CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL G. TESAURO

van 16 juni 1994 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Verdraagt een beding in de statuten van een landbouwcoöperatie die zich bezighoudt met de inkoop van landbouwprodukten, krachtens hetwelk die coöperatie leden die deelnemen in concurrerende verenigingen, kan *uitsluiten*, zich met de mededingingsregels van het Verdrag? In wezen gaat het in de onderhavige procedure om die vraag.

De feiten

2. De Dansk Landbrugs Grovvareselskab AmbA (hierna: „DLG") is een Deense coöperatieve vereniging in de landbouwsector. Zij is in 1969 ontstaan uit de fusie van drie verschillende landbouwersverenigingen. Aanvankelijk leverde zij enkel landbouwbasisprodukten aan — eveneens coöperatieve — plaatselijke verenigingen, die op hun beurt als detaillisten deze produkten doorverkochten aan de individuele landbouwers. In de loop der jaren heeft de DLG haar activiteiten geleidelijk gediversifieerd. Als reactie op soortgelijke initiatieven van concurrerende vennootschappen die geen coöperatieve verenigingen waren, breidde zij haar commerciële activiteiten uit tot de detailverkoop. Ook verruimde zij het aantal diensten dat zij haar leden aanbood; op dit ogenblik levert zij niet alleen diverse basisprodukten (diervoeders, granen, meststoffen, gewasbeschermingsmiddelen, zaden, e. d.), maar biedt zij tevens een hele reeks bijkomende diensten aan, zoals de verwerking en de verhandeling van bepaalde landbouwprodukten (granen), diensten op het gebied van financiën en verzekeringen, researchactiviteiten inzake diervoeders en de kwaliteit en resistentie van plantensoorten.

De DLG telt thans vier soorten leden:

— A-leden: individuele landbouwers (ongeveer 21 000);

— B-leden: plaatselijke landbouwersverenigingen (tot 1988, het jaar van de litigieuze statutenwijziging, waren 50 landbouwersverenigingen lid van de DLG; nadat de feiten waarop het hoofdgeding

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

betrekking heeft, zich hadden voorgedaan, zijn 37 daarvan — zoals hierna meer in detail uitgelegd — van de DLG uitgesloten);

— C- en D-leden: andere landbouworganisaties van verschillende aard en met verschillende doelstellingen (consumentencoöperaties, kapitaalvennootschappen, instellingen en verenigingen), niet zijnde B-leden.

3. De Landsforeningen af Andels Grovvareforeninger (landelijke vereniging van coöperaties voor landbouwbasisprodukten, sedert 1991 genaamd „Landsforeningen af lokale andel", hierna: „LAG"), in 1975 door een aantal B-leden van de DLG opgericht, is een nationale vereniging bestaande uit plaatselijke landbouwersverenigingen die gespecialiseerd zijn in de verdeling van landbouwbasisprodukten.

4. Voor een beter begrip van de redenen voor de oprichting van de LAG en van de materie waarover het in de onderhavige procedure gaat, dien ik een aantal facetten van de structurele ontwikkeling van het Deense systeem van landbouwcoöperaties toe te lichten. Tijdens de jaren zeventig traden twee verschillende tendensen aan de dag. Enerzijds fuseerden een aantal plaatselijke landbouwersverenigingen, B-leden van de DLG, door opneming in die coöperatie. Het aantal plaatselijke verenigingen liep daardoor geleidelijk terug tot ongeveer de helft. Voorts maakte de opneming van een aantal plaatselijke verenigingen in de DLG het deze laatste mogelijk, zoals reeds gezegd, rechtstreeks als detaillist in landbouwbasisprodukten op te treden.

Anderzijds fuseerden in dezelfde periode een aantal plaatselijke verenigingen, waardoor zij, dank zij hun groter gewicht, gaandeweg minder behoefte hadden aan de DLG als tussenpersoon bij de inkoop van basisprodukten.

Daardoor ontstond een situatie van fundamentele belangenconflicten binnen de Deense sector van landbouwcoöperaties: aan de ene kant neigde de DLG ertoe, het gehele distributieproces te integreren door de plaatselijke verenigingen over te nemen; aan de andere kant probeerde een aanzienlijk deel van de plaatselijke verenigingen, die thans sterk genoeg waren om onafhankelijk op de markt op te treden, zowel hun eigen commerciële autonomie als hun hoedanigheid van B-lid van de DLG te behouden.

Vanaf 1975 (het jaar waarin de verplichting voor de B-leden van de DLG om zich bij

uitsluiting bij de DLG te bevoorraden, is opgeheven) zijn de plaatselijke verenigingen bij andere leveranciers dan de DLG zelf basisprodukten beginnen te kopen. Tegelijkertijd nam ook de invloed van de B-leden op het beheer van de DLG af, daar het aantal stemmen dat de statuten van de DLG aan die leden toekende (artikel 16, lid 3), evenredig was aan de waarde van de transacties met de vereniging.

5. Juist in die context is in 1975 door een aantal plaatselijke verenigingen, die B-leden van de DLG waren en die hadden geweigerd volledig op te gaan in de DLG, de LAG opgericht. Aanvankelijk was de LAG een beroepsvereniging die geen handelsactiviteiten uitoefende.

Midden de jaren tachtig begon de LAG echter landbouwbasisprodukten, met name meststoffen en gewasbeschermingsmiddelen, gemeenschappelijk in te kopen voor haar leden. Ter rechtvaardiging van die parallelle inkopen voerden de leden van de LAG twee redenen aan: de hoge verkoopprijzen die de DLG de plaatselijke verenigingen in rekening bracht, en de steeds grotere mededinging die zij van de DLG op het gebied van de kleinhandel (juist de sector waarin de plaatselijke verenigingen actief zijn) ondervonden.

6. De inkopen die de B-leden van de DLG via de LAG verrichtten, betekenden een verzwakking van de financiële en commerciële positie van de DLG. Om te beginnen drukte de geringere omvang en waarde van de transacties tussen de DLG en een deel van haar leden op de vermogensstructuur van de vereniging. Daarbij kwam, dat aangezien de prijzen van meststoffen en gewasbeschermingsmiddelen sterk schommelen naargelang van de gevraagde hoeveelheden, de geringere inkopen door de DLG een verslechtering van de commerciële voorwaarden tot gevolg hadden, wat de vereniging en haar andere leden schaadde.

7. Om die redenen besloot de DLG in juni 1988 haar statuten te wijzigen, en wel in die zin, dat

— voor B- en D-leden het lidmaatschap van of enige andere vorm van deelneming in verenigingen, vennootschappen of andere georganiseerde samenwerkingsverbanden, die op het gebied van de groothandel in meststoffen en gewasbeschermingsmiddelen met de DLG concurreren, geacht werd onverenigbaar te zijn met het lidmaatschap van de DLG;

— leden die zich in die situatie van onverenigbaarheid bevonden, uiterlijk op 31 december 1988 hetzij hun lidmaatschap bij concurrerende organen moesten opzeggen, hetzij moesten uittreden als lid van de DLG;

— de leden die zich na de inwerkingtreding van voormelde bepalingen (1 januari 1989) in een situatie van onverenigbaarheid bevonden, bij besluit van het bestuur van de DLG konden worden uitgesloten;

— B- en C-leden de mogelijkheid behielden om buiten de DLG om meststoffen en gewasbeschermingsmiddelen te kopen, op voorwaarde dat die verkopen rechtstreeks plaatsvonden, dus niet via deelneming in met de DLG concurrerende organisaties.

Tegelijkertijd werden de bepalingen inzake uittreding gewijzigd in die zin, dat uittreding na vijf jaar in plaats van na tien jaar mogelijk is.

8. Deze statutenwijzigingen werden zowel door de Commissie als door de nationale autoriteiten op het gebied van de mededinging onderzocht. De Commissie verzocht de DLG om een aantal preciseringen over de draagwijdte van de nieuwe statutaire bepalingen, doch nam geen beslissing ten gronde (op een vraag van het Hof heeft de Commissie geantwoord, dat zij de afloop van de onderhavige procedure afwacht om in voorkomend geval een negatieve verklaring af te geven).

De nationale mededingingsautoriteiten — de Deense dienst voor toezicht op monopolies (Monopoltilsynet) en de Deense Monopolieraad (Monopolieråd) — wezen erop, dat de litigieuze statutenwijzigingen de mededinging tussen de DLG en andere onafhankelijke marktdeelnemers, zoals de LAG, dreigde te beïnvloeden en behielden zich voor, de situatie op de betrokken markten te volgen; zij stelden echter geen inbreuk op de nationale mededingingsregeling vast. Na 31 december 1989, na een wijziging van de nationale wetgeving, was de DLG voorts niet langer geregistreerd als een onderneming die een machtspositie in de zin en ter fine van de Deense anti-monopolieregeling innam.

9. In maart 1989, kort nadat de besluiten van de nationale mededingingsautoriteiten aan de DLG waren meegedeeld, werden 37 van de 50 plaatselijke verenigingen die B-leden van de DLG waren en die hadden geweigerd zich naar de nieuwe statutaire bepalingen te voegen, en die anderzijds geen gebruik hadden gemaakt van de hun geboden mogelijkheid om uit de vereniging te treden, van de DLG uitgesloten.

De raad van bestuur van de DLG besloot evenwel, de jegens de betrokken leden getroffen maatregel niet op de strengste wijze (verlies van het recht op terugbetaling van hun aandeel in het kapitaal) toe te passen, zoals de regel is in geval van uitsluiting, doch volgens de modaliteiten die in geval van uittreding uit de vereniging gelden.

De prejudiciële vragen

10. De uitgesloten verenigingen betwistten voor de rechter de wettigheid van de hierboven beschreven statutenwijziging. Verder vorderden zij veroordeling van de DLG tot vergoeding van de schade die zij door hun uitsluiting uit de DLG hebben geleden.

Daarop heeft de geadieerde rechter de behandeling van de zaak geschorst en het Hof zeventien prejudiciële vragen gesteld. Volgens het door de rechter-rapporteur in het rapport ter terechtzitting opgestelde schema kunnen deze vragen in vijf groepen worden onderverdeeld.

1) Is de in artikel 2 van verordening nr. 26 [1] bedoelde afwijking van de algemene mededingingsregeling van toepassing op gewasbeschermingsmiddelen, nu deze onder richtlijn 91/414/EEG [2] vallen?

2) Levert voormelde statutenwijziging van de DLG een bij artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag verboden merkbare beperking van de mededinging op, voor zover

a) zij ertoe strekt, het gevaar van verspreiding van vertrouwelijke informatie te voorkomen;

b) zij tegen de wil van de B-leden van de coöperatie is goedgekeurd;

c) de uitgesloten B-leden op dezelfde voet zijn behandeld als leden die gebruik hebben gemaakt van hun recht om uit de vereniging te treden;

d) de uitgesloten B-leden hun activiteiten op het gebied van meststoffen en gewasbeschermingsmiddelen hebben kunnen voortzetten en in 1990 globaal gezien een deel van de Deense markt voor landbouwbasisprodukten hadden veroverd dat gelijk was aan dat van de DLG;

e) verzoeksters in het hoofdgeding onder meer hebben gesteld, dat zij recht hadden op een aandeel in het ongedeelde vermo-

1 — Verordening nr. 26 van de Raad van 4 april 1962 inzake de toepassing van bepaalde regels betreffende de mededinging op de voortbrenging van en de handel in landbouwprodukten (PB 1962, blz. 993).

2 — Richtlijn 91/414/EEG van de Raad van 15 juli 1991 betreffende het op de markt brengen van gewasbeschermingsmiddelen (PB 1991, L 230, blz. 1).

gen van de DLG, zonder hun heropneming in de DLG te eisen;

h) de betrokken statutenwijziging de B-leden de mogelijkheid biedt zowel individueel als in de vorm van inkoopgroep ad hoc voor een bepaalde partij, meststoffen en gewasbeschermingsmiddelen te kopen;

i) de betrokken statutenwijziging de B-leden de mogelijkheid biedt via de DLG meststoffen en gewasbeschermingsmiddelen te kopen, waarbij de DLG afziet van iedere beloning;

j) de betrokken statutenwijziging er niet aan in de weg staat, dat plaatselijke verenigingen die geen lid van de DLG zijn, bij de DLG het gehele assortiment landbouwbasisprodukten kopen dat de DLG tegen normale grossiersprijzen verkoopt;

k) de betrokken statutenwijziging enkel geldt voor meststoffen en gewasbeschermingsmiddelen, die ongeveer 15 % van het totale omzetcijfer van de DLG vertegenwoordigen;

l) feitelijke gegevens, met name in verband met het bestaan en de verkoop van vervangingsprodukten, het omzetcijfer en het marktaandeel van de DLG, de LAG en andere concurrenten al dan niet aan de geadieerde nationale rechter zijn meegedeeld?

3) Kan de betrokken statutenwijziging de handel tussen Lid-Staten ongunstig beïnvloeden in de zin van artikel 85, lid 1, en 86, gelet op het feit dat de door de LAG aangekochte meststoffen en gewasbeschermingsmiddelen voor een deel uit derde landen afkomstig zijn?

4) Mag de nationale rechter artikel 85, lid 3, toepassen, wanneer de betrokken overeenkomst bij de Commissie is aangemeld met het oog op het verkrijgen van een negatieve verklaring of ontheffing, en zo ja, onder welke voorwaarden?

5) Kan van de DLG, die 36 % van de markt van meststoffen en 32 % van de markt

van gewasbeschermingsmiddelen in handen heeft, worden gezegd, dat zij op die markten een machtspositie inneemt? Zo ja, heeft de DLG misbruik gemaakt van die machtspositie, gelet op, enerzijds, het feit dat de zij tot de in januari 1990 doorgevoerde wetswijziging naar Deens recht geregistreerd was als een onderneming met een machtspositie, en, anderzijds, het feit dat de Deense Monopolieraad in 1989, na onderzoek van de verenigbaarheid van de betrokken statutenwijziging met de nationale regeling inzake monopolies, geen inbreuk op deze regeling heeft vastgesteld?

11. Opgemerkt zij, dat de verwijzingsbeschikking en de andere processtukken geen precieze en exhaustieve beschrijving van de situatie op de betrokken markten bevatten. Met het oog op de onderhavige uiteenzetting — en onder voorbehoud van de later door de nationale rechter te verrichten vaststellingen —, beperk ik mij er hier toe, de aandacht te vestigen op het volgende.

De verkoop van meststoffen en gewasbeschermingsmiddelen vertegenwoordigt ongeveer 15 % van het totale omzetcijfer van de DLG en de LAG.

Toen in 1988 de statutenwijziging werd doorgevoerd, bedroeg het marktaandeel van de DLG op de markt van de verkoop van meststoffen ongeveer 36 %. Het marktaandeel van de LAG bedroeg ongeveer 10 %. De rest van de markt was in handen van ondernemers die geen coöperaties waren, en wel in de volgende verhoudingen: KFK: 23 %; Superfos: 14 %; overige: 17 %. Naar verluidt waren de marktaandelen in de subsector van NPK-meststoffen (met een hoog gehalte aan stikstof), die bijzonder beantwoorden aan de eisen van de Deense landbouw en die 40 % van het totale meststoffenverbruik vertegenwoordigen, van dezelfde orde van grootte.

Wat de verkoop van gewasbeschermingsmiddelen betreft, is enkel bekend, dat het marktaandeel van de DLG in 1988 ongeveer 32 % bedroeg.

Ten slotte wijs ik erop, dat de LAG er in 1990 in was geslaagd, op het gebied van de verkoop van landbouwbasisprodukten een marktaandeel te veroveren dat grosso modo gelijk was aan dat van de DLG.

1) *Vallen meststoffen en gewasbeschermingsmiddelen onder de afwijking bedoeld in verordening nr. 26?*

12. Artikel 42 van het Verdrag bepaalt, dat de bepalingen van het hoofdstuk over regels

betreffende de mededinging slechts in zoverre op de voortbrenging van en de handel in *landbouwprodukten* van toepassing zijn, als door de Raad wordt bepaald. Ingevolge artikel 38, lid 1, worden onder *landbouwprodukten* verstaan de voortbrengselen van de bodem, veeteelt en visserij alsmede de produkten in eerste graad van bewerking welke met de genoemde voortbrengselen rechtstreeks verband houden; artikel 38, lid 3, preciseert daarbij, dat de produkten die onder de bepalingen van de artikelen 39 tot en met 46 vallen, zijn vermeld in een lijst die als bijlage II aan het Verdrag is gehecht.

Op grond van artikel 42 heeft de Raad verordening nr. 26 vastgesteld, die onder bepaalde voorwaarden de toepasselijkheid van artikel 85, lid 1, (en niet die van artikel 86) beperkt tot de overeenkomsten die betrekking hebben op „de voortbrenging van en de handel in de in bijlage II van het Verdrag vermelde produkten".

Met betrekking tot de draagwijdte van de in verordening nr. 26 voorziene afwijking oordeelde het Hof, dat daaronder niet valt „de vervaardiging van een produkt dat niet onder bijlage II valt, zelfs niet als het produkt een hulpgrondstof is voor de voortbrenging van een ander produkt dat wel onder deze bijlage valt". [3]

De verordening is dus onbetwistbaar *uitsluitend* van toepassing op de in bijlage II vermelde produkten, en meststoffen en gewasbeschermingsmiddelen behoren daar kennelijk niet bij.

Het is duidelijk, dat de door de DLG aangevoerde omstandigheid, dat de Raad op grond van artikel 43 (dat de rechtsgrondslag voor handelingen van het gemeenschappelijk landbouwbeleid vormt) een richtlijn inzake gewasbeschermingsmiddelen heeft vastgesteld, irrelevant is. Om te beginnen kan een richtlijn van de Raad immers niet — en zeker niet impliciet — de draagwijdte uitbreiden van een afwijkingsregeling die strikt moet worden uitgelegd en waarvan de toepassingsgrenzen formeel in artikel 42 van het Verdrag en in de relevante en specifieke bepalingen van verordening nr. 26 zijn bepaald. Voorts is het niet uitgesloten, dat aan artikel 43 een materieel verschillende en ruimere draagwijdte kan worden toegeschreven dan aan artikel 42: dit laatste is een strikt uit te leggen afwijkingsbepaling, krachtens welke de voortbrenging van en de handel in landbouwprodukten aan de communautaire mededingingsregels kunnen worden onttrokken; artikel 43 daarentegen is de algemene bepaling, die de Commissie de bevoegdheid verleent de handelingen van het gemeenschappelijk landbouwbeleid vast te stellen die ter bereiking van de in artikel 39 genoemde doelstellingen noodzakelijk zijn. Bijgevolg staat niets eraan in de weg, dat de Raad ter bereiking van de doelstellingen van artikel 39 maatregelen vaststelt (hetgeen overigens is gebeurd [4]) die ratione materiae betrekking hebben op bijkomstige of hulpprodukten voor de voortbrenging van en de handel in onder bijlage II vallende landbouwprodukten.

3 — Arrest van 25 maart 1981 (zaak 61/80, Coöperatieve Stremsel- en Kleurselfabriek, Jurispr. 1981, blz. 851, r. o. 21).

4 — Arrest van 23 februari 1988 (zaak 131/86, Verenigd Koninkrijk/Raad, Jurispr. 1988, blz. 905), waarin het Hof overwoog, dat richtlijn 86/113/EEG van de Raad, waarbij de afmetingen en andere normen voor kooien voor legkippen zijn vastgesteld (een produkt dat duidelijk niet in bijlage II is opgenomen), binnen de werkingssfeer van artikel 43 valt.

2) *Heeft de litigieuze statutenwijziging vervalsing van de mededinging tot doel of tot gevolg?*

Stellingen en schema van de opmerkingen

13. Zoals reeds gezegd, gaat het in de onderhavige procedure in de eerste plaats om de verenigbaarheid van de litigieuze bedingen met artikel 85, lid 1. Samengevat kunnen de aangevoerde stellingen worden weergeven als volgt. Volgens de DLG is de „trouw" van het lid aan de coöperatie een kenmerkend element van deze vorm van vereniging en is hij de natuurlijke tegenprestatie voor de voordelen die het lid aan deelneming in een coöperatieve vereniging ontleent. Het voorzien in een specifieke grond voor uitsluiting van een lid dat buiten de vereniging inkopen verricht en deelneemt in concurrerende organisaties, is dus een logische reactie van de vereniging op gedragingen die haar financiële soliditeit en commerciële doeltreffendheid dreigen aan te tasten, en is dus volstrekt irrelevant ten aanzien van artikel 85, lid 1.

Verzoeksters in het hoofdgeding daarentegen betogen, dat de litigieuze bedingen een aanzienlijke en willekeurige beperking van de commerciële vrijheid van het lid inhouden. Deze beperking, die duidelijk bedoeld is om de reeds sterke machtspositie van de DLG op de markt van de betrokken produkten te consolideren, vermindert bovendien de mededinging tussen de DLG en derden. Voorts wijzen verzoeksters erop, dat de rechtspraak van het Hof en de praktijk van de Commissie de vrijheid van de leden van een collectieve inkooporganisatie, al dan niet met het karakter van een coöperatieve vereniging, om onafhankelijk op de markt op te treden en daarbij in concurrentie met de betrokken organisatie te treden, steeds hebben erkend en beschermd. In het bijzonder zou uit deze rechtspraak en praktijk blijken, dat collectieve inkooporganisaties verenigbaar met de mededingingsregels worden geacht, in die zin dat zij niet binnen de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, vallen, onder de enkele voorwaarde, dat de leden een volledige commerciële vrijheid genieten [5]; een gelimiteerde contractuele beperking van die vrijheid kan voorkomend geval in aanmerking komen voor een uitzondering op grond van artikel 85, lid 3, doch blijft in beginsel binnen de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, vallen. [6] Het overeenkomen van „getrouwheidsbedingen" als die welke in casu aan de orde zijn en die de mogelijkheid van onafhankelijke inkopen beletten, is daarentegen verboden. [7]

5 — Zie bij voorbeeld de beschikking SOCEMAS van 17 juli 1968 (PB 1968, L 201, blz. 4) en de beschikking Intergroup van 14 juli 1975 (PB 1975, L 212, blz. 23).

6 — Zie in het bijzonder de beschikking National Sulphuric Acid Association van 9 juli 1980 (PB 1980, L 260, blz. 24), waarbij de Commissie een door de belangrijkste Britse producenten van zwavelzuur gevormde inkooporganisatie voor zwavel (een organisatie zonder winstoogmerk met jaarlijkse uittredingsmogelijkheid voor de leden) heeft vrijgesteld, nadat zij de invloed ervan op de diverse betrokken markten had onderzocht; daarbij hield zij rekening met het feit dat de leden van de organisatie een exclusieve bevoorradingsovereenkomst hadden aangegaan die slechts 25 % van hun behoeften dekte.

7 — Zie de beschikking Coöperatieve Stremsel- en Kleurselfabriek van 5 december 1979 (PB 1979, L 51, blz. 19), die in het desbetreffende, reeds aangehaalde arrest door het Hof is bevestigd, en de beschikking Hudson's Bay van 28 oktober 1988 (PB 1988, L 316, blz. 43), door het Gerecht van eerste aanleg bevestigd in zijn arrest van 2 juli 1992 (zaak T-61/89, Dansk Pelsdyravlerforening, Jurispr. 1992, blz. II-1931). Beide zaken betroffen door de leden van coöperatieve landbouwverenigingen aanvaarde „getrouwheidsbedingen".

De Commissie van haar kant erkent, dat de litigieuze bedingen ertoe strekken, de leden van de coöperatie te ontmoedigen deel te nemen in concurrerende organisaties, en dat zij dus de mededinging tussen de DLG en derden kunnen beperken. Haars inziens gaat het echter om een verwaarloosbare beperking, die dus niet in strijd is met artikel 85, lid 1. In haar — overigens uiterst korte — opmerkingen geeft zij evenwel niet aan, op basis van welke criteria men tot die conclusie zou kunnen komen.

Uit de argumenten van partijen blijkt, dat in de onderhavige zaak twee belangen conflligeren: enerzijds het belang dat de vereniging en haar „trouwe" leden erbij hebben, zich te beschermen tegen leden wier gedragingen objectief in strijd zijn met de doelstellingen van de vereniging; anderzijds het belang dat de leden erbij hebben, zoveel mogelijk hun autonomie te behouden en dus de mogelijkheid te hebben zich te richten tot of deel te nemen in concurrerende verenigingen.

Om het maar meteen te zeggen, de administratieve praktijk en de rechtspraak, waarvan verzoeksters een precieze en exhaustieve samenvatting geven, lijken althans op het eerste gezicht het eerste belang boven het tweede te verkiezen. Bij nader toezien is echter een andere conclusie gerechtvaardigd. Immers, mijns inziens kan men zeggen, dat indien de collectieve inkooporganisatie als zodanig aan de eisen inzake bescherming van de mededinging voldoet, zij ook de mogelijkheid moet hebben om uit te maken of, en zo ja hoe, zij zich moet beschermen tegen gedragingen van haar leden die onverenigbaar zijn met het gemeenschappelijk belang, zulks om de eenvoudige reden dat een zekere beperking van de autonomie van de individuele leden *inherent* is aan de deelneming in welke welk vorm van economische organisatie ook. De bescherming van het algemeen belang mag echter niet absoluut worden opgevat; wanneer zich *bepaalde omstandigheden,* rechtens of feitelijk, voordoen, kan de bescherming van de autonomie van de individuele leden onmisbaar blijken om te voorkomen dat toestanden ontstaan die de goede werking van de markt beletten.

Vanuit dit uitgangspunt zal ik ingaan op de volgende punten:

— de door het Hof inzake de toepassing van artikel 85, lid 1, gestelde criteria;

— de verenigbaarheid van een inkooplandbouwcoöperatie als de DLG met de eisen inzake bescherming van de mededinging;

— de redenen waarom de litigieuze bedingen geen concurrentiebeperkend *doel* in de zin van artikel 85, lid 1, hebben;

— de omstandigheden waaronder de litigieuze bedingen concurrentiebeperkende *gevolgen* in de zin van artikel 85, lid 1, kunnen hebben.

De door het Hof inzake de toepassing van artikel 85, lid 1, gestelde criteria

14. Artikel 85, lid 1, verbiedt overeenkomsten die ertoe strekken of tot gevolg hebben, dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

15. Met betrekking tot de ratio van die bepaling heeft het Hof gepreciseerd, dat de eisen inzake de bescherming van de mededinging die zij nastreeft, niet op absolute wijze kunnen worden gedefinieerd, doch rekening houdend met de concrete context van de gedraging van de onderneming. De in de artikelen 3 en 85 van het Verdrag gestelde voorwaarde dat de mededinging niet wordt vervalst, gaat uit van het bestaan van een effectieve mededinging (*workable competition*) op de markt, dat wil zeggen de mate van mededinging die noodzakelijk is voor de naleving van de fundamentele vereisten en het bereiken van de doelstellingen van het Verdrag, inzonderheid de totstandbrenging van één markt met soortgelijke voorwaarden als een interne markt. Dit vereiste gaat ervan uit, dat de aard en de intensiteit van de mededinging kunnen variëren naargelang van de betrokken produkten of diensten en de economische structuur van de betrokken marktsectoren. [8]

16. Volgens vaste rechtspraak moet voorts bij de beoordeling van de vraag, of een bepaalde overeenkomst onder het verbod van artikel 85, lid 1, valt, een onderzoek in twee fasen worden verricht. [9]

Om te beginnen moet worden nagegaan, of de overeenkomst tot *doel* heeft de mededinging te beperken. Daartoe moeten de doelstellingen van de overeenkomst als zodanig worden onderzocht, en wel in de economische context waarin zij moet worden toegepast. [10] Indien de overeenkomst ertoe strekt, de mededinging te beperken in de zin van artikel 85, lid 1, is zij zonder meer verboden, zonder dat de gevolgen ervan behoeven te worden onderzocht. [11]

8 — Arrest van 25 oktober 1977 (zaak 26/76, Metro, Jurispr. 1977, blz. 1875).

9 — Arresten van 30 juni 1966 (zaak 56/65, Technique Minière, Jurispr. 1966, blz. 391) en 28 februari 1991 (zaak C-234/89, Delimitis, Jurispr. 1991, blz. I-935).

10 — Arrest van 28 maart 1984 (gevoegde zaken 29/83 en 30/83, CRAM en Rheinzink, Jurispr. 1984, blz. 1679).

11 — Arrest van 27 januari 1987 (zaak 45/85, Verband der Sachversicherer, Jurispr. 1987, blz. 405).

Indien de overeenkomst niet tot doel heeft de mededinging te beperken, moet tot de tweede onderzoeksfase worden overgegaan en moeten de *gevolgen* die de overeenkomst *in concreto* voor de mededinging kan hebben, worden onderzocht. In dat geval wordt de overeenkomst verboden geacht, indien zij de mededinging *merkbaar* kan beperken. [12] Daarbij zij aangestipt, dat de vraag, of een overeenkomst ertoe strekt of tot gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt, moet worden beoordeeld aan de hand van het algemene criterium, hoe de mededinging op de betrokken markt zonder de overeenkomst zou zijn verlopen. [13]

Volgens dit schema zijn wegens hun doel verboden overeenkomsten die objectief en abstract gezien zuiver tot doel hebben, de vrije mededinging tussen partijen of tussen partijen en derde concurrenten te beperken op een wijze die onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht. Ik denk daarbij aan overeenkomsten die de markt compartimenteren, de produktie contingenteren of de verkoopprijzen vaststellen, of nog aan een in een distributie-overeenkomst opgenomen beding, dat de invoer of de uitvoer van een contractprodukt binnen de gemeenschappelijke markt verbiedt of de verkoopprijzen van dat produkt oplegt.

Van overeenkomsten die een meer complexe functie hebben, kan daarentegen niet worden gezegd, dat zij een concurrentiebeperkend doel hebben. Dat geldt voor bedingen die een integrerend bestanddeel van de inhoud van een bepaalde overeenkomst vormen en die op die wijze de grondslag en het evenwicht van de rechtsverhoudingen tussen partijen helpen bepalen. In de rechtspraak valt immers een vrij goed afgelijnde tendens waar te nemen, volgens welke bij de vaststelling dat een bepaald beding een concurrentiebeperkend doel in de zin van artikel 85, lid 1, heeft, moet worden onderzocht welke functie het beding heeft in het kader van de contractuele verhoudingen waarin het is opgenomen. Zo oordeelt het Hof in de regel, dat bedingen die in beginsel *noodzakelijk* zijn, wil een overeenkomst die als zodanig de mededinging niet beperkt, ten volle de haar kenmerkende juridisch-economische functie kunnen vervullen, geen concurrentiebeperkend doel hebben. Het Hof oordeelde bij voorbeeld, dat geen met artikel 85, lid 1, strijdig doel heeft (wel te verstaan onder voorbehoud dat door bijzondere omstandigheden geen concurrentiebeperkende gevolgen ontstaan):

— het in een overeenkomst tot overdracht van ondernemingen (welke overeenkomst volgens het Hof naar haar aard de werking van de markt dynamiseert) opgenomen concurrentieverbod, voor zover de duur ervan niet buitensporig lang is en het noodzakelijk is om de doeltreffendheid van de overdracht te garanderen [14];

12 — Arrest Technique Minière, reeds aangehaald.

13 — Arrest Technique Minière, reeds aangehaald.

14 — Arrest van 11 juli 1985 (zaak 42/84, Remia, Jurispr. 1985, blz. 2545).

— het beding betreffende exclusieve bevoorrading en het concurrentieverbod, opgenomen in een franchise-overeenkomst, voor zover deze onmisbaar zijn om de overeenkomst haar typische functie ten volle te doen vervullen [15];

— het niet-betwistingsbeding, opgenomen in een octrooilicentieovereenkomst (ten kosteloze titel), indien het — zoals uit de conclusie van de advocaat-generaal blijkt — bepalend is voor „de evenwichtigheid van een overeenkomst die er niet toe strekt en niet tot gevolg heeft, dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst" [16];

— het beding betreffende exclusieve bevoorrading, opgenomen in een brouwerijcontract, voor zover dat inherent is aan die vorm van samenwerking tussen verkoper en leverancier, die is gebaseerd op convergentie van belangen inzake de promotie van de verkoop van het produkt, die kenmerkend is voor dit bijzondere type contract. [17]

Zoals reeds gezegd, betekent anderzijds het feit dat een overeenkomst geen concurrentiebeperkend doel heeft niet, dat zij, gelet op haar specifieke economische context, geen *gevolgen* kan hebben die onverenigbaar zijn met de goede werking van de mededinging op de communautaire markt. Het is dus niet uitgesloten, dat een overeenkomst die geen concurrentiebeperkend doel heeft, in een bepaalde marktsituatie onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, terwijl zij in een andere marktsituatie wel in overeenstemming met de eisen van bescherming van de mededinging is. Of men voor het ene of voor het andere geval staat, moet worden beoordeeld rekening houdend [18] met de mate van actuele en potentiële mededinging op de betrokken markt(en) zonder de overeenkomst, alsmede met de omstandigheid dat de overeenkomst de mededinging op die markt(en) al dan niet merkbaar beperkt.

Samenvattend kan men dus zeggen, dat het onderzoek van het doel en dat van de gevolgen twee duidelijk verschillende zaken zijn. [19] Het onderzoek van het doel moet in abstracto een antwoord verschaffen op de vraag, welke objectieve functie een bepaald beding in haar contractuele context heeft. Het onderzoek van de gevolgen daarentegen strekt ertoe, vast te stellen, of een overeenkomst die geen concurrentiebeperkend doel heeft, niettemin de facto, ten gevolge van de specifieke marktsituatie waarin zij wordt toegepast, de mededinging binnen de

15 — Arrest van 28 januari 1986 (zaak 161/84, Pronuptia, Jurispr. 1986, blz. 353).

16 — Arrest van 27 september 1988 (zaak 65/86, Bayer, Jurispr. 1988, blz. 5249).

17 — Arrest Delimitis, reeds aangehaald.

18 — Zie voornamelijk het arrest Delimitis, reeds aangehaald.

19 — Overigens zij opgemerkt, dat de Commissie dit onderscheid in de regel niet toepast. In haar beschikkingen beperkt zij zich gewoonlijk tot de vaststelling dat een bepaalde overeenkomst al dan niet in strijd met artikel 85, lid 1, is. In de rechtspraak daarentegen wordt, althans principieel, duidelijk dit onderscheid gemaakt. De toepassing van het beginsel lijkt evenwel vager. Het reeds aangehaalde arrest Delimitis geeft een duidelijk — wellicht het duidelijkste — voorbeeld van een op het onderscheid tussen doel en gevolg gebaseerd onderzoekschema.

gemeenschappelijke markt merkbaar kan beperken.

Ten slotte herinner ik eraan, dat beperkingen van de mededinging die in voorkomend geval voortvloeien uit bepalingen die de verhoudingen tussen een coöperatieve vereniging en haar leden regelen, aan de regels van de artikelen 85 e. v. onderworpen zijn. [20]

De verenigbaarheid van een inkooplandbouwcoöperatie als de DLG met de eisen inzake bescherming van de mededinging

17. Passen wij het zojuist geschetste onderzoeksmodel thans toe op het onderhavige geval. In de eerste plaats wijs ik erop, dat de betrokken statutaire bedingen deel uitmaken van de statuten van een landbouwcoöperatie, tot wier taken onder meer behoort de inkoop en de verstrekking aan haar leden van landbouwbasisprodukten (in het bijzonder meststoffen en gewasbeschermingsmiddelen).

In die context bevatten de litigieuze bedingen een bijzondere grond voor uitsluiting van leden die besluiten in georganiseerde vorm inkopen te verrichten bij derden, die concurrenten van de coöperatie zijn. [21]

18. Daaraan zij toegevoegd, dat door de oprichting van een inkoopcoöperatie als de DLG een vorm van samenwerking tussen ondernemingen (of verenigingen van ondernemingen) tot stand wordt gebracht, die beantwoordt aan typische behoeften van de landbouwsector en die om die reden door de nationale wetgever en de communautaire autoriteiten welwillend wordt bezien. Een dergelijke vorm van samenwerking op inkoopgebied verbetert de efficiëntie van de ondernemingen en draagt dus bij tot de *wor-*

20 — Zie de arresten Coöperatieve Stremsel- en Kleurselfabriek en Dansk Pelsdyravlerforening, beide reeds aangehaald.

21 — Opgemerkt zij, dat de litigieuze clausules, waarbij een specifieke uitsluitingsgrond is ingevoerd voor leden die via deelneming in organisaties die concurrenten van de vereniging zijn, produkten (meststoffen en gewasbeschermingsmiddelen) kopen, in zoverre verschillen van concurrentieverboden en bedingen betreffende exclusieve bevoorrading (zoals reeds gezegd, bevatte het statuut van de DLG tot 1975 een exclusieve aankoopverplichting), dat zij geen specifieke *verplichting* tot handelen of niet-handelen opleggen (welke verplichting, wanneer zij wordt geschonden, niet alleen aanleiding kan geven tot een actio redhibitoria, maar ook tot een vordering uit contractuele aansprakelijkheid tegen het lid dat de overtreding begaat). In de praktijk is dit verschil echter van weinig belang. Bij coöperatieve verenigingen wordt schending van de op de leden rustende verplichtingen, en inzonderheid die welke in het algemeen als „getrouwheidsverplichtingen" ten aanzien van de vereniging kunnen worden genoemd (concurrentieverbod, exclusieve bevoorrading en verkoop) — afgezien van de andere beroepswegen — in de regel juist bestraft met de uitsluiting van het betrokken lid, welke uitsluiting doorgaans ongunstige financiële gevolgen voor de uitgeslotene heeft. Of de vereniging nu een specifieke „getrouwheidsplicht" aan haar leden oplegt, waarvan de niet-naleving uitsluiting tot gevolg heeft, dan wel of zij een dergelijke verplichting niet oplegt, doch zich het recht voorbehoudt „ontrouwe" leden uit te sluiten, komt in feite op hetzelfde neer: in beide gevallen worden gedragingen die volgens de statuten onverenigbaar zijn met de belangen van de vereniging en haar leden in het algemeen, met uitsluiting bestraft.
Als antwoord op een tot haar gerichte vraag van de Commissie heeft de DLG overigens uitdrukkelijk bevestigd, dat de litigieuze clausules juist ten doel hadden, de (B-)leden ervan te weerhouden, deel te nemen in organisaties die de vereniging concurrentie aandoen. Functioneel gezien is het dus duidelijk, dat de litigieuze clausules het „getrouwheidsdoel" nastreefden, dat ook kenmerkend is voor concurrentieverboden en bedingen betreffende exclusieve bevoorrading.

kable competition in de zin van het arrest Metro.

Dank zij de gezamenlijke inkoop van landbouwbasisprodukten kan de coöperatie immers, met name in bepaalde sectoren, het overwicht van de producenten-leveranciers bij de sluiting van overeenkomsten compenseren. Dit geldt in het bijzonder voor sectoren zoals met name die van meststoffen en gewasbeschermingsmiddelen, waarin de produktie mondiaal gezien in handen is van een relatief beperkt aantal producenten en waar vaststaat dat de prijzen sterk kunnen variëren naargelang van de gevraagde hoeveelheden. In een dergelijke situatie is de oprichting van een inkoopcoöperatie een natuurlijk verweermiddel tegen het overwicht aan de aanbodzijde, daar zij de handelscondities aan de vraagzijde verbetert.

Gelet op de rechtsvorm van coöperatieve vennootschap, mag worden aangenomen dat de bij de inkoop van basisprodukten gerealiseerde bezuiniging in de regel volledig doorstroomt naar de leden, in de vorm van kortingen op de verkoopprijs, uitkering van dividenden of bedragen die om andere redenen aan het einde van het boekjaar worden uitgekeerd.

Evenmin valt te vrezen, dat de samenwerking bij de inkoop van basisprodukten in de betrokken sector de daadwerkelijke mededinging in de verhoudingen tussen de leden van de coöperatie beperkt. Immers, zoals reeds gezegd, wordt de markt van meststoffen en gewasbeschermingsmiddelen beheerst door een handvol producenten, ten opzichte waarvan individuele landbouwers en zelfs plaatselijke verenigingen van landbouwers zich in een situatie van *absolute inferioriteit bij het sluiten van overeenkomsten* bevinden. Indien er dus geen zeer grote inkoopcoöperatieven, zoals de DLG, bestonden, zouden de landbouwers en de plaatselijke verenigingen volstrekt afhankelijk zijn van de beslissingen van de producenten en de onafhankelijke distributeurs; zonder tussenkomst van de coöperaties zouden zij dus gemiddeld hogere prijzen moeten betalen, zonder anderzijds daadwerkelijk in staat te zijn, bij aankoop van de betrokken produkten voordeel uit een grotere mededinging te trekken.

Op dit punt kan ik dus concluderen, dat de oprichting van een inkoopcoöperatie aan de specifieke eisen van de landbouwsector beantwoordt, en dat zij binnen deze sector bijdraagt tot verbetering zowel van de distributie van de basisprodukten als van de landbouwproduktie zelf, zonder het gevaar op te leveren, dat de mededinging (in de zin van *workable competition*, als bedoeld in het arrest Metro) tussen de aan de inkoopcoöperatie deelnemende ondernemingen (of verenigingen van ondernemingen) daadwerkelijk wordt beperkt.

Het doel van de litigieuze bedingen, getoetst aan artikel 85, lid 1

19. Vervolgens merk ik op, dat bedingen in de statuten van een inkoop-landbouwcoöperatie, krachtens welke leden die buiten de coöperatie om en in concurrentie met haar inkopen, worden uitgesloten, in beginsel *strookt met het vereiste, dat de goede werking van de coöperatie moet worden verzekerd.*

De samenwerking bij het inkopen heeft tot doel, de leden van de vereniging, ongeacht het door hen ingebrachte kapitaal, het voordeel van gunstiger inkoopprijzen te bieden; dit doel dreigt in gevaar te komen, wanneer afzonderlijke leden voor eigen rekening handelen, buiten de coöperatie om en in concurrentie met haar. Om te beginnen wordt door dit gedrag de financiële structuur van de coöperatie ondermijnd, daar deze uitsluitend of hoofdzakelijk met haar leden, en niet met derden, zaken doet; dit betekent, dat haar omzetcijfer afhangt van de omvang van de transacties tussen de leden en de coöperatie, anders gezegd, van de mate waarin de leden „trouw" zijn aan de coöperatie. Voorts knaagt een dergelijke gedraging aan de commerciële funderingen van de coöperatie, met als gevolg een verslechtering van de voorwaarden die de coöperatie op de markt kan bedingen, wat bij produkten waarvan de prijs sterk varieert naargelang van de omvang van de bestellingen, tot hogere kosten leidt voor de coöperatie en indirect voor de leden die zich bij haar blijven bevoorraden. Het is dus duidelijk, dat het lidmaatschap van een inkoopcoöperatie onverenigbaar is met deelneming in concurrerende inkooporganisaties.

Zo gezien, beogen de litigieuze bedingen dus uitsluitend de coöperatie een zo ruim mogelijke commerciële basis te bezorgen, teneinde haar in staat te stellen haar coöperatieve functie, die haar bestaansreden is, op efficiënte wijze te vervullen. Met dat doel willen zij enkel voorkomen, dat een lid enerzijds lid van de coöperatie is en profiteert van de prestaties die hem het nuttigst lijken, en zich anderzijds gedraagt op een wijze (inkoop bij onafhankelijken) die duidelijk in strijd is met de doelstellingen zelf van de coöperatie (gezamenlijk inkopen).

Bijgevolg zijn de litigieuze bedingen, krachtens welke leden die deelnemen in samenwerkingsverbanden die de coöperatie concurrentie aandoen, worden uitgesloten, ofschoon zij onmiskenbaar een beperking van de handelingsvrijheid van de leden meebrengen, een *normale vorm van statutaire bescherming tegen situaties van belangenconflicten;* zij hebben dus geen concurrentiebeperkend doel in de zin van artikel 85, lid 1. Juist om die reden is het gebruikelijk, dergelijke uitsluitingsbedingen of andere bepalingen (niet-concurrentiebedingen of bedingen betreffende exclusieve bevoorrading) die bedoeld zijn om de leden te „binden", in de statuten van vennootschappen op te nemen

(in sommige gevallen is dat zelfs wettelijk verplicht). [22]

20. Elke andere oplossing zou overigens tot volstrekt absurde resultaten leiden. Neemt men immers aan, dat de betrokken bedingen een concurrentiebeperkend *doel* hebben, dan volgt daaruit noodzakelijkerwijs, dat elk lid op grond van artikel 85, lid 1, het *recht* heeft, niet van een inkoopcoöperatie te worden uitgesloten, ook al neemt hij tegelijkertijd deel in concurrerende inkooporganisaties. Dit komt erop neer, dat het lid recht op behoud van zijn lidmaatschap heeft, terwijl hij zich gedraagt op een wijze die de vereniging als zodanig en haar overige leden schaadt. Anders gezegd, artikel 85, lid 1, zou een nagenoeg volledige bescherming van de commerciële vrijheid van het lid verzekeren (ook al is niet voldaan aan de voorwaarden voor een afwijking op grond van artikel 85, lid 3), dit ten koste van de goede werking van de coöperatie. Die uitlegging laat duidelijk het individuele belang van het lid voorgaan op het belang van de coöperatie en laat laatstgenoemde zonder verweer tegen gedragingen van haar leden, die haar evenwicht aantasten: zij valt dan ook volstrekt niet te rijmen met de positieve houding die de overheid steeds tegenover het verschijnsel coöperatie, met name in de landbouwsector, heeft aangenomen.

De omstandigheden feitelijk en rechtens, waarin de litigieuze bedingen concurrentiebeperkende gevolgen kunnen hebben

21. Voorts moet worden onderzocht, of de litigieuze bedingen geen concurrentiebeperkende *gevolgen* hebben, die wegens specifieke omstandigheden feitelijk of rechtens onverenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt.

22. In dit verband moet om te beginnen worden nagegaan, of de leden van de coöperatie zich na een redelijke periode uit de coöperatie kunnen terugtrekken. Is dat niet het geval, dan zijn zij enerzijds verplicht gedurende lange tijd lid te blijven, en kunnen zij zich anderzijds gedurende de gehele periode van lidmaatschap niet tot concurrenten wenden noch concurrerende organisaties oprichten. Een dergelijke dubbele band (de buitensporige duur van het lidmaatschap en de „getrouwheidsplicht" ten aanzien van de coöperatie tijdens de gehele duur van het lidmaatschap) zou tot gevolg hebben, dat de leden elke daadwerkelijke vrijheid van handelen wordt ontnomen, waardoor indirect derden wordt belet de coöperatie concurren-

22 — Deze oplossing lijkt mij overigens in overeenstemming te zijn met de aanwijzingen van de Commissie in haar recente *Bekendmaking betreffende de beoordeling van gemeenschappelijke ondernemingen met het karakter van een samenwerkingsverband op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag* (PB 1993, C 43, blz. 2). Aangezien een *joint venture* (gemeenschappelijke onderneming, hierna: „GO") mijns inziens de vorm van een coöperatieve vereniging kan aannemen, wier leden ondernemingen of verenigingen van ondernemingen kunnen zijn (volgens de Commissie is „de beoordeling van GO's met het karakter van een samenwerkingsverband (...) op grond van artikel 85, leden 1 en 3, van het EEG-Verdrag niet afhankelijk van de rechtsvorm die de oprichters voor hun samenwerking kiezen"), zij erop gewezen, dat het volgens de Commissie niet uitgesloten is, dat althans in bepaalde omstandigheden (bij voorbeeld die welke in punt 17 van deze conclusie zijn beschreven) een inkoop-*joint venture* tussen concurrerende ondernemingen buiten de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, valt (zie in het bijzonder punt 39 van de *Bekendmaking*). In dat geval kan een clausule als de in geding zijnde als een „bijkomende afspraak" (*ancillary restraint*) worden aangemerkt, dat wil zeggen als een afspraak die „rechtstreeks verband (houdt) met de oprichting en de werking van de GO" (punt 65 e. v. van de *Bekendmaking*), die als zodanig buiten de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, valt.

tie aan te doen. Ter voorkoming van een buitensporige *rigiditeit* van de markt en overeenkomstig wat uit de praktijk van de Commissie [23] en van het Hof [24] is af te leiden, acht ik het absoluut noodzakelijk, althans in geval van „getrouwheidsbedingen" als die welke in casu in geding zijn, dat de leden tegelijkertijd het recht wordt verleend zich na een redelijke periode uit de coöperatie terug te trekken; de duur van deze periode behoort evenredig te zijn aan de intensiteit van de mededinging tussen de betrokken coöperatie en derden.

Om dezelfde redenen moet eveneens onverenigbaar met artikel 85, lid 1, worden geacht een statutaire bepaling die kennelijk buitensporige en onevenredige sancties oplegt voor het geval dat een lid van de coöperatie wordt uitgesloten omdat het zijn getrouwheidsplicht heeft geschonden. In casu nu is de uitsluiting van de DLG bestraft overeenkomstig de regels van gemeen recht; bovendien heeft de DLG, zoals ik reeds zei, ervan afgezien bedoelde sancties op de uitgesloten B-leden toe te passen, en heeft zij hen op dezelfde voet behandeld als leden die gebruik maakten van hun recht om uit de vereniging te treden.

In het onderhavige geval is mijns inziens van belang, dat de DLG, toen zij besloot de litigieuze bedingen in de statuten op te nemen, tevens besloot de lidmaatschapsperiode van tien tot vijf jaar terug te brengen. Deze periode van vijf jaar, die gelijk is aan de maximumduur die verordening nr. 1984/83 van de Commissie voor exclusieve afnameovereenkomsten bepaalt, moet in normale marktomstandigheden passend worden geacht om de eisen inzake bescherming van de mededinging te verzoenen met het vereiste, dat de coöperatie op voldoende stabiliteit en continuïteit in de verhoudingen met haar leden moet kunnen rekenen.

23. In de tweede plaats moet worden onderzocht, of aan de (actuele en potentiële) mededingingsverhoudingen tussen de coöperatie en derden niet op andere wijze buitensporig te kort is gedaan. Zoals gezegd, beperken de betrokken bedingen de vrijheid van handelen van de leden, in die zin dat zij hen ontmoedigen zich te wenden tot of deel te nemen in concurrerende organisaties. Wanneer de mededinging echter reeds om andere redenen zeer beperkt was, zouden deze bepalingen, die de „trouw" van de leden aan de coöperatie beogen te garanderen, als nevengevolg kunnen hebben, dat derden de toegang tot de markt wordt ontzegd of dat hun in ieder geval de mogelijkheid van een doeltreffende mededinging wordt ontnomen.

24. Dat kan het geval zijn, wanneer de coöperatie een zeer groot marktaandeel heeft, dat aanzienlijk groter is dan dat van haar concurrenten, alsmede wanneer door middel van hoge drempels (zoals de noodzaak van zeer grote financiële, technologische of economische middelen, of een grote mate van

23 — Zie artikel 3, sub d, van verordening (EEG) nr. 1984/83 van de Commissie van 22 juni 1983 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen exclusieve afnameovereenkomsten (PB 1983, L 173, blz. 5).

24 — Zie in het bijzonder rechtsoverweging 26 van het arrest Delimitis (reeds aangehaald), waar het Hof in het kader van het onderzoek van de *gevolgen* van een bierleveringscontract overwoog: „De mate waarin de door een brouwerij gesloten individuele overeenkomsten tot de afscherming van de markt bijdragen, hangt bovendien af van de duur van die overeenkomsten. Indien deze, vergeleken met de gemiddelde duur van de op de relevante markt in het algemeen gesloten bierleveringscontracten, klaarblijkelijk buitensporig is, valt de individuele overeenkomst onder het verbod van artikel 85, lid 1. Een brouwerij met een betrekkelijk klein marktaandeel, die haar verkooppunten jarenlang aan zich bindt, kan namelijk evenzeer tot een marktafscherming bijdragen als een brouwerij met een vrij sterke marktpositie, die haar verkooppunten in de regel na kortere tijd van binding bevrijdt."

trouw van de cliëntèle aan reeds gevestigde marktdeelnemers) nieuwe ondernemers moeilijk toegang tot de markt hebben. In een dergelijke situatie zou een verdere versterking van de banden tussen de coöperatie en haar leden (die tevens haar handelspartners zijn) de (actuele of potentiële) concurrenten de mogelijkheid dreigen te ontnemen, voldoende afzetmogelijkheden te vinden. Wanneer dus de (actuele of potentiële) mededinging tussen de coöperatie en derden al te zeer beperkt is, kan het absoluut noodzakelijk zijn de leden van de coöperatie het recht toe te kennen zich bij derde concurrenten te bevoorraden of concurrerende inkooporganisaties op te richten, zonder het gevaar te lopen van de vereniging te worden uitgesloten. Voorts heeft een coöperatie, wanneer zij een sterke concurrentiepositie bezit, ook minder behoefte aan bescherming tegen onafhankelijke inkopen van de leden; integendeel, het feit dat de leden in concurrentie met de coöperatie treden, animeert de markt en voorkomt zowel verlies aan efficiëntie als buitensporige winsten.

Dit lijkt mij juist de *ratio decidendi* te zijn geweest van de arresten, waarin het Hof en het Gerecht bepaalde in de statuten van landbouwcoöperaties opgenomen bedingen als onverenigbaar met artikel 85, lid 1, beoordeelden welke bedingen, zij het in andere vorm, eveneens een absolute „trouw" van de leden aan de coöperatie beoogden te bewerkstelligen. [25] In die twee arresten werd beslissend belang gehecht aan het feit, dat de betrokken coöperatie een zeer sterke positie op de markt innam en de litigieuze bepalingen in die context dus bijdroegen tot het behoud van die machtspositie, doordat zij de toegang van derde concurrenten tot de markt belemmerden. [26]

25 — Arresten Coöperatieve Stremsel- en Kleurselfabriek en Dansk Pelsdyravlerforening, beide reeds aangehaald.

26 — In het arrest Coöperatieve Stremsel- en Kleurselfabriek merkte het Hof op:
„De statutaire bepalingen van de Coöperatieve, die de leden verplichten al hun benodigde stremsel en kleurstoffen voor kaas bij haar te kopen en die deze verplichting verzwaren door betaling van een niet onaanzienlijk bedrag te eisen bij uittreding of uitsluiting, hebben duidelijk ten doel te verhinderen dat de leden zich bij andere stremsel-of kleurstoffenleveranciers bevoorraden of deze grondstoffen zelf gaan vervaardigen, ingeval deze alternatieven een prijs-of kwaliteitsvoordeel zouden opleveren. *Aangezien de leden, volgens niet bestreden gegevens, thans meer dan 90 % van de Nederlandse kaasproduktie in handen hebben, dragen deze bepalingen bovendien bij tot handhaving van de huidige situatie, waarin de Coöperatieve praktisch als enige leverancier van stremsel op de Nederlandse markt optreedt*" (cursivering van mij).
In het arrest Dansk Pelsdyravlerforening merkt het Gerecht onder meer op, dat het litigieuze beding het de concurrentie zeer moeilijk maakt, toegang te krijgen tot de markt, „gezien verzoeksters zeer sterke marktpositie" (r. o. 78). Dit arrest bevat weliswaar ook meer categorische vaststellingen, volgens welke „getrouwheidsbedingen" als zodanig en wegens hun doel onverenigbaar zijn met artikel 85, lid 1 (zie met name r. o. 98-110, waar het Gerecht overwoog, dat een exclusieve leveringsplicht aan een coöperatie niet alleen concurrentiebeperkende gevolgen, maar ook een concurrentiebeperkend doel heeft), maar ik meen, dat de verklaringen van het Gerecht moeten worden „gerelativeerd" in die zin, dat zij moeten worden verstaan in het licht van de bijzondere marktsituatie in die zaak. Elke andere oplossing zou immers buitensporige en moeilijk te rechtvaardigen gevolgen hebben. Gaat men ervan uit, dat exclusiviteitsbedingen of andere „getrouwheidsbedingen" in de statuten van een landbouwcoöperatie in beginsel wegens hun doel zelf onverenigbaar zijn met artikel 85, lid 1, dan volgt daaruit, nog steeds in beginsel, dat een landbouwcoöperatie over geen enkele mogelijkheid beschikt om zich te verdedigen tegen de situatie waarin haar leden op de markt optreden op een wijze die kennelijk de belangen van de vereniging en die van de overige leden schaadt. Naar mijn mening is de correcte oplossing juist het omgekeerde: zo de oprichting van een coöperatie als zodanig verenigbaar is met de bescherming van de mededinging en met de andere in de rechtsorde erkende waarden, moet de coöperatie ook de maatregelen kunnen nemen die zij noodzakelijk acht ter bescherming van haar eigen fundamentele belangen. Artikel 85, lid 1, mag derhalve niet aldus worden uitgelegd, dat het een absolute bescherming van de commerciële vrijheid van handelen van het lid inhoudt, ten detrimente van de belangen van de coöperatie en die van de overige leden. Een andere uitlegging zou het beginsel van het evenwicht zelf van de vereniging verstoren en dus in strijd zijn met de positieve houding inzake de bescherming van de mededinging, die de rechtsorde, inzonderheid wat de landbouwsector betreft, ten opzichte van bepaalde vormen van samenwerking tussen ondernemingen aanneemt. De specifieke *gevolgen* van „getrouwheidsbedingen" kunnen dus slechts aan artikel 85, lid 1, worden getoetst, wanneer de marktsituatie van de coöperatie zodanig is, dat er een aanzienlijk gevaar van verslechtering van de mededinging bestaat, of wanneer de vrijheid van handelen van het lid al te zeer wordt beperkt door andere bedingen (buitensporig lange lidmaatschapsperioden, onevenredige sancties in geval van uitsluiting).

Die redenering gaat uiteraard eveneens op, wanneer de betrokken marktsituatie de coöperatie een *machtspositie* in de zin van artikel 86 verleent. In dat geval is het „getrouwheidsbeding" volgens 's Hofs rechtspraak zonder meer in strijd met de bepalingen van dat artikel. [27]

25. In het onderhavige geval is — onder voorbehoud van de door de nationale rechter te verrichten vaststellingen — het gevaar van een buitensporige verzwakking van de mededinging overigens niet bestaand, daar

— op het ogenblik van de litigieuze statutenwijziging de marktaandelen van de verschillende concurrenten grosso modo in evenwicht waren;

— het voor nieuwe ondernemers niet onoverkomelijk moeilijk was, toegang tot de betrokken markt te verkrijgen, omdat de financiële, technologische of economische middelen die nodig waren om toegang te krijgen tot de nationale markt van de groothandel, niet buitensporig waren, en omdat in casu de nieuwe marktdeelnemer (de LAG) slechts een nieuwe nationale coöperatie was, opgericht door plaatselijke verenigingen die reeds op de markt aanwezig waren, reeds als tussenpersoon voor de betrokken produkten optraden en dus reeds in grote mate over de infrastructuur en capaciteiten beschikten om een concurrerende activiteit te kunnen aanvatten.

26. In de derde plaats moet ik nog op een ander bezwaar van verzoeksters in het hoofdgeding ingaan. Zij stellen namelijk, dat aangezien de DLG een conglomeraat is, in die zin dat zij haar leden een geheel assortiment goederen en diensten aanbiedt, uittreding of uitsluiting uit de coöperatie het verlies van een gediversifieerde en voordelige bevoorradingsbron betekent. Onder die omstandigheden is het dus bijzonder moeilijk, zo niet onmogelijk, buiten de coöperatie op te treden, zodat de leden sterk worden ontmoedigd uit de coöperatie te treden of hun uitsluiting uit te lokken. Ter voorkoming van een buitensporige rigiditeit van de markt moet in een dergelijk geval de leden dus de mogelijkheid worden geboden, zich voor bepaalde produkten buiten de vereniging te bevoorraden, zonder echter het risico te lopen uit de coöperatie te worden uitgesloten.

Dit bezwaar lijkt mij ongegrond. In de eerste plaats is het niet meer dan normaal, dat terugtrekking uit een coöperatie om welke

27 — Arresten Hof van 13 februari 1979 (zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1979, blz. 461) en 3 juli 1991 (zaak C-62/86, AKZO, Jurispr. 1991, blz. I-3359), en arrest Gerecht van 1 april 1993 (zaak T-65/89, BPB Industries en British Gypsum, Jurispr. 1993, blz. II-389).

reden ook, het verlies van de (al dan niet belangrijke) voordelen van het lidmaatschap van die vereniging meebrengt. Deze volstrekt normale situatie is in het geheel niet in strijd met artikel 85, lid 1. Zoals reeds gezegd, mag die bepaling immers niet aldus worden uitgelegd, dat zij de leden van een coöperatie het recht op behoud van hun hoedanigheid van lid en de daaruit voortvloeiende voordelen verleent, en hun tegelijkertijd toestaat in strijd met de belangen van de vereniging en van de overige leden te handelen. Het lid dient dus op basis van een vrije afweging van zijn belangen een keuze te maken: ofwel treedt het uit de vereniging (of lokt het door zijn gedrag zijn uitsluiting uit), ofwel blijft het in de vereniging en leeft het de statuten na. Heeft het lid eenmaal zijn keuze gemaakt, kan het echter niet klagen over eventuele nadelen die uit zijn beslissing voortvloeien.

27. De situatie zou anders zijn, indien de coöperatie ten opzichte van haar concurrenten een machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag innam. Dat zou het geval kunnen zijn, wanneer zij een machtspositie inneemt op één of meer markten van goederen of diensten, of wanneer het voor haar leden uiterst moeilijk is zelfstandig *alle* goederen die de coöperatie cumulatief aanbiedt, bij concurrenten te kopen (in dat geval vloeit de machtspositie voort uit het feit, dat de onderneming in staat is een volledig assortiment goederen/aanvullende diensten aan te bieden tegen algemene condities waartegen haar concurrenten niet op kunnen). Wanneer de coöperatie een dergelijke machtspositie inneemt, biedt artikel 86 een dubbele bescherming: i) het uitsluitingsbeding (of elke andere vorm van „getrouwheidsbeding") is verboden en nietig om de in punt 24 van deze conclusie genoemde redenen; ii) eventuele maatregelen van de coöperatie jegens haar leden, die op boycot of discriminatie neerkomen (weigering om aan de uitgesloten leden goederen of diensten te leveren, of toepassing van buitensporige prijzen in verhouding tot de waarde van die goederen of diensten), kunnen afzonderlijke, zelfstandige misbruiken in de zin van artikel 86 vormen.

Voorts lijkt in casu de premisse zelf waarop die redenering berust, namelijk de machtspositie van de DLG, niet houdbaar. Het ziet er immers niet naar uit, dat de DLG op één of meer van de markten van goederen en diensten waarop zij actief is, een machtspositie inneemt. Evenmin lijkt haar een machtspositie te kunnen worden toegeschreven uit hoofde van haar globale aanwezigheid op de betrokken markten. Daarbij komt, dat de DLG als tussenpersoon bij de levering van goederen en diensten optreedt en dat het voor marktdeelnemers zoals plaatselijke verenigingen (die eveneens tussenpersonen zijn, zij het op een lager niveau) niet moeilijk kan zijn, voor de levering van de betrokken goederen en diensten op de markt andere tussenpersonen dan de DLG te vinden of in voorkomend geval op te richten.

Ten slotte, en steeds vanuit deze invalshoek bezien, wijs ik erop, dat de DLG zich for-

meel heeft verbonden, de door haar aangeboden goederen en diensten ook aan niet-leden *te leveren respectievelijk te verstrekken, zij* het — terecht — tegen de normale handelsvoorwaarden en niet tegen de gunstiger voorwaarden die de leden van de vereniging genieten.

28. Concluderend ben ik van mening, dat uit het dossier blijkt, en onder voorbehoud van de door de nationale rechter te verrichten vaststellingen, dat de leden van de DLG na een redelijke periode uit de vereniging kunnen treden; dat de structuur en de kenmerken van de markt niet van dien aard zijn, dat de invoering van de litigieuze bedingen een daadwerkelijk gevaar van beperking van de actuele en potentiële mededinging tussen de DLG en derden oplevert; en dat bijgevolg deze bedingen niet de mededinging beperken in de zin van artikel 85, lid 1.

Deze conclusie vindt bevestiging in de marktontwikkeling na de uitsluiting van de B-leden waartoe de coöperatie op grond van de litigieuze bedingen heeft besloten. Ondanks die uitsluiting heeft de LAG immers niet alleen haar activiteiten voortgezet, doch is zij erin geslaagd, snel haar marktaandeel te verhogen en wel zo, dat dit marktaandeel in 1990 even groot was als dat van de DLG. Dit toont aan, dat de uitgesloten leden wel degelijk buiten de DLG konden optreden, door een organisatie op te *richten die soortgelijke makelaarsfuncties* verricht en die volstrekt in staat is de DLG concurrentie aan te doen. [28]

29. Volledigheidshalve wil ik er nog op wijzen, dat uit bepaalde, door de verwijzende rechter in de prejudiciële vragen vermelde omstandigheden voorts blijkt, dat de DLG de draagwijdte van de litigieuze bedingen — en dus van de „getrouwheidsplicht" — heeft beperkt tot wat *strikt noodzakelijk* is om de coöperatie te beschermen tegen situaties van daadwerkelijke belangenconflicten. De in dit verband relevante omstandigheden kunnen worden samengevat als volgt:

— de litigieuze bedingen gelden enkel voor meststoffen en gewasbeschermingsmiddelen (en niet voor de overige door de DLG aangeboden goederen/diensten), dat wil zeggen de enige produkten waar-

28 — *Methodologisch lijkt het mij volstrekt correct, bij de beoordeling van de invloed van bepaalde bedingen op de mededinging rekening te houden met de ontwikkeling op de betrokken markt na de inwerkingtreding van die bedingen.* Deze marktontwikkeling mag weliswaar niet het *enige* beoordelingselement zijn: het is zelfs evident, dat men zich bij de beoordeling van de verenigbaarheid van een overeenkomst niet uitsluitend mag laten leiden door de gevolgen ervan; anders zou de absurde situatie ontstaan, dat om vast te stellen of de overeenkomst in strijd is met artikel 85, lid 1, enkele jaren zou moeten worden gewacht om de gevolgen (en de schadel) te zien, om dan te beslissen of, en zo ja hoe, moet worden opgetreden. Niettemin is het zo, dat ofschoon het onderzoek achteraf in geen geval het onderzoek vooraf (gebaseerd op het onderzoek van het doel en de voorzienbare gevolgen van de overeenkomst) mag vervangen, dit niet betekent, dat de daadwerkelijke gevolgen van de overeenkomst, zodra zij zichtbaar zijn, te verwaarlozen zijn. Zij zijn te beschouwen als een in aanmerking te nemen aanwijzing, voor zover zij het mogelijk maken de conclusies van de juridische en economische beoordeling van het doel en de voorzienbare gevolgen van de overeenkomst te bevestigen of te ontkrachten. In die zin, zie bij voorbeeld de beschikking SOCEMAS (punt II, zesde overweging) en de beschikking Intergroup (punt 6), reeds *aangehaald in voetnoot 5.*

bij wegens de prijselasticiteit minder omvangrijke bestellingen via de coöperatie — ten gevolge van onafhankelijke aankopen door de LAG — tot een aanzienlijke verslechtering van de handelsvoorwaarden kunnen leiden;

— zij betreffen uitsluitend inkopen verricht door de B- en D-leden (en niet door de overige leden), dat wil zeggen de enige leden die door hun commercieel gewicht de belangen van de coöperatie kunnen schaden wanneer zij met deze in concurrentie treden;

— zij betreffen uitsluitend de in georganiseerde vorm door de B- en D-leden verrichte inkopen, dus inkopen in het kader van een permanente deelneming aan concurrerende verenigingen of andere concurrerende organisaties, en niet de inkopen buiten de coöperatie om, door afzonderlijke B-of D-leden of door meer B-leden te zamen, maar dan op ad hoc basis met betrekking tot één enkele inkoopverrichting; ook zo gezien is het duidelijk, dat de coöperatie zich enkel wenste te beschermen tegen situaties die haar bijzonder kunnen schaden;

— zij staan leden die de door de DLG toegepaste prijzen te hoog vinden, uitdrukkelijk toe, zich voor de aankoop van bepaalde partijen goederen als gewoon agent tot de DLG te wenden; in dat geval ziet de DLG af van iedere beloning voor haar activiteit van tussenpersoon en verliezen de leden die om die tussenkomst hebben verzocht, het recht op de eindejaarskorting over die transacties.

De andere door de verwijzende rechter vermelde omstandigheden kunnen daarentegen mijns inziens buiten beschouwing blijven; het gaat om

— het feit dat de litigieuze bedingen ook zouden zijn opgenomen om te voorkomen dat B-of D-leden die deelnemen in concurrerende organisaties, in de leidinggevende organen van de DLG terechtkomen, daar de bescherming van de zakengeheimen van de DLG kon worden gerealiseerd door te voorzien in specifieke gronden van onverenigbaarheid, die beletten dat leden die in een situatie van belangenconflict met de vereniging verkeren, tot de leidinggevende organen behoren;

— het feit dat de litigieuze bedingen niet unaniem, doch tegen de wil van de B-leden (althans van een aantal van hen) zijn vastgesteld, daar het voor de toepassing van artikel 85, lid 1, op een bepaald beding in de vennootschapsstatuten hoe dan ook irrelevant is, dat dit beding geldig is vastgesteld overeenkomstig de bepalingen van het nationale vennootschapsrecht; indien en zolang het beding

niet formeel door partijen of bij een maatregel van de autoriteiten is opgeheven, blijft het onder artikel 85, lid 1, vallen, mits aan de toepassingsvoorwaarden voldaan is;

— het feit dat de uitgesloten leden op dezelfde voet zijn behandeld als de leden die gebruik hebben gemaakt van hun recht om zich uit de vereniging terug te trekken, want zodra vaststaat dat het uitsluitingsbeding niet in strijd is met artikel 85, lid 1, staat niets eraan in de weg, dat de vennootschap niet de in geval van vrijwillige uittreding geldende gunstiger regels toepast, doch die welke normaal in geval van uitsluiting van een lid gelden, met inbegrip van eventuele sancties, waarbij als enige beperking geldt (zoals hierboven in punt 21 gezegd), dat geen kennelijk buitensporige en onevenredige sancties mogen worden opgelegd;

— het feit dat verzoeksters in het hoofdgeding onder meer stellen, recht te hebben op een aandeel in het ongedeelde vermogen van de DLG, zonder evenwel hun heropneming in de vereniging te eisen, want hoe het petitum voor de nationale rechter ook is geformuleerd, verzoeksters hebben in ieder geval de verenigbaarheid van de litigieuze bedingen met artikel 85, lid 1, betwist, en wanneer het Hof die onverenigbaarheid bevestigt, staat het aan de nationale rechter, krachtens artikel 85, lid 1, de nietigheid van de betrokken bedingen vast te stellen en daaraan de gevolgen rechtens overeenkomstig het nationale recht te verbinden.

3) *Kunnen de litigieuze bedingen de handel tussen Lid-Staten ongunstig beïnvloeden?*

30. Na het voorgaande behoeft niet te worden onderzocht, of de litigieuze bedingen de handel tussen Lid-Staten al dan niet ongunstig kunnen beïnvloeden. Volledigheidshalve merk ik verder op, dat in casu vaststaat, dat er een intracommunautair handelsverkeer in de betrokken produkten bestaat en dat zowel de DLG als de LAG daaraan deelnamen en deelnemen. Bijgevolg lijdt het geen twijfel, dat in het onderhavige geval voldaan is aan het vereiste van ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten.

4) *Is de nationale rechter bevoegd artikel 85, lid 3, van het Verdrag toe te passen, wanneer de overeenkomst bij de Commissie is aangemeld met het oog op het verkrijgen van een negatieve verklaring of ontheffing?*

31. Op dit punt kan ik volstaan met eraan te herinneren, dat de Commissie ingevolge artikel 9, lid 1, van verordening nr. 17 van de

Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag [29], bij uitsluiting bevoegd is individuele ontheffing in de zin van artikel 85, lid 3, te verlenen. [30] Voor de toepassing van de artikelen 85, leden 1 en 2, en 86 daarentegen zijn zowel de Commissie als de nationale rechterlijke instanties bevoegd. Uit het voorgaande nu blijkt, dat in casu de litigieuze bedingen niet in strijd zijn met artikel 85, lid 1; het probleem van een eventuele ontheffing op grond van artikel 85, lid 3, is derhalve niet aan de orde. Het staat dus aan de nationale rechter, vast te stellen dat de litigieuze bedingen niet in strijd zijn met artikel 85, lid 1.

5) *Leveren de litigieuze bedingen misbruik van machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag op?*

32. In de rechtspraak [31] wordt het begrip machtspositie gedefinieerd als een economische machtspositie van een onderneming, die deze in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de relevante markt te verhinderen, doordat het haar mogelijk is zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, afnemers en uiteindelijk de consumenten te gedragen. Het bestaan van een machtspositie resulteert in de regel uit verscheidene factoren, die elk afzonderlijk niet per se beslissend behoeven te zijn. Een van die factoren, die van bijzonder belang is, is het bezit van een zeer groot marktaandeel (meer dan 50 %); een marktaandeel van rond 40 % en dus zeker een aanzienlijk lager percentage daarentegen volstaat als zodanig niet om van marktbeheersing te kunnen spreken. [32] Voorts moet rekening worden gehouden met factoren als de verhouding tussen het marktaandeel van de betrokken onderneming en die van haar concurrenten, de eventuele voordelen waarover de onderneming inzake financiële en economische structuur ten opzichte van haar concurrenten beschikt, de commerciële organisatie en de technologische know how, alsmede met het bestaan van een in meer of mindere mate intense potentiële concurrentie. [33] Ten slotte vormt de stabiliteit dan wel de ontwikkeling in de tijd van het marktaandeel een extra aanwijzing die in aanmerking moet worden genomen bij de beoordeling van de vraag, of er sprake is van een machtspositie. [34]

Het staat aan de nationale rechter deze criteria toe te passen op de voor hem aanhangige zaak. Daarbij wil ik erop wijzen, dat het dossier in casu een aantal elementen bevat, met name:

— het beperkte markaandeel van de DLG ten tijde van de litigieuze feiten,

29 — PB 1962, blz. 204.

30 — Zie ook arrest Delimitis, reeds aangehaald, r. o. 43 e. v.

31 — Zie recentelijk arrest Gerecht van 12 december 1991 (zaak T-30/89, Hilti, Jurispr. 1991, blz. II-1439).

32 — Arrest van 14 februari 1978 (zaak 27/76, United Brands, Jurispr. 1978, blz. 207).

33 — Arrest van 13 februari 1979 (zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1979, blz. 461), en arrest United Brands, reeds aangehaald.

34 — Arrest Hoffmann-La Roche, reeds aangehaald.

— het substantiële evenwicht tussen het marktaandeel van de DLG en dat van haar concurrenten,

— en de genoemde ontwikkeling van de marktaandelen van de DLG en de LAG,

— het opmerkelijke concurrentievermogen dat de LAG aan de dag heeft gelegd, te zamen met het bestaan van een sterke potentiële concurrentie, doordat de toegang tot de markt niet in aanzienlijke mate wordt belet,

waaruit blijkt, dat de DLG geen machtspositie in de zin van artikel 86 innam. Een bijkomend, zij het niet beslissend argument in die zin is, dat de DLG sedert 1990 niet langer voorkomt in het Deense register van ondernemingen met een machtspositie.

Conclusie

33. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging de vragen van de verwijzende rechter te beantwoorden als volgt:

„1) De afwijking bedoeld in verordening nr. 26 is niet van toepassing op produkten — zoals meststoffen en gewasbeschermingsmiddelen — die niet zijn vermeld in bijlage II bij het Verdrag.

2) Onder voorbehoud van de vaststellingen die de nationale rechter overeenkomstig de in deze conclusie aangegeven criteria behoort te doen, heeft een beding in de statuten van een landbouwcoöperatie die gemeenschappelijk landbouwbasisprodukten inkoopt, krachtens hetwelk leden die met het oog op de inkoop van die produkten op duurzame wijze deelnemen in organisaties die de coöperatie concurrentie aandoen, uit de coöperatie kunnen worden uitgesloten, niet tot doel of tot gevolg, dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

3) Aan de voorwaarde van ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten in de zin van artikel 85, lid 1, is voldaan in een geval als het in het hoofdgeding aan de orde zijnde, waar vaststaat dat er een intracommunautair handelsverkeer in de betrokken produkten bestaat en dat de betrokken ondernemingen daaraan kunnen deelnemen en dat ook doen.

4) De Commissie is bij uitsluiting bevoegd ontheffingen in de zin van artikel 85, lid 3, te verlenen. De nationale rechter is daarentegen wel bevoegd de bepalingen van de artikelen 85, leden 1 en 2, en 86 van het Verdrag toe te passen.

5) Onder voorbehoud van de vaststellingen die de nationale rechter overeenkomstig de in deze conclusie aangegeven criteria behoort te doen, blijkt niet uit het dossier, dat de coöperatie DLG een machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag inneemt."