

# Verduurzaming van landbouw- en voedselvoorzieningsketen en inkoopmacht van retailers: een ongelukkig huwelijk. Biedt het mededingingsrecht uitkomst?

mr. D.W.L.A. Schrijvershof en mr. T. Heystee<sup>1</sup>

Inkoopmacht van grote (internationale) retailers en voortdurende schaalvergroting zijn dagelijkse fenomenen in de voedseldistributieketen. Boeren en andere producenten van voedsel ervaren hun positie tegenover afnemers dan ook vaak als zwak. In het nieuwe regeerakkoord staat dat de overheid samen met de ketenpartijen en de Autoriteit Consument en Markt ("ACM") (juridisch) bindende afspraken gaat maken om de positie van de boer in de keten te versterken. Het is nog de vraag wat het nieuwe kabinet precies onder deze afspraken verstaat. Welke mededingingsrechtelijke bescherming is er reeds (denkbaar)? In deze bijdrage wordt in ingegaan op (i) de Wet oneerlijke handelspraktijken in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen, (ii) het verbod op misbruik van een economische machtspositie, (iii) sectorspecifieke aanpassingen van het misbruikverbod, zoals een verbod op misbruik van economische afhankelijkheid, (iv) een verbod op verkoop onder kostprijs en (v) de ruimte voor samenwerking tussen boeren en andere voedselproducenten bij horizontale en verticale duurzaamheidsinitiatieven.

De voedselvoorzieningsketen en klimaatverandering zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden. Deze verbondenheid is tweeledig. De landbouwsector levert enerzijds een belangrijke bijdrage aan klimaatverandering door de uitstoot van broeikasgassen,<sup>2</sup> maar ondervindt anderzijds ook de negatieve gevolgen ervan.<sup>3</sup> De noodzaak tot verduurzaming van de landbouw- en voedselvoorzieningsketen is daarmee een gegeven.

De (snelle) realisatie van de verduurzaming in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen vergt grote

investeringen. Boeren en andere voedselproducenten zullen deze investeringen alleen doen wanneer zij in staat zijn om deze terug te verdienen. Het vooruitzicht op een eerlijke prijs en gezond rendement is daarvoor cruciaal. De (uitwassen van) inkoopmacht van afnemers, zoals (internationale) retailers, speelt bij de prijsvorming in de keten een belangrijke rol. Het Ministerie van LNV verwoordde het als volgt: *"De omslag naar kringlooplandbouw kan alleen slagen als de boer ook een eerlijke prijs voor zijn product krijgt. De boer wil - en terecht - beloond worden voor duurzame, veilige en hoogwaardige producten. Alleen dan krijgt hij de gelegenheid te investeren. Daarom slaat deze visie ook op de banken, op de voedingsindustrie, op de supermarkten en op de consument."*<sup>4</sup>

Dat is waar de schoen wringt. Boeren en andere voedselproducenten ervaren hun positie tegenover afnemers vaak als zwak. Het is daardoor voor hen

1. Diederik Schrijvershof is advocaat en partner bij Maverick Advocaten N.V. te Amsterdam. Tess Heystee studeert European Competition Law & Regulation aan de Universiteit van Amsterdam en was tot voor kort verbonden aan Maverick Advocaten N.V.
2. De landbouw is verantwoordelijk voor ongeveer 10% van de totale uitstoot van broeikasgassen in de Europese Unie, Europees Milieuagentschap (2020), Annual European Union greenhouse gas inventory 1990–2018 and inventory report 2020, p. 12.
3. Denk bijvoorbeeld aan weersextremen zoals hittegolven, bosbranden en overstromingen, die oogsten kunnen doen mislukken. Zie COM/2021/689, p. 9 (Noodplan voor het waarborgen van de voedselvoorziening en voedselzekerheid in tijden van crisis).

4. 'Minister Schouten wil omslag naar kringlooplandbouw nu inzetten', rijksoverheid.nl, 8 september 2018.

lastig om, zeker als het bederfelijke producten betreft, een eerlijke prijs voor hun producten te verkrijgen.<sup>5</sup> Geregeld klinkt de roep om, met het mededingingsrecht, in te grijpen. In het nieuwe regeerakkoord staat dat de overheid samen met de ketenpartijen en de Autoriteit Consument en Markt ("ACM") (juridisch) bindende afspraken gaat maken om de positie van de boer in de keten te versterken.<sup>6</sup> Het is nog de vraag wat het nieuwe kabinet precies onder deze afspraken verstaat.<sup>7</sup>

Dat betekent niet dat de positie van de boer en andere voedselproducenten in Europa en Nederland niet reeds mededingingsrechtelijke bescherming geniet. Recentelijk is bijvoorbeeld de Wet oneerlijke handelspraktijken in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen ("Wet OHP") in werking getreden. Daarnaast bestaat al jaren het verbod op misbruik van een economische machtspositie. Sommige EU-lidstaten hebben gekozen voor verdergaande wetgeving zoals (strengere) sectorspecifieke aanpassingen van het misbruikverbod, bijvoorbeeld via een verbod op misbruik van economische afhankelijkheid. Verder zijn er EU-lidstaten die een verbod op verkoop onder kostprijs kennen. Tegelijk geldt dat er voor boeren en voedselproducenten sinds kort ruimte is om samen te werken bij (horizontale en verticale) duurzaamheidsinitiatieven. Deze bijdrage verkent voornoemde mogelijkheden en onderzoekt of zij geschikt zijn om de positie van de boer en de voedselproducent in de voedselvoorzieningsketen te versterken. Allereerst geven wij een korte schets van de huidige inkoopmachtproblematiek.

## 1. Inkoopmacht en de (Europese) aanpak daarvan

Inkoopmacht van grote (internationale) retailers en voortdurende schaalvergroting zijn dagelijkse fenomenen in de voedseldistributieketen. In 2021 was er de fusie tussen supermarktketens Plus en Coop.<sup>8</sup> Enkele maanden eerder in 2021 was er de overname van tachtig supermarkten van Deen door Albert Heijn, Vomar en DekaMarkt.<sup>9</sup> Om als supermarktketen mee te doen in de door felle prijsconcurrentie gekenschetste markt voor de verkoop van dagelijkse levensmiddelen, moeten winkelketens hun

positie door overnames en fusies versterken. De schaalvergroting van afnemers heeft tegelijkertijd een (schadelijk) effect op de positie van producenten in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen. Doorgaans zijn de producten die zij produceren niet lang houdbaar en bevinden zij zich daarom economisch gezien steeds in een kwetsbare positie tegenover grote (internationale) retailers. Ook wanneer de prijs en/of andere inkoopcondities niet goed zijn of verslechteren, is er voor producenten een prikkel om producten te blijven verkopen. Zowel de langdurige verkoop onder kostprijs, als het doordraaien van het product is evenwel geen duurzaam bedrijfsmodel. Daarbij is er een breed gedragen roep om de productie te verduurzamen, maar dat vergt de nodige investeringen van de producent. Uitwassen van inkoopmacht van grote (internationale) retailers kunnen maken dat er onvoldoende rendement wordt behaald en de investeringen daarom achter- of uitblijven.

Uitwassen van inkoopmacht van retailers staan reeds op de agenda van verschillende Europese toezichthouders.<sup>10</sup> Zo onderzocht de Duitse mededingingsautoriteit (het *Bundeskartellamt* ("Bka")) of de Duitse supermarktketen Edeka haar machtspositie misbruikte doordat zij van een aantal verschillende leveranciers bijzondere voordelen eiste. Toen bleek dat Edeka specifieke tegenprestaties bood aan haar leveranciers voor de geëiste voordelen, staakte het Bka het onderzoek. In 2014 liep het anders af. Ook toen deed het Bka onderzoek naar Edeka en oordeelde het Bka dat de door Edeka aan producen-

5. W. Baltussen e.a., 'Positie primaire producent in de keten', Wageningen Economic Research 2018, p. 38.  
6. Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst, coalitieakkoord 2021 – 2025, p. 12.  
7. In 2017 stelde het kabinet-Rutte III al voor om de Mededingingswet aan te passen om zo de ongelijke machtsverhoudingen in de land- en tuinbouwketen te compenseren. Het wetsvoorstel dat dit zou verzorgen heeft in het toenmalige kabinet niet kunnen uitgroeien tot een voltooide wet. Zie Regeerakkoord 10 oktober 2017, p. 34. Dit wetsvoorstel is uiteindelijk op 16 maart 2021 ingediend; zie *Kamerstukken II 2020/21*, 35 770.  
8. Persbericht ACM, 'Plus en Coop willen fuseren', 7 september 2021.  
9. Persbericht ACM, 'Albert Heijn, Vomar en DekaMarkt mogen supermarkten Deen overnemen', 9 juli 2021.

10. Naast de hierna te noemen voorbeelden zijn interessant het (afgeronde) Belgische onderzoek naar de inkoopalliantie tussen Carrefour België en Provera met het oog op de versterking van hun onderhandelingspositie (Persbericht BMA, 'Het Auditoraat van de Belgische Mededingingsautoriteit heeft een onderzoek naar de aankoopalliantie tussen Carrefour en Provera afgesloten na toezeggingen te hebben ontvangen', bma-abc.be, 6 mei 2021) en het Europese onderzoek naar de inkoopalliantie tussen Casino en Les Mousquetaires (bekend als Intermarché) (Persbericht Europese Commissie, 'Commission opens investigation into possible collusion by two French retailers in a purchasing alliance', ec.europa.eu, 4 november 2019). Bij dit laatste onderzoek heeft het Europese Gerecht in eerste aanleg overigens het Commissiebesluit waarin werd besloten tot bedrijfsinvallen bij Casino en Les Mousquetaires gedeeltelijk vernietigd (Gerecht EU 5 oktober 2020, zaak T-254/17, ECLI:EU:T:2020:459 (*Intermarché Casino Achats tegen Europese Commissie*). De supermarktketens hebben beroep aangetekend (Beroep in zaak C-693/20 P, ingesteld op 22 februari 2021).

ten gevraagde voordelen onrechtmatig waren.<sup>11</sup> Het Bka doet nog eenzelfde soort onderzoek naar supermarktconcern Kaufland.<sup>12</sup> In Polen liep in 2020 de Poolse supermarktketen Biedronka tegen een boete van ca. € 160 miljoen op wegens oneerlijke handelspraktijken.<sup>13</sup> Biedronka eiste willekeurige kortingen van haar groente- en fruitleveranciers. De leveranciers moesten eerdere facturen met de geëiste korting corrigeren, terwijl zij hiervan pas na de levering op de hoogte werden gesteld. Bij weigering dreigde Biedronka met een boete. Door de sterke machtspositie van Biedronka accepteerden de groente- en fruittelers deze praktijken. Het niet-accepteren daarvan zou namelijk tot nog grotere verliezen leiden.<sup>14</sup> Dichter bij huis geldt dat ook de ACM de laatste jaren meer aandacht heeft voor de landbouw- en voedselvoorzieningsketen. In 2020 onderzocht de ACM de productie en prijsvorming van uien, witte kool, peren, tomaten, koemelk en varkensvlees en de mogelijkheden voor de transitie naar een duurzame productie.<sup>15</sup> In 2021 deed de ACM (vervolg)onderzoek naar gele uien, (vastkokende) ongeschilde tafelaardappelen, spruiten, ronde tomaten en trostomaten, handperen, dagverse melkproducten en vers verpakt varkensvlees.<sup>16</sup> Daarnaast meldde de ACM vanaf 1 november 2021 actief toezicht te houden op de Wet OHP.<sup>17</sup> In navolgende paragraaf behandelen wij de Wet OHP.

## 2. Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen

Op 1 november 2021 trad de Wet OHP in werking.<sup>18</sup> De wet OHP bevat een zwarte en een grijze lijst. Daarin zijn gedragingen opgenomen die ofwel zonder meer verboden zijn (zwarte lijst), ofwel verboden tenzij er vooraf concrete afspraken zijn gemaakt (grijze lijst). De zwarte lijst, opgenomen in artikel 2 Wet OHP, geeft aan dat een afnemer onrechtmatig handelt wanneer hij een of meer van de volgende handelspraktijken verricht:

- a. later dan dertig dagen (bederfelijke producten) of later dan zestig dagen (niet-bederfelijke producten) betaalt;
- b. op zo'n korte termijn de bestelling van bederfelijke producten annuleert dat het voor de leverancier niet mogelijk is zijn producten aan een andere afnemer te leveren;
- c. op eigen initiatief en eenzijdig de leveringsvoorwaarden wijzigt;
- d. betalingen van de leverancier verlangt die geen verband houden met de verkoop van de producten;
- e. betalingen van de leverancier verlangt voor bederf of verlies van producten die al in het bezit van de afnemer zijn;
- f. weigert de voorwaarden van de leveringsovereenkomst schriftelijk te bevestigen;
- g. bedrijfsgeheimen onrechtmatig verkrijgt, gebruikt of openbaar maakt;
- h. het dreigen met of het uitoefenen van vergeldingsmaatregelen;
- i. vergoedingen van kosten verlangt die de afnemer hoeft te maken naar aanleiding van klachten van klanten over de gekochte producten, terwijl er bij de leverancier geen sprake van schuld of nalatigheid is.

De grijze lijst, opgenomen in artikel 3 Wet OHP, bepaalt dat in beginsel onrechtmatig is (tenzij afgesproken):

- a. het retourneren van producten zonder betaling;
- b. het eisen van een vergoeding voor het aanbieden van de producten;
- c. eisen dat de leverancier de kosten draagt voor door de afnemer gegeven kortingen;

- 
11. Persbericht Bundeskartellamt, 'Bundeskartellamt trifft Grundsatzentscheidung zum „Anzapfverbot“ - Forderungen der EDEKA gegenüber Lieferanten waren missbräuchlich', 3 juli 2014. Edeka is in beroep gegaan tegen de beslissing. Het Oberlandesgericht Düsseldorf heeft de beslissing vernietigd. Zie het persbericht van het Oberlandesgericht Düsseldorf, 'Nr. 22/2015 EDEKA/ Plus-Übernahme: „Hochzeitrabatte“ nicht kartellrechtswidrig', 18 november 2015. In hoger beroep oordeelde de rechter echter in het voordeel van het Bundeskartellamt en werden de door Edeka gevraagde voordelen in strijd geacht met het mededingingsrecht. Zie persbericht Bundeskartellamt, 'Federal Court of Justice confirms key points of Bundeskartellamt's landmark decision concerning unfair trading practices', 29 januari 2018.
  12. Bundeskartellamt, 'Bundeskartellamt discontinues investigations against Edeka - Suspicion that Edeka has violated the prohibition to demand unjustified benefits from suppliers could not be confirmed', bundeskartellamt.de, 12 maart 2021.
  13. In 2020 legde de Poolse mededingingsautoriteit (Urzęd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK)) een boete op van PLN 723 miljoen (ongeveer € 160 miljoen) aan Jerónimo Martins Polska, de moedermaatschappij van Biedronka. De boete was UOKiK's hoogste boete voor misbruik van inkoopmacht ooit.
  14. Persbericht UOKiK, 'The president of UOKiK has imposed a fine of PLN 723 million on Biedronka', 14 december 2020.
  15. 'Agro-Nutri Monitor 2020: prijsvorming duurzaam geproduceerd voedsel', acm.nl, 9 oktober 2020.
  16. P. Stokkermans, 'Agro-Nutri Monitor brengt transparantie verduurzaming in beeld', nieuwweoogst.nl, 25 februari 2021.
  17. Zie onderaan in het bericht 'ACM keurt gezamenlijk bedrijf De Heus in pluimveesector goed', acm.nl, 7 mei 2021.

- 
18. Deze wet is een implementatie van Richtlijn 2019/633/EU van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake oneerlijke handelspraktijken in de relaties tussen ondernemingen in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen (*PbEU* 2019, L 111) ("Richtlijn"). Zie uitgebreid hierover D.W.L.A. Schrijvershof en T. Heystee, 'Gaat (de ACM met) de Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen de inkoopmacht van retailers aanpakken?', *NtER* 2021, afl. 9/10, p. 216. Zie eveneens W.M. Bijlo, 'Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen (WOH)', *TvAR* 2021, afl. 1, p. 5-8.

- d. eisen dat de leverancier betaalt voor het maken van reclame;
- e. eisen dat de leverancier betaalt voor marketing;
- f. eisen dat de leverancier betaalt voor personeel dat wordt gebruikt om de verkoopruimten waar de producten van de leverancier worden uitgesteld in te richten.

De Wet OHP richt zich op de verhouding tussen kleine leveranciers (de boeren) en grote afnemers. Artikel 5 Wet OHP noemt dan ook specifieke omzetrempels, waar zowel de leverancier als de afnemer aan moeten voldoen, wil een gedraging van een afnemer kunnen worden gekwalificeerd als onrechtmatig.

De Wet OHP kan zowel publiek- als privaatrechtelijk worden gehandhaafd. De ACM is verantwoordelijk voor de publiekrechtelijke handhaving (artikel 7 lid 2 Wet OHP). De ACM heeft daarvoor diverse bevoegdheden, zoals de bevoegdheden om op eigen initiatief of op basis van een klacht onderzoeken te verrichten, alle benodigde informatie op te vragen, on-aangekondigde inspecties te verrichten en besluiten te nemen, indien nodig met passende sancties.<sup>19</sup> De maximumboete die door de ACM kan worden opgelegd bedraagt € 900.000 of, indien dat meer is, maximaal 10% van de omzet van de overtreder (art 10 lid 1 Wet OHP). De boete kan worden verdubbeld wanneer de overtreder binnen vijf jaar een soortgelijke overtreding begaat (artikel 10 lid 2 Wet OHP).

Vanuit privaatrechtelijk perspectief mikt de Wet OHP op alternatieve geschilbeslechting. Artikel 6 lid 1 Wet OHP bepaalt dat de minister van LNV een geschillencommissie kan instellen. Artikel 6 lid 2 Wet OHP maakt het voor afnemers verplicht om zich aan te sluiten bij een dergelijke geschillencommissie. Over deze plicht zijn de nodige zorgen geuit,<sup>20</sup> maar de Richtlijn noemt in overweging 39 en 40 dat het EU-lidstaten vrijstaat om verdergaande maatregelen te treffen. Daarbij komt dat een afnemer zijn geschil altijd naderhand of rechtstreeks kan voorleggen aan een civiele rechter (artikel 6 lid 3 Wet OHP). Hoewel een uitspraak van de geschillencommissie in beginsel bindend is, kan een afnemer (maar ook zijn wederpartij) na de beslissing binnen drie maanden het geschil voorleggen aan de civiele rechter (artikel 6 lid 3 Wet OHP). De geschillencommissie kan beslissen dat een van de partijen een (schade)vergoeding

moet betalen, maar mag in beginsel elke beslissing nemen die zij redelijk acht.<sup>21</sup>

De Wet OHP is in werking getreden op 1 november 2021, maar in artikel 12 is een expliciete overgangstermijn opgenomen. Zo is de Wet OHP niet direct van toepassing op overeenkomsten die zijn gesloten vóór 1 november 2021: de eerste twaalf maanden na publicatie van de Wet OHP in het Staatsblad zijn deze overeenkomsten (nog) vrijgesteld. Op 15 april 2021 is de Wet OHP gepubliceerd,<sup>22</sup> dus uiterlijk 15 april 2022 moeten ook deze overeenkomsten in lijn met de Wet OHP zijn gebracht. De Wet OHP heeft potentie, maar het succes van de Wet OHP is sterk afhankelijk van de (pro-activiteit van de) ACM als het op handhaving van de Wet OHP aankomt.<sup>23</sup> De ACM had in mei 2021 al gemeld vanaf 1 november 2021 actief toezicht te gaan houden op de Wet OHP.<sup>24</sup> Inmiddels heeft de ACM op haar website een uitleg gegeven over de Wet OHP en is het ook mogelijk om een overtreding online te melden.<sup>25</sup>

Als bepaalde gedragingen van (internationale) retailers niet worden geraakt door de zwarte of grijze lijst van de Wet OHP, dan zou er nog sprake kunnen zijn van misbruik van een economische machtspositie. De vervolgvraag is dan of het verbod op misbruik van een economische machtspositie in de praktijk, na de komst van de Wet OHP, nog meerwaarde heeft. Dat wordt hierna behandeld.

### 3. Misbruik machtspositie

Het verbod op misbruik van een economische machtspositie is opgenomen in artikel 24 Mededingingswet en artikel 102 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie ("VWEU"). Om te kunnen concluderen tot misbruik van een machtspositie is logischerwijs noodzakelijk dat sprake is van een machtspositie. De definitie van een machtspositie is opgenomen in artikel 1 sub i Mededingingswet:

*"de positie van een of meer ondernemingen die hen in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen door hun de mogelijkheid te geven zich in belangrijke mate onafhankelijk van hun concurrenten, hun leveranciers, hun afnemers of de eindgebruikers te gedragen."*

19. Dit vloeit voort uit artikel 6 van de Richtlijn. De ACM beschikt reeds over veel van deze bevoegdheden, zie bijvoorbeeld artikel 5:15-5:17 Algemene wet bestuursrecht en artikel 12u en artikel 12j Instellingswet. De onderzoeksbevoegdheid en de sanctiebevoegdheid vloeien wel rechtstreeks voort uit de Wet OHP, zie artikel 7 lid 2 respectievelijk artikel 9. Zie verder *Kamerstukken II 2020/21, 35642, nr. 3, p. 6 (MvT)*.

20. Een voorbeeld is de reactie van Albert Heijn gedurende de consultatie van de Wet OHP, p. 4 en 5.

21. Artikel 16 lid 2 Conceptreglement Geschillencommissie Oneerlijke Handelspraktijken Landbouw- en Voedselvoorzieningsketen.

22. *Stb.* 2021, 178.

23. D.W.L.A. Schrijvershof en T. Heystee, 'Gaat (de ACM met) de Wet oneerlijke handelspraktijken landbouw- en voedselvoorzieningsketen de inkoopmacht van retailers aanpakken?', *NtER* 2021, afl. 9/10, p. 216.

24. Zie onderaan in het bericht 'ACM keurt gezamenlijk bedrijf De Heus in pluimveesector goed', acm.nl, 7 mei 2021.

25. 'Verbod oneerlijke handelspraktijken in de landbouwketen', acm.nl.

Dit houdt kort gezegd in dat een onderneming sterk genoeg moet zijn om zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, afnemers en uiteindelijk consumenten te gedragen. Ten tweede moet deze machtspositie door de betreffende onderneming worden misbruikt. Het bewijzen van een economische machtspositie aan de inkoopzijde van de markt voor de verkoop van dagelijkse levensmiddelen in Nederland is lastig gebleken. De kern van het probleem is niet dat er geen misbruik wordt ervaren door boeren en/of andere voedselproducenten, maar dat het tot op heden lastig is te stellen en bewijzen dat één retailer in Nederland een economische machtspositie aan de inkoopzijde van de markt voor de verkoop van dagelijkse levensmiddelen heeft. Het marktaandeel van een retailer is de eerste aanwijzing voor de aan- of afwezigheid van een economische machtspositie. Is het marktaandeel lager dan 50%, dan wordt het lastig om aan te tonen dat er sprake is van een economische machtspositie. Albert Heijn had volgens NielsenIQ in 2021 zo goed als 36% van de markt in handen, Jumbo is de nummer twee met 21,8%. Albert Heijn komt daarmee nog niet in de buurt van 40% marktaandeel in Nederland op de markt voor dagelijkse levensmiddelen. Dat is niet snel voldoende voor een rechter om te spreken van een economische machtspositie.<sup>26</sup> Er is in Nederland geen civiele zaak waarin is aangenomen dat een retailer over een dergelijke positie beschikt.

Is een geslaagd beroep op misbruik machtspositie dan geen haalbare kaart? Misbruik kan verschillende vormen aannemen, maar wordt grofweg in twee categorieën verdeeld: uitbuiting (*exploitative abuse*) en uitsluiting (*exclusionary abuse*). De focus van de mededingingsautoriteiten ligt traditioneel op de aanpak van uitsluitingspraktijken.<sup>27</sup> Niettemin kunnen zij ook optreden tegen uitbuiting.<sup>28</sup> De uitbuitingszaken komen vooralsnog wel een stuk minder vaak voor.<sup>29</sup> In het kader van inkoopmacht en het betalen van te lage prijzen aan boeren kan het misbruik worden omschreven als het door de dominante onderneming opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of onredelijke verkoopvoorwaarden, hetgeen expliciet is erkend als (uitbuitings)misbruik in artikel 102 sub a VWEU.

Men kan zich afvragen of de aanpak van oneerlijke prijzen voor boeren een probleem is dat door het mededingingsrecht moet worden opgelost. Hoewel het

wellicht vergezocht lijkt en mededingingsautoriteiten doorgaans terughoudend zijn om op te treden als prijsregulator, valt uit de fundamenteën van de Europese verdragen af te leiden dat die terughoudendheid eigenlijk niet terecht is. Zo is eerlijke handel in het algemeen een Europese kernwaarde die is opgenomen in artikel 3 lid 5 VWEU: *"In de betrekkingen met de rest van de wereld handhaaft de Unie haar waarden en belangen en zet zich ervoor in, en draagt zij bij tot de bescherming van haar burgers. Zij draagt bij tot (...) de duurzame ontwikkeling van de aarde (...) de vrije en eerlijke handel (...)"*,

Het kunnen verkrijgen van een redelijke prijs wordt ook expliciet genoemd als doel van het Europese gemeenschappelijke landbouwbeleid (artikel 39 VWEU): *"Het gemeenschappelijk landbouwbeleid heeft ten doel (...) de landbouwbevolking een redelijke levensstandaard te verzekeren, met name door de verhoging van het hoofdelijk inkomen van hen die in de landbouw werkzaam zijn (...) redelijke prijzen bij de levering aan verbruikers te verzekeren."*

Het mededingingsrecht zou dan ook verder moeten kijken dan de laagste prijs, aldus de Commissie economische en monetaire zaken van het Europees Parlement: *"the concept of a 'fair price' should not be regarded as the lowest price possible for the consumer, but instead must be reasonable and allow for the fair remuneration of all parties along the food supply chain (...) requests, in this regard, that EU competition policy look beyond the lowest common denominator of 'cheap food.'"*<sup>30</sup>

Met dergelijke grondbeginselen in het achterhoofd kunnen wij concluderen dat het mededingingsrecht en meer specifiek de misbruikcategorie van artikel 102 sub a VWEU - op papier - wel degelijk een geschikt instrument zou kunnen zijn bij de aanpak van oneerlijke prijzen. Niettemin blijven er ook dan in de praktijk nog steeds diverse hordes bestaan. Zo moet allereerst de aanwezigheid van een economische machtspositie worden aangetoond, alvorens men kan concluderen tot misbruik. Dit zou kunnen worden ondervangen met een sectorspecifieke aanscherping van het verbod op misbruik van machtspositie, hetgeen in diverse EU-lidstaten is gedaan.

#### 4. Sectorspecifieke aanscherping van verbod misbruik machtspositie

Het is mogelijk om als EU-lidstaat nationale wetgeving aan te nemen die (voor sectoren) een strenger wettelijk regime kent dan artikel 102 VWEU.<sup>31</sup>

26. Het komt weliswaar in de buurt van het laagste marktaandeel (ca 39%) waarbij het Gerecht in *British Airways* oordeelde dat sprake was van een economische machtspositie. Zie Gerecht 17 december 2003, zaak T-219/99, ECLI:EU:T:2003:343 (*British Airways*), maar onder 40% marktaandeel wordt zelden het bestaan van een economische machtspositie aangenomen.

27. R. Wish & D. Bailey, *Competition Law*, Oxford: Oxford University Press 2021, p. 210.

28. Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, paragraaf 7.

29. R. Wish & D. Bailey, *Competition Law*, Oxford: Oxford University Press 2021, p. 211.

30. De Commissie economische en monetaire zaken van het Europees Parlement, *Annual Report on Competition Policy 2018*, 2018/2102.

31. Artikel 3 lid 2 Verordening 1/2003/EG: Lidstaten mag uit hoofde van de onderhavige verordening niet worden belet om op hun grondgebied strengere nationale wetten aan te nemen en toe te passen die eenzijdige gedragingen van ondernemingen verbieden of bestraffen. De Commissie heeft dit ook expliciet erkend in haar Report on the functioning of Regulation 1/2003 (29 April 2009).

Om het dominantie-vereiste te verlagen, kan worden gedacht aan lagere (marktaandeel)drempels in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen. Een retailer zou bijvoorbeeld, behoudens tegenbewijs, dominant kunnen worden geacht bij een marktaandeel van 35%. Ook een wettelijk verbod op misbruik van economische afhankelijkheid is denkbaar. Dat verbod ziet op het tegengaan van gedragingen van retailers die zich veroorloven om bepaalde voorwaarden op te leggen aan een leverancier, omdat deze leverancier niet kan wisselen naar een andere afnemer (economische afhankelijkheid). Nederland kent nog geen sectorspecifieke verboden voor de landbouw- en voedselvoorzieningsketen die producenten moeten beschermen tegen de uitwassen van inkoopmacht. Als toegelicht is dat elders in de EU anders. Hierna worden enkele voorbeelden gegeven.<sup>32</sup>

#### Duitsland

In Duitsland geldt het zogenoemde *Anzapfverbot*.<sup>33</sup> Dit verbod houdt in dat ondernemingen met een machtspositie of ondernemingen die zo'n sterke positie hebben dat leveranciers afhankelijk van hen zijn, geen voordelen van hun leveranciers mogen eisen zonder dat daarvoor een objectieve rechtvaardiging dan wel tegenprestatie bestaat. Het Bka handhaaft dit *Anzapfverbot* ook in de praktijk, getuige de voorbeelden inzake Edeka eerder vermeld in deze bijdrage.

#### Frankrijk

In Frankrijk geldt ook een verbod op het misbruiken van economische afhankelijkheid.<sup>34</sup> Naast Frankrijk en Duitsland zijn in diverse andere Europese landen voorbeelden te vinden waar voor gevallen van economische afhankelijkheid van een producent van een afnemer meer bescherming is gecreëerd.<sup>35</sup> Er is geen wettelijk beletsel een dergelijk verbod ook in Nederland toe te passen. EU-lidstaten mogen immers verdergaande wetgeving hanteren als het aankomt op het tegengaan van misbruik van een economische machtspositie.

#### Finland

De Finse mededingingswet bevat een expliciete bepaling met betrekking tot een machtspositie in "daily consumer goods trade".<sup>36</sup> Een onderneming wordt geacht een machtspositie te hebben wanneer de onderneming beschikt over een marktaandeel van ten minste 30 procent in de Finse dagelijkse levensmiddelenmarkt. De levensmiddelenmarkt omvat zowel de detailhandels- als de inkoopmarkt, zodat ondernemingen het verbod op misbruik van een machtspositie zowel bij hun verkoop- als bij hun inkoopactiviteiten moeten naleven.

#### Hongarije

In Hongarije geldt sinds 2016 een onweerlegbaar vermoeden dat een retailer met een omzet van meer dan HUF 100 miljard (ongeveer € 270 miljoen<sup>37</sup>) in Hongarije een machtspositie bezit.<sup>38</sup> Een dergelijk vermoeden levert een sterke verlichting van de bewijslast voor de leverancier op die zijn beklag doet over misbruik van machtspositie door een retailer.

#### Polen

Ook Polen heeft dergelijke sectorspecifieke regelingen. Zo geldt in Polen sinds 2017 het verbod op het oneerlijk gebruiken van contractueel voordeel bij de handel in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen.<sup>39</sup> De Poolse mededingingsautoriteit, UOKiK, is bevoegd om vast te stellen of een onderneming die een contractueel voordeel geniet, deze op oneerlijke wijze gebruikt.<sup>40</sup> Er is ook een lijst met voorbeelden die wijzen op het oneerlijk gebruiken van een contractueel voordeel. Te noemen zijn het onredelijk beëindigen van het contract of het dreigen daarmee wanneer de wederpartij bijvoorbeeld geen nieuwe leveringsvoorwaarden wil accepteren, het beëindigingsrecht slechts aan één partij toekennen en onredelijke verlenging van betalingstermijnen.<sup>41</sup> In feite vertoont deze Poolse wet dus gelijkenissen met de nieuwe Richtlijn.<sup>42</sup> Op 5 maart 2018 gebruikte

32. Naast onderstaande landen heeft bijvoorbeeld ook Letland (Wet verbod oneerlijke detailhandelspraktijken (Unfair Retail Trade Practices Prohibition Law)) dergelijk sectorspecifiek mededingingsrecht. Oostenrijk kent andere drempels voor het vaststellen van een machtspositie. Een onderneming wordt daar geacht een machtspositie te hebben indien zij een superieure positie heeft in de handelsbetrekkingen met haar afnemers of leveranciers (artikel 4 Oostenrijkse Kartelwet). De Oostenrijkse mededingingswetgeving is recentelijk flink op de schop gegaan en de nieuwe wet is per 10 september 2021 in werking getreden (Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz 2021; zie [parlament.gv.at](http://parlament.gv.at)). Het voorgaande geldt echter nog steeds.

33. Persbericht Bundeskartellamt, 'Bundeskartellamt takes decision of principle in food retail case - EDEKA's demands on suppliers were abusive', 3 juli 2014.

34. Artikel L.420-2 Code de Commerce.

35. Dit verbod geldt bijvoorbeeld ook in Griekenland (artikel 18a van de Wet 146/1914 on Unfair Competition Practices) en Portugal (verbod misbruik economische afhankelijkheid (artikel 12 Lei no. 19/2012)).

36. Artikel 4a Finnish Competition Act.

37. Exact: € 270.712.165,00, berekend op 3 januari 2022.

38. Zie artikel 7 van de Hongaarse Handelswet (2005. évi CLXIV. törvény a kereskedelemről).

39. Act on Counteracting the Unfair Use of Contractual Advantage in Trade of Agricultural and Food Products. Zie uitgebreid het persbericht van UOKiK, 'President signs the act on the unfair use of contractual advantage', 4 januari 2017.

40. Het onderzoek kan door UOKiK worden ingesteld wanneer (i) het verkoopvolume tussen de partijen bij een contract in het jaar van het onderzoek of de twee voorgaande jaren PLN 50.000 (ongeveer € 11.000) bedroeg, en (ii) de entiteit die het contractuele voordeel op oneerlijke wijze gebruikte een omzet behaalde van PLN 100 miljoen (ongeveer € 22 miljoen) in het jaar van het onderzoek of het voorgaande jaar.

41. Persbericht UOKiK, 'President signs the act on the unfair use of contractual advantage', 4 januari 2017.

42. Richtlijn 2019/633/EU van het Europees Parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake oneerlijke handelspraktijken in de relaties tussen ondernemingen in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen (*PbEU* 2019, L 111).

UOKiK voor het eerst haar bevoegdheden. UOKiK trad handhavend op tegen Cykoria, een producent van voedingsconcentraten, gedroogde vruchten en groenten en specerijen. Vlak na de start van het onderzoek van UOKiK heeft Cykoria wijzigingen voorgesteld aan UOKiK, waardoor er in dit geval geen boete is opgelegd.<sup>43</sup>

In al deze gevallen zal de producent aan de bel moeten trekken bij de mededingingsautoriteit(en) of naar de civiele rechter moeten stappen (*ex post*). Niettemin wordt bovengenoemde sectorspecifieke maatregelen door verschillende nationale mededingingsautoriteiten naar eigen zeggen effectief gehandhaafd.<sup>44</sup> Toch blijft het de vraag in hoeverre deze maatregelen in de praktijk daadwerkelijk effectief zijn en ook leiden tot bijvoorbeeld meer (aanbod van) duurzame producten en/of productiemethoden. Om *ex ante* in te kunnen grijpen en een betere prijs/condities voor de boer of de voedselproducent te verzekeren, wordt geregeld nog een ander (mededingingsrechtelijk) instrument genoemd.

## 5. (Tijdelijk) verbod op verkoop onder kostprijs

Een andere optie om te kunnen verzekeren dat de boer en voedselproducent niet onder de kostprijs kunnen produceren, is een (tijdelijk) sectoraal verbod op verkoop onder kostprijs. Een dergelijk verbod geldt al jaren in België.<sup>45</sup> Albert Heijn liep daar bij haar toetreding in België<sup>46</sup> tegenaan toen Albert Heijn stunte met een 'drie halen, één betalen'-actie.<sup>47</sup> Het verbod op verkoop met verlies stond oor-

spronkelijk in artikel 101 Belgische Wet Marktpraktijken en consumentenbescherming.<sup>48</sup> In 2013 oordeelde het Europese Hof van Justitie in antwoord op prejudiciële vragen dat dit verbod, voor zover het consumentenbescherming beoogt, in strijd was met de Richtlijn.<sup>49</sup> Het Hof van Beroep van Gent oordeelde vervolgens dat het verbod niet enkel draait om het beschermen van de economische belangen van marktpartijen, maar ook om het beschermen van de consument. Zodoende valt het verbod binnen de Richtlijn, gaat het verder dan de daarin opgenomen bepalingen en is het verbod daarmee in strijd.<sup>50</sup> Dit oordeel is in 2016 bevestigd door het Belgische Hof van Cassatie.<sup>51</sup> De Belgische wetgever heeft geprobeerd het verbod te redden door het op te nemen in het Belgische Wetboek Economisch Recht met een nieuwe toevoeging:

*"Teneinde eerlijke marktpraktijken te verzekeren tussen ondernemingen, is het elke onderneming verboden goederen met verlies te koop aan te bieden of te verkopen."<sup>52</sup> Verder is in de Memorie van Toelichting opgenomen dat "deze regelgeving enkel tot doel heeft het bestaan van een gezonde en loyale concurrentie tussen ondernemingen te waarborgen."<sup>53</sup>*

43. Zie uitgebreid 'Poland: Competition authority's first decision on unfair use of contractual advantage in food sector', *Schonherr*, 15 april 2018.

44. De actieve handhaving van het *Anzapfverbot* blijkt onder andere uit het Duitse wetsvoorstel tot *Zweiten Gesetzes zur Änderung des Agrarmarktstrukturgesetzes 3/21*, 1 januari 2021 en de verklaring nr. 38/2020 van de *Bundesrechtsanwaltskammer*. Uit een nieuwsbrief van de Finse mededingingsautoriteit van 26 maart 2014 blijkt dat door de invoering van de Finse sectorspecifieke maatregel problematische praktijken van handelaren zijn beëindigd (beschikbaar via: [anpdm.com](http://anpdm.com)). De Franse mededingingsautoriteit heeft op 13 april 2015 een advies geschreven over de mogelijkheid om de Franse sectorspecifieke maatregel effectiever te maken, zie *Autorité de la concurrence*, 'Joint purchasing agreements in the food retail sector', 13 april 2015.

45. In België geldt daarnaast sinds september 2020 het verbod op misbruik van economische afhankelijkheid in aanvulling op het verbod op misbruik machtspositie (artikel IV.2/1 Belgisch Wetboek van economisch recht).

46. En ook in Frankrijk, zie *Kamerstukken II 2017/18, 34775-XIII*, nr. 32, item 11.

47. F. Dereymaeker, 'Albert Heijn ontketent prijzenoorlog in België met drie halen, één betalen', *AD*, 6 februari 2019. Albert Heijn startte in België een prijsoffensief door bij diverse producten drie halen en één betalen te hanteren, waardoor de producten met verlies werden verkocht. Er volgde een onderzoek van de Economische Inspectie. Zie eveneens D. Baert, 'Albert Heijn betrapt op verkopen met verlies tijdens 1+2-actie', *vrt.be*, 5 maart 2019.

48. Artikel 101: "§ 1. Het is elke onderneming verboden goederen met verlies te koop aan te bieden of te verkopen. Als een verkoop met verlies wordt beschouwd, elke verkoop tegen een prijs die niet ten minste gelijk is aan de prijs waartegen de onderneming het goed heeft gekocht of die de onderneming zou moeten betalen bij herbevoorrading, na aftrek van eventueel toegekende en definitief verworven kortingen. Om uit te maken of er verkoop met verlies is, wordt geen rekening gehouden met kortingen die, al dan niet uitsluitend, toegekend worden in ruil voor verbintenissen van de onderneming andere dan de aankoop van goederen. § 2. In geval van gezamenlijk aanbod van verscheidene, al dan niet identieke goederen, geldt het verbod bedoeld in § 1, eerste lid, slechts wanneer het aanbod in zijn geheel een verkoop met verlies uitmaakt." Beschikbaar via: [etaamb.openjustice.be](http://etaamb.openjustice.be).

49. HvJ EU 7 maart 2013, C-343/12, ECLI:NL:EU:C:2013:154 (*Euronics/Kamera Express*).

50. Hof van Beroep van Gent 16 december 2013, A.R. nr 2012/AR/2556.

51. Belgische Hof van Cassatie 16 september 2016, ECLI:BE:CASS:2016:ARR.20160916.4.

52. Artikel VI.116 WER: § 1. Teneinde eerlijke marktpraktijken te verzekeren tussen ondernemingen, [is het elke onderneming] verboden goederen met verlies te koop aan te bieden of te verkopen. Als een verkoop met verlies wordt beschouwd, elke verkoop tegen een prijs die niet ten minste gelijk is aan de prijs waartegen de onderneming het goed heeft gekocht of die de onderneming zou moeten betalen bij herbevoorrading, na aftrek van eventueel toegekende en definitief verworven kortingen, alsook van niet definitief verworven volumekortingen berekend op basis van 80 % van de volumekorting die de onderneming in het voorbije jaar voor hetzelfde goed heeft verworven. Om uit te maken of er verkoop met verlies is, wordt geen rekening gehouden met kortingen die, al dan niet uitsluitend, toegekend worden in ruil voor verbintenissen van de onderneming andere dan de aankoop van goederen. § 2. In geval van gezamenlijk aanbod van verscheidene, al dan niet identieke goederen, geldt het verbod bedoeld in paragraaf 1, eerste lid, slechts wanneer het aanbod in zijn geheel een verkoop met verlies uitmaakt.

53. Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers, document 3018/001, nr. 53, p. 48 (*MvT*).

Of dit genoeg is om het verbod buiten de werksfeer van de Richtlijn te houden, is thans onduidelijk.

Ook in Spanje geldt een verbod tot verkoop met verlies. Het Spaanse verbod is opgenomen in artikel 14 van de Wet 7/1996 houdende regels voor de detailhandel.<sup>54</sup> Naast het beschermen van de consument had de wet ook tot doel om bij te dragen aan het herstel van het evenwicht tussen grote en kleine winkelbedrijven en, met name, de vrije en eerlijke concurrentie te handhaven.<sup>55</sup> Ook dit verbod belandde voor het Hof van Justitie. De Spaanse rechtbank vroeg het Hof of de Richtlijn zich verzette tegen een dergelijk verbod.<sup>56</sup> Het Hof oordeelde, net als in de Belgische zaak, dat de Richtlijn een volledige harmonisatie van de regels inzake oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten tot stand brengt. Lidstaten mogen dus geen strengere maatregelen vaststellen, ook niet om een hoger niveau van consumentenbescherming tot stand te brengen. Het Spaanse verbod ging verder dan de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en was daarmee dus in strijd.<sup>57</sup> Het verbod is in Spanje na de uitspraak van het Hof weliswaar aangepast, maar niet verdwenen. Uit het Belgische en Spaanse voorbeeld volgt in ieder geval dat er aan een verbod op verkoop onder kostprijzen haken en ogen zitten. Het beschermen van consumenten mag geen doel zijn, ook niet indirect.

## 6. Het heft in eigen hand: producentenorganisaties en samenwerken bij horizontale en verticale duurzaamheidsinitiatieven

Hoewel Nederland geen sectorspecifieke aanscherping van het misbruikverbod kent en hier geen verbod op verkoop onder kostprijzen geldt, staan boeren en andere voedselproducenten met betrekking tot het tegengaan van uitwassen van inkoopmacht in Nederland niet geheel met lege handen. Hoewel zij vaak tegen het kartelverbod (artikel 6 Mededingingswet/artikel 101 VWEU) aanlopen wanneer zij onderling willen samenwerken (al dan niet met de retailers<sup>58</sup>), bestaan daarop belangrijke uitzonderingen. Zij kunnen zich (i) verenigen in een producentenorganisatie ("PO") en (ii) sinds kort hun krachten bundelen om zo bepaalde duurzaamheidsdoelen te behalen.

- 
54. Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista.  
55. BOE nr. 15 van 17 januari 1996, p. 1243. Vrij vertaald: Deze wet [heeft onder andere tot doel om] bij te dragen aan het herstel van het evenwicht tussen grote en kleine winkelbedrijven en, met name, de vrije en eerlijke concurrentie te handhaven. Het spreekt voor zich dat de meest directe en tastbare gevolgen van vrije en eerlijke concurrentie tot uiting komen in steeds betere prijzen, kwaliteit en andere voorwaarden met betrekking tot het aanbod en de dienstverlening aan het publiek, hetgeen uiteindelijk het meest oplevert voor de consument.  
56. HvJ EU 19 oktober 2017, C-295/16, ECLI:EU:C:2017:782, overweging 19-24.  
57. HvJ EU 19 oktober 2017, C-295/16, ECLI:EU:C:2017:782, overweging 34-43.  
58. Vergelijk 'de Kip van Morgen' waar de ACM negatief over oordeelde.

### 6.1. Producentenorganisaties

Een PO is een samenwerkingsverband tussen landbouwproducenten. De mogelijkheid tot het vormen van een PO vloeit voort uit het Gemeenschappelijk Landbouwbeleid ("GLB").<sup>59</sup> Het GLB tracht er onder meer voor te zorgen dat landbouwproducenten een eerlijke prijs voor hun producten verkrijgen (artikel 39 VWEU). De Verordening tot vaststelling van een gemeenschappelijke ordening van de markten voor landbouwproducten (GMO-Verordening) regelt onder meer de samenstelling en werkwijze van PO's.<sup>60</sup> Volgens de Europese Commissie kunnen PO's "een nuttige rol spelen bij de concentratie van het aanbod, bij 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, het verrichten van onderzoek, het bevorderen van beste praktijken en het verstrekken van technische bijstand, het beheren van bijproducten en de risicobeheersingsinstrumenten waarover hun leden beschikken, kunnen zodoende bijdragen aan het versterken van de positie van de producenten in de voedselketen."<sup>61</sup>

Een GMO-erkende PO hoeft op grond van artikel 209 GMO-Verordening in beginsel geen rekening te houden met het kartelverbod wanneer zij namens de leden van de PO overeenkomsten sluit, besluiten neemt of feitelijke gedragingen verricht die bijdragen aan de verwezenlijking van de doelstellingen in artikel 39 VWEU.<sup>62</sup> Daarnaast heeft het Hof van Justitie in 2017 bepaald dat het kartelverbod eveneens niet van toepassing is wanneer een PO daadwerkelijk en nauwgezet de doelstellingen van de GMO-Verordening nastreeft. De samenwerking mag daarbij volgens het

- 
59. Het GLB is aan verandering onderhevig. Op 1 juni 2018 heeft de Europese Commissie een aantal wetsvoorstellen voor de periode 2021-2027 gepresenteerd (COM/2018/392 final). Doordat de onderhandelingen tussen het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie nog niet zijn afgerond, is de ingangsdatum uitgesteld tot 2023. Vanaf 2023 zal dan een nieuw gemeenschappelijk landbouwbeleid (gericht op verduurzaming) in werking treden. Momenteel geldt dus nog het huidige kader.  
60. 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 347/671).  
61. Verordening (EU) nr. 1308/2013, overweging 131.  
62. Artikel 39 VWEU bepaalt dat deze doelstellingen zijn: (a) 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, (b) 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, (c) de markten te stabiliseren, (d) de voorziening veilig te stellen en (e) redelijke prijzen bij de levering aan verbruikers te verzekeren.



Hof niet verder gaan dan strikt noodzakelijk.<sup>63</sup> Ofschoon dit ruimte biedt voor samenwerking is de vraag in de praktijk nog geregeld waar de grens nu precies ligt. Ook de (vrijwel gelijktijdige) introductie van de Omnibusverordening heeft de discussie over de vraag wanneer een PO nu wel en niet onder het kartelverbod valt nog niet definitief beslecht.<sup>64</sup>

Wat ook zij van de PO's, niet voor alle boeren en voedselproducenten levert deelname aan een PO de garantie voor een betere prijs/condities. Ook zijn er boeren en voedselproducenten voor wie een PO niet is weggelegd. Hoewel er binnen en buiten Nederland al jaren de nodige grote PO's bestaan, bleef de inkoopmachtproblematiek onderwerp op de (Europese) agenda en is de komst van de Wet OHP een feit. In de voedselvoorzieningsketen gaat in toenemende mate aandacht uit naar het snel sectorbreed kunnen behalen van duurzaamheidsdoelstellingen, maar dat kan alleen als dat verenigbaar is met het kartelverbod.

## 6.2. Het sectorbreed (in de EU) behalen van duurzaamheidsdoelen

Het wettelijke kader voor de beoordeling van duurzaamheidsinitiatieven in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen is in december 2021 op Europees niveau gewijzigd door de nieuwe Verordening 2021/2117.<sup>65</sup> Op grond van deze Verordening wordt het artikel 201bis aan de GMO-Verordening toegevoegd. Lid 1 luidt:

*"Artikel 101, lid 1, VWEU [kartelverbod, red.] is niet van toepassing op overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van producenten van landbouwproducten die verband houden met de productie van of de handel in landbouwproducten en die tot doel hebben een duurzaamheidsnorm, toe te passen die verder gaat dan hetgeen door het Unierecht of het nationale recht is voorgeschreven, mits*

*die overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen slechts die mededingingsbeperkingen opleggen welke onontbeerlijk zijn voor het behalen van die norm."*

Op grond van dit artikel worden zowel horizontale als verticale duurzaamheidsinitiatieven, onder bepaalde voorwaarden, uitgezonderd van het kartelverbod. De initiatieven die in aanmerking komen voor de uitzondering dienen gericht te zijn op duurzaamheidsnormen, waaronder wordt verstaan (artikel 201bis lid 3 GMO-Verordening):

- Milieudoelstellingen (matiging van en aanpassing aan klimaatverandering en andere ecologische beschermingsmaatregelen);
- Het verminderen van het gebruik van bestrijdingsmiddelen (bij de productie van landbouwproducten);
- Gezondheid en welzijn van dieren.

Daarbij geldt wel dat prijsafspraken die *geen* duurzaamheidsnorm nastreven, niet worden uitgezonderd van het kartelverbod. De bovenstaande aanpassing biedt aanknopingspunten om te komen tot sectorbrede afspraken om (versneld) bepaalde duurzaamheidsdoelen te behalen. De Europese Commissie zal uiterlijk op 8 december 2023 richtsnoeren publiceren waarin de voorwaarden van het aangepaste artikel 201bis aan de GMO-Verordening worden toegelicht. De Commissie heeft marktpartijen in dat kader verzocht hun ervaringen met duurzaamheidsovereenkomsten te delen.<sup>66</sup>

## 7. Concluderende opmerkingen

Verdere toename van schaalgrootte en samenwerking aan de inkoopzijde, uitwassen van inkoopmacht en de duurzaamheidstransitie komen nu en de komende jaren steeds meer samen. Verduurzaming van de landbouw- en voedselvoorzieningsketen vergt de nodige investeringen en een eerlijke prijs voor de producent is daarbij cruciaal. De Nederlandse wetgever doet er goed aan tijdig de (mededingingsrechtelijke) opties te verkennen die een eerlijke prijs kunnen garanderen voor de boer of andere voedselproducent.

De Wet OHP is van kracht, maar moet zich nog gaan bewijzen en de vraag is of dat genoeg is om te borgen dat de prijs die de boer of andere voedselproducent krijgt afdoende is. Er zijn voor de Nederlandse wetgever andere opties denkbaar. Voorbeelden zijn een aanpassing, of beter gezegd aanscherping, van het verbod van misbruik van machtspositie in de landbouw en voedselvoorzieningsketen of als *last resort* een (tijdelijk) verbod op verkoop onder kostprijs. Met betrekking tot misbruik van een machtspositie

63. HvJ 14 november 2017, zaak C-671/15, ECLI:EU:C:2017:860 (Witlof). Zie uitgebreid H.C.E.P.J. Janssen, 'De Franse witlofzaak en de nieuwe mededingingsregels in de landbouw', *TvAR* 2018, afl. 2, p. 56-67.

64. Het gaat deze bijdrage te buiten om die discussie uiteen te zetten. M.E.G. Litjens, 'ProducentenOrganisatie buiten of binnen het kartelverbod', *SEW* 2019, afl. 11, p. 482-489. Zie voor het kartelverbod met betrekking tot de coöperatie: D.W.L.A. Schrijvershof, 'Coöperaties en hun leden in het licht van het kartelverbod', *Coöperatie* 2017, afl. 633, p. 9-11.

65. Verordening (EU) 2021 tot wijziging van de Verordeningen (EU) nr. 1308/2013 tot vaststelling van een gemeenschappelijke ordening van de markten voor landbouwproducten, (EU) nr. 1151/2012 inzake kwaliteitsregelingen voor landbouwproducten en levensmiddelen, (EU) nr. 251/2014 inzake de definitie, de aanduiding, de aanbiedingsvorm, de etikettering en de bescherming van geografische aanduidingen van gearomatiseerde wijnbouwproducten en (EU) nr. 228/2013 houdende specifieke maatregelen op landbouwgebied ten behoeve van de ultraperifere gebieden van de Unie.

66. Persbericht Europese Commissie, 'Commission consults stakeholders on sustainability agreements in agriculture', 28 februari 2022.

kan men denken aan het invoeren van sectorspecifieke verboden of verlaagde marktaandeeldrempels. In Duitsland en Frankrijk geldt bijvoorbeeld het verbod op misbruik van economische afhankelijkheid, in aanvulling op het verbod van misbruik van een machtspositie. Een dergelijk verbod geldt ook in Portugal, België en Griekenland. Maar er zijn ook andere opties denkbaar. Finland, Polen en Hongarije kennen al jaren sectorspecifiek mededingingsrecht voor de landbouw- en voedselvoorzieningsketen. Zo zijn in Finland de drempels voor een machtspositie in de levensmiddelenmarkt verlaagd: een marktaandeel van 30% is genoeg om te spreken van een machtspositie. In Hongarije geldt een dergelijke drempel aan de hand van de omzet van een onderneming. Polen (en ook Letland) gaan het verst en hebben al geruime tijd specifieke regelgeving om oneerlijke handelspraktijken in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen aan te pakken.

Samenwerking tussen boeren en voedselproducenten is binnen de kaders van de mededingingsregels te faciliteren door te werken met PO's. Door op die manier de krachten te bundelen zouden boeren en voedselproducenten de mogelijkheid hebben om zelf tegenwicht te bieden aan de (uitwassen van) inkoopmacht. Daarnaast biedt de GMO-Verordening nu het perspectief om versneld sectorbreed (al dan niet samen met afnemers) en in meerdere EU-lidstaten tegelijk duurzaamheidsinitiatieven door te voeren. Of dat er ook toe zal leiden dat niet alleen het duurzaamheidsinitiatief (juridisch) op toelaatbare wijze van de grond komt, maar de boeren en/of andere voedselproducenten daarbij ook een eerlijke prijs krijgen, is op voorhand niet te garanderen. Wat in ieder geval zal helpen is het geven van zoveel mogelijk *guidance* over deze uitzonderingen op het kartelverbod door de Europese Commissie en nationale mededingingsautoriteiten. Dit zodat koudwatervrees bij de inzet van artikel 201bis lid 3 GMO-Verordening meteen wordt weggenomen en er snel zoveel mogelijk voorbeelden van succesvolle toepassing bekend worden.<sup>67</sup>

Mocht ook artikel 201bis lid 3 GMO-Verordening niet baten, dan zou als laatste redmiddel het instellen van een (tijdelijk) verbod op verkoop onder kostprijs in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen een optie kunnen zijn. Daar moet wel de kanttekening bij worden geplaatst dat het invoeren daarvan zeer vergaand is en de nodige aandacht vergt. In Spanje en België is een dergelijk verbod onderuitgehaald door het Hof van Justitie.

---

67. Vergelijk het voorbeeld van het Bka: 'Achieving sustainability in a competitive environment – Bundeskartellamt concludes examination of sector initiatives', 18 januari 2022.