

Memorie van toelichting

1. Inleiding

Onderhavig wetsvoorstel voorziet in een wijziging van de Mededingingswet, teneinde te expliciteren welke ruimte het Gemeenschappelijke Landbouwbeleid (hierna: GLB) en het Gemeenschappelijke Visserijbeleid (hierna: GVB) bieden voor samenwerking tussen landbouwers en tussen vissers. Hiermee wordt een bijdrage geleverd aan het wegnemen van de onzekerheid die – met name bij boeren – leeft inzake de ruimte binnen de mededingingsregelgeving voor onderlinge samenwerking, zo is gebleken uit onderzoek¹.

Met dit wetsvoorstel wordt uitvoering gegeven aan de in het regeerakkoord ‘Vertrouwen in de toekomst’ neergelegde aankondiging dat de positie van de boer in de keten zal worden versterkt.² Dit voornemen is nader uitgewerkt in de brief ‘Positie van de boer in de keten’³ die de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit aan de Kamer heeft gestuurd mede namens de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat. Daarin is onderhavig wetsvoorstel aangekondigd als onderdeel van een pakket aan maatregelen om de positie van boer in de keten te versterken. In die brief werden daarnaast ook de volgende maatregelen aangekondigd: het wettelijk verbieden van oneerlijke handelspraktijken in de land- en tuinbouwsector, aangevuld met publiek toezicht en geschilbeslechting, het bieden van ruimte aan duurzaamheidsinitiatieven met het wetsvoorstel Ruimte voor Duurzaamheidsinitiatieven en de oprichting van een agro-nutrimonitor bij de ACM, om meer inzicht te krijgen in het functioneren van de markt in landbouwproducten.

2. Samenwerking in de landbouwsector en visserijsector

2.1 Samenwerking in de landbouwsector

De landbouwsector in Nederland wordt getypeerd door een groot aantal primaire producenten. Deze individuele boeren en tuinders verkopen vaak homogene producten waarvan zij het aanbod lastig op korte termijn kunnen aanpassen aan de vraag. Ze verhandelen hun producten in een internationale markt en hebben te maken met risico's die niet altijd makkelijk af te dekken zijn. Zo is de productie sterk afhankelijk van weersomstandigheden, zijn producten beperkt houdbaar en is de omvang van de afzetmarkt veranderlijk als gevolg van handelsboycots, bijvoorbeeld door ziekten of geopolitieke motieven.

De ketens waarin de primaire producenten opereren, kenmerken zich door een zandlopermodel. Er is een groot aantal primaire producenten, een beperkt aantal verwerkers en handelaren per product, een handvol grote inkopers voor grote supermarktketens en er zijn miljoenen consumenten die in de supermarkt voedsel kopen. De lengte van de keten verschilt per product. Deze hangt bijvoorbeeld af van de mate van bewerking, de mate waarin een product bewaard kan worden en de afstand waarover het product vervoerd wordt. In 2012 constateerde het Planbureau voor de Leefomgeving dat er zowel in de primaire landbouw als in de rest van de productieketen schaalvergroting

¹ Wageningen Economic Research, Wageningen, juni 2018, ‘Positie primaire producent in de keten’.

² Kamerstukken II 2017/18, 34700, nr. 34, bijlage, p. 34 en 44. “De mededingingswet wordt aangepast zodat samenwerking in de land- en tuinbouw expliciet wordt toegestaan. Dit om ongelijke machtsverhoudingen in de keten te compenseren”.

³ Kamerstukken II 2017/18, 28 625, nr. 257.

optreedt.⁴ Als gevolg hiervan kennen schakels verderop in de keten een grote mate van concentratie, waardoor de onderhandelingsmacht tussen de verschillende partijen in de keten onevenwichtig verdeeld kan zijn. Omdat de prijs van producten voor consumenten een belangrijk aankoopcriterium is, bestaat er een continue druk om verkoopprijzen te verlagen. Dit maakt dat boeren en tuinders vaak prijzen in de markt moeten accepteren en hun positie in de keten snel onder druk komt te staan.

Tegelijkertijd wordt er van primaire producenten gevraagd een belangrijke bijdrage te leveren aan de verduurzaming van de landbouw. De samenleving stelt steeds hogere eisen aan de voedselproductie in Nederland, bijvoorbeeld ten aanzien van dierenwelzijn en duurzaamheid. Wanneer afnemers bovenwettelijke eisen stellen aan producten, zal daar ook een redelijke vergoeding tegenover moeten staan. In de praktijk is dat echter niet altijd het geval.

Het is daarom van belang dat de mogelijkheden tot samenwerking maximaal worden benut. Door samen te werken kunnen boeren en tuinders hun krachten bundelen. Samenwerking tussen producenten zal door concurrentie op internationale markten niet vanzelfsprekend leiden tot hogere prijzen. Maar samenwerking kan wel de onderhandelingspositie van de ondernemer in de keten verbeteren en het inkomen van de boeren en tuinder positief beïnvloeden, bijvoorbeeld via lagere transactiekosten, efficiëntieverbeteringen, afzetzekerheid, toegang tot markten en het delen van kennis en innovatie.

De studie 'Positie primaire producent in de keten'⁵ die is uitgevoerd door Wageningen Economic Research geeft aan dat primaire agrarische ondernemers op verschillende manieren samenwerken. Samenwerking kan plaatsvinden op horizontaal niveau, waarbij in de studie als voorbeelden worden genoemd coöperaties, coöperatieve verenigingen, telersverenigingen, coöperatieve aankoop- of afzetorganisaties en producentenorganisaties. Samenwerking kan ook verticaal plaatsvinden, met partners in de keten.

De belangrijkste motieven van agrarische ondernemers voor samenwerking zijn i) afzetzekerheid creëren, ii) betere markttoegang door een hoger volume en iii) toegang tot kennis en informatie. Zij werken hiertoe bijvoorbeeld samen op het vlak van inkoop, verkoop en/of verwerking of in een studieclub. Twintig procent van de respondenten geeft aan geheel niet samen te werken. De top drie van redenen die zij hiervoor geven is: i) levert te weinig (winst) op, ii) onafhankelijkheid niet willen opgeven en iii) geen geschikte samenwerkingsgroep kunnen vinden. De sectoren verschillen niet significant van elkaar qua redenen waarom men niet samenwerkt.

Ook is onderzocht welke moeilijkheden respondenten momenteel ervaren in de onderlinge samenwerking. Ruim de helft van de respondenten geeft aan open te staan voor extra samenwerking, maar de producenten ervaren - zo blijkt uit de studie⁶ - primair moeilijkheden voor samenwerking op het relationele vlak, te weten verschillende belangen en gebrek aan transparantie en vertrouwen onderling. Van de ondervraagde ondernemers ziet daarnaast bijna de helft 'onduidelijkheden of beperkingen van mededingingswetgeving' als moeilijkheid om lid te zijn van een coöperatie of samen te werken met andere ondernemers. Op de vraag of zij daadwerkelijk juridische belemmeringen ervaren, antwoordt 12% instemmend. Zij wijzen daarbij veelal op de mededingingswetgeving, maar verwijzen bijvoorbeeld ook naar de fosfaatregulering. Hierbij dient opgemerkt te worden dat deze groep ondernemers ook minder tevreden is over de huidige

⁴ <https://themasites.pbl.nl/balansvandeleeftomgeving/jaargang-2012>.

⁵ Wageningen Economic Research, Wageningen, juni 2018, 'Positie primaire producent in de keten'.

⁶ Wageningen Economic Research, Wageningen, juni 2018, 'Positie primaire producent in de keten', p. 42.

samenwerking, over de mogelijkheden om (nog meer) samen te werken en andere belemmeringen in sterkere mate ervaart dan de overige respondenten.

2.2 Samenwerking in de visserijsector

Voor de visserijsector is geen onderzoek gedaan naar de mate van samenwerking en de factoren die van invloed zijn op de bereidheid tot samenwerking, vergelijkbaar met het hiervoor beschreven studie 'Positie primaire producent in de keten' van Wageningen Economic Research. Wel kan iets worden gezegd over de daadwerkelijke mate van samenwerking in de visserijsector. De vissers op vissoorten, waarvoor quota gelden, zijn georganiseerd in zeven erkende producentenorganisaties (hierna: PO's). Op grond van de Visserijwet zijn enkel erkende PO's de viscontingenten (individuele quota) van hun leden mogen beheren. De dekkingsgraad van lidmaatschap van erkende PO's is voor deze deelsectoren dan ook nagenoeg 100%. Er zijn nog drie andere erkende PO's die werkzaam zijn in andere deelsectoren: voor mosselkwekers, garnalenvissers en IJsselmeervissers. Ook die hebben elk een dekkingsgraad van nagenoeg 100 procent. Er zijn ook nog twee erkende brancheorganisaties: BO Visbureau voor de collectieve marketing van vis en garnalen en de BO Garnalen die met name gericht is op het in stand houden van het keurmerk MSC voor garnalen. Al deze organisaties voldoen aan de voorwaarden en bepalingen in de GMO-verordening voor visserij- en aquacultuurproducten. De kleinschalige kust- en binnenvissers zijn georganiseerd in NetVISwerk (www.netviswerk.nl), maar vormen geen erkende PO, wegens de beperkte meerwaarde daarvan voor hen. Vijf PO's rond platvis werken samen in VisNed. Samen met de Nederlandse Vissersbond en de internationale Garnalen PO Rousant werken ze samen in de Coöperatieve Visserijorganisatie (CVO).

3. Samenwerking in de landbouw en visserij en mededingingsregels

3.1 Inleiding

Zoals uit bovengenoemde studie blijkt, ervaren boeren juridische belemmeringen en onduidelijkheden bij het vormgeven van hun samenwerking. De mededingingsregelgeving wordt daarbij het vaakst genoemd door de geïnterviewde boeren, terwijl ook aan de Europese regelgeving ten aanzien van de gemeenschappelijke marktordening in het kader van het Gemeenschappelijke Landbouwbeleid wordt gerefereerd.

Een belangrijke vaststelling daarbij is wel dat de mededingingsregelgeving naar haar aard grenzen stelt; zij bevat immers normen – zoals het kartelverbod – die mededingingsbeperkende gedragingen tegengaan. Onduidelijkheid is ook deels inherent aan het mededingingsrecht, waarin de normen – zoals het kartelverbod – en de uitzonderingen daarop in algemene termen zijn geformuleerd. Dit heeft als voordeel dat deze regelgeving door de tijd en door verschillende economische sectoren heen goed toepasbaar is gebleken. Het nadeel van die algemeenheid is wel dat de normen en uitzonderingen vertaald moeten worden naar de omstandigheden van het geval, hetgeen tot onzekerheid over de toepassing van die normen en uitzonderingen kan leiden. Het toezicht op deze normen vindt bovendien achteraf plaats, waardoor vooraf onzekerheid kan bestaan of een gedraging toegestaan is onder de mededingingsregelgeving. Dat het mededingingsrecht als belemmerend en onduidelijk wordt ervaren, is dan ook niet uniek voor de landbouwsector en geldt – in meer of mindere mate – voor alle economische sectoren.

Wat de situatie in de landbouwsector wel bijzonder maakt, is dat er in het Europese recht niet alleen beperkingen worden gesteld aan samenwerking, in de vorm van de mededingingsbepalingen uit het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU), maar dat in het kader van het

GLB samenwerking en collectieve actie ook worden gestimuleerd en gefaciliteerd. Artikel 42 VWEU, onderdeel van de titel met bepalingen over het gemeenschappelijke landbouwbeleid, voorziet in dat licht in een bijzondere verhouding tussen het algemene mededingingsrecht en de bepalingen van het GLB, in de zin dat de algemene verdragsbepalingen inzake mededinging van toepassing zijn op de productie en verhandeling van landbouwproducten, voor zover dat in secundaire EU-wetgeving is bepaald. Dit verdragsartikel, de daarop gebaseerde EU-wetgeving en de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU daarover vormen een complex geheel, dat in paragraaf 3.2 wordt weergegeven.

3.2 Mededingingsregels en -toezicht en de verhouding tot landbouw en visserij

3.2.1 Mededingingsregels en -toezicht

Mededingingsregels beschermen het proces van concurrentie tussen bedrijven. Concurrentie zorgt voor een goede prijs-kwaliteitverhouding en innovatie. Consumenten en andere afnemers van bedrijven hebben hier baat bij. De kern van de algemene mededingingsregels wordt gevormd door het zogenoemde kartelverbod (artikel 101 VWEU) en het verbod op misbruik van een economische machtspositie (artikel 102 VWEU). Het toezicht op deze verbodsbepalingen vindt achteraf plaats (ex post).

Het kartelverbod van artikel 101, eerste lid, VWEU houdt in dat overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen zijn verboden, die de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en die ertoe strekken of tot gevolg hebben dat de mededinging op de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Het verbod heeft betrekking op concrete mondelinge of schriftelijke afspraken, maar ook op onderling afgestemd gedrag of als er bedrijfsgevoelige informatie wordt gedeeld. Het kartelverbod heeft betrekking op zowel horizontale als verticale afspraken en op gedragingen die tot doel hebben om de mededinging te beperken, of die dat effect hebben. Dit kan bijvoorbeeld gaan om concurrenten die afspraken maken over prijzen of hoeveelheden die ze op de markt brengen (horizontaal), of om afspraken tussen leveranciers en afnemers om minimumprijzen te hanteren (verticaal). De krachtens artikel 101, eerste lid, VWEU verboden overeenkomsten en besluiten zijn van rechtswege nietig, zo volgt uit het tweede lid van artikel 101 VWEU. Het kartelverbod is niet van toepassing als de gedraging geen merkbare gevolgen voor de mededinging heeft, indien de gedraging noodzakelijk is om een doelstelling uit de Verdragen te behalen en indien de gedraging noodzakelijk is om een concentratie (fusie of overname) tot stand te brengen. Ook kan de Europese Commissie ontheffing of vrijstelling (de zogenoemde groepsvrijstellingen) verlenen van het kartelverbod.

Artikel 102 VWEU verbiedt één of meer ondernemingen misbruik te maken van een machtspositie op de interne markt of op een wezenlijk deel daarvan, voor zover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed. Er moet sprake zijn van één of meerdere ondernemingen, die een machtspositie hebben op een markt en die machtspositie misbruiken, waardoor de handel tussen lidstaten ongunstig wordt of kan worden beïnvloed. Van een machtspositie is sprake als een onderneming zich op de relevante markt onafhankelijk van haar leveranciers, concurrenten of afnemers kan gedragen. Bij het bepalen van een machtspositie kunnen meerdere factoren van belang zijn, waarvan het marktaandeel een belangrijke, maar niet de enige is. 'Misbruik' is op zijn beurt een objectief begrip, aldus het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJEU), in de zin dat de gedraging door een onderneming beoordeeld moet worden en de intentie van de onderneming niet van belang is. Artikel 102 VWEU bevat een niet-limitatieve opsomming van gedragingen die kwalificeren als misbruik.

Het staat lidstaten vrij om nationaal mededingingsrecht in te stellen, in aanvulling op het Europese mededingingsrecht. Het Nederlandse mededingingsrecht is opgenomen in de Mededingingswet, die als uitgangspunt heeft dat het nationale mededingingsrecht niet strenger en niet soepeler zal zijn dan de EU-mededingingsregels.⁷ De formulering van de artikelen 101 en 102 VWEU is overgenomen in het kartelverbod (artikel 6 van de Mededingingswet) en het verbod op misbruik van een economische machtspositie (artikel 24 van de Mededingingswet). Dit draagt bij aan een uniforme uitvoeringspraktijk en zorgt er voor dat de toepassing van de Mededingingswet in belangrijke mate wordt beïnvloed door de beschikkingenpraktijk van de Europese Commissie, de richtsnoeren die door de Europese Commissie zijn opgesteld en de jurisprudentie van het HvJEU. Ook werken de verschillende op Europees niveau vastgelegde uitzonderingen rechtstreeks door in de Mededingingswet. Het feit dat het lidstaten vrij staat om nationaal mededingingsrecht in te stellen, betekent dat het nationale deel van het mededingingsrecht in beginsel voor de landbouwsector verruimd zou kunnen worden. Het kabinet acht dit echter om verschillende redenen weinig effectief (zie hiervoor paragraaf 4.1).

De Europese Commissie is belast met de toepassing van de artikelen 101 en 102 VWEU. Deze bevoegdheid deelt zij met de mededingingsautoriteiten van de lidstaten. De Autoriteit Consument en Markt is aangemerkt als mededingingsautoriteit voor Nederland (artikel 88 van de Mededingingswet) en zij is ook belast met de handhaving van het nationale deel van het mededingingsrecht. Ook nationale rechterlijke instanties zijn bevoegd de artikelen 101 en 102 VWEU toe te passen in aanvulling op nationale mededingingsrecht.

3.2.2 Landbouw en visserij en de mededingingsregels

3.2.2.1 Artikel 42 VWEU

Zoals beschreven in hoofdstuk 2 is het kabinet van oordeel dat de mogelijkheden voor samenwerking meer moeten worden benut om de positie van boeren in de keten te versterken. Voor veel vormen van samenwerking geldt dat er geen strijd is met de mededingingsregels omdat er geen negatieve effecten voor de concurrentie zijn. Sterker nog, samenwerking kan ook een bijdrage leveren aan het bevorderen van concurrentie, bijvoorbeeld als er wordt samengewerkt in de sfeer van innovatie. Als er wel negatieve concurrentie-effecten optreden en er strijd met het kartelverbod bestaat, dan kunnen landbouwers en vissers net als elke andere onderneming uit een andere sector, gebruik maken van de uitzonderingen die het algemene mededingingsrecht biedt. Deze uitzonderingen werken via de Mededingingswet ook door in het nationale mededingingsrecht.

Daarnaast bevat het VWEU een specifieke regeling voor de toepassing van de mededingingsregels op de landbouw en de visserij. Artikel 38 VWEU bepaalt dat de Europese Unie een gemeenschappelijk landbouw- en visserijbeleid voert.⁸ De doelen van het gemeenschappelijke landbouw- en visserijbeleid zijn het verbeteren van de productiviteit, een redelijke levensstandaard verzekeren voor de landbouwbevolking, het stabiliseren van markten, de voedselvoorziening veilig stellen en redelijke prijzen voor verbruikers verzekeren. Een nevensgeschikt doel is het behoud, bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu en behoedzaam en rationeel gebruik van natuurlijke

⁷ Kamerstukken II 1995/96, 24707, nr. 3, blz. 10.

⁸ De artikelen 38 en verder spreken over “landbouwproducten”, “gemeenschappelijk landbouwbeleid”, “landbouwbevolking” en dergelijke. Artikel 38, eerste lid, VWEU bepaalt evenwel dat verwijzingen naar het gemeenschappelijk landbouwbeleid of naar de landbouw en het gebruik van de term landbouw worden geacht tevens te gelden als verwijzing naar de visserij, met inachtneming van de bijzondere kenmerken van de visserijsector.

hulpbronnen. Voorts wordt rekening gehouden met de bijzondere aard van het landbouwbedrijf, welke mede voortvloeit uit de maatschappelijke structuur van de landbouw. Artikel 40 VWEU bepaalt voorts dat om de doelen van het gemeenschappelijke landbouw- en visserijbeleid te bereiken een gemeenschappelijke ordening van de landbouwmarkten tot stand wordt gebracht, die onder meer de vorm kan krijgen van gemeenschappelijke regels inzake mededinging.

Bij het opstellen van deze verdragsbepalingen werd al voorzien dat het bereiken van deze doelstellingen spanningen zou kunnen opleveren met het algemene mededingingsrecht, omdat collectieve actie door landbouwers en vissers zou moeten worden gefaciliteerd en bevorderd. Om die reden bepaalt artikel 42 VWEU – zoals eerder gememoreerd – dat de Uniewetgever dient te bepalen in hoeverre het mededingingsrecht van toepassing is op de voortbrenging van en handel in landbouw- en visserijproducten. Met artikel 42 VWEU is, volgens jurisprudentie van het HvJEU, tot uitdrukking gebracht dat het kartelverbod en het verbod op misbruik van een machtspositie van toepassing zijn op de landbouw- en visserijsector, maar dat de doelstellingen van het gemeenschappelijk landbouw- en visserijbeleid in voorkomend geval voorrang hebben op de doelstellingen van de EU op het gebied van mededinging.⁹

De Uniewetgever heeft op dit moment in drie verordeningen, twee op het terrein van landbouw en één op het terrein van visserij, bepaald dat de mededingingsregels in beginsel van toepassing zijn op de landbouw- en visserijsector, maar tegelijkertijd een aantal gevallen van de werkingssfeer van die regels uitgezonderd. Die gevallen hebben dus niet – zoals in het verleden wel eens werd aangenomen – het karakter van een uitzondering op of een vrijstelling van het verbod op gedragingen als bedoeld in artikel 101, eerste lid, en 102 VWEU, zo heeft het HvJEU in het recente zogenoemde Witlofarrest bepaald.¹⁰

3.2.2.2 Verordeningen voor de landbouwsector

De twee verordeningen op het terrein van landbouw zien op de sectoren waar een gemeenschappelijke marktordening voor geldt (de GMO-verordening voor landbouwproducten¹¹) en de sectoren waar geen gemeenschappelijke marktordening voor geldt (de verordening over mededingingsregels en overige landbouwproducten¹²). Beide voorzien in enkele algemene afwijkingen van het kartelverbod. De GMO-verordening voor landbouwproducten voorziet ook in specifieke afwijkingen van het kartelverbod voor erkende producentenorganisaties, unies van producentenorganisaties en brancheorganisaties. Het is vaste jurisprudentie van het HvJEU dat deze afwijkingen strikt moeten worden uitgelegd.¹³

⁹ HvJEU 29 oktober 1980, zaaknr. C-139/79 (Maizena GmbH tegen Raad van de Europese Gemeenschappen), r.o. 23; HvJEU 5 oktober 1994, zaaknr. C-280/93 (Bondsrepubliek Duitsland tegen Raad van de Europese Unie), r.o. 61; HvJEU 12 december 2002, zaaknr. C-456/00 (Franse Republiek tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen), r.o. 33.

¹⁰ HvJEU 17 november 2017, zaaknr. C-671/15 (Président de l’Autorité de la concurrence / Association des producteurs vendeurs d’endives (APVE) e.a.), r.o. 38.

¹¹ Verordening (EU) nr. 1308/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 17 december 2013 tot vaststelling van een gemeenschappelijke ordening van de markten voor landbouwproducten 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 (PbEU 2013, L 347).

¹² 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 (PbEU 2006, L 214).

¹³ Zie o.a. HvJEU 12 december 1995, zaaknr. C-399/93 (H.G. Oude Luttikhuis e.a. tegen Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco BA), r.o. 23.

Artikel 209, eerste lid, van de GMO-verordening voor landbouwproducten bepaalt in de eerste plaats dat het kartelverbod niet van toepassing is op gedragingen die vereist zijn voor de verwezenlijking van de doelstellingen van het GLB. Volgens jurisprudentie van het HvJEU kan enkel een beroep worden gedaan op deze uitzondering ingeval de betreffende overeenkomsten, besluiten en feitelijke gedragingen noodzakelijk zijn voor alle doelstellingen van het GLB samen.¹⁴ Deze eis zorgt er voor dat in weinig gevallen een beroep wordt gedaan op deze afwijking. Het kartelverbod geldt ook niet voor gedragingen van landbouwers, verenigingen van landbouwers, erkende PO's en erkende unies van PO's (hierna: UPO's) die bestaan uit de productie of de verkoop van landbouwproducten, of het gebruik van gemeenschappelijke installaties. Deze afwijking geldt niet als de doelstellingen van het GLB hierdoor in gevaar worden gebracht of als de mededinging wordt uitgesloten. Ook mag er geen verplichting bestaan identieke prijzen toe te passen. Voor de toepassing van deze beide afwijkingen is geen voorafgaand besluit vereist, zoals een ontheffing van de Commissie. Wel kunnen de betrokken ondernemingen de Commissie voorafgaand om advies vragen. De partij die zich beroept op de in artikel 209, eerste lid, opgenomen afwijkingen dient te bewijzen dat aan de voorwaarden van dat lid is voldaan. Op grond van artikel 210 van de GMO-verordening is het kartelverbod niet van toepassing op gedragingen van erkende brancheorganisaties (hierna: BO's), indien deze zijn gemeld aan de Commissie en die niet binnen twee maanden heeft verklaard dat zij onverenigbaar zijn met het Unierecht.

In artikel 2 van de verordening over mededingingsregels en overige landbouwproducten is bepaald dat het kartelverbod niet van toepassing is op gedragingen die een wezenlijk onderdeel uitmaken van een nationale marktorganisatie¹⁵ of die noodzakelijk zijn om de GLB-doelstellingen te bereiken. Ook is het kartelverbod niet van toepassing op de voortbrenging of de verkoop van producten of op het gebruik van gezamenlijke voorzieningen, onder de voorwaarde dat ze geen verplichting inhouden een bepaalde prijs toe te passen. Beide uitzonderingen komen inhoudelijk gezien op grote lijnen overeen met de algemene afwijkingen uit de GMO-verordening. Een belangrijk verschil is dat beide uitzonderingen uit deze verordening pas gelden nadat de overeenkomst of gedraging door de Commissie is goedgekeurd. Dit kan ambtshalve gebeuren, of op verzoek van een bevoegde autoriteit of van een belanghebbende onderneming of ondernemersvereniging. De Commissie toetst bij de tweede uitzondering ook of de mededinging niet wordt uitgesloten door de overeenkomst of gedraging en of de GLB-doelstellingen niet in gevaar worden gebracht.

Op grond van artikel 152, eerste lid, van de GMO-verordening kunnen lidstaten op verzoek PO's erkennen indien die aan een aantal eisen voldoen.¹⁶ UPO's kunnen op grond van artikel 156 van de GMO-verordening worden erkend. PO's en UPO's kunnen zij zich namens hun leden onder meer bezig houden met de concentratie van het aanbod, het verbeteren van de afzet, de planning en de afstemming van de productie op de vraag, het optimaliseren van de productiekosten en het stabiliseren van de producentenprijzen. Naast de algemene regels voor alle PO's bevat de GMO-verordening ook enkele bijzondere bepalingen: melk en zuivelproducten (artikel 149 en 161), groente en fruit (artikelen 159 en 160) en olijfolie en tafelolijven en tabak (artikel 162).

¹⁴ HvJEU 15 mei 1975, zaaknr. C-71/74 (Nederlandse Vereniging voor de Fruit- en Groentenimporthandel, Nederlandse Bond van Grossiers in zuidvruchten en ander geïmporteerd fruit "Frubo" tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen en Fruitunie), r.o. 24-26, HvJEU 12 december 1995, zaaknr. C-399/93 (H.G. Oude Luttikhuis e.a. tegen Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco BA), r.o. 25.

¹⁵ Hier wordt een nationale marktordening bedoeld, niet een organisatorische eenheid.

¹⁶ Deze erkenning vindt in Nederland plaats op grond van de en de Regeling producenten- en brancheorganisaties.

Uit de beschrijving hierboven blijkt dat de mogelijke activiteiten van erkende PO's en UPO's ertoe kunnen strekken dat de concurrentie wordt beperkt. Het HvJEU heeft in het eerder aangehaalde Witlofarrest uitgesproken dat een PO of UPO in voorkomend geval, voor het bereiken van de aan haar opgedragen doelstellingen, gebruik moeten maken van andere middelen dan de middelen waarmee normale marktwerking wordt geregeld en, in het bijzonder, bepaalde vormen van afstemming en overleg tussen landbouwproducenten.¹⁷ Het zou volgens het HvJEU afbreuk doen aan het nuttig effect van de GMO-verordening als de PO's en UPO's de middelen zouden worden ontzegd waarmee zij de doelstellingen kunnen bereiken die hun zijn opgedragen. De gedragingen die voor deze entiteiten noodzakelijk zijn om één of meerdere van die doelstellingen te bereiken dienen daarom buiten het kartelverbod van artikel 101, eerste lid, VWEU te vallen.¹⁸ De gedraging moet wel ten uitvoer wordt gelegd door een entiteit die daar krachtens de GMO-verordening daadwerkelijk toe bevoegd was en die derhalve door een lidstaat was erkend.¹⁹ De gedraging moet ook beperkt blijven tot interne gedragingen van één enkele PO of UPO, hetgeen dat samenwerking tussen PO's en UPO's niet onder de afwijking valt.²⁰

De GMO-verordening zelf bevat ook een afwijking van het kartelverbod voor gedragingen van erkende PO's en UPO's. Artikel 152, lid 1bis, van de GMO-verordening inzake landbouwproducten bepaalt dat erkende PO's in afwijking van het kartelverbod namens hun leden de gehele productie kunnen plannen of een deel daarvan, de productiekosten optimaliseren, producten op de markt brengen en over contracten voor de levering van landbouwproducten onderhandelen. Voorwaarden zijn dat de PO één van de door de GMO-verordening voorgeschreven activiteiten moet verrichten, de PO het aanbod concentreert en de producten van zijn leden op de markt brengt en de betrokken producenten niet zijn aangesloten bij een andere PO.

Daarnaast kunnen de nationale mededingingsautoriteiten in bepaalde gevallen ingrijpen bij gedragingen van erkende PO's en UPO's. Op grond van artikel 152, lid 1quater, hebben nationale mededingingsautoriteiten de bevoegdheid om te besluiten dat één van de in lid 1bis genoemde activiteiten van een PO dient te worden aangepast, stopgezet of helemaal niet mogen plaatshebben, indien zij dit noodzakelijk achten om te voorkomen dat de mededinging wordt uitgesloten of indien zij van oordeel is dat de doelstellingen van artikel 39 VWEU in gevaar worden gebracht. De rechtsgevolgen van dit besluit gelden *ex nunc* en hebben dus geen terugwerkende kracht. Op grond van artikel 149, zesde lid, van de verordening kunnen mededingingsautoriteiten – in het geval van contractonderhandelingen over de levering van rauwe melk – in een individueel geval te bepalen dat onderhandelingen door een PO moeten worden heropend, of dat niet door een PO mag worden onderhandeld, indien zij dit noodzakelijk achten om te voorkomen dat de mededinging wordt uitgesloten of dat kleine of middelgrote ondernemingen die rauwe melk verwerken, worden benadeeld.

¹⁷ HvJEU 17 november 2017, zaaknr. C-671/15 (Président de l'Autorité de la concurrence / Association des producteurs vendeurs d'endives (APVE) e.a.), r.o. 43.

¹⁸ HvJEU 17 november 2017, zaaknr. C-671/15 (Président de l'Autorité de la concurrence / Association des producteurs vendeurs d'endives (APVE) e.a.), r.o. 44.

¹⁹ HvJEU 17 november 2017, zaaknr. C-671/15 (Président de l'Autorité de la concurrence / Association des producteurs vendeurs d'endives (APVE) e.a.), r.o. 53.

²⁰ HvJEU 17 november 2017, zaaknr. C-671/15 (Président de l'Autorité de la concurrence / Association des producteurs vendeurs d'endives (APVE) e.a.), r.o. 56.

3.2.2.3 De GMO-verordening voor visserijproducten en aquacultuurproducten

Ingevolge artikel 41 van de GMO-verordening voor visserijproducten en aquacultuurproducten²¹ is het kartelverbod niet van toepassing op gedragingen van PO's en BO's indien deze betrekking hebben op de voortbrenging of de verkoop van visserij- en aquacultuurproducten of op het gebruik van gezamenlijke voorzieningen en dat ze noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van de doelstellingen in artikel 39 VWEU, geen verplichting inhouden een bepaalde prijs toe te passen, niet leiden tot compartimentering van de markten binnen de Unie, de mededinging niet uitsluiten en de mededinging niet uitschakelen voor een aanzienlijk deel van de betrokken producten. Gedragingen van brancheorganisaties mogen ook geen ongelijke voorwaarden toepassen voor equivalente transacties met andere handelspartners, die voor hen uit concurrentieoogpunt nadelig zijn en geen andere concurrentiebeperkingen teweegbrengen die niet van essentieel belang zijn voor de verwezenlijking van de doelstellingen van het GVB.

De GMO-verordening voor visserijproducten en aquacultuurproducten bevat tevens bepalingen inzake PO's en verenigingen van productenorganisaties (hierna: VPO's). Op grond van artikel 14 van deze verordening kunnen lidstaten deze PO's en VPO's erkennen. De PO's kunnen onder meer de volgende maatregelen toepassen om hun doelstellingen te bereiken (artikel 8, eerste lid): de productie aanpassen aan de behoeften van de markt, het aanbod en de afzet kanaliseren van de producten van hun leden en het gebruik van informatie- en communicatietechnologie bevorderen om een betere afzet en hogere prijzen te waarborgen. PO's voor visserijproducten kunnen ook de visserijactiviteiten van hun leden collectief plannen en beheren (artikel 8, tweede lid).

Ook deze activiteiten kunnen de concurrentie beperken. De GMO-verordening voor visserijproducten en aquacultuurproducten bevat op dit punt echter geen specifieke afwijking van het kartelverbod, anders dan de algemene afwijking in artikel 41. De jurisprudentie van het HvJEU over artikel 42 VWEU is gewezen in zaken die betrekking hebben op de landbouwsector. Ook is er geen jurisprudentie van het HvJEU over de GMO-verordening voor visserijproducten en aquacultuurproducten vergelijkbaar met het in paragraaf 3.2.2.2 beschreven Witlof-arrest.

4. Inhoud wetsvoorstel

4.1 Wegnemen van onduidelijkheden in het mededingingsrecht

Gezien het belang dat het kabinet hecht aan het benutten van de ruimte voor samenwerking door agrarische ondernemers, wil het kabinet een bijdrage leveren aan het geven van duidelijkheid aan boeren en vissers over de juridische ruimte voor samenwerking in het licht van het mededingingsrecht. De ervaren onduidelijkheden vloeien in belangrijke mate voort uit de complexiteit van de huidige verordeningen waarin de toepassing van het mededingingsrecht op de landbouw- en visserijsector is geregeld en de jurisprudentie van het HvJEU daarover. Gezien het feit dat deze problematiek zich primair afspeelt op het niveau van het EU-recht, ligt het in de rede dat de oplossing ook primair op dat niveau gevonden moet worden, bijvoorbeeld in de aanpassing van de betreffende verordeningen. De inzet van het kabinet is dan ook om in het toekomstige GLB de positie van de boer in de keten te versterken door ruimte en helderheid te bieden voor horizontale samenwerking (tussen producenten) en verticale samenwerking (in de keten) voor wat betreft de

²¹ Verordening (EU) nr. 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 (PbEU 2013, L 354).

uitzonderingsmogelijkheden voor de landbouw op de Europese mededingingsregelgeving.²² Ook zou het wenselijk zijn als de Europese Commissie voor deze situatie richtsnoeren zou opstellen, om onduidelijkheden weg te nemen en een uniforme toepassing van deze bepalingen in de EU te bevorderen.

Die inzet op EU-niveau neemt niet weg dat het kabinet ook op nationaal niveau een bijdrage wil leveren aan het wegnemen van de onduidelijkheden wat betreft de toepassing van de mededingingsregels in de landbouwsector. Wat betreft de rol die wetgeving daarbij kan spelen, past enige bescheidenheid. Het is niet aan de nationale wetgever om knopen door te hakken op de punten waarop het EU-recht onduidelijkheden geeft. Het is uiteindelijk aan het HvJEU om het EU-recht uit te leggen. Zou de nationale wetgever een bepaalde uitleg van EU-recht in regelgeving vastleggen het HvJEU komt op een later moment tot een ander oordeel, dan is de betreffende nationale regelgeving strijdig met het EU-recht. Dat is niet wenselijk.

Een deel van het mededingingsrecht is nationaal van aard. Dit nationale deel van de mededingingsregelgeving zou in beginsel gewijzigd kunnen worden om voor dat deel de mogelijkheden voor samenwerking tussen primaire landbouwers te verruimen. Het kabinet beschouwt dit om de volgende redenen als onvoldoende effectief. In de eerste plaats zou een dergelijke verruiming enkel betrekking hebben op samenwerking die geen gevolgen heeft voor de interne markt, want op samenwerking met gevolgen voor de interne markt is het Europese mededingingsrecht van toepassing. Gezien het feit dat een groot deel van de Nederlandse landbouwproductie wordt geëxporteerd, heeft het nationale mededingingsrecht dus maar voor een beperkt deel van de landbouwsector betekenis. In de tweede plaats is de Mededingingswet geënt op het Europese mededingingsrecht, hetgeen bijdraagt aan een uniforme uitvoering van het mededingingsrecht (zie paragraaf 3.2.1 van deze memorie). Een versoepeling van het nationale mededingingsrecht, die afwijkt van het Europese regime, doet afbreuk aan dat uitgangspunt en zou kunnen leiden tot een meer diffuse uitvoeringspraktijk. Ten derde biedt het Europese recht – en daarmee het nationale recht – al veel mogelijkheden tot samenwerking in de landbouw en visserij, die op dit moment niet allemaal worden benut. De toegevoegde waarde van een eventuele nationale verruiming zou daarmee beperkt zijn.

4.2 Voorgestelde wijzigingen van de Mededingingswet

Het kabinet acht het wel wenselijk om de bijzondere positie van de landbouw en de visserij in de Mededingingswet te expliciteren en daarmee de ruimte voor samenwerking door boeren en vissers. De uitzonderingen op het kartelverbod die krachtens artikel 42 VWEU voor de landbouw en de visserij gelden, werken thans in de Mededingingswet door via artikel 12, dat kort gezegd bepaalt dat het kartelverbod (artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet) niet geldt voor gedragingen waarvoor krachtens een verordening van de Raad of van de Europese Commissie artikel 101, eerste lid, VWEU buiten toepassing is verklaard. De afwijkingen met betrekking tot het GLB en het GVB worden hiermee in de Mededingingswet op één lijn gesteld met de groepsvrijstellingen van het kartelverbod, terwijl uit de jurisprudentie van het HvJEU blijkt – zoals is toegelicht in paragraaf 3.2.2.2 van deze memorie – dat de afwijking voor het GLB en GVB een fundamenteel ander karakter heeft dan die groepsvrijstellingen. Voorgesteld wordt om de afwijking van het kartelverbod voor het GLB en het GVB op te nemen in een apart artikel 11a. Deze afwijking op wetsniveau sluit voorts ook beter aan bij de systematiek van de Mededingingswet, waarin de uitzonderingen op het kartelverbod die in het VWEU zelf zijn neergelegd, op het niveau van de wet zijn opgenomen.²³ De afwijkingen

²² Kamerstukken II, 2018/19, 28 625, nr. 256.

²³ Zie bijvoorbeeld de artikel 6, derde lid, 7, 10 en 11 van de Mededingingswet.

voor het GLB en GVB vloeien immers voort uit het VWEU zelf (artikel 42) en niet enkel uit de daarop gebaseerde verordeningen. Tot slot wordt met de explicitering in de wet zelf recht gedaan aan het belang dat het kabinet hecht aan samenwerking in de landbouw en visserij, binnen de grenzen die het EU-recht daaraan stelt.

In een uitzondering op het verbod op misbruik van een machtspositie (artikel 24 van de Mededingingswet) voor het GLB en GVB is thans niet voorzien. Uit de in deze memorie aangehaalde jurisprudentie van het HvJEU moet worden opgemaakt dat artikel 42 VWEU echter wel bedoeld is om gedragingen van dit verbod uit te sluiten. De tekst van de betreffende verordeningen op basis van artikel 42 VWEU en de jurisprudentie van het HvJEU geven geen reden om aan te nemen dat op dit moment in een dergelijke afwijking is voorzien, maar uit te sluiten is het evenmin. Het kabinet vindt het echter wenselijk om op dit punt in een expliciete doorwerking te voorzien, aangezien uit toekomstige jurisprudentie van het HvJEU zou kunnen blijken dat de betreffende verordeningen ook nu al voorzien in afwijkingen op dit verbod en omdat de Uniewetgever in de toekomst expliciet in een dergelijke afwijking zou kunnen voorzien. Om die reden wordt voorgesteld om in het nieuwe artikel 24a, eerste lid, te voorzien in een afwijking van het verbod op misbruik van een machtspositie (artikel 24 van de Mededingingswet) voor het GLB en GVB.

Voor de goede orde wordt opgemerkt dat in de voorgestelde artikelen 11a, eerste lid, en 24a, eerste lid, wordt gesproken over “de voortbrenging van en de handel in landbouwproducten, bedoeld in artikel 42 van het Verdrag”. Hierbij is gekozen om letterlijk de terminologie van artikel 42 VWEU, over te nemen, waarin ook wordt gesproken uit landbouwproducten en visserij- en aquacultuurproducten niet expliciet worden genoemd. Zoals is toegelicht in paragraaf 3.2.2.1 van deze memorie, heeft de term landbouwproducten in artikel 42 VWEU ook betrekking op visserij- en aquacultuurproducten en die heeft dat ook in de voorgestelde artikelen.

Hoewel het kabinet verwacht dat het expliciteren van de afwijkingen ten behoeve van het GLB en GVB in de Mededingingswet houvast kan bieden aan boeren en vissers die samenwerken of het voornemen daartoe hebben, neemt het expliciet opnemen van deze afwijkingen de ervaren onduidelijkheden niet op zichzelf weg. Daarom wordt voorgesteld om de Minister van Economische Zaken in de Staatscourant te laten mededelen in welke gevallen het algemene mededingingsrecht toepassing is ten aanzien van het GLB en het GVB (de voorgestelde artikelen 11a, tweede lid, en 24a, tweede lid, van de Mededingingswet). Dit is een in wetgeving gebruikelijke wijze om duidelijkheid te geven over de inhoud van Europese wetgeving of besluiten die rechtstreeks doorwerken en wijzigingen daarin.²⁴ In het licht van het feit dat deze verordeningen het mededingingsrecht op de gehele landbouw- en visserijsector van toepassing verklaren, behoudens een aantal gevallen, zal de mededeling feitelijk de vorm krijgen van een beschrijving van de gevallen waarin de mededingingsregels niet van toepassing zijn in de landbouw- en visserijsector. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat deze mededeling een zuiver declaratoir karakter heeft en geen rechtsgevolgen heeft.

Gegeven de complexiteit van het EU-recht op dit punt, zal deze mededeling worden gecombineerd met een handreiking die voor de praktijk boeren meer handvatten moet geven om in concrete gevallen te bepalen wat de mogelijkheden en onmogelijkheden voor samenwerking zijn in het licht van het algemene mededingingsrecht. Daartoe zal de “Handleiding mededingingsrecht voor producentenorganisaties en brancheorganisaties in de landbouwsector” uit 2014 wordt geactualiseerd.²⁵

²⁴ Zie onder meer artikel 1.3, derde lid, van de Aanbestedingswet.

²⁵ Kamerstukken II 2014/15, 28 625, nr. 222.

4. Gevolgen wetsvoorstel

4.1 Gevolgen (niet-financieel)

Het ligt in de rede dat primaire agrarische ondernemers door de toegenomen duidelijkheid over wettelijke toegestane samenwerkingsmogelijkheden, vaker kiezen om met elkaar samen te werken. Dit kan immers zorgen voor lagere transactiekosten, efficiëntieverbeteringen, afzetzekerheid, toegang tot markten en het delen van kennis en innovatie. Meer duidelijkheid kan zo bijdragen aan het versterken van de positie van de boer in de keten.

4.2 Toezicht en handhaving

De Autoriteit Consument en Markt is belast met het toezicht op de naleving van de Mededingingswet.

4.3 Financiële gevolgen

Dit wetsvoorstel heeft geen financiële gevolgen.

4.4 Gevolgen voor de regeldruk

Dit wetsvoorstel heeft geen gevolgen voor de regeldruk.