

Nieuwe Commissierichtsnoeren inzake artikel 210 bis GMO

Genereuze vrijstelling kartelverbod op zoek naar toepassing

Mr. J.C. de Goffau en mr. M.C. van Heezik*

Deze bijdrage bespreekt de richtsnoeren van de Commissie over de nieuwe uitzondering op het kartelverbod voor duurzaamheidsvereenkomsten van landbouwproducenten, neergelegd in artikel 210 bis Verordening (EU) nr. 1308/2013. Deze uitzondering biedt ruimere mogelijkheden voor duurzaamheidsvereenkomsten in de agrarische sector dan de algemene uitzondering van artikel 101 lid 3 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Deze bijdrage vergelijkt de invulling van deze specifieke uitzondering met de toepassing van de algemene uitzondering van het kartelverbod en de praktijk van de nationale mededingingsautoriteiten tot op heden. Ten slotte geeft deze bijdrage een kritische beoordeling van de reikwijdte en de effectiviteit van de uitzondering voor de bevordering van duurzaamheid in de agrarische sector.

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 2023, L 347/67) (GMO-verordening).

Inleiding

Op 8 december 2023 heeft de Europese Commissie de richtsnoeren voor duurzaamheidsvereenkomsten van landbouwproducenten krachtens artikel 210 bis GMO-verordening gepubliceerd (hierna: de Richtsnoe-

ren).¹ Met deze publicatie geeft de Commissie handen en voeten aan de voorwaarden waaraan duurzaamheidsvereenkomsten in de agrarische sector moeten voldoen om krachtens artikel 210 bis GMO-verordening (art. 210 bis) van de uitzondering op het kartelverbod te genieten.²

Het kartelverbod behelst dat ondernemingen in principe geen overeenkomsten mogen sluiten die de mededinging beperken. Van een mededingingsbeperking is sprake wanneer een overeenkomst ‘mededingingsparameters’, zoals prijs, output en kwaliteit, negatief beïnvloedt. Dit kan onder meer het geval zijn wanneer ondernemingen afspraken maken over productiemiddelen, afnemers, leveranciers of gebieden; of commercieel gevoelige informatie uitwisselen.³ Gevolg is dat afspraken die gericht zijn op de verduurzaming van de agrovooedingketen onder het kartelverbod kunnen vallen. Wanneer veehouders bijvoorbeeld afspreken de ruimte voor individuele dieren te vergroten ten gunste van het dierenwelzijn, kan dit verboden zijn omdat deelnemers de facto afspreken minder output te leveren door minder dieren te houden.⁴ De toepassing van het kartelverbod kan dus een barrière vormen voor de uitvoering van de Europese Green Deal, waardoor duurzaamheidsdoelstellingen een speerpunt zijn geworden van het nieuwe landbouwbeleid.⁵

Er bestaan al verschillende uitzonderingen op het kartelverbod, zoals de nevenrestrictie in het kader van

* Mr. J.C. (Jori) de Goffau is advocaat bij Houthoff. Mr. M.C. (Greetje) van Heezik is advocaat bij Houthoff. De auteurs danken Gerrit Praasterink voor zijn hulp bij het opstellen van deze bijdrage.

1 Richtsnoeren van de Commissie inzake de uitsluiting van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie voor duurzaamheidsvereenkomsten van landbouwproducenten krachtens artikel 210 bis van Verordening (EG) nr. 1308/2013 (PbEU 2023, C 2023/1446).
2 De Commissie heeft met de Richtsnoeren haar verplichting ingelost om voor 8 december 2023 met richtsnoeren inzake het artikel te komen, zie art. 210 bis lid 5 GMO-verordening.
3 De Commissie licht deze beperkingen nader toe in bijlage E van de richtsnoeren.
4 Richtsnoeren, randnr. 73.
5 Richtsnoeren, par. 1.1.1.

duurzaamheid als publiek belang,⁶ de reeds bestaande specifieke uitzonderingen op het kartelverbod in de GMO-verordening⁷ en de algemene uitzondering in artikel 101 lid 3 VWEU.⁸ Krachtens de lid 3-uitzondering kan een overeenkomst die bijdraagt aan verbetering van de productie en waarvan een billijk aandeel van de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, worden uitgezonderd van het verbod. Deze uitzondering biedt beperkt ruimte voor duurzaamheids-overeenkomsten in de agrovoedingsketen. Het is immers de vraag in hoeverre de verbetering van bijvoorbeeld dierenwelzijn de productie verbetert of een billijk aandeel de consument ten goede komt.⁹

Artikel 210 bis beoogt daarom ruimte te bieden voor verticale en horizontale initiatieven met betrekking tot landbouwproducten en levensmiddelen, die gericht zijn op het hanteren van duurzaamheidsvereisten die strenger zijn dan de wettelijke normen. Dergelijke initiatieven tussen producenten en marktdeelnemers op verschillende niveaus van productie, verwerking en handel leiden volgens de Europese wetgever bovendien tot een versterking van de positie van de producenten in de toeleveringsketen en hun onderhandelingspositie.¹⁰ Met de introductie van deze bepaling heeft de Europese wetgever gebruikgemaakt van de in artikel 42 VWEU neergelegde mogelijkheid om de mededingingsregels in de landbouwsector slechts beperkt van toepassing te verklaren.¹¹

De nieuwe GMO-uitzondering en daarbij horende richtsnoeren zijn daarmee een aanvulling op de bestaande algemene richtsnoeren over de andere uitzonderingen op het kartelverbod die ook van toepassing zijn in de agrarische sector.¹² Aangezien het gaat om een nieuwe uitzondering, heeft de Europese wetgever de Commissie expliciet opgedragen richtsnoeren op te stellen als leidraad voor ondernemingen in de agrovoedingsketen die willen samenwerken op het gebied van duurzaamheid

en willen profiteren van de met artikel 210 bis geïntroduceerde uitzondering op het kartelverbod.¹³

Wij bespreken hierna de inhoud van de Richtsnoeren en de gevolgen daarvan voor de toepassing van artikel 210 bis.

Toepassingsgebied van artikel 210 bis

Personele, materiële en temporele toepassing

In hoofdstuk 2, 3 en 6 van de Richtsnoeren beschrijft de Commissie het personele, het materiële en het temporele toepassingsgebied van artikel 210 bis.

Voor het personele toepassingsgebied is van belang dat artikel 210 bis uitsluitend van toepassing is op duurzaamheids-overeenkomsten waarbij ten minste een van de partijen een producent van landbouwproducten is.¹⁴ Zowel overeenkomsten tussen producenten van landbouwproducten onderling (horizontale overeenkomsten), als tussen producenten en andere marktdeelnemers (verticale overeenkomsten), kunnen worden uitgezonderd onder artikel 210 bis.¹⁵ Het begrip marktdeelnemers ziet volgens de GMO-verordening op marktdeelnemers op 'productieniveau', 'verwerkingsniveau' en 'handelsniveau, met inbegrip van de distributie'.¹⁶

Indien een producent van landbouwproducten of marktdeelnemer een duurzaamheidsnorm louter naleeft, volstaat dat niet voor de kwalificatie als 'partij' bij een duurzaamheids-overeenkomst. Bepalend voor de kwalificatie als partij bij duurzaamheids-overeenkomst is de wilsovereenstemming met de andere partijen over de naleving van de norm. Pas na de wilsovereenstemming van een producent over de bindende aard van de overeenkomst, is sprake van een duurzaamheids-overeenkomst in de zin van artikel 210 bis.¹⁷

Voor de materiële toepassing dient sprake te zijn van een (mogelijke) overtreding van het kartelverbod om in aanmerking te komen voor een uitzondering krachtens artikel 210 bis. Indien er geen sprake is van een beperking van de mededinging is het kartelverbod en dus ook artikel 210 bis niet van toepassing.¹⁸ Een voorbeeld is een overeenkomst tussen concurrenten met betrekking tot een sectorale bewustmakingscampagne gericht op de ecologische voetafdruk van afnemers, zonder dat zij

6 Het is denkbaar dat duurzaamheid als 'publiek belang' wordt gekwalificeerd, op basis waarvan een noodzakelijke en proportionele mededingingsbeperking gerechtvaardigd is. Hier zijn echter geen precedënten voor en deze methode wordt volgens ons niet of nauwelijks toegepast (zie naar analogie de *Wouters*-rechtspraak, HvJ 19 februari 2002, C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98).

7 Zie ook voetnoot 3.

8 Zie ook art. 6 lid 3 Mededingingswet (Mw).

9 Zie bijvoorbeeld ACM, 'Analyse ACM van duurzaamheidsafspraken "De Kip van Morgen"', 26 januari 2015, www.acm.nl.

10 Overweging 62 van de considerans bij Verordening (EU) 2021/2117 van het Europees Parlement en de Raad van 2 december 2021 tot wijziging van de Verordeningen (EU) nr. 1308/2013 (*PbEU* 2021, L 435/262).

11 Hoewel art. 206 GMO-verordening de mededingingsregels onverkort van toepassing verklaart, voorziet de verordening in diverse vrijstellingen c.q. afwijkingen van het kartelverbod. Zie art. 152 lid 1 bis, 172 ter, 209, 210 en 222 GMO-verordening.

12 Zie o.a. de Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (*PbEU* 2023, C 259/01); Richtsnoeren inzake verticale beperkingen (*PbEU* 2022, C 248/01) en ACM Leidraad Samenwerking tussen concurrenten, 26 februari 2019; en ACM Beleidsregel Toezicht ACM op duurzaamheidsafspraken, 4 oktober 2023.

13 Neergelegd in art. 101 lid 1 VWEU. Op grond van art. 12 Mw is de uitzondering eveneens van toepassing op afspraken die het handelsverkeer tussen de lidstaten niet (kunnen) beïnvloeden en uitsluitend onder het nationale kartelverbod van art. 6 lid 1 Mw vallen.

14 Met landbouwproducten worden de producten die zijn gedefinieerd in bijlage I VWEU bedoeld. Dit zijn onder andere zuivel, bloemen, groenten en fruit maar ook verwerkte landbouwproducten zoals suiker en meel.

15 Art. 210 bis lid 2 GMO-verordening.

16 Richtsnoeren, randnr. 28.

17 Richtsnoeren, randnr. 35-37.

18 Zie paragraaf 'Onontbeerlijkheid' hierna. Zie als voorbeeld van een afspraak die niet onder het kartelverbod valt de zienswijze van de ACM van 2 september 2022 inzake Informele beoordeling duurzaamheidsinitiatief Tuinbranche NL (ACM/UITNZP/001551), www.acm.nl.

gezamenlijke reclame voor bepaalde producten maken.¹⁹

Artikel 210 bis reikt geografisch verder dan alleen de Europese Unie (EU).²⁰ Het artikel kan ook van toepassing zijn op overeenkomsten met producenten gevestigd buiten de Unie. Hierbij wordt aangesloten bij de *effects-doctrine* waarbij het voldoende is dat een bepaalde overeenkomst onmiddellijke, wezenlijke en voorzienbare gevolgen kan hebben voor de mededinging op de interne markt.²¹ De uitzondering van artikel 210 bis volgt daarmee het toepassingsbereik van artikel 101 lid 1 VWEU, dat van toepassing kan zijn op gedragingen die buiten de EU plaatsvinden maar die mededingingsbeperkende effecten op de interne EU-markt hebben.

Het temporele toepassingsgebied wordt bepaald door de inwerkingtreding van artikel 210 bis op 8 december 2021. Vanaf deze datum kunnen duurzaamheidsovereenkomsten profiteren van de uitzondering van het kartelverbod. Uit hoofdstuk 6 van de Richtsnoeren kan worden afgeleid dat tussen deze datum en de publicatiedatum van de Richtsnoeren (8 december 2023) een bepaalde *coulance* gold voor overeenkomsten die in deze periode zijn gesloten. Overeenkomsten die na publicatie van de Richtsnoeren strijdig bleken met artikel 210 bis, dienden onverwijld in overeenstemming met artikel 210 bis en artikel 101 VWEU te worden gebracht.²²

Duurzaamheidsnorm die verder gaat dan een bestaande norm

Om binnen het materiële toepassingsgebied van artikel 210 bis te vallen moet een duurzaamheidsovereenkomst gericht zijn op het behalen van een duurzaamheidsnorm die bijdraagt aan een of meer limitatief opgesomde duurzaamheidsdoelstellingen: het bevorderen van het milieu, het verminderen van bestrijdingsmiddelen en het bevorderen van de gezondheid en het welzijn van dieren.²³ De Commissie noemt in de richtsnoeren een aantal specifieke voorbeelden die onder deze doelstellingen kunnen vallen, zoals het verminderen van luchtverontreiniging, het verbeteren van natuurlijke ecologische processen door het gebruik van insecten en bescherming van dieren tegen letsels en ziekten door preventie, snelle diagnoses en behandelingen.²⁴

In de duurzaamheidsovereenkomst moet worden opgenomen aan welke doelstelling(en) de overeengekomen duurzaamheidsnorm bijdraagt.²⁵ Het kan daarbij gaan om een bestaande duurzaamheidsnorm, een duurzaamheidsnorm die met het oog op de overeenkomst is opgesteld of een door derden opgestelde norm. Deze normen dienen steeds tastbare en meetbare resultaten op te leveren. Indien het niet mogelijk is de behaalde resultaten om te zetten in kwantificeerbare cijfers, voldoen ook

waarneembare en beschrijfbaar resultaten.²⁶ Het is bijvoorbeeld lastig om in de praktijk te bepalen in hoeverre de biodiversiteit in de regio is verbeterd als gevolg van een overeenkomst om meer insectvriendelijke gewassen te telen. In dat geval volstaat het als de partijen bij de overeenkomst de geleverde inspanningen en bereikte resultaten beschrijven.²⁷

Een duurzaamheidsnorm dient verder te gaan dan de bestaande bindende normen uit het Unierecht of interne recht van een lidstaat om van uitsluiting onder artikel 210 bis te genieten.²⁸ Dit betekent ook dat een eventuele uitzondering voor een bepaalde duurzaamheidsovereenkomst bij het inwerkingtreden van een gelijke of ambitieuzere wettelijke norm automatisch komt te vervallen.²⁹ In de praktijk is het dus nuttig ook onderzoek te doen naar op handen zijnde wetgeving. Zo is de EU als onderdeel van de Green Deal bezig met het via regulering nastreven van duurzaamheidsdoelstellingen in de agrarische sector, bijvoorbeeld met de Verordening ontbossingsvrije grondstoffen en producten³⁰ en de Richtlijn inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid.³¹

Normen die zijn opgelegd als (streef)doelen aan regio's of lidstaten, maar die niet zijn doorgelegd aan ondernemingen gelden niet als bindende normen.³² Een duurzaamheidsovereenkomst die bedoeld is om de duurzaamheid te vergroten door aan een niet-bindende of niet-bestaande norm te voldoen kan ook van de uitzondering van artikel 210 bis genieten. De Richtsnoeren bepalen niet in welke mate de vastgestelde duurzaamheidsnorm verder moet gaan dan de bindende norm. Dit moet per geval worden beoordeeld waarbij rekening moet worden gehouden met de mate waarin de duurzaamheidsovereenkomst de mededinging beperkt en met de vraag of de mededingingsbeperking onontbeerlijk is.³³

Onontbeerlijkheidstoets

In hoofdstuk 5 van de Richtsnoeren gaat de Commissie in op de onontbeerlijkheidstoets. Deze toets moet waarborgen dat een duurzaamheidsovereenkomst slechts van het kartelverbod kan worden uitgezonderd krachtens artikel 210 bis indien de mededingingsbeperkingen die de overeenkomst teweegbrengen 'onontbeerlijk' zijn

19 Richtsnoeren, par. 4.2.

20 Richtsnoeren, randnr. 33.

21 HvJ 6 september 2017, C-413/14 P, ECLI: EU:C:2017:632 (*Intel/Commissie*).

22 Richtsnoeren, randnr. 135.

23 Richtsnoeren, randnr. 43; art. 210 bis lid 3 GMO-verordening.

24 Richtsnoeren, randnr. 44.

25 Richtsnoeren, randnr. 46.

26 Richtsnoeren, randnr. 55-56.

27 Richtsnoeren, randnr. 56, voorbeeld 2.

28 Richtsnoeren, randnr. 57.

29 Richtsnoeren, randnr. 64.

30 Verordening (EU) 2023/1115 van het Europees Parlement en de Raad van 31 mei 2023 betreffende het op de markt van de Unie aanbieden en de uitvoer uit de Unie van bepaalde grondstoffen en producten die met ontbossing en bosdegradatie verband houden, en tot intrekking van Verordening (EU) nr. 995/2010 (*PbEU* 2023, L 150/206).

31 Richtlijn (EU) 2024/1760 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juni 2024 inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1937 en Verordening (EU) 2023/2859 (*PbEU* L 2024/1760).

32 Richtsnoeren, randnr. 58.

33 Richtsnoeren, randnr. 66. Zie ook paragraaf 'De vrijstelling in de praktijk'.

voor het halen van de vastgestelde duurzaamheidsnorm.³⁴ Bij de uitleg van de onontbeerlijkheidstoets neemt de Commissie de onmisbaarheidstoets uit artikel 101 lid 3 VWEU als uitgangspunt.³⁵ Ondanks dat dezelfde – hierna besproken – tweestappentoets wordt toegepast, geldt er in het geval van artikel 210 bis een andere maatstaf bij de toetsing van de aard en intensiteit van de mededingingsbeperking.³⁶ Deze maatstaf wordt beïnvloed door het feit dat artikel 210 bis er expliciet op is gericht het sluiten van duurzaamheidsvereenkomsten te stimuleren en beoogt ruimte te bieden om vooruitgang te boeken op het gebied van duurzaamheid.³⁷

Bij het beoordelen van een duurzaamheidsvereenkomst moet elke bepaling afzonderlijk worden gezien om te bepalen in hoeverre deze nodig is om aan een bepaalde duurzaamheidsnorm te voldoen. Daarnaast moet de overeenkomst in zijn geheel worden bekeken.³⁸

Stap 1a: De noodzakelijkheid van samenwerken

Bij dit onderdeel moet worden getoetst of een bepaalde duurzaamheidsnorm niet ook kan worden bereikt zonder samenwerkingsafspraken te maken met andere ondernemingen. Een belangrijke indicatie dat de doelstelling niet individueel kan worden bereikt door partijen is wanneer landbouwproducenten niet over de benodigde kennis of ervaring beschikken om aan een duurzaamheidsnorm te voldoen en deze niet gemakkelijk zelf kunnen vergaren. Ook kan samenwerking noodzakelijk zijn als de kosten van de benodigde investeringen dusdanig hoog zijn dat individuele landbouwproducenten deze niet kunnen dragen of een *first-mover disadvantage* hebben.

De Commissie stelt dat bepaalde aspecten meewegen in de beoordeling van de noodzakelijkheid van samenwerken. Het feit dat er eenzijdige initiatieven zijn waarmee succesvol aan een bepaalde duurzaamheidsnorm is voldaan, sluit niet uit dat samenwerking in een ander geval aan de noodzakelijkheidseis kan voldoen om aan een soortgelijke duurzaamheidsnorm te voldoen, bijvoorbeeld wanneer samenwerking doeltreffender, goedkoper of sneller is om de duurzaamheidsnorm te behalen. De samenwerking dient per geval te worden beoordeeld aan de hand van de feitelijke context. Partijen moeten de marktstructuur en potentiële risico's en stimulansen van samenwerking in kaart brengen. Belangrijk is bijvoorbeeld de vraag of samenwerking leidt tot efficiëntiewinst of dat onafhankelijk handelen meer toegevoegde waarde oplevert. Wanneer een nieuwe productie- of

handelsmethode door middel van intellectueel eigendom kan worden beschermd of er kostendekkende subsidies beschikbaar zijn, zal samenwerken niet nodig zijn.³⁹

Stap 1b: Onontbeerlijkheid van de bepaling(en) van de duurzaamheidsvereenkomst

De Commissie vereist dat potentiële deelnemers in detail beoordelen welke onderlinge afspraken het geschiktst zijn om de vastgestelde duurzaamheidsnorm te behalen. Daarvoor moeten de deelnemers vaststellen welke problemen hen beletten om aan de norm te voldoen en welke oplossingen daarbij horen. De Commissie doet alvast suggesties voor oplossingen bij specifieke problemen. Bij een gebrek aan consumentenvertrouwen in een duurzaamheidsnorm, bijvoorbeeld, ziet de Commissie twee mogelijke oplossingen, namelijk (1) het gezamenlijk invoeren van een duurzaamheidskeurmerk en (2) een gezamenlijke promotiecampagne. De Commissie meent dat het keurmerk de minst beperkende en daarmee geschiktste optie is om het probleem op te lossen.⁴⁰ De partijen zullen in dit geval dus voor een keurmerk moeten kiezen om de duurzaamheidsdoelstelling te bereiken.

Stap 2: Onontbeerlijkheid van de aard en de intensiteit van de beperking

Stap 2 ziet op de beoordeling van de individuele specifieke bepalingen in de overeenkomst als al vastligt op basis van stap 1b welk type afspraken het geschiktst zijn om de duurzaamheidsnorm te behalen ook in het licht van de beperking die zij op de mededinging vormen. Als bijvoorbeeld het maken van prijsafspraken onder stap 1b de geschiktste optie is, moeten partijen onder stap 2 beoordelen of een minimumprijs of een prijstoeslag het geschiktst is en hoe hoog deze prijs c.q. toeslag dan zou moeten zijn.

Bij de beoordeling hiervan maakt de Commissie onderscheid tussen (a) de aard en (b) de intensiteit van de mededingingsbeperking. Bij de beoordeling van de aard van een beperking wordt gekeken naar de wijze waarop een individuele bepaling een specifieke mededingingsparameter beperkt en de vraag of er een realistisch en minder beperkend alternatief voor die bepaling bestaat.⁴¹

De intensiteit van een beperking wordt bepaald door de kwantitatieve omvang en duur van de beperking.⁴² Met betrekking tot de duur gaat het in essentie om de vraag of de kans dat aan de duurzaamheidsnorm wordt voldaan kleiner wordt als de beperking korter van kracht is.⁴³ Als partijen eenmalig in infrastructuur investeren, is het slechts nodig een prijsbeperking op te leggen totdat deze investering is terugverdiend. Als de kosten om aan een norm te voldoen echter aanhoudend zijn, kan een langdurige prijsbeperking gerechtvaardigd zijn.

34 Richtsnoeren, randnr. 80.

35 Richtsnoeren, randnr. 85-87. Een van de vier cumulatieve voorwaarden voor een vrijstelling op grond van art. 101 lid 3 VWEU is immers dat de gedraging 'onmisbaar' moet zijn voor het bereiken van de efficiëntievoordelen. In de Engelse taalversies wordt overigens zowel in art. 210 bis als in art. 101 lid 3 VWEU de term '*indispensability*' gebruikt.

36 Zie uitleg over de toets onder lid 3, de Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (*PbEU* 2023, C 259/01), randnr. 560 e.v.

37 Richtsnoeren, randnr. 89.

38 Richtsnoeren, randnr. 93-94.

39 Zie uitgebreid Richtsnoeren randnr. 96-106.

40 Richtsnoeren, randnr. 108-112.

41 Richtsnoeren, randnr. 117.

42 Richtsnoeren, randnr. 122.

43 Richtsnoeren, randnr. 129.

Met betrekking tot de kwantitatieve omvang van de beperking gaat het om de mate waarin de beperking invloed heeft op de toepasselijke mededingingsparameters.⁴⁴ De Commissie gaat daarbij alleen in op beperkingen die leiden tot een prijsverhoging. De beoordeling van de noodzakelijkheid van de prijsstijging omvat volgens de Commissie drie aspecten. Allereerst een schatting van de kosten en gedeelde opbrengsten die de prijsverhoging moet compenseren. Ten tweede de mate van zekerheid dat de kosten en gedeelde opbrengsten werkelijkheid worden en, ten derde het waarschijnlijke rendement van de investeringen.⁴⁵ De Commissie stelt een soort *soft safe harbour* in waarbij een bovengrens geldt van een toeslag van 20% boven de prijs die zou worden gehanteerd gelet op gemaakte kosten en de gedeelde opbrengsten. Bij een toeslag boven de 20% geldt een individuele beoordeling van de omvang.

Met artikel 210 bis is een zo breed mogelijke invoering van duurzaamheidsnormen beoogd. Aangezien aansluiting open moet staan voor andere marktpartijen, en marktpartijen zich later aan kunnen sluiten, is het lastig om vooraf in te schatten hoeveel partijen zich uiteindelijk bij de overeenkomst zullen aansluiten. Daarom rust er geen verplichting op partijen om de marktdekking te berekenen. Stap 2 van de onontbeerlijkheidstest verschilt hiermee van de onmisbaarheidstest onder artikel 101 lid 3 VWEU, die een berekening van de marktdekking voorschrijft voor de beoordeling van de noodzakelijkheid van de mededingingsbeperking.⁴⁶ De Richtsnoeren lijken op dit punt ruimer dan de Leidraad samenwerking landbouwers van de Autoriteit Consument & Markt (ACM), waarin deze stelt dat bij een marktdekkende afspraak 20% van de schapruimte in de winkel gevuld moet blijven met niet-duurzame producten.⁴⁷

Handhaving door de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten

Adviesregeling

In beginsel is het aan de partijen bij een duurzaamheidsovereenkomst om zelf te beoordelen of aan de voorwaarden van artikel 210 bis is voldaan. Producenten of producentenverenigingen kunnen de Commissie hierover om advies vragen. Andere partijen bij de overeenkomst kunnen zich bij de aanvraag aansluiten. In hoofdstuk 7 van de Richtsnoeren gaat de Commissie in op deze adviesregeling van artikel 210 bis lid 6. De Commissie zet onder andere de voorwaarden uiteen waaraan

een adviesaanvraag moet voldoen.⁴⁸ Deze voorwaarden sluiten aan bij de vereisten voor een verzoek om een zogenoemde ‘adviesbrief’ met betrekking tot de toepassing van artikel 101 of 102 VWEU.⁴⁹

Alhoewel de Commissie verplicht is een advies uit te brengen, is een advies niet verbindend.⁵⁰ Daartegenover staat dat als de Commissie een positief advies geeft maar er op een later moment achter komt dat de overeenkomst de onontbeerlijkheidstest niet langer doorstaat, zij geen sanctie zal opleggen.⁵¹ Een advies is daarmee min of meer vergelijkbaar met de informele zienswijzen die de ACM zo nu en dan afgeeft in het kader van duurzaamheid. Bovendien stelt ook de ACM in haar geupdate Leidraad samenwerking landbouwers dat zij geen boete oplegt indien zij een duurzaamheidsovereenkomst eerder positief beoordeeld heeft.⁵²

De Commissie heeft een wettelijke termijn van vier maanden voor het uitbrengen van een advies. Deze termijn gaat volgens de Commissie pas lopen na ontvangst van alle benodigde informatie. De Commissie plaatst haar advies, geschoond van vertrouwelijke informatie, op de website.⁵³ Mogelijk werkt deze publicatie ontmoedigend. Op het moment van dit schrijven heeft de Commissie nog geen adviezen gegeven, maar mogelijk is een periode van acht maanden te kort om daaruit conclusies te trekken.

Intrekking en wijziging door Commissie en nationale mededingingsautoriteiten

De Commissie behoudt zich expliciet het recht voor om een duurzaamheidsovereenkomst na afgifte van een advies alsnog te onderzoeken. Daarbij houdt zij wel rekening met haar eerdere advies, tenzij de feiten anders liggen, er een klacht binnenkomt of er nieuwe ontwikkelingen zijn in het beleid of jurisprudentie.⁵⁴ Dit betekent echter niet dat de Commissie dan ook gelijk een onderzoek naar een overtreding van het kartelverbod begint. Als een duurzaamheidsovereenkomst niet onder de vrijstelling in artikel 210 bis valt, belet dat de partijen bij de duurzaamheidsovereenkomst niet om een beroep te doen op een andere uitzondering in artikel 101 lid 3 VWEU of nationale mededingingswetgeving.⁵⁵

Daarnaast kunnen de Commissie en nationale mededingingsautoriteiten na sluiting of uitvoering van een duurzaamheidsovereenkomst ingrijpen indien zij (a) het noodzakelijk achten om te voorkomen dat de mededinging wordt uitgesloten of (b) de landbouwdoelstellingen in gevaar komen. Zij kunnen de partijen dan gebieden de overeenkomst te beëindigen, wijzigen of niet tot uit-

44 Richtsnoeren, randnr. 123.

45 Richtsnoeren, randnr. 124.

46 Richtsnoeren, randnr. 132. Vgl. Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, randnr. 535 en par. 9.4.2.

47 Leidraad samenwerking landbouwers, randnr. 102.

48 Richtsnoeren, par. 7.2.

49 Mededeling van de Commissie over informeel advies betreffende nieuwe of onopgeloste vragen met betrekking tot de artikelen 101 en 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie die in individuele gevallen rijzen (adviesbrieven), (2022/C 381/07).

50 Richtsnoeren, randnr. 172. Op grond van art. 288 vijfde alinea VWEU is een advies van de Commissie immers niet verbindend.

51 Richtsnoeren, randnr. 169.

52 ACM Leidraad samenwerking landbouwers, 24 januari 2024, randnr. 117.

53 Richtsnoeren, randnr. 166-167.

54 Richtsnoeren, randnr. 174.

55 Zie voetnoot 6.

voering te brengen.⁵⁶ Nationale mededingingsautoriteiten zijn hiertoe – op grond van artikel 210 bis lid 7 – alleen bevoegd als de duurzaamheidsvereenkomst slechts één lidstaat bestrijkt. In alle andere gevallen heeft de Commissie de exclusieve bevoegdheid een dergelijk besluit te nemen.⁵⁷ Deze bevoegdheid ziet alleen op de ‘toekomst’ en heeft geen terugwerkende kracht voor bestaande overeenkomsten.⁵⁸ Als de ACM een onderzoek doet en een dergelijk besluit neemt, dient zij de Commissie daarvan op de hoogte te stellen.⁵⁹

Bijzondere situaties

Wanneer partijen bij een duurzaamheidsvereenkomst niet (langer) aan de voorwaarden in de overeenkomst kunnen voldoen kan deze toch nog in aanmerking komen voor uitsluiting onder artikel 210 bis. Bijvoorbeeld als de niet-naleving van de voorwaarden een gevolg is van overmacht en de partijen alle maatregelen blijven treffen om aan de voorwaarden in de overeenkomst te voldoen.⁶⁰ Van overmacht is sprake wanneer de negatieve gevolgen van een ongebruikelijke en onvoorzienbare omstandigheid alleen met onevenredig grote offers kunnen worden voorkomen. Het begrip omvat onder andere extreme weersomstandigheden, uitval van infrastructuur of grootschalige protesten, die rechtstreekse en aanzienlijke effecten op de productie hebben.⁶¹ Ook kan in sommige gevallen de periode tussen de ondertekening van de duurzaamheidsvereenkomst en de start van de afspraken in aanmerking komen voor uitsluiting. De belangrijkste voorwaarde is dat een eventuele mededingingsbeperking tijdens deze overgangperiode onontbeerlijk is.⁶²

De vrijstelling in de praktijk

Tot op heden zijn er geen adviezen van de Commissie of zienswijzen van de ACM met betrekking tot de toepassing van artikel 210 bis gepubliceerd. De recente informele beoordeling van het On the Way to PlanetProof-keurmerk (het OPP-keurmerk) door de ACM lijkt niet gestoeld te zijn op artikel 210 bis, hoewel de ACM wel naar het op artikel 210 bis gebaseerde hoofdstuk in haar eigen Leidraad samenwerking landbouwers verwijst.⁶³ Het OPP-keurmerk voorziet in een verplichte vergoeding die producenten van duurzame voeding en sierteelt doorberekenen aan supermarkten. De ACM acht het niet waarschijnlijk dat de duurzaamheidsafspraken de mededinging zal beperken, omdat de producenten blijven concurreren op basis van hun verkoopprijs. Bovendien is

het marktaandeel van de producenten – zowel individueel als gezamenlijk – beperkt. De sterke concurrentie tussen supermarkten maakt het verder niet waarschijnlijk dat zij de gehele prijs aan de consument zullen doorrekenen.

De Duitse mededingingsautoriteit (de Bundeskartellamt) is daarentegen de afgelopen tijd opvallend actief geweest met het beoordelen van duurzaamheidsvereenkomsten onder artikel 210 bis. De praktijk van de Bundeskartellamt dateert van voor de Richtsnoeren, maar is niettemin consistent met die Richtsnoeren. In maart 2022 gaf de Bundeskartellamt een positief advies op basis van artikel 210 bis. Het betrof hier een duurzaamheidsvereenkomst in de melksector.⁶⁴ De overeenkomst had als doel het dierenwelzijn in de melkproductie te verbeteren door middel van het ‘QM+-programma’. Producten die aan de criteria in het programma voldoen, krijgen een label dat gepaard gaat met een toeslag voor de extra kosten. Op de Duitse melkmarkt zijn al verschillende keurmerken die fel met elkaar concurreren. Ondanks dat iedereen zich bij de overeenkomst kan aansluiten ligt het dus niet in de lijn der verwachting dat alle melkproducenten van deze mogelijkheid gebruik gaan maken. De Bundeskartellamt verwacht daarom geen ontoelaatbare mededingingsbeperkingen. Zij stelt wel dat het programma na 2024 opnieuw zal worden beoordeeld om te kijken of er extra elementen kunnen worden toegevoegd die de mededinging ten goede komen.

Daarnaast is een duurzaamheidsvereenkomst, die al in 2014 positief werd beoordeeld, in mei 2023 aangepast om deze in overeenstemming te brengen met artikel 210 bis.⁶⁵ Het ‘Initiative Tierwohl’ is een samenwerking tussen de landbouw-, vlees- en retailsector. Deelnemende veehouders ontvangen een vaste premie voor verbetering van de leefomstandigheden van dieren. Door middel van labels kunnen consumenten vlees van dieren, die zijn gefokt in betere leefomstandigheden, herkennen. De vaste toeslag die door de Bundeskartellamt werd getolereerd tijdens de overgangperiode vanwege *first-mover* nadelen, was volgens de Bundeskartellamt op de lange termijn niet onontbeerlijk voor het bereiken van de doelstelling. Het lukte andere labels namelijk om zonder eenzelfde toeslag met Initiative Tierwohl te concurreren. Om de onontbeerlijkheidstest toch te doorstaan hebben de partijen zich ertoe verbonden de verplichte toeslag vanaf 2024 te vervangen voor een niet-bindende adviestoeslag.

In mei 2024 heeft de Bundeskartellamt een positief advies gegeven over een hergebruikstelsel voor planten-

56 Richtsnoeren, randnr. 175.

57 Richtsnoeren, randnr. 93.

58 Zie ook ACM Leidraad samenwerking landbouwers, 24 januari 2024, randnr. 101.

59 Art. 210 bis lid 7 GMO-verordening.

60 Richtsnoeren, randnr. 136.

61 Richtsnoeren, randnr. 137.

62 Richtsnoeren, randnr. 138.

63 ACM, ‘Informeel beoordeling duurzaamheidsvergoeding On the Way to PlanetProof Keurmerk’, 6 mei 2024, www.acm.nl.

64 Bundeskartellamt, ‘Increasing animal welfare in milk production – Bundeskartellamt tolerates the introduction of the QM+ programme’, 29 maart 2022, www.bundeskartellamt.de.

65 Bundeskartellamt, ‘More competition elements to be included in animal welfare initiative “Initiative Tierwohl” – Bundeskartellamt achieves abolishment of compulsory premium’, 25 mei 2023, www.bundeskartellamt.de; Bundeskartellamt, ‘Achieving sustainability in a competitive environment – Bundeskartellamt concludes examination of sector initiatives’, 18 januari 2022, www.bundeskartellamt.de.

bakken in de sierteelt.⁶⁶ Met dit systeem wil Euro Plant Tray eG, een coöperatie van Europese bedrijven en brancheverenigingen, het bestaande systeem van wegwerpplastic bakken voor het transport van potplanten vervangen met als doelstelling het verminderen van afval. Om dit te bereiken is bepaalde samenwerking en informatie-uitwisseling noodzakelijk. De uitwisseling blijft echter beperkt tot wat nodig is om het systeem op te zetten en te beheren. De informatie wordt verzameld door een derde partij die deze enkel in geaggregeerde vorm deelt met partijen. Deelname aan het systeem is vrijwillig en ook open voor partijen die niet bij Euro Plant Tray eG zijn aangesloten. Aangezien artikel 210 bis hier niet wordt genoemd door de Bundeskartellamt menen wij dat de conclusie hier wellicht is dat geen sprake is van een beperking van de mededinging. Enkele andere voorstellen werden door de Bundeskartellamt afgewezen of niet in het licht van artikel 210 bis onderzocht. Een voorstel voor een prijsstoeslag voor melkproducenten werd afgewezen omdat het niet werd gekoppeld aan duurzaamheidsdoelstellingen.⁶⁷ Zowel de Bundeskartellamt als de Belgische Mededingingsautoriteit (BMA) oordeelde dat een initiatief van enkele supermarktketens dat eerlijke lonen voor bananenboeren beoogde te bewerkstelligen niet zal leiden tot een beperking van de mededinging.⁶⁸ Zij toetsen de afspraken daarom niet aan artikel 210 bis. Wij menen overigens dat een afspraak die ziet op het verbeteren van de werkomstandigheden van boeren sowieso niet binnen de reikwijdte van artikel 210 bis valt.⁶⁹ Tot diezelfde conclusie kwam de Bundeskartellamt in juni 2023 met betrekking op een voorstel van de cacaosector dat poogt een leefbaar loon voor cacaoboeren te realiseren.⁷⁰

Analyse en conclusie

Met artikel 210 bis en de Richtsnoeren in de hand heeft de agrarische sector een veelbelovende extra uitzonderingsmogelijkheid onder het kartelverbod. Wat ons betreft biedt deze uitzondering een aantal belangrijke voordelen ten opzichte van de algemene lid 3-uitzondering van het kartelverbod. Ten eerste is lid 3 geschreven met een andere doelstelling, namelijk het uitsluitend bieden van een vrijstellingsmogelijkheid indien een overeenkomst resulteert in efficiëntievoordelen in het

algemeen. Dit kan bijvoorbeeld gaan om verlagingen van productie- of distributiekosten, verbeteren van de kwaliteit of toename in innovatie. Volgens de Commissie vormt ook duurzaamheidsverbetering die verder gaat dan een bestaande norm een verbetering in de zin van lid 3.⁷¹

Ten tweede is de onmisbaarheidstoets onder lid 3 strenger dan onder artikel 210 bis, hoewel de Commissie in de Richtsnoeren dezelfde tweestappentoets introduceert. De ratio daarvoor is onzes inziens gelegen in het feit dat artikel 210 bis de totstandkoming van duurzaamheidsovereenkomsten in de agrarische sector beoogt te stimuleren. Een dergelijke beleidsmatige doelstelling ligt niet aan lid 3-uitzondering ten grondslag. Ten derde hoeven overeenkomsten onder artikel 210 bis niet te voldoen aan het vereiste dat de directe afnemers een billijk aandeel ontvangen van de uit de beperkende overeenkomst voortvloeiende voordelen.⁷² Ten vierde is het onder artikel 210 bis expliciet mogelijk om bijvoorbeeld prijsafspraken uit te zonderen, hetgeen onder lid 3 niet tot nauwelijks mogelijk is.⁷³

Om de proef op de som te nemen passen we artikel 210 bis toe op de informele zienswijze van de ACM over de Kip van Morgen, een samenwerking tussen de pluimvee-sector en alle grote Nederlandse supermarkten.⁷⁴ Deze zou in theorie in aanmerking kunnen komen voor uitzondering onder artikel 210 bis. De analyse van de ACM was grotendeels gebaseerd op *willingness to pay*, oftewel de bereidheid van consumenten om te betalen voor diervriendelijkere kip. Deze was volgens de ACM onvoldoende en daarom kon het initiatief niet onder lid 3 worden uitgezonderd. Een dergelijke bereidheid om te betalen speelt geen rol in artikel 210 bis; alleen de vraag of de maatregel onontbeerlijk is voor de duurzaamheidsnorm is voor deze uitzondering relevant. Hoewel in het hiervoor besproken voorbeeld van het Duitse Tierwohl-label een tijdelijke dierenwelzijnstoetslag de onontbeerlijkheidstoets doorstond, is het zeer de vraag of dat ook zou gelden voor de Kip van Morgen. In de zienswijze stelde de ACM dat de partijen zich juist kunnen onderscheiden door individueel aan de duurzaamheidsnorm te voldoen. Doordat er een duidelijke bereidheid van consumenten was om meer te betalen aan duurzame en diervriendelijke kip, was samenwerking volgens de ACM niet nodig om aan deze vraag te vol-

66 Bundeskartellamt, 'Green light for reuse system to reduce plastic waste in the plant trade sector', 8 mei 2024, www.bundeskartellamt.de.

67 Bundeskartellamt, 'Financing concept for a market-compliant and fair distribution of risks and burdens associated with agricultural transformation processes for milk producers', 8 maart 2022, www.bundeskartellamt.de.

68 Bundeskartellamt, 'German Retailers Working Group – Sustainability initiative to promote living wages in the banana sector', 8 maart 2022, www.bundeskartellamt.de; BMA, 'De Belgische Mededingingsautoriteit beoordeelt duurzaamheidsinitiatief inzake "leefbare lonen in de bananensector"', 30 maart 2023, www.bma-abc.be.

69 Richtsnoeren, randnr. 48.

70 Bundeskartellamt, 'German Initiative on Sustainable Cocoa – Bundeskartellamt sees no reason for detailed examination', 13 juni 2023, www.bundeskartellamt.de.

71 Zie Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (*PbEU* 2023, C 259/01), randnr. 564.

72 De ruimere uitleg komt meer overeen met de visie die de ACM in 2021 publiceerde met betrekking tot duurzaamheidsafspraken. Deze leidde destijds tot de nodige frictie tussen de ACM en de Commissie. Zie voor meer informatie in ditzelfde tijdschrift: A.A. Koeman & N.S.J. Koeman, 'Leidraad Duurzaamheidsafspraken: een stap in de goede richting?', *NtER* 2022, afl. 1/2.

73 Dit geldt overigens ook de uitzondering die in art. 209 lid 1 GMO-verordening is opgenomen. Hierin is het volgende bepaald: 'Dit lid is niet van toepassing op overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die de verplichting inhouden identieke prijzen toe te passen of waardoor mededinging wordt uitgesloten.'

74 ACM, 'Analyse ACM van duurzaamheidsafspraken "De Kip van Morgen".'

doen.⁷⁵ In het kader van de onontbeerlijkheidstoets is tevens van belang dat de ACM oordeelde dat de partijen andere geschikte maatregelen konden nemen die de mededinging minder zouden beperken, bijvoorbeeld het voeren van een gezamenlijke campagne of het zich ertoe binden een deel van de productie te verduurzamen. Later onderzoek van de ACM bevestigde dat het dierenwelzijn onder pluimvee inderdaad was verbeterd zonder dat daar samenwerking aan ten grondslag lag.⁷⁶

De vraag of met artikel 210 bis daadwerkelijk de totstandkoming van duurzaamheidsvereenkomsten in de Europese agrovoedingsketen wordt gestimuleerd, kan op dit moment nog niet eenduidig bevestigend worden beantwoord. In een aantal lidstaten, zoals Duitsland, is reeds actief gebruikgemaakt van deze nieuwe uitzonderingsmogelijkheid. In Nederland lijkt de benutting van deze mogelijkheid vooralsnog beperkt. Mogelijk is dit te wijten aan het bestaan van de verschillende subsidie-mogelijkheden voor duurzaamheidsdoelstellingen of andere initiatieven, waaronder diverse niet-mededingingsbeperkende duurzaamheidslabels, zoals het OPP-keurmerk, waardoor niet aan de onontbeerlijkheidstoets kan worden voldaan. In ieder geval is onduidelijkheid over de interpretatie van artikel 210 bis met de publicatie van de Richtsnoeren geen reden meer om deze mogelijkheid onbenut te laten. Gezien de grote klimaatopgave voor de agrarische sector menen wij dat artikel 210 bis een nuttige toevoeging is aan de ‘gereed-schapskist’ om te kunnen voldoen aan de duurzaamheidsdoelstellingen van de Green Deal. Deze uitzonderingsmogelijkheid biedt *first movers* vergaande mogelijkheden om gezamenlijk op te trekken binnen de agrovoedingsketen en de marktpositie te versterken door vooruitlopend op wettelijke voorschriften afspraken te maken over de toepassing van ambitieuze duurzaamheidsnormen.

75 ACM, ‘Analyse ACM van duurzaamheidsafspraken “De Kip van Morgen”’, p. 7.

76 ACM, ‘Welzijn kip van nu en “Kip van Morgen”’, 1 september 2020, www.acm.nl.