

Een agrarisch (crisis)kartel wegens droogte?

mr. R. Elkerbout en mr. T.M.J. Heurkens¹

De droogtecrisis van 2018 heeft grote gevolgen voor de agrarische sector. Vanuit de Nederlandse overheid en de Europese Commissie kwamen er steunmaatregelen voor landbouwers. In dit artikel verkennen wij de mogelijkheden voor de agrarische sector om in het kader van extreme droogte zelf collectief (compensatie)maatregelen te treffen. We kijken hierbij naar de vereisten - of anders gezegd: de grenzen - die het kartelverbod hieraan stelt. De agrarische sector kent een bijzondere status binnen het mededingingsrecht. Dit artikel geeft een overzicht van de verschillende (kartel)regimes die van toepassing zijn op schakels in de agrarische productie- en distributieketen in tijden van crisis.

1. Inleiding

In 2018 werd Nederland geteisterd door de grootste droogte in meer dan 100 jaar. Goed nieuws voor strandtenthouders, ijsverkopers en zoonaanbidders, maar minder goed nieuws voor veel boeren. De langdurige droogte heeft grote gevolgen voor gewassen, vee en bodem. Schade aan landbouwgrond en oogsten was soms groot. Het Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit (LNV) berichtte eind augustus al over de financiële gevolgen van de droogte voor de agrarische sector. Vooral bij zetmeelaardappelproducenten en binnen de melkveehouderij is er door droogte een substantiële inkomensdaling te verwachten.² Eerder in augustus berichtte de Volkskrant al dat honderden agrariërs, zoals fruit-, uien- en suikerbietelers, claims bij verzekeraars hadden neergelegd wegens droogteschade.³ De Volkskrant vermeldde echter ook dat slechts één op de tien boeren in Nederland een dergelijke 'brede weersverzekering' heeft afgesloten. Voor veel agrariërs is een weersverzekering, gelet op het hoge eigen risico en de assurantiebelasting, financieel onaantrekkelijk.⁴ Vanuit Den Haag en Brussel kwam er in augustus hulp voor getroffen agrariërs. De periodes voor de verplichte inzaai van veldgewas en voor het bemesten van landbouwgronden werden verlengd.⁵ Daarnaast gaf de Europese Commissie toestemming voor het eerder uitbetalen van de jaarlijkse Europese inkomenssteun aan agrari-

ers door lidstaten.⁶ De Ondernemers- en werkgeversorganisatie voor de land- en tuinbouwsector, LTO Nederland, gaf in augustus echter aan zich zorgen te maken over de Nederlandse maatregelen omdat door lidstaten elders in Europa zelfs compensatiefondsen werden ingesteld. Dit zou volgens LTO kunnen leiden tot een ongelijk speelveld.⁷

Waar overheidsmaatregelen in Nederland mogelijk niet afdoende zijn en slechts een klein percentage agrariërs verzekerd is tegen droogteschade, zal er binnen de sector ongetwijfeld worden gekeken naar andere manieren om droogteschade te compenseren. Bijvoorbeeld via het maken van afspraken binnen de sector over compensatiemaatregelen. In crisistijden wordt het mededingingsrecht soms (bewust) vergeten, terwijl deze wetgeving in dergelijke situaties een belangrijke rol speelt. Ten onrechte wordt in bepaalde gevallen verondersteld dat de agrarische sector is vrijgesteld van het kartelverbod. De sector kent weliswaar enkele uitzonderingsposities, maar zij is zeker niet uitgesloten van het mededingingsrecht. Integendeel zelfs. In het huidige regeerakkoord krijgt de Autoriteit Consument en Markt (ACM) juist meer taken en – zo nodig – extra bevoegdheden toebedeeld binnen de agro-nutriketen.⁸ In dit artikel bespreken wij op beknopte wijze de implicaties van het kartelverbod voor de agrarische sector, de voornaamste uitzonderingen en zaken waarmee de sector rekening moet houden in tijden van (droogte)crisis.

1. Ruben Elkerbout is partner bij Stek Advocaten. Tom Heurkens is werkzaam als professional support lawyer bij Stek advocaten.

2. Kamerstuk 34775-XIII nr. 151, 27 augustus 2018.

3. Volkskrant, 1 augustus 2018, 'Honderden boeren claimen droogteschade bij verzekeraars'.

4. NOS, 1 augustus 2018, *Ondanks de droogte vinden veel boeren een verzekering te duur*.

5. Kamerstuk 34775-XIII nr. 151 van 27 augustus 2018. European Commission press release, IP-18-5301, *Drought in Europe: Commission presents additional measures to support farmers*, 30 augustus 2018.

6. NOS, 2 augustus 2018, *Nederlandse boer mag langer mest uitrijden ook EU komt boeren tegemoet om droogte*. European Commission press release, IP-18-4801, *Commission offers further support to European farmers dealing with droughts*.

7. Volkskrant, 25 augustus 2018, 'Eindelijk weer eens stevige buien, maar voor de meeste gewassen komt de regen te laat'.

8. Regeerakkoord, *Vertrouwen in de toekomst*, 10 oktober 2017, p. 34 en 44.

2. Het kartelverbod

Het kartelverbod verbiedt ondernemingen overeenkomsten te sluiten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen te verrichten die (i) de strekking hebben de mededinging te beperken of die (ii) merkbare nadelige gevolgen hebben voor de mededinging. Het Europese kartelverbod is neergelegd in art. 101 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) en het Nederlandse equivalent daarvan in art. 6, eerste lid, Mededingingswet (hierna: Mw). Handhaving van het kartelverbod op Europees niveau vindt plaats door de Europese Commissie en in Nederland door de ACM. Overtreding van het kartelverbod kan zeer negatieve consequenties hebben voor de bedrijfsvoering wegens de torenhoge boetes die mededingingsautoriteiten kunnen opleggen. Daarnaast zijn overeenkomsten tussen ondernemingen of besluiten van ondernemingsverenigingen van rechtswege nietig, wanneer deze in strijd zijn met het kartelverbod.

De kartelbepaling kent twee elementen. Allereerst moet er sprake zijn van een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging. Er moet dus een *bepaalde vorm* van coördinatie plaatsvinden tussen twee of meer ondernemingen. Het begrip 'overeenkomst' dient hierbij ruim te worden geïnterpreteerd. Van belang is dat er wilsovereenstemming bestaat tussen de partijen. Bij onderling afgestemd feitelijk gedrag gaat het om de afstemming van marktgedrag. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn na het delen van gevoelige informatie met concurrenten. In de jurisprudentie worden in de regel niet al te hoge eisen gesteld aan het aannemen van een overeenkomst of onderling afgestemd feitelijk gedrag in mededingingsrechtelijke zin. Zeker niet bij horizontale coördinatie, waarover later meer.

Het tweede element van het kartelverbod is doorgaans meer complex. Een overeenkomst of gedraging valt slechts onder het kartelverbod indien deze ertoe strekt of tot gevolg heeft dat mededinging er, merkbaar, door wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Allereerst moet worden gekeken of een overeenkomst of gedraging de strekking, c.q. het doel, heeft om mededinging te beperken. Hierbij moet niet alleen worden gelet op de bewoordingen en doelstellingen van de partijen, maar ook op de economische en juridische context. Uitsluitend een intentie bij partijen om de mededinging te beperken is hierbij niet doorslaggevend. Partijen moeten tot doel hebben een voor de mededinging evident schadelijke overeenkomst te sluiten of hiertoe gedrag af te stemmen. Indien een overeenkomst of gedraging niet door zijn strekking mededingingsbeperkend is, kan deze alsnog onder het kartelverbod vallen wanneer deze merkbare nadelige gevolgen heeft voor mededinging. Hierbij moet worden gekeken naar de daadwerkelijke effecten van de coördinatie tussen ondernemingen op de markt.

Binnen het kartelverbod bestaat strikt genomen geen onderscheid tussen horizontale (tussen concurrenten; zoals suikerbietelers onderling) en verticale coördinatie (tussen een boer en een ver-

werker; zoals een suikerbieteler en een suikerproducent). Beide vormen van coördinatie kunnen onder het kartelverbod vallen. Desondanks gelden voor beide typen afspraken andere mededingingsrechtelijke spelregels.

Verticale coördinatie - tussen verschillende schakels in de productie- en distributieketen - is vaak noodzakelijk om een product van een producent naar een consument te krijgen. Verticale overeenkomsten of gedragingen worden daarom minder schadelijk geacht en zijn normaal gesproken volkomen legitiem. Zeker wanneer partijen een gezamenlijk marktaandeel bezitten dat lager is dan 30%. Een uitzondering hierop is wanneer verticale coördinatie tot bepaalde vormen van ernstige beperkingen van mededinging leidt. Bijvoorbeeld wanneer een verplichting tot het hanteren van vaste- of minimumprijzen wordt opgelegd. Horizontale coördinatie daarentegen - tussen concurrenten onderling - wordt in zijn algemeenheid sneller als meer schadelijk voor de mededinging gezien. Overeenkomsten of gedragingen leiden hier al snel tot problemen wegens afname van consumentenwelvaart. Een voorbeeld hiervan is wanneer concurrenten verkoopprijzen of productiehoeveelheden vaststellen of daarover informatie uitwisselen.

Er bestaan enkele uitzonderingen op het kartelverbod, zowel algemene als (landbouw)specifieke uitzonderingen. Zo bepaalt art. 101, derde lid, VWEU - kort gezegd - dat het kartelverbod niet van toepassing is op coördinatie die (mededingingsrechtelijk) meer positieve dan negatieve gevolgen heeft voor de consument. Ook zijn er zogenaamde 'Groepsvrijstellingen' van het kartelverbod voor onderzoek en ontwikkeling, specialisatie en voor bepaalde vormen van verticale coördinatie.⁹ Voor dit artikel zullen we ons echter voornamelijk focussen op de landbouw specifieke uitzonderingen.

3. Het kartelverbod en de agrarische sector

Eerder gaven we al aan dat de landbouwsector een bijzondere positie kent ten aanzien van het kartel-

9. Verordening (EU) nr. 1217/2010 van de Commissie van 14 december 2010 betreffende de toepassing van art. 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten Voor de EER relevante tekst, *PbEU* L 335, 18 oktober 2010, p. 36-42. Verordening (EU) nr. 1218/2010 van de Commissie van 14 december 2010 betreffende de toepassing van art. 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen specialisatie-overeenkomsten Voor de EER relevante tekst, *PbEU* L 335, 18.12.2010, p. 43-47. Verordening (EU) nr. 330/2010 van de Commissie van 20 april 2010 betreffende de toepassing van art. 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (Voor de EER relevante tekst), *PbEU* L 102, 23.4.2010, p. 1-7.

verbod. Op grond van art. 42 VWEU is het mededingingsrecht slechts beperkt van toepassing op de kweek en handel in landbouwproducten. Dit alles heeft te maken met de doelstellingen van het gemeenschappelijk landbouwbeleid (GLB) die zijn vastgelegd in art. 39 VWEU. De toepasbaarheid van het mededingingsrecht op de landbouwsector is op Europees niveau nader uitgewerkt in verordeningen. Met name in de GMO-Verordening (Verordening 1308/2013 van 17 december 2013), die algemene en sectorspecifieke uitzonderingen bevat voor de toepasbaarheid van het kartelverbod op de landbouwsector.¹⁰ Zo bepaalt art. 209, eerste lid, GMO-Verordening dat het kartelverbod niet van toepassing is op gezamenlijke activiteiten die vereist zijn voor de verwezenlijking van de GLB-doelstellingen. Deze doelstellingen betreffen: (i) toename van de productiviteit van de landbouw, (ii) het verzekeren van een redelijke levensstandaard voor de landbouwbevolking, (iii) het stabiliseren van markten, (iv) het veilig stellen van de voorziening en (v) het verzekeren van redelijke prijzen voor consumenten. Omdat deze algemene GMO-uitzondering slechts een beperkte reikwijdte heeft, zijn beroepen op deze bepaling uitzonderlijk én moeilijk om rond te krijgen.¹¹ Meer specifieke uitzonderingen voor de landbouwsector komen later nog aan bod.

Voor nu is het belangrijk om te benadrukken dat de bijzondere status van de agrarische sector binnen het mededingingsrecht dus niet betekent dat men in de praktijk naar hartenlust concurrentiebeperkende overeenkomsten kan sluiten of marktgedrag mag afstemmen. De GMO-Verordening, de voornaamste uitwerking van art. 42 VWEU, bevat slechts beperkte en vaak strikte uitzonderingen. In de praktijk hebben zowel de ACM als de Europese Commissie dan ook meermaals boetes opgelegd wegens verboden kartelafspraken binnen de agrarische sector. Zo kennen we inmiddels verschillende bestrafte agrarische kartels in bijvoorbeeld paprika's-, zilveruien- en champignons.¹²

3.1. Het kartelverbod voor landbouwers

Aan het begin van de agrarische productie- en distributieketen staan de landbouwers zelf. In beginsel zullen producenten van vergelijkbare producten worden gezien als (potentiële) concurr-

renten. Het coördineren van gedrag tussen concurrenten wordt beheerst door het kartelverbod. De GMO-Verordening bevat echter een specifieke bepaling over het coördineren van gedrag tussen landbouwers onderling.¹³ Art. 209, eerste lid, van de GMO-Verordening bepaalt dat het kartelverbod niet van toepassing is op overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van, onder andere, landbouwers of (unies van) verenigingen van landbouwers. De overeenkomsten of gedragingen moeten dan betrekking hebben op de productie of verkoop van landbouwproducten of het gebruik van gemeenschappelijke installaties voor het opslaan, behandelen of verwerken van landbouwproducten. Er zijn echter twee belangrijke voorwaarden aan de uitzondering uit art. 209 GMO-Verordening gekoppeld:

- i. De doelstellingen van het GLB (art. 39 VWEU) mogen niet in gevaar worden gebracht.
- ii. De overeenkomst of gedraging mag geen verplichting inhouden tot het toepassen van identieke prijzen.

De reikwijdte van deze specifieke uitzondering voor landbouwers is echter nog enigszins onduidelijk. Welke overeenkomsten of gedragingen bijvoorbeeld precies onder '[...] betrekking hebben op de productie of verkoop van landbouwproducten of het gebruik van gemeenschappelijke installaties voor het opslaan, behandelen of verwerken van landbouwproducten [...]' vallen is niet verder uitgewerkt. GMO-uitzonderingen moeten in zijn algemeenheid eng worden geïnterpreteerd volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU).¹⁴ De Europese Commissie heeft in 2016 een overzicht uitgegeven over de toepasbaarheid van de Europese mededingingsregels in de agrarische sector.¹⁵ Daarin heeft zij echter nagelaten deze uitzondering voor landbouwers en (unies van) verenigingen van landbouwers inhoudelijk te verduidelijken. De Europese Commissie geeft slechts aan dat, in de afwezigheid van jurisprudentie, de strekking van dit artikel moeilijk is om te bepalen.

Een concrete maatregel voor landbouwers, in reactie op de droogte, zou coördinatie via, of middels het oprichten van, een coöperatie zijn. Vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt moet hierbij wel met een aantal zaken rekening worden gehouden. Stel, telers van suikerbieten willen de verkoop van hun bieten uit handen geven aan een (nog op te richten) coöperatie. Zij willen op deze manier, collectief, een hogere prijs bewerkstelligen ter compensatie van

10. Ter illustratie: artikelen 169 – 171, 206 - 210 en 222 van Verordening 1308/2013.

11. Ter illustratie: Besluit Nederlandse Mededingingsautoriteit, nr. 6964_1/230 (*Zilveruien*), 25 mei 2012. H.C.E.P.J. Janssen en S. van der Heuvel, 'Mededinging in de landbouw in het bijzonder in het licht van de Russische boycot', *TvAR* 2014, p. 338.

12. Besluit Nederlandse Mededingingsautoriteit, nr. 7036_1/386 (*Paprika's*), 15 mei 2012. Besluit Nederlandse Mededingingsautoriteit, nr. 6964_1/230 (*Zilveruien*), 25 mei 2012. European Commission decision C(2014)4227 final en C(2016)1933 final, case AT.39965 (*champignons*), respectievelijk 25 juni 2014 en 6 april 2016.

13. Art. 209, eerste lid, 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* L 347, 20.12.2013, p. 671–854 ('GMO-Verordening').

14. HvJ EG 12 december 1995, C-399/93, (*Oude Luttikhuis*) ECLI:EU:C:1995:434, rnr. 25.

15. DG COMP, *An overview of European competition rules applying in the agricultural sector*, June 2016, pt. 2.1.

droogteschade. Mag dit of zou een dergelijke coöperatie worden aangemerkt als een verboden kartel? Een belangrijke factor hierbij is de mate waarin de landbouwers hun bieten via de coöperatie verkopen. Wanneer de landbouwers al hun bieten via de coöperatie verkopen, zijn zij op het niveau van verkoop feitelijk geen concurrenten meer van elkaar. Leden van een coöperatie kunnen namelijk één economische eenheid vormen binnen een unitaire organisatie wanneer onderlinge concurrentie is uitgesloten.¹⁶ Coördinatie leidt op deze manier waarschijnlijk niet tot problemen. Blijven de landbouwers nog (een deel van) hun bieten zelfstandig verkopen, dan blijven zij feitelijk concurrenten van elkaar en is coördinatie via een coöperatie mogelijk wel aan te merken als een overtreding van het kartelverbod. Naast verkoopvolumes is het belangrijk dat de landbouwers geen controle meer hebben op de verkoopprijs van de bieten door de coöperatie. Coördinatie over verkoopprijzen is expliciet verboden.¹⁷ De coöperatie zal daarom volledig zelfstandig haar verkoopprijzen moeten bepalen. Daarnaast is de 'restconcurrentie' die overblijft – naast het aanbod via de coöperatie – van belang. Wanneer de coöperatie de gehele of een groot deel van het totale aanbod suikerbieten verkoopt, kan dit leiden tot het geheel uitsluiten van mededinging of een potentieel misbruik van machtspositie. Tenslotte geldt ten aanzien van coördinatie via een coöperatie dat het handelen van de coöperatie noodzakelijk en evenredig moet zijn (niet verder gaat dan nodig is voor de continuïteit en het goed functioneren van de coöperatie).¹⁸ Ten aanzien van verkoop via coöperaties moet wel worden opgemerkt dat er binnen bepaalde sectoren met contractprijzen wordt gewerkt.¹⁹ Op de 'vrije markt' wordt daardoor slechts een klein deel van de oogst of opbrengst verhandeld. Gelet op de droogte kan worden aangenomen dat bij bepaalde gewassen het aanbod op de vrije markt in 2018 erg klein is, waardoor de prijzen er hoger zijn. In de situatie van contractprijzen is verkoop via een coöperatie minder of wellicht zelfs helemaal niet doeltreffend als maatregel tegen droogteschade.

3.2 Het kartelverbod voor inkopers en producenten

Het kartelverbod verbiedt in beginsel dus het sluiten van overeenkomsten of afstemmen van marktgedrag wanneer dit de strekking of tot gevolg heeft dat mededinging negatief wordt beïnvloed. Hoe

verhoudt het kartelverbod zich tot inkopers en producenten wanneer zij onderling afspraken willen maken? Bijvoorbeeld een situatie waarin suikerproducenten gezamenlijk een hogere vergoeding willen overeenkomen ter compensatie voor de droogteschade bij suikerbietentelers. Gezamenlijke inkoop door concurrenten wordt in het mededingingsrecht niet altijd als problematisch gezien. Zo kan gezamenlijke inkoop leiden tot lagere prijzen of een verbetering in kwaliteit voor consumenten. Indien de suikerproducenten gecoördineerd willen optreden richting de telers, door onderlinge inkooprijzen overeen te komen, zal dit echter hoogstwaarschijnlijk strijdig zijn met het kartelverbod.²⁰ Dergelijke coördinatie levert immers geen voordeel op voor de mededinging of de consument. Ook wanneer de gezamenlijke inkoop, zonder expliciete afstemming, merkbare mededingingsbeperkende gevolgen heeft, kan dit strijd opleveren met het kartelverbod. Hierbij moet dan vooral worden gekeken naar het gezamenlijke marktaandeel van de producenten en de mate waarin zij kosten gaan delen. Indien een markt wordt beheerst door slechts een aantal producenten en de inkoop van bieten een groot deel vormt van hun (variabele) kosten, dan staat coördinatie van marktgedrag snel op gespannen voet met het kartelverbod.²¹ Ook coördinatie of het delen van informatie over individuele maatregelen door producenten kan al snel strijdig zijn met het kartelverbod, omdat dat onzekerheid uit de markt haalt.

Hiernaast is een situatie denkbaar waarin inkopers, producenten of andere schakels in de productie- en distributieketen, gezamenlijk een verhoogde inkooprijzen willen doorrekenen aan hun afnemers (zoals supermarkten). Ook in dit geval zou er sprake zijn van coördinatie tussen concurrenten bij verkoopactiviteiten die de strekking heeft de mededinging te beperken.

3.3 Het kartelverbod voor (unies van) producentenorganisaties en brancheorganisaties

Eerder stonden we al stil bij de - nog relatief onduidelijke - uitzonderingsmogelijkheid voor landbouwers en (unies van) verenigingen van landbouwers op grond van art. 209, eerste lid, GMO-Verordening. Deze bepaling is naast landbouwers echter ook van toepassing op erkende *producentenorganisaties en unies van producentenorganisaties* in de zin van art. 152 en 156 GMO-Verordening. In tegenstelling tot de onduidelijkheid voor landbouwers is in de jurisprudentie van het HvJ EU de uitzonderings-

16. H.C.E.P.J. Janssen en S. van der Heuvel, 'Aanbodbundeling en gezamenlijke verkoop van primaire landbouwproducten – hoever reikt het kartelverbod?', *NiEr* juli 2015, nr. 5, p.163 – 166.

17. Art. 209 GMO-Verordening. HvJ EU 14 november 2017, C-671/15, (Endives) ECLI:EU:C:2017:860, rnr. 66.

18. HvJ EG 12 december 1995, C-399/93, (Oude Luttikhuis) ECLI:EU:C:1995:434, rnr. 14.

19. NOS, 10 augustus 2018, *Droogte zet relatie tussen aardappel telers en frietindustrie op scherp*.

20. HvJ EU 4 juni 2009, C-8/08, (T-Mobile) ECLI:EU:C:2009:343, rnr. 37. Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van art. 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *PbEU* C 11 14.11.2011, p. 1 – 71 (Horizontale richtsnoeren) pt. 206 – 207.

21. Horizontale richtsnoeren pt. 213 – 214.

positie voor (unies van) producentenorganisaties wel nader uitgewerkt.²² De zogenaamde *Endives* zaak ging over een witlof-kartel van verschillende Franse producentenorganisaties (PO's), unies van producenten-organisaties (UPO's) en brancheorganisaties die actief waren in de productie en verkoop van witlof. Tussen 1998 en 2012 hebben deze op verschillende manieren de witlofprijs beïnvloed, onder andere door de verspreiding van minimumprijzen, afstemming van marktvolumes en het delen van strategische informatie. De Franse mededingingsautoriteit heeft de verschillende organisaties in 2012 een boete van bijna 4 miljoen euro opgelegd.²³ In beroep hiertegen kwam de zaak via een prejudiciële procedure bij het HvJ EU terecht. De PO's en UPO's hadden in beroep aangevoerd dat zij, als (unies van) producentenorganisaties, uitgezonderd waren van het kartelverbod gelet op de GMO-uitzonderingen. Het Franse Hof van Cassatie heeft uiteindelijk het HvJ EU gevraagd of alle coördinatie door, en tussen, PO's, UPO's en brancheorganisaties die mededingingsverstoring zijn buiten de werking van het kartelverbod vallen gelet op de GMO-Verordening.²⁴ In feite vroeg het Franse Hof van Cassatie aan het HvJ EU om uit te leggen tot hoever de GMO-uitzonderingspositie voor PO's, UPO's strekt.

Het HvJ EU kwam met een verhelderende uitleg. Allereerst moeten de begrippen 'producentenorganisatie' en 'unie van producentenorganisatie' nauw worden geïnterpreteerd. Het betreft alleen PO's en UPO's die erkend zijn door een lidstaat én die (ten minste) één van de doelstellingen van de GMO-Verordening nastreven.²⁵ Daarnaast mag coördinatie niet verder gaan dan datgene wat strikt noodzakelijk is om uitvoer te geven aan deze doelstelling.²⁶ Tenslotte mag coördinatie alleen plaatsvinden tussen producenten die lid zijn van één en dezelfde PO of UPO.²⁷ In dat geval worden de leden van een PO of UPO gezien als één economische eenheid en niet (langer) als concurrenten. Coördinatie tussen verschillende PO's of UPO's onderling valt daarmee niet onder de uitzondering op het kartelverbod.

Het HvJ EU geeft in zijn uitspraak daarnaast enkele voorbeelden van coördinatie binnen PO's of UPO's die onder de uitzondering op het kartelverbod vallen. Allereerst kan het uitwisselen van strategische informatie tussen producenten van één en dezelfde PO of UPO geoorloofd zijn, indien deze uitwisseling daadwerkelijk bijdraagt aan de verwezenlijking van de aan deze PO of UPO opgedragen doelstel-

ling.²⁸ Verder kan ook het binnen één PO of UPO afstemmen van hoeveelheden op de markt te brengen landbouwproducten buiten het kartelverbod vallen.²⁹ Ten slotte geeft het HvJ EU aan dat ook het coördineren van tariefpolitiek binnen één PO of UPO gerechtvaardigd kan zijn mits dit in lijn is met de doelstelling van de organisatie.³⁰

Omdat er bij het Franse witlof-kartel sprake was van coördinatie tussen meerdere PO's en UPO's onderling, vielen de praktijken binnen de reikwijdte van het kartelverbod. Daarnaast merkte het HvJ EU op dat het collectief vaststellen van minimumverkoopprijzen binnen een PO of UPO nooit noodzakelijk kan worden geacht voor het bereiken van een GMO-doelstelling.³¹ Ook deze praktijk van het witlof-kartel viel daarmee dus binnen de reikwijdte van het kartelverbod.

De GMO-Verordening bevat ten slotte nog een aantal sectorspecifieke uitzonderingsbepalingen op het kartelverbod voor producentenorganisaties.³² Het gaat hierbij om producentenorganisaties in de sectoren olijfolie, rundvlees en voor bepaalde akkerbouwgewassen (zoals granen, zaden en peulvruchten). Ook voor brancheorganisaties geldt er een specifiek kartelregime bij bepaalde activiteiten. Brancheorganisaties zijn echter niet vrijgesteld van het kartelverbod, maar kunnen door een beslissing van de Europese Commissie worden uitgezonderd van het kartelverbod.³³

4. Kartels of maatregelen in tijden van (landbouw)crisis?

Binnen het normale kartelregime en zijn uitzonderingen lijkt er weinig specifieke aandacht te zijn voor crisissituaties. Toch is er – zeker in de landbouwsector – in tijden van crisis vaak behoefte aan verregaande coördinatie binnen een branche. De vraag rijst of er voor de agrarische sector in tijden van crisis wellicht andere spelregels gelden.

Art. 219 e.v. GMO-Verordening bevat bepalingen ten aanzien van 'marktverstoringen'. Dit artikel geeft de Europese Commissie de bevoegdheid om handelingen vast te stellen met betrekking tot maatregelen die nodig zijn om verstoringen op de markt te verhelpen. Ernstige droogte kan worden aangemerkt als een marktverstoring en is eerder al aanleiding geweest voor de Europese Commissie om handelingen vast te stellen.³⁴ Het ging hierbij echter meer om het toestaan van staatssteun dan een vrijstelling van het kartelverbod. Op basis van

22. HvJ EU 14 november 2017, C-671/15, (*Endives*) ECLI:EU:C:2017:860. Zie in dit kader ook: G. van Heezik, 'Witlof-kartelzaak: mededingingsregels niet van toepassing op inherente beperkingen van de taakuitoefening door erkende (unies van) producentenorganisaties' (Annotatie), *M&M* 2018, nr. 5, p.71 - 77.

23. *Endives*, rnr. 24 – 25.

24. *Endives*, rnr. 33.

25. *Endives*, rnr. 53 en 15.

26. *Endives*, rnr. 49.

27. *Endives*, rnr. 51 – 59.

28. *Endives*, rnr. 63.

29. *Endives*, rnr. 64.

30. *Endives*, rnr. 65.

31. *Endives*, rnr. 66.

32. Artikelen 169 – 171 GMO-Verordening.

33. Art. 210 GMO-Verordening.

34. Ter illustratie: Gedelegeerde Verordening (EU) 2015/1853 van de Commissie van 15 oktober 2015 tot vaststelling van tijdelijke buitengewone steun voor landbouwers in de veehouderijsectoren, *PbEU* L 271, 16 oktober 2015, p 25-30, rnr. 6, 10 en 11.

art. 222 GMO-Verordening kan de Europese Commissie echter ook het kartelverbod voor erkende (unies) van PO's en brancheorganisaties – voor bepaalde vormen van coördinatie – tijdelijk buiten toepassing verklaren gedurende periodes van ernstige marktverstoring.³⁵ Deze specifieke vormen van coördinatie, zoals het uit de markt nemen of gratis verstrekken van producten, lijken echter geen geschikte oplossing te zijn voor de huidige droogteschade. Bij crisismaatregelen ligt de bal dus vooral bij de Europese Commissie en niet zozeer bij de agrarische sector zelf. Daarnaast is het dus nog de vraag in hoeverre deze bijzondere bevoegdheden kunnen worden toegepast op coördinatie bij een 'droogtecrisis'.

De GMO-Verordening biedt voor de agrarische sector zelf dus weinig specifieke mogelijkheden voor een crisiskartel. Zowel in als buiten crisistijd geldt hetzelfde kartelregime zoals neergelegd in art. 101 VWEU en – voor de landbouwsector – verder uitgewerkt in de GMO-Verordening. In 2014, in het kader van een Russische boycot op landbouwproducten, verkenden Janssen en Van der Heul reeds de mogelijkheid tot een crisiskartel via art. 101, derde lid, VWEU voor prijsafspraken of gezamenlijke verkoop.³⁶ Zij concludeerden destijds dat met name de noodzakelijke 'efficiëntievoordelen' voor consumenten, moeilijk te verenigen zijn met het veiligstellen van een (redelijk) inkomen voor landbouwers. In het kader van de droogtecrisis zal het wederom erg moeilijk, zo niet onmogelijk, zijn om consumenten voordeel te behalen via verhoogde prijzen ter compensatie van schade bij landbouwers. Immers, welk voordeel hebben consumenten wanneer zij aan de kassa een hogere prijs betalen voor agrarische producten?

5. Conclusie

De Nederlandse agrarische sector had in 2018 flink te lijden onder de aanhoudende droogte en een regentekort. In bepaalde sectoren vallen oogsten en opbrengsten erg tegen. Vanuit Den Haag en Brussel kwamen steunmaatregelen, maar de vraag is of deze afdoende waren/zijn. Binnen de sector zal er ongetwijfeld gekeken worden naar (aanvullende) maatregelen die men zelf kan treffen. Het is belangrijk voor de sector om in dit geval rekening te houden met het kartelverbod. De agrarische sector kent weliswaar een bijzondere status binnen het mededingingsrecht, maar is hier zeker niet van uitgezonderd. De uitzonderingsbepalingen op het

kartelverbod, vooral uitgewerkt in de GMO-Verordening, kennen een streng regime, wat de toepassing op droogteschadeproblematiek niet gemakkelijk maakt. Voor landbouwers bestaat er daarbij nog veel onduidelijkheid over de exacte strekking van hun uitzonderingspositie. Het HvJ EU heeft de strekking van de overeenkomstige uitzonderingspositie voor (unies) van producentenorganisaties wel helder uiteengezet in het *Endives* arrest. Coördinatie binnen één en dezelfde (unie van) producentenorganisatie(s) is toegestaan onder bepaalde voorwaarden. Dit levert dan geen strijd op met het kartelverbod. In dit kader zou coördinatie tussen landbouwers, binnen bijvoorbeeld een door de lidstaat erkende coöperatie, een mogelijkheid zijn om droogteschade aan te pakken. Het maken van (verkoop)prijsafspraken tussen concurrenten, een zeer voor de hand liggende compensatiemaatregel, is echter nooit toegestaan. Voor andere schakels in de agrarische productie- en distributieketen bestaan geen GMO-uitzonderingen en geldt het reguliere kartelregime van art. 101 VWEU.

Buiten de maatregelen vanuit de Nederlandse overheid of de Europese Commissie kan het kartelverbod dus een flinke sta-in-de-weg zijn bij het afstemmen van maatregelen binnen de agrarische sector zelf. Duidelijk is dat het kartelverbod zich in de eerste plaats richt op bescherming van consumentenbelangen en niet zozeer op die van de agrarische sector. Ook niet in tijden van crisis.

35. Ter illustratie: Uitvoeringsverordening (EU) 2016/559 van de Commissie van 11 april 2016 waarbij toestemming wordt verleend voor overeenkomsten en besluiten betreffende productieplanning in de sector melk en zuivelproducten (voor melk- en zuivelsector), *PbEU* L 96, 12.4.2016, p. 20–22.

36. H.C.E.P.J. Janssen en S. van der Heuvel, 'Mededinging in de landbouw in het bijzonder in het licht van de Russische boycot', *TvAR* 2014, p.341–343.