

M. Litjens

Juridisch landbouwkundig consultant

Voorstellen ter verbetering van

Wijziging mededingingswet in verband met vrijstellingen van het kartelverbod

De wijziging van de mededingingswet heeft zowel betrekking op de toepassing in de landbouw en visserij van het kartelverbod (art. 11 a Mw) als op de toepassing van het verbod op misbruik van een economische machtspositie (art. 24 a Mw).

Aanbevelingen

1. Art. 11 a lid 2 heeft verbetering. Een verbetering is de volledige vervanging door:
De minister van LNV stelt nationale regels op om aan te geven wanneer volgens Europese regels het mededingingsrecht niet van toepassing is.
2. De minister van LNV licht de regels in een handleiding toe.
3. Art. 24a dreigt een leeg artikel te worden of nog erger kan zelfs de positie van boeren en boerinnen verzwakken. Daarom beveel ik aan eerst de effecten van de oorspronkelijke Europese regel in kaart te brengen evenals het maken van een inschatting betreffende de uitwerking van deze voorgestelde nationale regel.

Ad 1 Toelichting Artikel 11 a

Artikel. 11 a lid 1 is een herhaling in het nationale recht van het primaat van het landbourecht, zoals vastgelegd in art. 42 VWEU. Art. 11 a lid 1 brengt geen verandering met zich mee.

Ook nu al werkt het Europees recht direct op nationaal niveau door en betrokkenen zouden de voorrangsregel moeten toepassen. In de praktijk vindt die toepassing echter niet plaats in landen die het primaat van het landbourecht niet in het nationaal recht hebben herhaald. Zo blijkt ook uit beleidsregels en besluiten dat de Nederlandse overheid, de ACM en ook veel advocaten zich niet bewust zijn van het primaat van de landbouwregels en deze regel dus niet toepasten.¹

Art. 42 VWEU geeft voorrang aan Europese landbouwregels voor het Europese mededingingsrecht en de voorrangsregel geldt ook in Nederland.² Met de herhaling in het nationaal recht is voor iedereen duidelijk dat de dominantie van mededingingsregels niet 100% is. In de landbouw en visserij gelden regels die voorgaan. Deze regels bieden meer ruimte voor samenwerking dan het kartelverbod toestaat.³

¹ M. Litjens; *ProducentenOrganisatie als erkend kartel, Ruimte voor samenwerking in de landbouw* (proefschrift Rijksuniversiteit Groningen) Groningen: 2018 (p. 188-198).

In Frankrijk deed zich hetzelfde probleem voor. Duitsland heeft wel een nationale invulling waardoor het primaat van landbouwregels beter wordt toegepast.

² In het vervolg spreek ik meer algemeen over mededingingsrecht. Dit omvat zowel Europees als Nederlands mededingingsrecht. Er zijn kleine verschillen, maar de Nederlandse overheid heeft de intentie om het nationale recht niet strenger of soepeler te laten zijn dan de Europese mededingingsregels (zie MvT, p. 5).

³ In mijn proefschrift heb ik de herhaling in nationaal recht aanbevolen (Zie M. Litjens (2018), proefschrift, p. 198).

Artikel 11 a lid 2 geeft alleen de procedure voor verdere handelingen aan:

Onze Minister doet mededeling in de Staatscourant van de gevallen ten aanzien waarvan uit een verordening van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie volgt dat artikel 101 van het Verdrag van toepassing is op de voortbrenging van en de handel in landbouwproducten, bedoeld in artikel 42 van het Verdrag.

Deze werkwijze is om meerdere redenen problematisch. Dit vraagt eerst enige uitleg.

Het nationale beleid wil aansluiten bij Europese verordeningen. De voorrangsregel is geconcretiseerd in drie verordeningen, waarvan twee voor de landbouw en een voor de visserij. Deze verordeningen bevatten regels betreffende de toepassing van het kartelverbod van artikel 101 VWEU.⁴

Ik ga hier verder alleen door op de GMO-verordening. Deze verordening is voor de landbouw het meest richtinggevend. De voorrangsregel van artikel 42 VWEU is geconcretiseerd in artikel 206.⁵ Dit artikel geeft aan dat het kartelverbod van toepassing is in de landbouw, maar niet altijd. De beginzinsnede 'Tenzij in deze verordening anders is bepaald...'. wijst erop dat elders regels staan die voorgaan. Bovendien formuleert artikel 206 zelf al een voorbehoud met het noemen van artikelen 209 en 210. Het artikel 206 wijst dus voor het niet van toepassing zijn van het kartelverbod twee kanten op.

Het HvJ EU heeft in de witlofzaak op basis van de beginzinsnede in artikel 206 geconcludeerd dat de regels voor ProducentenOrganisaties (PO) voorgaan op het kartelverbod. De achtergrond hiervan is dat vorming van PO's een uitwerking is van het Gemeenschappelijk Landbouwbeleid. Ter versterking van de positie van landbouwproducenten is samenwerking in een PO toegestaan. Het HvJ EU oordeelt dat gedragingen door een PO mits strikt noodzakelijk buiten de werkingssfeer van het kartelverbod vallen. Het HvJ EU duidt het buiten de werkingssfeer van het kartelverbod vallen aan als uitsluiting.⁶

Voor PO's is een nationale erkenning noodzakelijk. Deze erkenning valt onder verantwoordelijkheid van de minister van LNV. De PO moet zowel qua organisatie als qua werkzaamheden aan eisen voldoen. Het meest logische is hierbij ook te toetsen aan het

⁴ Memorie van Toelichting (MvT) p. 6.

De drie verordeningen zijn:

-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). Verder aangeduid als GMO-verordening.

-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). Deze verordening is nog maar zeer beperkt van toepassing.

-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). De grondslag voor het Visserijbeleid omvat dezelfde regels in het VWEU, maar de uitwerking verschilt van het Landbouwbeleid.

⁵ De MvT refereert helaas niet aan dit artikel. Dit artikel is in de witlofzaak verder uitgelegd. De MvT refereert vervolgens wel aan de witlofzaak: HvJ EU 14 november 2017, ECLI:EU:C:2017:860, C-671/15 (concl. A-G N Wahl, 7 april 2017, ECLI:EU:C:2017:281) (APVE e.a.).

⁶ HvJ EU, C-671/15 ro. 41. Het HvJ EU stelt, in navolging van AG Wahl, dat een uitsluiting iets anders is dan afwijking (ro. 38).

criterium 'strikt noodzakelijk'. Dan is duidelijk dat een PO door erkenning buiten de werkingssfeer van het kartelverbod valt.

Daarnaast bevatten artikelen 209 en 210 afwijkingen van het kartelverbod. In principe is het kartelverbod wel van toepassing, maar als aan de criteria wordt voldaan, dan is een afwijking mogelijk.

Het HvJ EU spreekt over uitsluiting in de situatie dat gedragingen van een PO buiten de werkingssfeer van het kartelverbod vallen. Toetsing aan het kartelverbod is niet meer aan de orde. In andere situaties wordt wel getoetst aan mededingingsregels en kan er dan nog wel sprake zijn van een uitzondering of vrijstelling, gezamenlijk aan te duiden als afwijking. Dit is het geval bij toepassing van artikel 209 en 210. Zo wijst de verordening (in art. 206) op twee verschillende richtingen: uitsluitingen waarna toetsing aan het mededingingsrecht niet meer nodig is en afwijkingen waarbij wel getoetst wordt aan het mededingingsrecht met de mogelijkheid van een afwijking op basis van landbouwregels.⁷

De criteria voor uitsluiting of afwijking wijzen direct op de landbouwdoelstellingen van artikel 39 VWEU of zijn daarvan een nadere invulling.

Het eerste problematische onderdeel is de aanwijzing van de verantwoordelijke minister. Het is beter om de minister van LNV verantwoordelijk te laten zijn voor beoordeling of gevallen aan het landbouwwrecht voldoen en daardoor sprake is van uitsluiting of afwijking. Het ministerie van LNV is deskundig op dit gebied.

Daarom beveel ik aan om 'Onze Minister' te vervangen door 'De minister van LNV'.

Een tweede problematisch onderdeel van lid 2 is de intentie om 'gevallen' te willen benoemen en dan ook nog de gevallen die wel onder het kartelverbod vallen.

Het benoemen van gevallen is problematisch, want betekent dit dan dat alle andere niet expliciet genoemde gevallen toegestaan zijn? Zo heeft het HvJ EU in het verleden de voorrangsregel niet uitgelegd.

Zoals hierboven al is uitgewerkt bevat het Europese recht criteria, waaraan gevallen getoetst worden en benoemt niet zelf gevallen.

Bovendien leidt de toetsing aan de criteria aan de GMO-verordening tot de beslissing van

⁷ Begrippen als vrijstelling, afwijking, uitzondering worden in de (mededingingsrechtelijke) literatuur soms wel en soms niet door elkaar gebruikt.

Het begrip 'uitsluiting' is door het HvJ EU in de witlofzaak geïntroduceerd.

In navolging van het HvJ EU hanteer ik de volgende indeling:

Een 'uitsluiting' betekent dat het kartelverbod niet van toepassing is. Een gedraging ligt dan in de mededingingsvrije ruimte. Dit geldt bijvoorbeeld voor een ProducentenOrganisatie (PO), waarin mag worden samengewerkt.

Het woord 'afwijking' omvat zowel 'uitsluiting' (bijv. een bagatel) als 'vrijstelling' (bijv. groepsvrijstellingen voor onderzoek- en ontwikkelingsovereenkomsten). De regels in artikel 209 en 210 GMO-verordening vormen afwijkingen. Bij afwijkingen is het kartelverbod in principe wel van toepassing, maar er zijn aanvullende regels die dan toch weer ruimte geven aan de gedraging (zie verder M. Litjens (2018) proefschrift).

De Memorie van Toelichting geeft wel aan dat gevallen buiten de werkingssfeer van het kartelverbod kunnen vallen en onderscheidt deze situatie van de afwijking (p. 8), maar uiteindelijk worden alle situaties toch weer bijeengevoegd en wordt toch alleen gesproken over afwijkingen (p. 10). Hierdoor wordt niet duidelijk gemaakt dat artikel 206 GMO-verordening twee verschillende richtingen uitwerkt.

het niet toepassen van het kartelverbod.⁸ De regels bepalen vervolgens of gevallen concreet aangemeld moeten worden. Erkenning van PO's impliceert aanmelding. Artikel 209 is zonder melding toepasbaar en artikel 210 verplicht weer wel tot melding.

Aangezien het Europese recht dus met regels werkt en niet met gevallen is het beter deze lijn door te zetten. De minister van LNV heeft de discretionaire bevoegdheid deze regels voor uitsluitingen en afwijkingen nader in te vullen.

Toepassing van artikel 209 is erg lastig.⁹ Daarnaast zijn de Europese PO-regels in de loop der tijd te complex gemaakt.¹⁰ De complexiteit van de Europese verordeningen wordt in MvT ook als groot struikelblok genoemd.¹¹ Elke stap vanuit Nederland met voorstellen voor vereenvoudiging van de Europese regels is goed.

Toch moet het daar niet bij blijven. De minister van LNV zal zelf de Europese regels moeten concretiseren, want anders lopen verdere stappen op basis van deze wetswijziging vast in de complexiteit van de Europese regels.

De minister van LNV kan op grond van de uitleg van het HvJ EU in de witlofzaak de PO-regels zeker verder en eenvoudiger invullen.¹²

Ad 2 De handleiding

Van belang daarbij is dat het ministerie van LNV de handleiding schrijft om het landbouwwrecht uit te leggen. De eerder geschreven "Handleiding mededingingsrecht voor producentenorganisaties en brancheorganisaties in de landbouwsector" uit 2014 geeft uitdrukking aan de dominantie van de mededingingsrechtelijke benadering en is zeer ongeschikt gebleken. Omdenken is nodig om echt voorrang te geven aan het landbouwwrecht.¹³

Ad 3 Toelichting artikel 24 a

Deze regel maakt het mogelijk om in de landbouw en visserij in aansluiting op de Europese verordeningen af te wijken van artikel 24 Mw. Dit artikel in de Mededingingswet komt overeen met artikel 102 VWEU. Afwijken van de regels impliceert misbruik van een economische positie toelaten.

Bieden de Europese verordeningen wel ruimte voor afwijkingen van artikel 102 VWEU, waardoor misbruik van een economische machtspositie toelaatbaar zou zijn?

De GMO-verordening (art. 206) geeft in algemene bewoordingen ruimte voor het niet van toepassing zijn van artikel 101 tot en met 106 VWEU en dus ook voor artikel 102,

⁸ De MvT geeft ook aan dat in de praktijk deze omgekeerde benadering van toepassing zal zijn (p. 11).

⁹ Het is ook niet bekend of er gebruikt gemaakt is van deze regel. In een gesprek met ambtenaren van DG Agri (juli 2019) bevestigden zij dat dit artikel weinig of geen uitvoering kent. Van de zaken bij het HvJ EU ken ik maar een uitspraak waarin de uitzondering positief is toegepast en dat was op basis van regels die nu geschrapt zijn. Het blijft erg de vraag of deze uitzondering wel ruimte biedt voor samenwerking.

De regels kennen bovendien nog niet een eenduidige uitleg. Zo stelden de ambtenaren dat het verbod op toepassing van identieke prijzen een beperktere duiding heeft, dan in de praktijk gedacht wordt. Zie ook M. Litjens (2018) proefschrift (p. 49-50).

¹⁰ M. Litjens (2018) proefschrift (p. 103-120)

¹¹ Zie MvT onder punt 4 (p. 9 en 10).

¹² De MvT vermeldt ook dat de uitleg door het HvJ EU leidend is (p. 10).

¹³ Als het initiatief bij het ministerie van LNV ligt kan natuurlijk het ministerie van EZ om advies gevraagd worden, maar de aanpak andersom doet geen recht aan de voorrangsregel.

maar elders in de Verordening ontbreekt een concrete invulling.

Verordening 1184/2006 gaat evenals artikel 209 en 210 GMO-verordening alleen over het kartelverbod.

De Visserijverordening kent ook alleen regels betreffende het kartelverbod en bovendien is een verbod van misbruik van een economische machtspositie expliciet aangegeven in de PO-regels (art. 14 lid 1 sub f).

In de Europese verordeningen lijkt geen ruimte voor het toelaten van misbruik van een economische machtspositie. In dat geval blijft deze nationale regel vanwege de verwijzing naar die Europese regels leeg.

De MvT geeft ook aan dat de Europese verordeningen er nu niet in voorzien, maar dat de wetwijziging is gericht op toekomstige veranderingen.¹⁴

Ik kan geen situatie bedenken dat misbruik van een economische machtspositie wenselijk is. Sterker nog die mogelijkheid zou zelfs een bedreiging voor primaire producenten kunnen zijn. Dit heeft ermee te maken dat het Europese landbourecht van toepassing is op alle landbouwproducten die in de bijlage van de VWEU staan. Deze bijlage omvat ook bewerkte producten zoals kaas, boter, vlees, suiker etc. Dit impliceert dat de regels ook van toepassing zijn voor een groot deel van de verwerkende industrie van landbouwproducten. Een economische machtspositie komt daar, in tegenstelling tot de primaire landbouw, geregeld voor. Verwerkers ge/misbruiken deze machtspositie ook ten opzichte van hun leveranciers; de primaire producenten. Ruimte voor misbruik kan dan nadelig voor primaire producenten zijn.

Dit zijn voldoende redenen om dit onderwerp eerst nader uit te diepen alvorens de wet te wijzigen.

Samenvattende waardering voor wetwijzigingsvoorstel

*Voorliggend wetsvoorstel (.....) heeft als doel een bijdrage te leveren aan het wegnemen van onzekerheid die met name bij boeren leeft over de ruimte die de mededingingsregelgeving biedt voor samenwerking.*¹⁵

De wetwijziging in artikel 11a biedt niet zelf meer zekerheid over de ruimte voor samenwerking in de landbouw, maar herhaalt de voorrangsregel uit het Europese recht en regelt de verdere procedure. Pas de volgende (nog onbekende) stappen zullen concreet bijdragen aan het wegnemen van onzekerheid bij boeren en boerinnen.

De volgende stappen betreffende de toetsing aan landbourechtelijke criteria zullen gezet moeten worden door en onder verantwoordelijkheid van de minister van LNV en niet de minister van EZ.

De minister van LNV kan in nationale regels en een handleiding duidelijkheid geven over uitsluitingen en afwijkingen en daardoor de onzekerheid bij boeren en boerinnen wegnemen.

Artikel 11a lid 1 heeft door de herhaling van de voorrangsregel zeker een positieve functie, maar lid 2 moet de verantwoordelijkheid leggen bij de minister van LNV en beter aansluiten op de systematiek van de Europese regels.

Het voorstel voor artikel 24 a lijkt zinloos. Er moet eerst onderzocht worden of deze regel wel een positieve inbreng kan leveren.

¹⁴ MvT p. 11.

¹⁵ Uit: Vragen IAK: wijziging Mw i.v.m. lijst met vrijstellingen kartelverbod