de derde uitzondering van Verordening 26 als van de tweede uitzondering te onderscheiden uitzondering vormt. Deze twee uitzonderingen stemmen gedeeltelijk overeen met de twee uitzonderingen in art. 209 lid 1. Het is aannemelijk te veronderstellen dat we ook hier te maken hebben met twee afzonderlijke. In de titel van art. 209 wordt immers gesproken over 'uitzonderingen'.

35. De erkenning wordt geregeld in art. 152 Verordening 1308/2013.

36. De erkenning wordt geregeld in art. 156 Verordening 1308/2013.

37. Art. 209 lid 2 Verordening 1308/2013.

38. HvJ 12 december 1995 (Oude Luttikhuis) zaak C-399/93 ro 25, J.P. Gruber (deel I) p. 138, T.P.J. van Rijn, p. 4, F. Erlbacher, p. 783.

39. Zie in deze zin Mario Monti in zijn speech van 13 november 2003, speech/03/537 p. 3.

40. HvJ 12 december 1995 (Oude Luttikhuis) zaak C-399/93 ro 25.

41. GEA 14 mei 1997 (Florimex/VGB) gevoegde zaken T-70/92 en T-71/92, ro 153 en HvJ 30 maart 2000 (VBA/Florimex e.a.) zaak C-265/97 ro 94-95.

42. J.P. Gruber in 'Wettbewerb in der Landwirtschaft – Teil II', OZK 2009 p. 188, T.P.J. van Rijn, p. 4.

43. Beschikking Commissie van 2 april 2003 (Frans rundvlees) Pb EG 2003 L 209/12 randnr. 148, J.P. Gruber (deel II) p. 188 en T.P.J. van Rijn, p. 4.

44. Bellamy & Child, p. 1177, F. Erlbacher, p. 784 en M. Monti, p. 4.

45. Art. 209 lid 1 laatste alinea Verordening 1308/2013. Deze twee voorwaarden worden hierna in het kader van de tweede uitzondering besproken.

46. Art. 209 lid 1 Verordening 1308/2013 spreekt over 'landbouwer'. De definitie van 'landbouwer' staat in art. 4 lid 1 Verordening 1307/2013. Gelet op art. 3 lid 3 Verordening 1308/2013 is de hiervoor genoemde definitie ook relevant voor Verordening 1308/2013.

47. Beschikking van de Commissie 20 oktober 2004 (Raw Tobacco Spain) COMP/C.38.238/B.2, randnr. 346, F. Erlbacher, p. 787, J.P. Gruber (deel II), p. 191, Bellamy & Child, p. 1179 en Mario Monti, p. 4.

Het is relatief eenvoudig om vast te stellen of aan de eerste voorwaarde is voldaan. Moeilijker is het vast te stellen of aan de tweede voorwaarde wordt voldaan. In dit kader moet als eerste worden nagegaan of de twee hoofdoelen van het GLB⁴⁸ niet in gevaar worden gebracht.⁴⁹ Als dat het geval is, moet worden gekeken of de andere doelen niet aanmerkelijk⁵⁰ in gevaar worden gebracht. Overigens hoeven niet alle doelen van het GLB in gevaar te worden gebracht. Het is reeds voldoende als het om één doelstelling gaat.⁵¹ De derde voorwaarden is bedoeld om prijskartels tegen te gaan.⁵² Ten aanzien van de vierde voorwaarde moet worden gekeken of de mededinging wordt uitgesloten. Het woord 'uitsluiten' betekent dat beperking van de mededinging niet voldoende is.⁵³ De mededinging wordt pas uitgesloten als er geen noemenswaardige restconcurrentie meer is.⁵⁴

2.4.3 Erkende brancheorganisaties

Het kartelverbod is verder niet van toepassing op afspraken van erkende brancheorganisaties⁵⁵ met betrekking tot specifieke activiteiten.^{56,57} Het gaat hierbij niet om een vrijstelling. De uitzondering is slechts van toepassing indien de afspraak vooraf bij de Commissie is gemeld en deze niet binnen twee maanden na ontvangst van de melding heeft vastgesteld dat de gemelde afspraak onverenigbaar is met de Unievoorschriften.⁵⁸

2.5 Vrijstelling voor producentenorganisaties en APO's in de sector groenten en fruit

De huidige kardinale rol die erkende producentenorganisaties (moeten) vervullen werd voor een belangrijk deel met Verordening 2200/96 toegekend.⁵⁹ Sedert deze verordening moet een erkende producentenorganisatie het aanbod van haar leden bundelen en vervolgens verkopen.⁶⁰ Producentenorganisaties en APO's kunnen in dit kader overigens enkel als instrument van de GMO actief zijn, indien zij door een lidstaat als zodanig zijn erkend.⁶¹

Algemeen wordt aangenomen dat het mededingingsrecht er niet aan in de weg staat dat landbouwers via een erkende producentenorganisatie of een erkende APO hun producten verkopen en op deze manier pro rata dezelfde prijs voor hun producten krijgen.⁶² De vraag is alleen waarom dit het geval is. In Verordening 1308/2013 staat geen expliciete vrijstelling. Voor het geval de erkende producentenorganisatie of erkende APO en haar leden een economische eenheid⁶³ vormen, is het kartelverbod om deze reden niet van toepassing op de gezamenlijke verkoop.⁶⁴ In 2011 kwam de ACM in een informele zienswijze echter tot de conclusie dat de leden van een niet nader genoemde producentenorganisatie geen economische eenheid vormden met deze producentenorganisatie.⁶⁵ In voorkomend geval moet de vrijstelling dus elders worden gezocht. Het ligt niet voor de hand dat art. 209 lid 1 Verordening 1308/2013 van toepassing is. Bij gezamenlijke verkoop worden immers prijsafspraken gemaakt. Het is veel meer waarschijnlijk dat de regels voor erkende producentenorganisaties en erkende APO's impliciet meegenomen moeten worden bij de mededingingsrechtelijke beoordeling van de activiteiten van deze organisaties.⁶⁶ Bij de toetsing van een concreet geval aan het kartelverbod, dient namelijk rekening te worden gehouden met de economische context waarin de ondernemingen opereren, de producten of diensten waarop de samenwerking betrekking heeft, de structuur van de betrokken markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert.⁶⁷ Zo bezien handelt een erkende producentenorganisatie of erkende APO die overeenkom-

stig de voorschriften van Verordening 1308/2013 acteert, niet in strijd met het kartelverbod.

48. Volgens HvJ 15 mei 1975 (Frubo) zaak 71/74 ro 26 gaat het (i) om de vergroting van de productiviteit van de landbouw en (ii) het verzekeren van een redelijke levensstandaard van de landbouwbevolking.
49. J.P. Gruber (deel II) p. 192 en D. Schweizer in Immenga / Mestmäcker 'Wettbewerbsrecht', Commentaar op Verordening 1184/2006, Verlag C. H. Beck München 2012, randnr. 54.
50. J.P. Gruber (deel II), p. 192 en D. Schweizer randnr. 54.
51. D. Schweizer stelt dat als eenzijdig een doelstelling wordt nagestreefd de doelstellingen van het GLB in gevaar kunnen worden gebracht. Hij noemt als voorbeeld dat de samenwerking slechts de levensstandaard van de landbouwbevolking beoogd te verzekeren zonder dat er een objectieve rechtvaardiging is voor het niet in aanmerking nemen van de andere doelstellingen. D. Schweizer randnr. 54.
52. Beschikking van de Commissie 20 oktober 2004 (Raw Tobacco Spain) COMP/C.38.238/B.2, randnr. 346, F. Erlbacher, p. 788, Bellamy & Child, p. 1177 en Mario Monti, p. 4.
53. F. Erlbacher, p. 788, J.P. Gruber (deel II) p. 192.
54. J.P. Gruber (deel II), p. 192 en D. Schweizer, randnr. 54.
55. Brancheorganisaties bestaan volgens art. 157 lid 1 onder a Verordening 1308/2013 uit beroepsgroepen die betrokken zijn bij de productie en bij ten minste een van de volgende stadia van de toeleveringsketen: de verwerking of verhandeling, met inbegrip van de distributie, van producten van één of meer sectoren.
56. De activiteiten worden genoemd in de artt. 157 en 162 Verordening 1308/2013.
57. Deze uitzondering wordt geregeld in art. 210 lid 1 Verordening 1308/2013.
58. Hiervan is in ieder geval sprake indien de in art. 210 lid 4 Verordening 1308/2013 genoemde verboden van toepassing zijn.
59. Voor een uitgebreidere beschrijving van de invoering van Verordening 2200/96 zie H.J. Bronckhorst, 'De nieuwe Communautaire marktordening in de sector groente en fruit', *Agr.r.* 1998, p. 2.
60. Art. 152 lid sub c Verordening 1308/2013.
61. Overweging 8 van Verordening 2200/96, Gerecht 30 september 2009 (Frankrijk / Commissie) zaak T-432/07 ro 54 en 56, Gerecht 16 september 2013 (Nederland / Commissie) zaak T-343/11) ro 122 en Besluit ACM, 15 mei 2012 (Paprika's) zaak 7036, randnr. 297.
62. Bellamy & Child, p. 1179, Mario Monti, p. 4 en P. Chauve e.a., 'Agriculture, Food and Competition Law: Moving the Border', *Journal of European Competition Law & Practice*, 2014 p. 319.
63. Ondernemingen die een economische eenheid vormen, worden feitelijk als één onderneming aangemerkt. Zie HvJ 12 juli 1984 (Hydrotherm), zaak 170/83, ro 11.
64. In deze zin M.J. Plomp, 'Spelregels voor samenwerking en concurrentie', *Agr.r.* 2013 p. 165, D. Schweizer, randnr. 50 en J.P. Gruber (deel II) p. 192.
65. Informele zienswijze NMa van 31 oktober 2011 in zaak 7285.
66. In deze zin F. Erlbacher, p. 788.
67. HvJ 12 december 1995 (Oude Luttikhuis) zaak C-399/93 ro 10.

2.6 Doorwerking van de landbouvvrijstelling op nationale gevallen

In Nederland kennen we geen specifiek nationaal regime voor mededinging in de landbouw. Wel staan in de Mededingingswet zogenaamde doorwerkingsbepalingen.⁶⁸ Op grond van de tweede doorwerkingsbepaling werken de uitzonderingen op het kartelverbod in Verordening 1184/2007 en de beide GMO Verordeningen ook door in puur nationale gevallen.⁶⁹

3. Ernstige marktverstoringen in de landbouwsector

Verordening 1308/1308 bevat een regeling voor maatregelen die de Commissie kan nemen in geval van 'marktverstoringen' teneinde deze verstoringen aan te pakken.⁷⁰ Het gaat hierbij om een aanzienlijke (dreigende) verstoring van de markt. Deze verstoring moet naar verwachting enige tijd aanhouden. Naar aanleiding van de Russische boycot heeft de Commissie tot op heden drie maal gebruik gemaakt van de hiervoor bedoelde mogelijkheid.⁷¹

Als de Commissie maatregelen neemt, treden die in beginsel niet meteen in werking. De Commissie moet het Europees Parlement en de Raad eerst over de genomen maatregelen informeren. De maatregelen worden vervolgens van kracht indien er niet binnen twee maanden bezwaar is gemaakt.⁷²

In spoedeisende gevallen krijgen maatregelen onmiddellijk effect en blijven van kracht zo lang het Europees Parlement of de Raad geen bezwaar maakt.⁷³

Naast eigen maatregelen kan de Commissie ook tijdelijk voor bepaalde afspraken van erkende producentenorganisaties, erkende APO's of erkende brancheorganisaties het kartelverbod buiten toepassing verklaren. Het gaat hierbij om afspraken inzake:

- a. het uit de markt nemen of gratis verstrekken van hun producten;
- b. de bewerking en verwerking;
- c. de opslag door particuliere marktdeelnemers;
- d. gezamenlijke afzetbevorderingsmaatregelen;
- e. kwaliteitseisen;
- f. gezamenlijke inkoop van productiemiddelen die nodig zijn om de verspreiding van plagen en ziekten in dieren en planten in de Unie tegen te gaan, of van productiemiddelen die nodig zijn om de gevolgen van natuurrampen in de Unie te bestrijden;
- g. tijdelijke planning van de productie, rekening houdend met de specifieke aard van de productiecycclus.

Zowel het materiële als het geografische toepassingsgebied en de periode waarbinnen de afwijking van het kartelverbod geldt, wordt van geval tot geval door Commissie vastgesteld. Bij het vaststellen van de periode moet de Commissie overigens rekening houden met het feit dat de afspraken waarvoor het kartelverbod buiten toepassing is verklaard, maximaal zes maanden geldig zijn. De Commissie kan de geldigheidsduur maximaal met zes maanden verlengen. Bedacht dient te worden dat de mogelijkheid om het kartelverbod voor bepaalde afspraken tijdelijk buiten toepassing te verklaren een aanvullend karakter heeft. Van deze mogelijkheid kan slechts gebruik worden gemaakt indien de Commissie zelf maatregelen heeft genomen:

- i. ter bestrijding van marktverstoringen;⁷⁴
- ii. waarbij producten in het kader van een openbare interventie zijn aangekocht,⁷⁵ of
- iii. waarbij steun voor particuliere opslag is verleend.⁷⁶

De maatregel waarbij het kartelverbod buiten toepassing wordt verklaard worden vastgesteld volgens de zogenaamde comité procedure.⁷⁷ In het kader van deze procedure dient de Commissie advies te vragen aan het Comité voor de gemeenschappelijke ordening van de landbouwmakten (hierna: het Comité).⁷⁸ Als het advies positief is, neemt de Commissie de betreffende maatregel aan. Bij een negatief advies wordt de maatregel niet aangenomen.⁷⁹ Indien de maatregel volgens de Commissie desalniettemin noodzakelijk is, kan de Commissie een gewijzigde maatregel voorstellen of beroep instellen bij de Commissie van beroep.⁸⁰

Onverminderd het voorgaande kan de Commissie in urgente gevallen een onmiddellijk toepasselijke maatregel vaststellen. Deze maatregel, die niet langer dan zes maanden geldig mag zijn, hoeft niet eerst aan het Comité te worden voorgelegd. Brengt het Comité evenwel achteraf een negatief advies uit, dan trekt de Commissie de maatregel onmiddellijk in.⁸¹

68. Zie de art. 12 en 13 Mw en M.C. van Heezik in 'Meer samenwerking bij toenemende marktwerking in de landbouwsector' *Agr.r.* 2009 p. 376-377.

69. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de artt. 12 en 13 Mw ook gelden voor Verordening 26. *Kamerstukken II* 1995/96, 24707 nr. 3 p. 53 en 64. In deze zin ook G.G.J. ten Broeke en A.A.H.M. Gommers, 'Het mededingingsrecht in de agrosector', *Agr.r.* 2000 p. 217. Anders M.C. van Heezik, p. 376-377.

70. Zie Hoofdstuk 1 van deel V van Verordening 1308/1308.

71. Het gaat om maatregelen voor: (i) perziken en nectarines, Verordening 913/2014 van de Commissie van 21 augustus 2014 tot vaststelling van tijdelijke buitengewone maatregelen ter ondersteuning van producenten van perziken en nectarines, *Pb* EU 2014 L248/1, voor (ii) bepaalde groenten en fruit, 932/2014 van de Commissie van 29 augustus 2014 tot vaststelling van tijdelijke buitengewone maatregelen ter ondersteuning van producenten van bepaalde soorten groenten en fruit, *Pb* EU 2014 L 259/2 en voor (iii) zuivelproducten, persbericht IP/14/954 van 28 augustus 2014, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-954_en.htm.

72. Art. 219 lid 1 j^o art. 227 Verordening 1308/2013.

73. Art. 219 lid 1 j^o art. 228 Verordening 1308/2013.

74. Overw. 192 van Verordening 1308/2013 maakt duidelijk dat maatregelen ter bestrijding van marktverstoringen een aparte categorie is. De Engelse, Duitse en Franse tekst van art. 222 lid 2 Verordening 1308/2013 wijzen ook in deze richting.

75. Alleen de in art. 11 Vo 1308/2013 genoemde producten komen in aanmerking voor openbare interventie.

76. Alleen de in art. 17 Vo 1308/2013 genoemde producten komen in aanmerking voor steun voor particuliere opslag.

77. Art. 222 lid 1 j^o art. 229 lid 2 Verordening 1308/2013 j^o art. 5 Verordening 182/2011.

78. Art. 229 lid 1 Verordening 1308/2013.

79. Art. 5 lid 2 Verordening 182/2011.

80. Art. 5 lid 3 Verordening 182/2011.

81. Art. 8 Verordening 182/2011.

4. Mededinging in crisistijd

4.1 Inleiding

Voorop dient te worden gesteld dat de doelstellingen van het GLB voorrang hebben boven het mededingingsrecht.⁸² Afspraken die de mededinging merkbaar beperken worden daarom als eerste getoetst aan de hiervoor genoemde uitzonderingen van het landbouwregime. Indien geen beroep kan worden gedaan op een van deze uitzonderingen, worden de afspraken getoetst aan het generieke mededingingsrecht. Dat landbouwondernemingen ondanks de voor hen geldende sectorale uitzondering(en) getroffen kunnen worden door boetes wegens overtreding van het generieke mededingingsrecht, blijkt uit de nationale rechtspraak en beschikkingenpraktijk van de ACM. Recent zijn in de primaire landbouwsector bijvoorbeeld boetes opgelegd en in stand gebleven in een garnalen-⁸³, zilveruien-⁸⁴, paprika-⁸⁵ en plantuienkartel.⁸⁶

4.2 Crisiskartels

Volgens de Commissie gaat het bij een crisiskartel om een 'industriële herstructureringsovereenkomst'. Het betreft afspraken tussen een significant aantal marktpartijen gericht op het gezamenlijk bestrijden van de gevolgen van een crisis. De afspraken kunnen betrekking hebben op het verminderen van de overcapaciteit of het vaststellen van een 'redelijk prijsniveau' teneinde te voorkomen dat sommige marktpartijen failliet gaan.⁸⁷ In beide gevallen gaat het om doelbeperkingen.⁸⁸ Het is dan ook logisch dat een crisiskartel slechts geoorloofd is als aan alle voorwaarden van de wettelijke uitzondering is voldaan.⁸⁹

In het verleden heeft de Commissie herhaaldelijk crisiskartels vrijgesteld van het kartelverbod op grond van de wettelijke uitzondering. Op dit moment is het evenwel niet langer mogelijk om een crisiskartel in de groenten- en fruitsector ter beoordeling aan de Commissie of de ACM voor te leggen. Zowel op basis van Verordening 1308/2013 als het generieke mededingingsrecht moeten partijen door middel van een 'self assessment' nagaan of een eventueel crisiskartel voldoet aan de cumulatieve vereisten voor vrijstelling.

4.2.1 Productiebeperking

Aangezien een plotse vraagdaling veelal tot overcapaciteit leidt, ontstaat tijdens crises vaak een roep om quoteringsafspraken teneinde het aanbod te beperken. Het ligt niet voor de hand dat een beroep kan worden gedaan op de in art. 209 lid 1 Verordening 1308/2013 genoemde uitzonderingen. Productiebeperking brengt namelijk een van de belangrijkste doelstellingen van het GLB in gevaar, te weten de vergroting van de productiviteit van de landbouw. In dit kader kan nog worden gewezen op de (tijdelijke) quoteringsafspraken die Nederlandse komkommertelers ten tijde van de EHEC-crisis wilden maken. Zij vroegen de Commissie om hiermee in te stemmen. Uit de antwoorden op Kamervragen blijkt dat de Commissie dit heeft geweigerd, aangezien de voorgestelde afspraken niet pasten binnen de uitzonderingsmogelijkheden van de Integrale GMO-Verordening.⁹⁰ Zolang de Commissie het kartelverbod niet tijdelijk buiten toepassing heeft verklaard,⁹¹ zal een quoteringsafpraak derhalve getoetst moeten worden aan het generieke mededingingsrecht. Een voorbeeld van deze toets op Europees niveau is de zaak van de Ierse vleesverwerkers.⁹² Zij werden beboet vanwege een inbreuk op het kartelverbod wegens de afspraken die zij hadden gemaakt om de overcapaciteit in de sector te reduce-

ren. In hoogste instantie bij het Hof van Justitie werd (onder meer) aangevoerd dat de productiebeperkende afspraken helemaal geen mededingingsbeperkend oogmerk hadden. De afspraken zouden daarentegen als doel hebben gehad de crisis in de sector te beëindigen waardoor de concurrentie op langere termijn kon worden gewaarborgd. Dit betoog is bij het Hof van Justitie aan dovemans oren gericht. Zelfs als zou worden aangetoond dat partijen de productiebeperkende afspraken maakten zonder het subjectieve oogmerk de mededinging te beperken, was dat niet relevant voor de toepassing van het kartelverbod. Sterker nog, ongeacht de crisis heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat 'de overeenkomst (...) die met name voorziet in een reductie van de verwerkingscapaciteit (...) ertoe strekt de mededinging te verhinderen, te beperken of te vervalsen in de zin van artikel 81, lid 1, EG'. Ook in een crisissfeer geldt dus als uitgangspunt dat productiebeperkende- en quoteringsafspraken doelbeperkingen zijn. Dit betekent dat quoteringsafspraken de mededinging ook merkbaar beperken. Volgens het Hof van Justitie kan een sectorale crisis slechts worden meegewogen in het kader van de toets aan de uitzondering van het kartelverbod.

De strikte leer ten aanzien van doelbeperkingen heeft navolging gevonden in de nationale agrarische mededingingsrechtspraak. In het zilveruienkartel voerden de telers aan dat hun quoteringsafspraken uitsluitend waren gebaseerd op de verwachte behoefte in de markt. De productiebeperking zou dus niet het doel hebben gehad een zo hoog mogelijk prijs te realiseren. Bovendien hadden de afnemers zich als potentiële gedupeerden allerminst tegen de quoteringsafspraken verzet. Beide argumenten werden verworpen. Er was volgens de ACM sprake van een doelbeperking.

In het garnalenkartel waren vangstbeperkingen afgesproken met het oogmerk om overbevissing te voorkomen en de garnalenstand te waarborgen. Daarnaast moesten de quoteringsafspraken een toekomstige crisis te vermijden. Desalniettemin werden de quoteringsafspraken door de ACM gekwalificeerd als een doelbeperking. Ook de betrokkenheid van directe afnemers bij de quoteringsafspraken deed geen afbreuk aan het concurrentiebeperkende doel.

82. HvJ 29 oktober 1980 (Maïzena) zaak 139/79, ro 22-23, HvJ 5 oktober 1994 (Duitsland/Commissie) zaak C-280/93, ro 61 HvJ 9 september 2003 (Milk Marque) zaak C-137/00, ro 81, P. Chauve e.a., p. 311 en F. Erlbacher, p. 775.
83. CBb 17 maart 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP8077.
84. Rb Rotterdam 20 maart 2011, ECLI:NL:RBROT:2014:2045.
85. Rb Rotterdam 12 juni 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4689.
86. Rb Rotterdam 24 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:5930.
87. Zie bijvoorbeeld de bijdrage van de Europese Commissie aan het *OECD, Global Forum on Competition Crisis Cartels*, p. 109, te raadplegen via http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2011_feb_crisis_cartels.pdf.
88. Art. 101 lid 1 sub a VWEU.
89. In deze zin: D. Schrijvershof, 'Mededingingsrecht in economisch zware tijden: de (on)mogelijkheden voor crisiskartels', *MP* 2012 p. 11.
90. *Kamerstukken II* 2010/11 32 801, nr. 9.
91. Zie art. 222 lid 1 sub g Verordening 1308/2013.
92. HvJ EG 20 november 2008 (BIDS) zaak C-209/07 en art. 101 lid 1 sub b VWEU.

4.2.2 Prijsafspraken en gezamenlijke verkoop

Naast quoteringsafspraken, wordt in crisistijd geroepen om prijsafspraken of gezamenlijke verkoop. Prijsafspraken worden geacht het doel te hebben de mededinging te beperken. Hetzelfde geldt voor gezamenlijke verkoop waarbij de verkoopprijzen worden afgestemd.⁹³ Dit betekent dat prijsafspraken en gezamenlijke verkoop de mededinging merkbaar beperken. Van de twee uitzonderingen in art. 209 lid 1 Verordening 2013 kan in dit kader geen gebruik worden gemaakt. Prijsafspraken zijn immers expliciet uitgesloten. Ook van de vrijstelling voor erkende APO's kan niet worden geprofiteerd. Deze vrijstelling kan immers niet analoog worden toegepast op collectieve gedragingen van verschillende producentenorganisaties die niet gezamenlijk als APO zijn erkend.⁹⁴ Verder is het voor de Commissie niet mogelijk prijsafspraken en gezamenlijke verkoop op grond van art. 222 lid 1 Verordening 2013 tijdelijk van het kartelverbod vrij te stellen.⁹⁵ Bijgevolg zullen prijsafspraken en gezamenlijke verkoop aan het generieke mededingingsrecht moeten worden getoetst.

Prijsafspraken en gezamenlijke verkoop leiden in beginsel tot hogere prijzen, aangezien de prijsconcurrentie tussen de betrokken ondernemingen aanzienlijk wordt vermindert en afnemers daardoor structureel worden beperkt in de mogelijkheid om te profiteren van de prijsverlagende druk die normaliter van prijsconcurrentie tussen ondernemingen uitgaat. Onzekerheid over het gedrag van concurrenten is een factor die aanzet tot innovatie en efficiëntie, en bevordert daarmee de concurrentie. Prikkel om op meer efficiënte wijze te produceren, zodat men onder het prijsniveau van een concurrent kan verkopen, worden door genoemde gedragingen weggenomen. De afnemer wordt voorts beperkt in zijn mogelijkheden om een leverancier op basis van het prijsniveau te selecteren.⁹⁶ Het ligt dus niet voor de hand dat prijsafspraken en gezamenlijke verkoop aan de vereisten van de wettelijke uitzondering op het kartelverbod voldoen.

4.2.3 Tijdelijke crisiskartels en de wettelijke uitzondering

Uit het voorgaande volgt dat crisiskartels die quoterings- of prijsafspraken bevatten sowieso aan het generieke mededingingsrecht moeten worden getoetst. De Commissie heeft richtlijnen gegeven voor de toets van crisiskartels aan de cumulatieve vereisten voor de wettelijke uitzondering op het kartelverbod.⁹⁷ Deze richtlijnen laten zien dat de lat erg hoog ligt. Zo kunnen volgens de Commissie bij een crisiskartel uitsluitend efficiëntievoordelen intreden als de minst efficiënte productiecapaciteit permanent van de markt verdwijnt. Een crisiskartel moet dus structurele overcapaciteit bestrijden om voor uitzondering in aanmerking te komen, zo meent ook de ACM: *'Laat ik beginnen met te zeggen wanneer een crisiskartel in elk geval niet door de beugel kan. Als er onderling prijs- of marktverdelings afspraken worden gemaakt om bij een tijdelijke vraaguutval het hoofd boven water te houden.'*⁹⁸ De ruimte voor tijdelijke crisiskartels lijkt dus beperkt.

Als tijdelijke crisiskartels getoetst worden aan de vier cumulatieve voorwaarden van de wettelijke uitzondering, zal op eerste plaats moeten worden aangetoond dat ondanks de tijdelijke aard van het crisiskartel, er toch efficiëntievoordelen worden behaald die niet door middel van minder vergaande beperkingen kunnen worden bereikt. Er zullen overigens naar verwachting geen efficiëntievoordelen worden bereikt

als het crisiskartel niet noodzakelijk is. De informele zienswijze van de ACM met betrekking tot de door garnalenvissers voorgestelde vangstquotering laat dit duidelijk zien.⁹⁹ Indien de Commissie zelf ook spoedmaatregelen neemt op grond van Verordening 1308/2013, dan zullen de Commissie en de ACM bij de beoordeling van een tijdelijk crisiskartel bezwaarlijk kunnen ontkennen dat sprake is van een crisis. Maakt de Commissie in het kader van deze maatregelen echter geen gebruik van de in art. 222 lid 1 Verordening 1308/2013 geboden mogelijkheid om het kartelverbod buiten toepassing te verklaren voor bepaalde afspraken van private marktpartijen, dan is het maar de vraag of desondanks collectieve acties van deze partijen nodig zijn om de crisis te beteugelen. In de maatregel die de Commissie naar aanleiding van de Russische boycot heeft genomen ten behoeve van groenten- en fruitproducenten wordt bijvoorbeeld uitdrukkelijk vermeld dat het uit de markt nemen van producten, niet oogsten en groen oogsten *'doeltreffende crisisbeheersmaatregelen'* zijn,¹⁰⁰ terwijl daarnaast geen toepassing wordt gegeven aan art. 222 lid 1 Verordening 1308/2013. Collectieve acties van private marktpartijen lijken dus niet nodig. Bij gebreke van noodzaak, zullen de hiervoor bedoelde collectieve acties waarschijnlijk geen efficiëntievoordelen sorteren.

Verder moet bedacht worden dat crisiskartels veelal beogen de negatieve financiële gevolgen van de crisis voor de ondernemingen te beperken. Een voorwaarde om voor vrijstelling van het kartelverbod in aanmerking te komen is evenwel dat een redelijk aandeel van de beweerde efficiëntievoordelen ten goede moeten komen aan de afnemers. Deze voorwaarde lijkt moeilijk te verenigen met het veilig stellen van het inkomen van de ondernemers.

4.3 Verkoop bevorderende maatregelen

Afspraken over gezamenlijk reclame zijn geen doelbeperkingen, omdat zij landbouwondernemers niet de mogelijkheid ontnemen om zelfstandig te bepalen welk beleid zij op de markt zullen voeren. Een gezamenlijke reclamecampagne laat namelijk voor ondernemingen de mogelijkheid onverlet om bijvoorbeeld zelf hun eigen prijzen vast te stellen. Wel merkt de Commissie op dat gezamenlijke reclame mededingingsrechtelijke gevolgen kan hebben indien de kosten ervan voor ondernemingen een belangrijk deel van hun

93. Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van art. 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten *Pb* EU 2001, C 11, randnr. 234.

94. Besluit ACM, 15 mei 2012 (Paprika's) zaak 7036, randnr. 297.

95. A. Mathews, *'Competition issues in the single CMO regulation'*, 26 maart 2014, <http://capreform.eu/competition-issues-in-the-single-cmo-regulation/>.

96. Richtsnoeren horizontale samenwerking, randnr. 246 en besluit NMa, Paprika zaak, randnr. 280.

97. Zie bijvoorbeeld de bijdrage van de Europese Commissie aan het *OECD, Global Forum on Competition Crisis Cartels*.

98. Interview Paul Benner, Programmamanager van de Directie Mededinging van de NMa, *NMagazine* 2011, nr. 3, p. 14.

99. Informele zienswijze Managementplan MSC van de NMa, 18 april 2011 (Garnalenvissersrij) zaak 7011.

100. Verordening 932/2014, overw. 6.

begroting vormen.¹⁰¹ De reclamecampagne mag dus niet tot gevolg hebben dat de kostenstructuren van de betrokken ondernemingen onderling inzichtelijk worden. Door vergaand inzicht in elkaars kosten zou namelijk de mogelijkheid kunnen ontstaan dat de deelnemers aan de campagne hun beleid onderling afstemmen. Het is niet aannemelijk dat die situatie zich in de landbouwsector snel zal voordoen waardoor het aannemelijk is dat gezamenlijke reclame gewoon is toegestaan.

5. Conclusie

Als gevolg van de Russische boycot wil de landbouwsector graag collectief afspraken maken om de gevolgen van deze boycot te lijf te gaan. Als de afspraken betrekking hebben op afzetquotering of afstemming van prijzen, is het oppassen geblazen. Dergelijke afspraken worden aangemerkt als doelbeperkingen in de zin van het kartelverbod en zijn dus in principe verboden. De introductie van de nieuwe GMO voor landbouwproducten heeft ertoe geleid dat de mogelijkheden tot vrijstelling van zulke afspraken zijn uitgebreid, ook in tijden van crisis. Het is sinds 1 januari 2014 niet langer nodig dat een mededingingsbeperkende afspraak (die geen gezamenlijke prijsstelling beoogt) voorafgaand aan de implementatie ervan ter goedkeuring aan de Commissie wordt voorgelegd. Bovendien kan de Commissie tijdelijk het kartelverbod buiten werking stellen voor bepaalde collectieve acties van private marktpartijen.

Voorzichtigheid blijft echter uitdrukkelijk geboden, zeker als de voorgenomen afspraken doelbeperkingen (kunnen) bevatten. De uitzonderingen op het kartelverbod moeten immers eng worden geïnterpreteerd. Ook heeft de Commissie nog geen richtsnoeren over het landbouwregime gepubliceerd.¹⁰² Bovendien zal de Commissie niet lichtzinnig overgaan tot het buiten toepassing verklaren van het kartelverbod. Zo was de Russische boycot voor de Commissie tot op heden geen aanleiding om het kartelverbod voor bepaalde collectieve acties van private partijen buiten toepassing te verklaren. Bij gebreke van toepassing van de uitzondering van het kartelverbod uit de GMO, is het moeilijk voorstelbaar dat tijdelijke productiebeperkende afspraken zijn toegestaan op basis van het generieke mededingingsrecht. Hoe dan ook, de bal ligt in Brussel!

Dit artikel is afgesloten op 31 augustus 2014

101. Richtsnoeren horizontale samenwerking, randnr. 243.

102. Art. 206 Verordening 1308/2013.