

ALGEMENE VOORWAARDEN OVEREENKOMSTEN PVV/IKB VARKENS 1991, ZAAKNUMMER 304

Besluit van de D-G NMa d.d. 19 april 1999

Kwaliteitsbeheersingssysteem, verplichting alleen vlees van een bepaalde kwaliteit te produceren dan wel te verkopen.

(m.nt. mr E.R. Vollebregt)

Feiten

Op 31 maart 1998 meldde het Productschap voor Vee en Vlees (PVV) haar Algemene Voorwaarden Overeenkomsten PVV/Integrale Ketenbeheersing (IKB) Varkens 1991 ('Algemene Voorwaarden') ter ontheffing aan bij de NMa. De Algemene Voorwaarden maken deel uit van een kwaliteitsbeheersingssysteem voor de productie van varkensvlees, gericht op alle schakels in de keten voor de productie en de distributie van varkensvlees. Het doel van dit kwaliteitsbeheersingssysteem ('IKB-regeling') is de kwaliteit van varkensvlees te garanderen middels kwaliteitseisen aan de productie- en de distributieschakels, welke in ruil daarvoor het IKB-kwaliteitsmerk mogen voeren.

De ondernemingen die aan de IKB-regeling willen deelnemen sluiten daartoe een IKB-overeenkomst met het PVV waarop de Algemene Voorwaarden van toepassing zijn. De ondernemingen in de verschillende schakels in het traject van de vermeerderaar tot en met de slachterij zijn krachtens de Algemene Voorwaarden verplicht om een IKB-overeenkomst te sluiten met de schakel voor en/of na de desbetreffende schakel in de keten. De ondernemingen in het traject vanaf de slachterij tot en met detailhandel zijn krachtens de Algemene Voorwaarden verplicht een IKB-overeenkomst af te sluiten met de door het PVV opgerichte Stichting Afzetcontrole IKB-producten ('Stichting Afzetcontrole').

De eerste schakel in de keten, de vermeerderaar of de vleesvarkenshouder ('primaire producent'), is krachtens de Algemene Voorwaarden verplicht om uitsluitend IKB-biggens en/of IKB-varkens te produceren. De laatste schakel in de keten, de detaillist, is verplicht om uitsluitend IKB-varkensvlees te verkopen. De overige schakels in de keten mogen zowel IKB-vlees als niet-IKB-vlees produceren of distribueren.

De naleving van de Algemene Voorwaarden wordt voor het traject van de vermeerderaar tot en met de handelaar gecontroleerd door de slachterij. De slachterij zelf wordt gecontroleerd door het PVV. Het traject van de slachterij tot en met de detaillist wordt gecontroleerd door de Stichting Afzetcontrole.

Beoordeling door de NMa

Als kader voor de beoordeling gebruikt de NMa de bepaling omtrent gemeenschappelijke kwaliteitsmerken uit de Bekendmaking Samenwerkingsovereenkomsten van de Commissie ('Bekendmaking'). Ingevolge deze Bekendmaking 'beperken [overeenkomsten op het gebied van

gemeenschappelijke kwaliteitsmerken] de mededinging niet wanneer andere concurrenten wier producten objectief aan dezelfde kwaliteitseisen voldoen, het merk onder dezelfde voorwaarden als de deelnemers aan de kwaliteitsregeling kunnen gebruiken. Ook in de verplichting om zich aan een kwaliteitscontrole van de van het merk voorziene producten te onderwerpen of uniforme behandelingsvoorschriften op te geven dan wel de producten die aan de kwaliteitseisen voldoen van het merk voorzien, is in beginsel geen concurrentiebeperking gelegen. Er kan echter sprake zijn van een concurrentiebeperking indien het recht op gebruik van het kwaliteitsmerk verbonden is met verplichtingen ten aanzien van de productie, de afzet, de prijsvorming, of andere zoals wanneer de deelnemende ondernemingen worden verplicht alleen producten van gegarandeerde kwaliteit te fabriceren of in de handel te brengen.¹ De NMa constateert dat alle bepalingen van de Algemene Voorwaarden voldoende aan de eisen van de Bekendmaking, behalve de verplichting van de primaire producent en de detaillist om enkel IKB-vlees te produceren c.q. te verkopen. De commerciële vrijheid van de primaire producent werd beperkt omdat hij niet vrij was in de keuze welke kwaliteit vlees te produceren.² De commerciële vrijheid van de detaillist werd beperkt omdat hij niet vrij was om een andere kwaliteit vlees te verkopen.³ Ten slotte oordeelt de NMa dat de mededinging werd beperkt doordat anderen dan IKB-leveranciers niet konden leveren aan detaillisten die zich verbonden hadden slechts IKB-vlees te verkopen.⁴ De beperkingen acht de NMa merkbaar aangezien 72,2% van de primaire producenten en 27,9% van de detaillisten IKB-erkend was en het percentage deelnemende detaillisten naar verwachting fors zou stijgen.⁵

Ontheffing werd verleend voor vijf jaar. De IKB-regeling bracht voldoende objectieve voordelen met zich mee, zoals een hogere kwaliteit varkensvlees en meer keuze voor de consument. De NMa acht de beperkingen met name onmisbaar omdat effectieve controle op de naleving van de aan het kwaliteitsmerk verbonden verplichtingen niet mogelijk zou zijn zonder de opgelegde mededingingsbeperkingen.⁶ Voldoende mededinging resteert, aangezien de deelnemers vrij waren in het kiezen van IKB-leveranciers en -afnemers en vrij zijn om deelname aan de IKB-regeling aan te gaan en te beëindigen. Tevens staat het hun vrij om naast IKB-varkensvlees ook niet-IKB-varkensvlees te produceren c.q. te verhandelen, met uitzondering van de primaire producent en de detaillist. IKB-varkensvlees kan ook, zij het zonder dat het onder het IKB-keurmerk wordt ver-

1 Bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen betreffende de samenwerking tussen ondernemingen, Pb. EG C/75 van 29 juli 1968, paragraaf II.8.
 2 Paragraaf 28 van het besluit.
 3 Paragraaf 29 van het besluit.
 4 Paragraaf 29 van het besluit.
 5 Paragraaf 30 van het besluit.
 6 Paragrafen 36 en 37 van het besluit.

handeld, worden afgezet bij niet aan de IKB-regeling deelnemende bedrijven. Concurrentie op andere parameters dan kwaliteit, zoals de prijs en de te produceren hoeveelheid, bleef mogelijk.

Commentaar

Dit besluit kan gecategoriseerd worden in de rij 'robotische' besluiten van de NMa. Deze besluiten kenmerken zich door de afwezigheid van een economische analyse van de economische context waarbinnen de beoordeelde afspraken functioneren. In het onderhavige besluit volgt de definitie van de relevante markt wanneer de mededingingsbeperkingen al zijn vastgesteld, terwijl het dogmatisch niet mogelijk is een mededingingsbeperking vast te stellen zonder voorafgaande definitie van de relevante markt. Blijkbaar vindt de NMa de beperking van de commerciële vrijheid van partijen op zich reeds voldoende om tot vaststelling van een mededingingsbeperking te komen.

Een afspraak kan niet zonder meer als mededingingsbeperking worden gekwalificeerd op grond van het enkele feit dat de commerciële vrijheid van partijen wordt beperkt⁷, zeker niet indien deze beperking leidt tot de betreding van nieuwe markten of de ontwikkeling van een technologie of ander resultaat dat niet zonder de beperking bereikt had kunnen worden. Dat een beperking van de commerciële vrijheid niet hetzelfde is als een beperking van de mededinging, blijkt bijvoorbeeld uit Bayerische Motorwerke AG/ALD Auto-Leasing GmbH.⁸

Een enkele beperking van de commerciële vrijheid is derhalve niet voldoende. Er moet sprake zijn van een beperking van de mededinging op een relevante markt, als gevolg waarvan het vrije spel van de concurrentie in het gedrang komt. In het kader van de beoordeling van een joint venture komt de NMa ook tot deze conclusie. Bijvoorbeeld in zaak 1011, Ontheffingsverzoek Telecom Teleservices B.V., overweegt de NMa dat afspraken die de handelsvrijheid van partijen aan banden kunnen leggen, niet noodzakelijk de mededinging beperken.⁹

Grote afwezigheid in de beoordeling van de NMa zijn enerzijds de vraag of primaire producenten en detaillisten IKB-vlees mogen verkopen als niet-IBK-vlees en anderzijds de vraag of de productie c.q. verkoop van IKB-vlees hogere kosten met zich meebrengt dan die van niet-IBK-vlees. Indien het antwoord op beide vragen positief is, zou de mededingingssituatie niet wijzigen als gevolg van de beperking in de commerciële vrijheid van de producenten. In BP/Shell¹⁰ werd de mededingingssituatie niet gewijzigd, zodat de betreffende swap-overeenkomst de mededinging niet beperkte. In de onderhavige beslissing kan eenzelfde redenering evengoed worden toegepast: nergens blijkt dat de primaire producent meer kosten moet maken om IKB-vlees te produceren en dat de detaillist IKB-vlees niet kan verkopen als niet-IBK-vlees.¹¹ Indien het vanuit het oogpunt van de producent qua kosten niet uitmaakt of hij IKB- of niet-IBK-vlees produceert, is een beperking in de handelsvrijheid ertoe strekkende dat hij alleen IKB-kwaliteit

vlees produceert niet van invloed op de mededinging, omdat hij het IKB-vlees zowel onder het IKB-logo als zonder het IKB-logo kan verkopen. Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor de detaillist.

In de ABP-zaak gaf de Europese Commissie een negatieve verklaring af met betrekking tot een standaardovereenkomst tussen Belgische apothekers, verenigd in de ABP, die bepalingen bevatte met betrekking tot het gebruik van een gemeenschappelijk kwaliteitszegel door apothekers bij de verkoop van parafarmaceutische producten.¹² Belgische apothekers zijn aansprakelijk voor de farmaceutische producten die zij verkopen en moeten zelf alle verkochte producten controleren op conformiteit met de bijsluiter. Door middel van de kwaliteitszegelovereenkomst werd deze controle collectief uitbesteed aan een derde instantie genaamd DGO. Belgische en buitenlandse fabrikanten van geneesmiddelen konden het recht om het ABP-kwaliteitszegel te gebruiken krijgen indien hun producten een conformiteitstest in de laboratoria van DGO doorstonden. Voorwaarde voor het verkrijgen van het ABP-kwaliteitszegel was dat de fabrikanten zich ertoe verbonden de van het zegel voorzien producten enkel via de apotheek te verkopen. Het stond de fabrikanten echter vrij om dezelfde producten in dezelfde verpakking, onder dezelfde naam zonder kwaliteitszegel via andere distributiekanaalen aan de man te brengen. De Commissie overwoog dat in dit verband niets de overige verkopers in de weg stond om met een eigen kwaliteitsmerk en controleregeling op de markt te komen; de kwaliteit van het geneesmiddel was overigens sowieso slechts een van de concurrentiefactoren.¹³

Het verschil tussen de onderhavige zaak en de ABP-beschikking van de Commissie is de verplichting slechts producten van onder het merk vereiste kwaliteit te produceren of te verkopen. In de Bekendmaking wordt deze situatie aangewezen als een situatie waarin van een mededingingsbeperking sprake kan zijn. Omdat op grond van de Bekendmaking de commerciële vrijheid van aan een gemeenschappelijk keurmerk deelnemende ondernemingen aan allerlei kanten beperkt kan worden, komt de NMa met dat argument alleen niet weg. De NMa geeft zelf in het kader van de ontheffingsbeoordeling aan dat op een aantal andere punten evenzeer mededinging op de vleesmarkt mogelijk is¹⁴, precies een van de voor de Commissie

7 Zie hieromtrent bijvoorbeeld C.W. Bellamy en C.D. Child, *Common Market Law of Competition*, V. Rose (ed.), fourth edition, Sweet & Maxwell, London 1993, paragraaf 2-057.

8 Zaak C-70/93, Jur. 1995, 3459, paragraaf 19.

9 Besluit van 15 april 1999, paragraaf 39.

10 Zaak 471, BP Nederland B.V. en Shell Nederland Chemie B.V., besluit van 4 januari 1999.

11 De detaillist mag uitsluitend IKB-kwaliteit vlees verkopen (paragraaf 29) en de producent is verplicht uitsluitend vlees te produceren dat aan de IKB-kwaliteitseisen voldoet (paragraaf 28).

12 Beschikking 90/33 van de Commissie van 14 december 1989, Pb 1990 L18/35. Zie met name overwegingen 18-20.

13 Overweging 41 van de beschikking.

belangrijkste argumenten om een negatieve verklaring af te geven.¹⁵ In deze omstandigheden is er aanleiding om te onderzoeken of de mededinging uiteindelijk wel beperkt wordt. Er moet aangegeven worden wanneer en hoe een beperking van de commerciële vrijheid een mededingingsbeperking inhoudt. De NMa verdient daarom een opgeheven wenkbrauw voor de robotische toepassing van normen die zich daarvoor niet lenen.

14 Paragraaf 38 van het besluit.

15 Overweging 41 van de beschikking.