Handleiding mededingingsrecht voor producentenorganisaties en brancheorganisaties in de landbouwsector[1]

Leeswijzer

In deze handleiding wordt toegelicht welke mogelijkheden voor samenwerking de mededingingsregels bieden aan erkende producentenorganisaties (hierna: PO's), unies van producentenorganisaties (hierna: UPO's) en brancheorganisaties (hierna: BO's) in de landbouwsector. De handleiding bestaat uit twee delen. In het eerste deel van deze handleiding wordt ingegaan op de specifieke regels die gelden op grond van het Gemeenschappelijk Landbouwbeleid (hierna: GLB), zoals dat is neergelegd in Verordening 1308/2013 over de integrale gemeenschappelijke marktordening. In het tweede deel van deze handleiding wordt kort ingegaan op de algemene mededingingsregels, die voor alle ondernemingen van toepassing zijn ongeacht de sector waarin ze opereren.

[1] Aan deze handleiding kunnen geen rechten worden ontleend.

Deel 1:

Samenwerking binnen erkende PO's, UPO's en BO's in de landbouw

1.1 Wat zijn PO's, UPO's en BO's?

Een PO is een samenwerkingsverband van producenten in de landbouwsector dat als doel heeft de positie van deze producenten ten opzichte van hun afnemers te versterken. Een PO kan beter inspelen op de markt door concentratie van het aanbod van de producten. Door gezamenlijke onderhandeling over contracten kunnen PO's een betere prijs voor hun producten vragen. Ook biedt samenwerking in een PO de mogelijkheid tot het verbeteren van de afzet, planning en afstemming van de productie op de vraag. De productiekosten kunnen worden geoptimaliseerd en er kan meer worden geïnvesteerd in onderzoek. Alleen producenten van primaire landbouwproducten kunnen een PO oprichten. Een PO kan worden erkend op grond van Verordening 1308/2013. Erkende producentenorganisaties in een specifieke sector kunnen ook een samenwerkingsverband aangaan en een UPO oprichten. Voor UPO's gelden dezelfde erkenningsregels als voor producentenorganisaties (met uitzondering van de minimumeis aan de omvang die in de Regeling producenten- en brancheorganisaties is opgenomen). Om voor erkenning in aanmerking te komen moet een UPO door tenminste 2 in een specifieke sector erkende PO's zijn opgericht en samengesteld.

De voorwaarden voor de erkenning van PO's en UPO's en de volledige lijst van toegestane doelen staan opgenomen in artikelen 152-154 en 156 van Verordening 1308/2013 en de Regeling producenten- en brancheorganisaties en, specifiek voor producentenorganisaties in de groenten en fruitsector, de Regeling uitvoering GMO groenten en fruit..

Een BO in de zin van Verordening 1308/2013 is een samenwerkingsverband van vertegenwoordigers van beroepsgroepen die betrokken zijn bij de productie en bij de verwerking of verhandeling (met inbegrip van de distributie) van producten van één of meer sectoren. BO's kunnen een belangrijke rol spelen in de onderhandelingen tussen de in de bevoorradingsketen actieve partijen. Voorbeelden van toegestane doelen zijn:
-de kennis inzake en de doorzichtigheid van de productie en de markt verbeteren;
-de raming van het productiepotentieel, en de notering van de publieke marktprijzen;
-bijdragen tot een betere coördinatie van de wijze waarop producten op de markt worden gebracht, in het bijzonder aan de hand van onderzoek en marktstudies, en
-verkenning van potentiële exportmarkten.

Zie artikel 157 van Verordening 1308/2013 voor de volledige lijst van toegestane doelen.
Een BO moet worden erkend op grond van Verordening 1308/2013. De voorwaarden voor deze erkenning staan opgenomen in artikelen 157 en 158 van Verordening 1308/2013 en de Regeling producenten- en brancheorganisaties.

1.2 Het mededingingsrecht en het Gemeenschappelijk Landbouwbeleid (GLB)

Het mededingingsrecht heeft als doel de concurrentie op de markt te beschermen en is neergelegd in de Mededingingswet en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VwEU). Op de naleving van het mededingingsrecht in Nederland wordt toegezien door de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM). In Europees verband is het mededingingstoezicht belegd bij de Europese Commissie.

Het mededingingsrecht bestaat kortweg uit drie pijlers.

- Het *kartelverbod* beperkt de mogelijkheden voor samenwerking tussen ondernemingen als deze de concurrentie beperkt. Het kartelverbod verbiedt afspraken tussen ondernemingen die de concurrentie beperken, zoals onderlinge afspraken over de verkoopprijs (artikel 6 van de Mededingingswet en artikel 101 VwEU).

- Het *verbod op misbruik van een economische machtspositie* verbiedt ondernemingen met een economische machtspositie om daarvan misbruik te maken, bijvoorbeeld door andere ondernemingen uit te sluiten door producten of diensten aan elkaar te koppelen, toegang tot dienstverlening te ontzeggen of afnemers in gelijke situaties anders te behandelen (artikel 24 van de Mededingingswet en artikel 102 VwEU).
- Het *concentratietoezicht* houdt in dat geen concentraties (fusies of overnames) tot stand mogen worden gebracht die de concurrentie op een bepaalde markt significant beperken. Er bestaat een scheiding tussen het Nederlandse concentratietoezicht (artikel 34 van de Mededingingswet) en het Europese concentratietoezicht (Verordening 139/2004).

Om de positie van de primaire producent van landbouwproducten te beschermen zijn er voor de landbouwsector uitzonderingen gemaakt op het algemene mededingingsrecht. In artikel 42 VwEU staat dat de mededingingsregels slechts in zoverre van toepassing zijn op de voortbrenging van en de handel in landbouwproducten, als wordt bepaald in het GLB. Hieraan is een nadere uitwerking gegeven in Verordening 1308/2013. Deze Verordening heeft als doel de concurrentiepositie van landbouwondernemers te bevorderen. Verordening 1308/2013 bepaalt daartoe welke aanvullende ruimte er in de landbouwsector is binnen het mededingingsrecht voor PO's, UPO's en BO's. Deze aanvullende ruimte geldt alleen voor PO's, UPO's en BO's die op grond van Verordening zijn erkend. In Nederland betekent dit concreet dat de uitzonderingen van toepassing zijn voor PO's, UPO's en BO's die zijn erkend op grond van de Regeling producenten- en brancheorganisaties of de Regeling uitvoering GMO groenten en fruit.

1.3 Samenwerking binnen een PO en een UPO

<u>Uitzonderingen met betrekking tot de doelstellingen van het GLB en met betrekking tot landbouwers en verenigingen van landbouwers (Artikel 209 van Verordening 1308/2013)</u>
Op grond van artikel 209 van Verordening 1308/2013 geldt een tweetal uitzonderingen. Ten eerste is het kartelverbod niet van toepassing op overeenkomsten, besluiten en feitelijke gedragingen die betrekking hebben op de productie van of de handel in landbouwproducten die vereist zijn voor de verwezenlijking van de vijf doelstellingen van het gemeenschappelijke landbouwbeleid, zoals verwoord in artikel 39 VwEU. Derhalve is samenwerking binnen erkende PO's en UPO's verenigbaar met het mededingingsrecht voor zover dit vereist is om:
1. de productiviteit van de landbouw te doen toenemen door de technische vooruitgang te bevorderen en door zowel de rationele ontwikkeling van de landbouwproductie als een optimaal gebruik van de productiefactoren, met name de arbeidskrachten, te verzekeren;
2. aldus de landbouwbevolking een redelijke levensstandaard te verzekeren, met name door de verhoging van het hoofdelijk inkomen van hen die in de landbouw werkzaam zijn;
3. de markten te stabiliseren;
4. de voorziening veilig te stellen;
5. redelijke prijzen bij de levering aan verbruikers te verzekeren.

Ten tweede is op grond van ditzelfde artikel het kartelverbod niet van toepassing op overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van landbouwers, verenigingen van landbouwers of unies van deze verenigingen, erkende PO's en erkende UPO's, voor zover deze betrekking hebben op de productie of de verkoop van landbouwproducten of het gebruik van gemeenschappelijke installaties voor het opslaan, behandelen of verwerken van landbouwproducten, tenzij de vijf doelstellingen van artikel 39 VwEU in gevaar worden gebracht.

Randvoorwaarden
- Op grond van artikel 209, eerste lid, geldt bij beide uitzonderingen dat de overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde gedragingen niet mogen zien op de verplichting identieke prijzen toe te passen of waardoor mededinging wordt uitgesloten. Een praktijkvoorbeeld betreft het besluit van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa, ondertussen opgegaan in de ACM)

waarin de NMa oordeelde dat bij het afstemmen van dag- en weekprijzen door een niet-erkende organisatie in dat geval sprake was van een verplichting om een bepaalde prijs toe te passen.

- De Europese Commissie en de ACM leggen beide uitzonderingen restrictief uit. In het algemeen gaat de Europese Commissie ervan uit dat de eerste uitzondering slechts van toepassing is indien aan elk van de vijf doelstellingen van het gemeenschappelijke landbouwbeleid wordt voldaan.
- Als een derde partij bij de afspraak betrokken is, zal er geen beroep op de tweede uitzondering gedaan kunnen worden. Dit blijkt uit de beschikking van de Europese Commissie in de zaak Meldoc, waar sprake was van een afspraak tussen 4 zuivelcoöperaties en een andere onderneming.
- Het gaat hier om uitzonderingen op grond waarvan overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen niet onder het kartelverbod vallen. De PO of UPO zal vooraf zelf moeten beoordelen of aan de vereisten van de vrijstelling voldaan is. Er is niet voorzien in voorafgaande melding bij de Europese Commissie. Dit betekent dus dat de ACM en de Europese Commissie achteraf kunnen beoordelen of in een concreet geval aan de voorwaarden voor de uitzondering op het kartelverbod is voldaan. De PO of UPO zal in dat geval moeten bewijzen dat aan de voorwaarden van de vrijstelling is voldaan. Dit vereist een onderbouwde analyse van de betrokken markt (marktstructuur, marktposities, marktontwikkelingen, beoogd doel, verwachte nevengevolgen, etc). Indien de PO of UPO niet kan bewijzen dat aan de voorwaarden van de vrijstelling is voldaan, valt de gedraging van de PO of UPO, alsook die van de aangesloten ondernemingen, onder het kartelverbod. In dat geval kan het nodig zijn dat de PO of UPO beoordeelt of een beroep kan worden gedaan op een uitzondering op grond van het algemene kartelverbod (zie Deel 2 van deze handleiding).

<u>Contractuele onderhandelingen</u>

Artikelen 149, 169, 170 en 171 van Verordening 1308/2013 vormen een uitzondering op het kartelverbod en het verbod misbruik economische machtspositie. Hierdoor zijn collectieve onderhandelingen door erkende PO's voor rauwe melk, olijfolie en rundvlees en bepaalde akkerbouwgewassen onder strikte voorwaarden mogelijk:

- Een erkende PO kan namens haar leden, met betrekking tot de volledige gezamenlijke productie van die leden of een gedeelte daarvan, onderhandelen over contracten voor de levering van rauwe melk olijfolie, rundvlees en bepaalde akkerbouwgewassen indien hij één of meer van de volgende doelstellingen nastreeft:
  a. Het concentreren van het aanbod;
  b. Het in de handel brengen van de door haar leden geproduceerde producten, en
  c. Het optimaliseren van de productiekosten.
- Onderhandelingen door de PO kunnen verschillende elementen omvatten, zoals:
  - Het bepalen van prijzen. Hierbij gaat het om het bepalen van een algemeen prijsbeleid van een PO en het maken van individuele prijsafspraken voor specifieke contracten en volumes;
  - Het bepalen van volumes. Hierbij gaat het om het vaststellen van hoeveelheden die door de PO worden gecommercialiseerd met betrekking tot een specifiek transactie en het vaststellen van hoeveelheden voor een reeks transacties in een bepaalde periode;
  - Productieplanning. Hierbij gaat het om de planning van de productie door de leden van een PO die wordt vereist door de commercialisering door de PO van de productie van de leden in termen van volumes en kwaliteit, en;
  - Informatie-uitwisseling met leden in verband met leveringscontracten. Hierbij gaat het om de uitwisseling van commercieel gevoelige informatie over de productie en de volumes die onmisbaar is voor de uitvoering van het economische doel van de contractuele onderhandelingen door een PO.
- In de artikelen 149, 169, 170 en 171 van Verordening 1308/2013 worden de specifieke voorwaarden gesteld waaronder gezamenlijke onderhandelingen voor rauwe melk, olijfolie, rundvlees en bepaalde akkerbouwgewassen mogelijk zijn, waaronder:
  - Voorwaarden ten aanzien van het maximale aandeel dat het volume van het product waarover wordt onderhandeld inneemt;
  - De voorwaarde dat de PO het aanbod concentreert en het product van zijn leden op de

markt brengt;
- De voorwaarde dat de betrokken producenten niet zijn aangesloten bij een andere PO die eveneens namens hen onderhandelingen over dergelijke contracten voert;
- De voorwaarde dat het lidmaatschap van de producent van een coöperatie, die zelf geen lid is van de betrokken PO, geen verplichting inhoudt dat de producten in kwestie dienen te worden geleverd overeenkomstig de voorwaarden die in de statuten van de coöperatie of de op grond van deze statuten vastgestelde voorschriften en besluiten zijn neergelegd; en
- De voorwaarde dat de PO de bevoegde autoriteiten van de lidstaat of lidstaten waar zij actief is, in kennis stelt van het volume van elk product waarover onderhandeld wordt.

- In individuele gevallen kan de mededingingsautoriteit besluiten dat de onderhandelingen door de PO moeten worden heropend of dat niet door de PO mag worden onderhandeld, indien zij dit noodzakelijk acht om te voorkomen dat mededinging wordt uitgesloten of dat de vijf doelstellingen van artikel 39 VwEU in gevaar worden gebracht.

De Europese Commissie zal nog toelichting geven op de toepassing van deze mogelijkheid in nader op te stellen richtsnoeren (over artikelen 169, 170 en 171: voor olijfolie, rundvlees en bepaalde akkerbouwgewassen). Tussen 15 januari tot 5 mei 2015 vindt een openbare consultatie plaats, waarbij belanghebbenden in de gelegenheid worden gesteld hun zienswijzen naar voren te brengen.[2]

1.4 Samenwerking binnen een BO

Voor erkende BO's geldt op grond van artikel 210 van Verordening 1308/2013 dat het kartelverbod niet van toepassing is op overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde gedragingen die dienen voor de uitvoering van de doelstellingen van BO's, die staan vermeld in artikel 157, lid 1, onder c, van Verordening 1308/2013. Dergelijke overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde gedragingen zijn echter toch onverenigbaar met het kartelverbod, indien zij:
a. Kunnen leiden tot compartimentering van de markten binnen de Unie, ongeacht in welke vorm;
b. De goede werking van de marktordening in gevaar kunnen brengen;
c. Concurrentieverstoringen teweeg kunnen brengen die niet volstrekt noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van de met de activiteit van de brancheorganisatie nagestreefde doelen van het gemeenschappelijke landbouwbeleid;
d. De vaststelling van prijzen of quota omvatten;
e. Discriminatie kunnen veroorzaken of de concurrentie voor een aanzienlijk deel van de betrokken producten kunnen uitschakelen.

Om gebruik te kunnen maken van de in artikel 210 van Verordening 1308/2013 neergelegde uitzondering van het kartelverbod moet de BO erkend zijn en de desbetreffende overeenkomsten, besluiten of onderling afgestemde gedragingen melden aan de Europese Commissie. De uitzondering is vervolgens van toepassing indien de Commissie niet binnen twee maanden na ontvangst van alle door haar vereiste gegevens heeft vastgesteld dat deze onverenigbaar zijn met het mededingingsrecht.

1.5 Samenwerking tussen PO's en tussen BO's

Zowel erkende POs als erkende BO's mogen onderling geen mededingingsbeperkende afspraken maken. Zij moeten zelfstandig hun marktgedrag bepalen. Wel is het mogelijk voor erkende PO's om samen bepaalde afspraken te maken indien zij fuseren tot één nieuwe PO die vervolgens erkenning aanvraagt. Daarnaast is het mogelijk voor erkende PO's om zich te organiseren in een erkende UPO. De erkende UPO mag dezelfde activiteiten of taken uitvoeren als de erkende PO's. Een erkende UPO mag, net zoals een erkende PO, geen economische machtspositie innemen (tenzij dit nodig is voor het bereiken van de doelstellingen van artikel 39 VwEU).

[2] Meer informatie over de consultatie en de wijze waarop kan worden gereageerd is te vinden op: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2015_cmo_regulation/index_en.html.

1.6 Samenwerking binnen PO's, UPO's en BO's gedurende periodes van ernstige marktverstoring

Gedurende periodes van ernstige marktverstoring en pas nadat de Europese Commissie op grond van artikel 219, 220 of 221 van Verordening 1308/2013 uitzonderlijke maatregelen heeft genomen, kan de Europese Commissie op grond van artikel 222 van Verordening 1308/2013 uitvoeringshandelingen vaststellen om ervoor te zorgen dat het kartelverbod niet van toepassing is op overeenkomsten en besluiten van erkende PO's, UPO's en BO's. Dit kan alleen voor zover deze overeenkomsten en besluiten:

1. De goede werking van de interne markt niet ondermijnen;
2. Uitsluitend tot doel hebben de betrokken sector te stabiliseren, en
3. Onder een of meer van de volgende categorieën vallen:
    - Het uit de markt nemen of gratis verstrekken van hun producten,
    - Bewerking en verwerking,
    - Opslag door particuliere marktdeelnemers,
    - Gezamenlijke afzetbevorderingsmaatregelen,
    - Overeenkomsten inzake kwaliteitseisen,
    - 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, en
    - Tijdelijke planning van de productie.

De Commissie specificeert in uitvoeringshandelingen het toepassingsgebied van deze afwijking en de periode waarbinnen de afwijking geldt.

De Europese Commissie zal verduidelijking geven over de toepassing van deze mogelijkheid in nader op te stellen richtsnoeren. De Europese Commissie gaat er van uit dat deze mogelijkheid enkel kan worden toegepast als laatste redmiddel gedurende ernstige marktverstoringen.

Deel 2:

De mogelijkheden voor samenwerking binnen PO's, UPO's en BO's die bestaan op basis van de algemene mededingingsregels

Het algemene mededingingsrecht is in principe van toepassing op alle economische activiteiten van PO's, UPO's, BO's en hun leden. Dit deel van de handleiding geeft een beschrijving van de mogelijkheden voor samenwerking die de algemene mededingingsregels bieden, zoals deze ook van toepassing zijn in alle andere economische sectoren.

2.1 Het kartelverbod

Samenwerking die zonder meer is toegestaan binnen het mededingingsrecht

Veel vormen van samenwerking tussen ondernemingen vallen niet onder het kartelverbod en zijn op grond van het algemene mededingingsrecht toegestaan. Dit geldt ook voor PO's, UPO's en BO'S. Samenwerking zal op grond van het mededingingsrecht altijd zijn toegestaan als deze niet leidt tot een merkbare beperking van de concurrentie op de markt, bijvoorbeeld omdat de samenwerking niet ziet op belangrijke concurrentieparameters waarop ondernemingen zich van elkaar kunnen onderscheiden. Om meer duidelijkheid te bieden over welke afspraken zonder meer op grond van het mededingingsrecht zijn toegestaan en welke afspraken mogelijk de mededinging beperken, heeft de Europese Commissie richtsnoeren gepubliceerd, waarin voorts concrete voorbeelden worden gegeven.[3]

De economische eenheid

Wanneer organisatieonderdelen binnen hun eigen onderneming samenwerken, valt deze samenwerking buiten de reikwijdte van het kartelverbod. Dit geldt wanneer meerdere ondernemingen opereren als een zogenoemde 'economische eenheid'. Een economische eenheid kan worden gezien als een overkoepelende organisatie (de 'moederonderneming'), die de economische activiteiten van haar onderdelen bepaalt. Ook dient de onderneming duurzaam te opereren als één organisatie. De kernvraag ten aanzien van de economische eenheid is of de moederonderneming een beslissende zeggenschap heeft over haar onderdelen, bijvoorbeeld indien alle aandelen in handen zijn van een moederonderneming en er van vrijheid om eigenstandig het marktgedrag te bepalen geen sprake is. PO's, UPO's en BO's betreffen samenwerkingsverbanden die erop zijn gericht bijvoorbeeld door middel van gezamenlijke onderhandelingen de marktpositie van hun leden te versterken, maar waarbij de betrokken ondernemingen voor het overige onafhankelijk kunnen opereren zodat geen sprake is van beslissende zeggenschap. Daarom zal bij PO's, UPO's en BO's over het algemeen geen sprake zijn van een economische eenheid.

In een informele zienswijze van 31 oktober 2011 heeft de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa, ondertussen opgegaan in de ACM) op verzoek van telers die lid waren van (een in het kader van de gemeenschappelijke marktordening) erkende telersvereniging toegelicht dat zij van mening was dat in dat geval geen sprake was van een economische eenheid. Op basis van de aangeleverde informatie was de NMa in deze zaak tot de conclusie gekomen dat het optreden van de betreffende telersvereniging als verkoopkantoor berustte op een agentuur, althans een bemiddelingsverhouding. Volgens de NMa waren de telers zelfstandige en onafhankelijke ondernemingen. Het feit dat zij hun afzet of een belangrijk deel daarvan via een telersvereniging leiden bracht daar naar het inzicht van de NMa in beginsel geen verandering in. Het lidmaatschap van telers van de telersvereniging diende in de visie van de NMa mededingingsrechtelijk gekwalificeerd te worden als een vorm van samenwerking tussen de ondernemingen.

De bagatelvrijstelling

[3] Zie Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 VwEU op horizontale samenwerkingsovereenkomsten van de Europese Commissie en de Richtsnoeren samenwerking ondernemingen van de ACM.

De omvang van een PO, UPO of BO kan dermate gering zijn dat zij onder de bagatelvrijstelling valt die is neergelegd in artikel 7 van de Mededingingswet. Dit heeft als gevolg dat het kartelverbod niet van toepassing is, omdat de effecten op de mededinging in dat geval zeer klein worden geacht. De bagatelvrijstelling van artikel 7 van de Mededingingswet is van toepassing in de volgende twee situaties:

- Als bij een overeenkomst niet meer dan acht ondernemingen betrokken zijn (dan wel bij de desbetreffende ondernemersvereniging niet meer dan acht ondernemingen betrokken zijn) en de gezamenlijke omzet in het voorafgaande kalenderjaar van de bij de desbetreffende overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging betrokken ondernemingen (dan wel de gezamenlijke omzet van de bij de desbetreffende ondernemersvereniging betrokken ondernemingen) niet hoger is dan 5.500.000 euro, indien daarbij uitsluitend ondernemingen zijn betrokken wiens activiteiten zich in hoofdzaak richten op het leveren van goederen[4] (in alle andere gevallen een gezamenlijke omzet van 1.100.000 euro).
- Indien het gezamenlijke marktaandeel op de relevante markt(en) niet meer dan 10% bedraagt.

De bagatelvrijstelling van artikel 7 van de Mededingingswet is niet van toepassing indien de desbetreffende samenwerking de handel tussen lidstaten merkbaar kan beïnvloeden. Over de toepassing van de bagatelvrijstelling heeft de ACM op haar website een korte toelichting gepubliceerd.[5]

Vrijstelling vanwege voordelen voor de gebruiker

Op het moment dat samenwerking tussen ondernemingen de concurrentie beperkt, kan dit toch worden toegestaan indien de voordelen van de mededingingsbeperkende afspraak voor de gebruiker groter zijn dan de nadelen die de mededingingsbeperking met zich brengt. Deze vrijstelling is neergelegd in artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet en artikel 101, derde lid, VwEU. Sommige afspraken tussen concurrenten kunnen immers tot een concurrentiebeperking leiden, maar kunnen ook belangrijke voordelen voor de gebruiker hebben. De vrijstelling is van toepassing indien is voldaan aan elk van de volgende vier voorwaarden:

a. de afspraak leidt tot (efficiëntie)voordelen;
b. die voor een billijk deel ten goede komen aan gebruikers (gebruikers zijn niet slechter af dan zonder de afspraak);
c. de afspraak mag niet verder gaan dan noodzakelijk (proportionaliteit) en
d. de afspraak mag de mededinging niet uitschakelen (er moet voldoende restconcurrentie zijn).

Ondernemers moeten zelf bepalen of aan de voorwaarden voor deze vrijstelling is voldaan. Dit wordt getoetst door de ACM of de Europese Commissie. De Europese Commissie heeft richtsnoeren gepubliceerd inzake deze vrijstelling.[6]

De Beleidsregel mededinging en duurzaamheid[7].

De beleidsregel stelt een aantal voor duurzaamheid specifieke aspecten vast die de ACM bij duurzaamheidsinitiatieven betrekt bij de beoordeling van het mogelijk van toepassing zijn van de vrijstelling van het kartelverbod van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet. Zo kunnen bijvoorbeeld tevens de voordelen voor de gebruikers die zich op langere termijn zullen voordoen meegewogen worden bij de beoordeling van de voordelen voor de gebruiker. Hiernaast kan in voorkomend geval rekening worden gehouden met het gegeven dat de prikkel ontnomen kan worden om zelfstandig duurzaamheidsinitiatieven te nemen wanneer een onderneming als enige wegens

[4] Landbouwproducten zijn goederen.
[5] https://www.acm.nl/nl/download/bijlage/?id=8827.
[6] Richtsnoeren inzake de toepassing van Artikel 101, lid 3, VWEU.
[7] Stcrt. 8 mei 2014, Nr. 13375.

hierdoor stijgende productiekosten marktaandeel verliest en de winst ziet dalen. Ten slotte kan bij de beoordeling van de voorwaarde dat afspraak niet de mogelijkheid geeft voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten de mededinging uit te schakelen de mogelijkheid van voldoende concurrentie op andere concurrentieparameters van het product of de dienst dan het duurzaamheidselement meegewogen worden. In de toelichting van de beleidsregel worden binnen de context van duurzaamheid verschillende diverse voorbeelden gegeven van afspraken die wel onder het kartelverbod vallen en van afspraken die kunnen worden vrijgesteld van het kartelverbod. In het visiedocument van de ACM over mededinging en duurzaamheid geeft de ACM aan hoe zij de beleidsregel in de praktijk hanteert (zie https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/12930/Visie-mededinging-en-duurzaamheid).

Groepsvrijstellingen

De Europese Commissie heeft de bevoegdheid om bepaalde groepen regelingen vrij te stellen van het kartelverbod waarvan wordt verondersteld dat zij voldoen aan de bovengenoemde vier voorwaarden van artikel 101 VwEU, derde lid, en artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet, waardoor de desbetreffende vormen van samenwerking buiten de reikwijdte van het kartelverbod vallen. In de context van PO's, UPO's of BO's is met name een tweetal groepsvrijstellingen van belang.

- De *groepsvrijstelling voor onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten*[8] bepaalt dat een uitzondering op het kartelverbod mogelijk is voor onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten. De vrijstelling is van toepassing op onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten waarin wordt voorzien in een gemeenschappelijk onderzoek en het regelen van de exploitatie van de resultaten van het onderzoek of de ontwikkeling ervan. Onder voorwaarden mogen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten worden gesloten voor de verwerving van knowhow ten aanzien van producten, technologieën of procedés en de uitvoering van theoretische analyses, systematische studies of experimenten, met inbegrip van experimentele productie en technische tests van producten of procedés, de inrichting van de daartoe benodigde installaties en de verwerving van intellectuele-eigendomsrechten op de resultaten.

- De *groepsvrijstelling voor specialisatieovereenkomsten*[9] bepaalt dat een uitzondering op het kartelverbod mogelijk is voor specialisatieovereenkomsten. Specialisatieovereenkomsten kunnen onder meer inhouden dat wordt overeengekomen om bepaalde producten gezamenlijk te produceren of om de productie van een of meer producten aan elkaar uit te besteden (waarbij één onderneming de exclusieve producent voor een van deze producten wordt). De marktaandelen van de partijen mogen gezamenlijk niet meer bedragen dan 20% van de relevante markt. De specialisatieovereenkomst mag geen hardcore restricties bevatten, dat wil zeggen: de vaststelling van de prijzen, het beperken van de productie en de verdeling van markten of klanten. Hierop zijn echter uitzonderingen mogelijk voor:
  - het vaststellen van prijzen voor rechtstreekse klanten in het kader van gezamenlijke distributie van de producten die zijn vervaardigd door middel van de specialisatieovereenkomst;
  - het vaststellen van de capaciteit en de productie van het volume in het kader van een gezamenlijke productieovereenkomst, en
  - het vaststellen van de verkoopdoelstellingen in het kader van de gezamenlijke distributie van producten die zijn vervaardigd door middel van de specialisatieovereenkomst.

[8] Verordening (EU) nr. 1217/2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen specialisatieovereenkomsten.
[9] Verordening (EU) nr. 1218/2010 betreffende de toepassing van artikel 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen specialisatieovereenkomsten.

Fictief voorbeeld[10]
Verschillende producenten van akkerbouwgewassen komen met elkaar overeen om gezamenlijk diervoeders uit koolzaad te produceren. Voorheen verkochten de producenten afzonderlijk de zaden aan de verwerkers van de zaden. Nu sluiten ze een gezamenlijke productieovereenkomst die hun totale koolzaadproductie betreft. Verder doen ze de distributie gezamenlijk en bepalen ze gezamenlijk de prijs waarvoor ze al hun productie van diervoeder uit koolzaad verkopen aan veehouders. Binnen een jaar hebben deze producenten van akkerbouwgewassen een gezamenlijk marktaandeel van 9,3% op de markt voor diervoeder gemaakt uit koolzaad.

Analyse:
Gezamenlijke productieafspraken vallen onder de groepsvrijstelling voor specialisatieovereenkomsten. De relevante markt is de markt voor diervoeder uit koolzaad. Het marktaandeel van de partijen gezamenlijk op de markt voor diervoeder uit koolzaad bedraagt niet meer dan 20%. Ondanks het feit dat de overeenkomst het vaststellen van prijzen betreft, is de overeenkomst toch toegestaan, omdat (op grond van artikel 4, onder a, van de groepsvrijstelling) het vaststellen van prijzen voor directe afnemers (in dit geval de veehouders) in het kader van gezamenlijke distributie is toegestaan. Het feit dat de overeenkomst een exclusieve leveringsplicht van de producenten van akkerbouwgewassen betreft leidt er eveneens toe dat de overeenkomst onder de groepsvrijstelling valt (op grond van artikel 2, lid 3, onder a). Derhalve wordt de onderhavige gezamenlijke productieovereenkomst gedekt door de groepsvrijstellingsverordening voor specialisatieovereenkomsten en wordt daarmee niet beschouwd als een concurrentiebeperkende overeenkomst die in strijd is met het kartelverbod.

2.2 Het verbod op misbruik van een economische machtspositie
Een economische machtspositie houdt in dat een onderneming beschikt over een zodanige mate van marktmacht dat zij in staat is de instandhouding van de concurrentie op de markt te verhinderen en zich in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen van haar concurrenten, leveranciers, afnemers en uiteindelijk de consument. Ondernemingen kunnen individueel of gezamenlijk beschikken over een economische machtspositie. Het hebben van een economische machtspositie is op zichzelf niet verboden. Misbruik van een economische machtspositie is echter wel verboden. Indien een PO, UPO of BO een machtspositie op een bepaalde productmarkt en geografische markt heeft en deze machtspositie misbruikt door uitsluiting of uitbuiting ten nadele van concurrenten, klanten of consumenten, wordt in strijd gehandeld met het verbod van misbruik van economische machtspositie.

Fictief voorbeeld[11]
Een tarwe producerende regio ligt zeer ver van andere tarwe producerende regio's vandaan. Tarwe wordt in de betreffende regio gebruikt voor de productie van meel in lokale molens en voor de productie van diervoeder voor dieren in de regio. De tarwe die is bedoeld voor meel moet aan strengere kwaliteitseisen voldoen en wordt tegen hogere prijzen verkocht dan de tarwe die is bedoeld voor diervoeder. Er wordt ook tarwe uit een naburig land ingevoerd om het lokale aanbod mee aan te vullen. Dit wordt tegen hogere prijzen gedaan dan de lokale prijzen als gevolg van de transportkosten. Een grote PO die de helft van de lokale tarweproducenten vertegenwoordigt (in termen van omvang van de productie) levert aan de meeste lokale molenaars. Hiernaast is er een groep van minder georganiseerde producenten die ten behoeve van de resterende vraag produceren. De leden van de grote PO zijn op grond van de statuten van de PO gebonden om alle productie aan de PO te leveren. Vanwege een aantal juridische en praktische redenen verlaten de leden de PO zeer zelden. Een aantal jaar geleden hebben een aantal boeren die geen lid waren van de grote PO een andere PO gecreëerd die de kwaliteit en output van de tarweproductie heeft verbeterd en heeft geïnvesteerd in een opslag- en distributiesysteem om tarwe op grotere schaal

[10] Dit is een fictief voorbeeld waar geen rechten aan ontleend kunnen worden.
[11] Dit is een fictief voorbeeld waar geen rechten aan ontleend kunnen worden.

te leveren. Deze nieuwe kleinere PO heeft de lokale molenaars geleidelijk aan overtuigd om tarwe van deze PO te kopen en niet van de grote PO. Geconfronteerd met het geleidelijke verlies op de markt van de meer winstgevende maaltarwe besloot de grote PO om de groothandelsprijzen voor maaltarwe tot onder de variabele kosten te laten dalen om haar klanten terug te krijgen. Hiermee herwint de grote PO effectief een aantal van deze klanten ten koste van zijn opkomende concurrent.

Analyse:
De markt voor de levering van tarwe is waarschijnlijk niet groter dan de betreffende regio, gezien de hoge transportkosten die andere producerende regio's voor de betrokken regio in rekening brengen. De grote PO heeft waarschijnlijk een economische machtspositie, gezien haar marktaandeel, haar controle op het aanbod door de exclusiviteitsverplichting die aan haar leden is opgelegd en het feit dat geïmporteerde tarwe niet de aanvoer door de PO kan vervangen vanwege de hoge transportkosten. De machtspositie heeft waarschijnlijk een stabiel karakter, met name omdat de leden zelden de PO verlaten en de moeilijkheid om grote volumes alternatieve tarwe te leveren. Het doel van de roofprijsstrategie van de grote PO was om een concurrent (de kleinere PO) van de markt uit te sluiten. Derhalve handelt de PO waarschijnlijk in strijd met het verbod op misbruik van een economische machtspositie.