



Coöperaties en hun leden in het licht van het kartelverbod

DOOR: Diederik Schrijvershof¹
 FOTO'S: Shutterstock en Maverick Advocaten

¹ Diederik Schrijvershof is advocaat (partner) bij Maverick Advocaten N.V.

Mededingingsrechtelijk is de coöperatie een bijzondere ondernemingsvorm. Het kartelverbod kan zowel van toepassing zijn op de relatie tussen de coöperatie en haar concurrenten, maar ook op de relatie tussen de leden onderling en tussen de leden en de coöperatie. Of en wanneer dat het geval is, wordt in deze bijdrage toegelicht. Daarbij komt ook aan bod dat het kabinet aanstuurt op specifieke uitzonderingen op het kartelverbod voor duurzaamheidsinitiatieven en voor bepaalde samenwerking in de land- en tuinbouw. Dit kan positieve gevolgen hebben voor de coöperaties in de land- en tuinbouw.

Vrijwel alle lezers kennen de Europese Commissie ("Commissie") en Autoriteit Consument & Markt ("ACM"), voorheen NMa, als hoeders van concurrentie en marktwerking. Zij handhaven het kartelverbod. Het kartelverbod verbiedt concurrentiebeperkende afspraken, zoals prijs-, volume- en marktverdelingsafspraken. Ook informatie-uitwisseling

tussen concurrenten staat hoog op de agenda van de Commissie en ACM. Het is voor (leden van) coöperaties zaak te weten waar de grenzen liggen en welke vrijstellingen gelden. Een inbreuk op het kartelverbod kan forse boetes tot gevolg hebben, tot wel 80% van de jaaromzet van een onderneming.

ONTWIKKELINGEN IN (DE TOEPASSING VAN) HET MEDEDINGINGSRECHT

Naast de hiernaast beschreven uitzonderingen op het kartelverbod, stuurt het kabinet aan op specifieke uitzonderingen op het kartelverbod voor duurzaamheidsinitiatieven en ook voor samenwerkingen in de land- en tuinbouw.

Duurzaamheidsinitiatieven vergen vaak een sectorbrede aanpak maar stranden nog wel eens bij ACM. Het initiatief de 'kip van morgen', had bijvoorbeeld tot doel de 'plofkip' uit de handel te nemen. Daarvoor stelden de relevante partijen binnen de voedselvoorzieningsketen een minimumnorm op waaraan zij zich zouden houden. ACM achtte die minimumnorm strijdig met het kartelverbod. Dit voorbeeld bewijst dat duurzaamheidsinitiatieven voor ACM moeilijk zijn in te passen in het mededingingsrechtelijke kader. In dat verband kwam het Ministerie van Economische Zaken op 19 mei 2017 met het wetsvoorstel ruimte voor duurzaamheidsinitiatieven. Het wetsvoorstel biedt marktpartijen een procedure om een duurzaamheidsinitiatief voor te dragen aan de minister. Hierdoor wordt volgens EZ een aantal belemmeringen voor de totstandkoming of het succes van duurzaamheidsinitiatieven weggenomen. Bij de beoordeling van het initiatief spelen naast mededingingsrechtelijke aspecten ook bredere maatschappelijke belangen een rol. Wordt dit wetsvoorstel aangenomen, dan zal daarmee meer ruimte kunnen ontstaan voor sectorbrede duurzaamheidsinitiatieven en -afspraken.

Het huidige regeerakkoord meldt dat er ruimte wordt gecreëerd in de Mededingingswet voor samenwerkingen in de land- en tuinbouw. Dit om de ongelijke machtsverhoudingen in de agro-nutriketen te compenseren. De details hiervan moeten nog worden uitgewerkt, maar dit zou coöperaties in de land- en tuinbouw ten goede kunnen komen.

Er zijn verschillende vormen van een coöperatie. Zo kan een coöperatie als onderneming actief zijn op de markt met eigen activiteiten (bijvoorbeeld Coöperatie VGZ die zorgverzekeringsspolissen aanbiedt aan consumenten). Ook kan een coöperatie een samenwerking zijn van verschillende zelfstandige ondernemingen (bijvoorbeeld ondernemers met Primera winkels). Kortom, de coöperatie wordt op verschillende manieren ingezet en dat maakt de coöperatie mededingingsrechtelijk bijzonder. Van groot belang is de vraag of de coöperatie met de leden één economische eenheid vormt. Of er sprake is van een economische eenheid moet van geval tot geval worden beoordeeld. Vereist is dat: 1) de leden op langdurige basis een gezamenlijk economisch doel nastreven, 2) de coöperatie beslissende invloed kan uitoefenen op het marktgedrag van de afzonderlijke leden, en 3) er geen mogelijkheid tot onderlinge concurrentie bestaat.

“Coöperaties genereren veel voordelen en kunnen dan ook vaak profiteren van vrijstellingen van het kartelverbod”

Indien een coöperatie samen met alle leden kwalificeert als één economische eenheid, is het kartelverbod niet van toepassing op de onderlinge relaties binnen die coöperatie. Is er geen sprake van een economische eenheid, maar van verschillende zelfstandige onafhankelijke ondernemingen die door middel van de coöperatie samenwerken, dan is het kartelverbod wel van toepassing op de onderlinge relaties tussen de leden en de coöperatie. Kortom, er bestaan verschillende relaties die alle een eigen mededingingsrechtelijke beoordeling kennen: 1) tussen de leden onderling, 2) tussen de coöperatie en derden en 3) tussen de coöperatie en haar leden. Die relaties worden hierna kort belicht.

Leden onderling (geen economische eenheid)

Is de coöperatie geen economische eenheid, dan kan het kartelverbod van toepassing zijn op de relaties tussen

de leden onderling. Dat is aan de orde als de leden actief zijn op dezelfde productmarkt en ook met elkaar (kunnen) concurreren. De coöperatie en haar leden dienen in dat geval rekening te houden met het kartelverbod en uitzonderingen daarop. Een coöperatie mag niet dienen als platform voor leden die met elkaar concurreren om prijs-, volume- en marktverdelingsafspraken te maken. Binnen een coöperatie komen algemene marktontwikkelingen aan bod. Ook de uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie valt onder het kartelverbod. Leden die als elkaars concurrenten kwalificeren zouden, behoudens vrijstelling, geen commercieel gevoelige data (prijzen, volumes en investeringen) moeten delen via de coöperatie. Het is toegestaan om historische of geaggregeerde en geanonimiseerde data onderling te delen.

Coöperatie en derden

Iedere coöperatie heeft zich te houden aan het kartelverbod, tenzij een vrijstelling van toepassing is. Er kunnen naast algemene ook sectorale vrijstellingen (zoals voor de landbouw en de groente- en fruitsector) gelden. Het voorgaande betekent dat een coöperatie zich, behoudens vrijstelling, heeft te onthouden van concurrentie beperkende afspraken met concurrerende ondernemingen. Doet een coöperatie dit niet dan kan de coöperatie beboet worden door ACM of de Commissie. In 2012 beboette ACM coöperaties van paprikatelers voor het overtreden van het kartelverbod. Volgens ACM hielden deze coöperaties de prijs van paprika's hoog door onder andere minimumprijzen te hanteren en elkaars klanten te respecteren.

Coöperatie en leden

Coöperaties behartigen de belangen van hun leden, bijvoorbeeld door bevordering van afzet en productie of door het behalen van inkoopvoordelen. De bundeling van krachten van verschillende ondernemingen in één coöperatie maakt dat coöperaties een belangrijke (centrale) rol kunnen vervullen in een branche. Coöperaties genereren veel voordelen en kunnen dan ook vaak profiteren van vrijstellingen van het kartelverbod. Dit laat onverlet dat zij de concurrentie op de markt niet mogen beperken door ondernemingen uit te sluiten van deelname, of beperkingen op te leggen

aan hun leden die de concurrentie schaden op de markt waarop de leden actief zijn. Zo beboette ACM (destijds NMa) in 2002 een dierenartsencoöperatie voor overtreding van het kartelverbod. De zaak betrof een inkoopcollectief voor diergeneesmiddelen waarbij 90% van alle zelfstandige Nederlandse dierenartsen was aangesloten. Volgens ACM beperkte de dierenartsencoöperatie de mededinging door dierenartsen die zich niet hielden aan de afgesproken prijsstelling en het vestigingsbeleid uit te sluiten van deelname aan het inkoopcollectief. Zo werden dierenartsen van levering uitgesloten wanneer zij een dierenartsenpraktijk openden in een gebied waar al een dierenarts was gevestigd of wanneer zij diergeneesmiddelen aanboden tegen lagere tarieven dan door de coöperatie bepaald.



Diederik Schrijvershof

Vrijstellingen van het kartelverbod

Gelukkig zijn niet alle beperkingen die een coöperatie wenst op te leggen aan haar leden onverenigbaar met het kartelverbod. Er gelden meerdere uitzonderingen op het kartelverbod waar coöperaties en hun leden gebruik van kunnen maken, zoals de vrijstellingen voor commercialisering- en specialisatieafspraken. Uit de rechtspraak volgt ook dat bepaalde mededingingsbeperkingen, die noodzakelijk zijn voor de goede werking van een inkoopcoöperatie,

gerechtvaardigd zijn indien zij proportioneel zijn. Zo is onder omstandigheden de beperking voor leden om niet ook in te mogen kopen via een concurrerende inkoopcoöperatie toegestaan. Voorts kunnen sommige afspraken noodzakelijk zijn om bepaalde voordelen te behalen, zoals in het geval van gezamenlijke inkoop. Bovendien kunnen afspraken die de mededinging beperken toch zijn vrijgesteld. Dat is het geval als de voordelen van de afspraken groter zijn dan de nadelen voor de mededinging, de voordelen worden doorgegeven aan eindgebruikers, en de afspraken niet verder gaan dan noodzakelijk om deze voordelen te behalen. Ook mogen de afspraken niet alle concurrentie uitschakelen. Of een afspraak aan deze vereisten voldoet, dient per geval beoordeeld te worden. ■

Op 11 januari 2018 organiseert NCR voor haar leden het symposium "De coöperatie en mededinging" in Zeist. Meer informatie op www.cooperatie.nl.