

Beleidsregels met betrekking tot de uitoefening van de aan de raad als bedoeld in artikel 1, onder c, van de Mededingingswet toegekende bevoegdheden tot toepassing van artikel 6, eerste, derde en vierde lid, van deze wet ten aanzien van combinatieovereenkomsten

(18-12-2008)

1. Inleiding

1. Deze beleidsregels zijn vastgesteld op grond van artikel 5d, eerste lid, van de Mededingingswet (hierna: de wet) en hebben betrekking op de toepassing door de Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de raad) van artikel 6 van de wet ten aanzien van combinatieovereenkomsten.
2. De opbouw van de beleidsregels is als volgt. In paragraaf 2 wordt eerst ingegaan op de overwegingen die ertoe hebben geleid dat het Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten met ingang van 1 januari 2009 niet wordt gecontinueerd, op de verhouding van de oude met de nieuwe situatie en op de functie van deze beleidsregels. Vervolgens wordt in paragraaf 3 ingegaan op artikel 6 van de Mededingingswet dat het kader is voor de beoordeling van combinatieovereenkomsten. In paragraaf 4 komt aan de orde de toepassing ten aanzien van combinatieovereenkomsten van het verbod van mededingingsafspraken in artikel 6, eerste lid, van de wet. Ten slotte wordt in paragraaf 5 ingegaan op de toepassing ten aanzien van combinatieovereenkomsten van de in artikel 6, derde lid, van de wet neergelegde, vrijstelling van het verbod van mededingingsafspraken.

2. Aanleiding voor de beleidsregels

Geen continuering van het Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten

3. Artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet stelt afspraken vrij van het kartelverbod van het eerste lid, van dat artikel, mits aan een viertal voorwaarden wordt voldaan. Daarnaast biedt artikel 15 van de wet de mogelijkheid voor een bepaalde categorie afspraken bij algemene maatregel van bestuur een vrijstellingsbesluit vast te stellen. Dit laatste is gebeurd voor combinatieovereenkomsten. Het Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten is met ingang van 1 januari 1998 voor tien jaar vastgesteld en daarna met één jaar verlengd.
4. Aan een specifiek vrijstellingsbesluit kan de voorkeur worden gegeven boven de algemene vrijstelling van artikel 6, derde lid, van de wet, indien het op voorhand meer duidelijkheid schept wanneer een afspraak van de desbetreffende categorie is toegestaan. Dit geeft meer zekerheid aan ondernemingen bij het maken van die afspraken en aan de raad bij het handhaven van de wet. Van een dergelijk voordeel is alleen sprake, indien eenvoudige, ondubbelzinnige en algemeen toepasbare

criteria worden ontwikkeld die zijn toegesneden op de desbetreffende categorie afspraken. Zo niet, dan leidt zo'n besluit tot schijnzekerheid voor ondernemingen en handhavingproblemen voor de raad. Dit was het geval bij het Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten.

5. In 2002 deed de Parlementaire Enquête Commissie Bouwnijverheid de aanbeveling de gronden voor toepassing van het vrijstellingsbesluit ondubbelzinnig te formuleren, omdat combinaties vaker voorkomen dan geoorloofd. Dit standpunt werd bevestigd in diverse rapporten.¹ Ten slotte geeft ook de raad in zijn advies van 30 mei 2007 aan dat de eenvoudige criteria uit het Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten tekort schieten.
6. Een belangrijke conclusie van de raad is ook dat voor de beoordeling van combinatieovereenkomsten niet volstaan kan worden met een beperkt aantal vaste criteria of snel en eenvoudig toepasbare vuistregels. Daarvoor is dat oordeel te zeer afhankelijk van specifieke omstandigheden die per geval verschillen. Het risico van enkele eenvoudige vuistregels in een vrijstellingsbesluit is dat ook combinatieovereenkomsten worden vrijgesteld die een gevaar voor de concurrentie opleveren.
7. Op grond van deze overwegingen is besloten het vrijstellingsbesluit niet te continueren. Dit betekent geenszins dat met het vervallen van het vrijstellingsbesluit combinatieovereenkomsten verboden zijn. Om te beginnen vallen combinatieovereenkomsten vaak helemaal niet onder het verbod en zijn dan uiteraard toegestaan. Vallen zij in beginsel wel onder dat verbod, dan zijn zij daarvan toch uitgezonderd, indien zij voldoen aan de voorwaarden van artikel 6, derde lid, van de wet.

Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken aan de raad

8. Deze bevoegdheid van de Minister van Economische Zaken houdt verband met de verantwoordelijkheid die de Minister heeft voor het mededingingsbeleid. Beleidsregels zijn in de verhouding tussen de minister en een zelfstandig bestuursorgaan als de raad een belangrijk middel om ervoor te zorgen dat het optreden van de raad in het verlengde ligt van de door de minister uitgezette, beleidsmatige koers.
9. Ook na het vervallen van het vrijstellingsbesluit zal behoefte bestaan aan duidelijkheid in hoeverre combinatieovereenkomsten onder de Mededingingswet geoorloofd zijn. Deze beleidsregels zijn bedoeld om de raad richting te geven hoe hij combinatieovereenkomsten bij aanbestedingen onder de Mededingingswet moet beoordelen.

¹ CAP Analysis stelde in zijn rapport van begin 2002 dat combinaties de kans op kartelvorming vergroten. De Stichting Economisch Onderzoek (SEO) was in haar rapport van eind 2004 weliswaar van mening dat combinatievorming niet vaker voorkomt dan beoogd, maar ook zij vond nadere invulling van de criteria van het vrijstellingsbesluit essentieel omdat die onvoldoende duidelijkheid bieden.

10. Beklemtoond wordt dat de beleidsregels een algemene strekking hebben en dat voorbeelden in de beleidsregels slechts dienen als toelichting. Het is aan de raad te bepalen tot welke beslissing hij, met inachtneming van de beleidsregels, in een concreet geval komt, rekening houdend met alle bijzonderheden van het concrete geval. De beleidsregels laten de bevoegdheid van de raad om in individuele gevallen een eigen, onafhankelijke afweging te maken, dus onverlet. Bovendien kan de raad gemotiveerd afwijken van de beleidsregels.

Verhouding met de bestaande situatie

11. Aan de vraag of een combinatieovereenkomst is vrijgesteld onder het vrijstellingsbesluit of onder de algemene uitzondering van de Mededingingswet, gaat de vraag vooraf of die overeenkomst onder het verbod van artikel 6, eerste lid, van de wet valt. In veel situaties is dit niet het geval en dan is de combinatieovereenkomst uiteraard toegestaan en komt men aan de vraag van de uitzondering niet toe. Dit geldt voor de bestaande situatie en voor de nieuwe situatie. Op dit punt brengt het vervallen van de vrijstellingsbesluit dus geen wijziging mee.
12. Valt een combinatieovereenkomst in beginsel onder het verbod, dan kunnen de betrokken ondernemingen zich in de bestaande situatie beroepen op het vrijstellingsbesluit (en eventueel op artikel 6, derde lid) en in de nieuwe situatie op artikel 6, derde lid, van de wet. Zowel in de bestaande als in de nieuwe situatie blijft de bewijslast dus berusten bij de ondernemingen die bij de combinatieovereenkomst betrokken zijn. Wat wel verandert is dat ondernemingen in de nieuwe situatie moeten aantonen dat wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 6, derde lid, van de wet. Deze voorwaarden hebben, vergeleken bij die uit het vrijstellingbesluit, een algemener karakter. Daardoor kan bij de toetsing van combinatieovereenkomsten beter rekening gehouden worden met de verschillende omstandigheden die daarvoor van belang zijn en die per geval kunnen verschillen afhankelijk van de marktsituatie.
13. Het spreekt voor zichzelf dat vormen van samenwerking die niet uitdrukkelijk in deze beleidsregels zijn vermeld of die niet binnen de reikwijdte van deze beleidsregels vallen, wel onder artikel 6 van de wet kunnen vallen. Omgekeerd kunnen afspraken waarvan niet uitdrukkelijk is vermeld dat ze zijn toegestaan toch met de Mededingingswet verenigbaar zijn.
14. Deze beleidsregels laten onverlet de eventueel door de rechter gegeven uitleg van de Mededingingswet respectievelijk de uitleg van de Europese mededingingsregels door het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie van de EG.

3. Het wettelijke kader van artikel 6 van de Mededingingswet

Artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet (kartelverbod)

15. De raad is bevoegd combinatieovereenkomsten te toetsen aan artikel 6 van de Mededingingswet. Op grond van het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, zijn overeenkomsten tussen ondernemingen,

besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen verboden als zij “ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst”.

16. Artikel 6 van de Mededingingswet is van toepassing op elke vorm van gedragsafstemming tussen ondernemingen, of het nu gaat om een bindend contract (schriftelijk of mondeling), informele contacten, afstemming door middel van de beroeps- of branchevereniging of andere vormen van coördinatie van het gedrag.
17. Handelen in strijd met artikel 6, eerste lid, is een overtreding. Bovendien zijn overeenkomsten met bepalingen die in strijd zijn met artikel 6, eerste lid, van rechtswege nietig ingevolge het tweede lid van dat artikel.

Artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet (vrijstelling op het kartelverbod)

18. Artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet is een wettelijke uitzondering op artikel 6, eerste lid, Mw. De tekst van artikel 6, derde lid, M luidt: “Het eerste lid geldt niet voor overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die bijdragen tot verbetering van de productie of van de distributie of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen:
 - a. beperkingen op te leggen die voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn, of
 - b. de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen en diensten de mededinging uit te schakelen.”
19. De vier voorwaarden uit artikel 6, derde lid, kunnen als volgt worden geformuleerd:
 - (1) De combinatieovereenkomst moet bijdragen aan een verbetering van de productie of distributie of zij moet een technische of economische vooruitgang opleveren.
 - (2) Bovengenoemde voordelen moeten voor een redelijk deel ten goede komen aan de aanbesteders.
 - (3) De overeenkomst mag de concurrentie niet verder beperken dan strikt noodzakelijk is voor het realiseren van de voordelen.
 - (4) Er moet voldoende concurrentie op de markt overblijven.
20. Het kartelverbod is daarnaast niet van toepassing op afspraken tussen een beperkt aantal ondernemingen met een geringe omzet en marktaandeel. Het eerste lid van artikel 7 Mededingingswet (de zogenaamde bagatelbepaling) bepaalt dat het kartelverbod niet geldt voor afspraken waarbij niet meer dan acht ondernemingen betrokken zijn waarvan de gezamenlijke omzet in het voorafgaande kalenderjaar niet hoger is dan € 5.500.000 indien het ondernemingen betreft waarvan de activiteiten zich in hoofdzaak richten op het leveren van goederen, en niet hoger dan € 1.100.000 in alle andere gevallen, bijvoorbeeld het leveren van diensten. Indien één of beide in artikel 7, eerste lid, genoemde grenzen wordt of worden overschreden, is het kartelverbod toch niet van toepassing, indien wordt voldaan aan de twee criteria van het tweede lid van artikel 7 Mw. Het

eerste criterium is dat het gezamenlijk marktaandeel van de bij de overeenkomst betrokken ondernemingen op geen van de relevante markten waarop de overeenkomst van invloed is, groter mag zijn dan 5%. Het tweede criterium is dat de gezamenlijke omzet in het voorafgaande kalenderjaar van de bij de overeenkomst betrokken ondernemingen voor de onder de overeenkomst vallende goederen of diensten niet hoger mag zijn dan € 40.000.000. Indien voldaan is aan deze beide criteria geldt het kartelverbod eveneens niet.

Verhouding van artikel 6 Mededingingswet tot de EG-mededingingsregels

21. De Nederlandse wetgever heeft gekozen voor aansluiting van de nationale mededingingsregels bij de Europese. Daarbij is aangegeven dat de Mededingingswet niet strenger of soepeler zal zijn dan de Europese mededingingsregels. Artikel 6 is een afgeleide van artikel 81 EG en artikel 24 van de Mededingingswet van artikel 82 EG.
22. Voor de uitleg van de materiële bepalingen van die Mededingingswet zijn de beschikkingenpraktijk en de bekendmakingen van de Europese Commissie en de jurisprudentie van de Europese rechter richtinggevend.
23. Voor de interpretatie van het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, ten aanzien van combinatieovereenkomsten zijn de EG-richtsnoeren inzake horizontale samenwerkingsovereenkomsten² van belang. Voor de interpretatie van vrijstelling van artikel 6, derde lid, ten aanzien van combinatieovereenkomsten bieden de EG-richtsnoeren betreffende toepassing van artikel 81, derde lid, EG-Verdrag³ houvast.

² Mededeling van de Commissie Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, PbEG 2001, C 3/02, van 6 januari 2001.

³ Mededeling van de Commissie Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, PbEG 2004, C 101/08, van 27 april 2004.

Eigen verantwoordelijkheid

24. Formeel is het de raad die moet aantonen dat een afspraak onder artikel 6, eerste lid, valt en zijn het ingevolge artikel 6, vierde lid, de betrokken ondernemingen die zich vervolgens op artikel 6, derde lid beroepen, om aan te tonen dat zij aan de vier vrijstellingsvoorwaarden voldoen. In eerste instantie echter zullen ondernemers zelf ervoor moeten zorgen dat hun afspraken verenigbaar zijn met artikel 6, eerste lid, of, als een afspraak wel onder dat artikellid valt, in ieder geval voldoet aan alle, in artikel 6, derde lid, van de wet genoemde voorwaarden. Deze beleidsregels zijn bedoeld om te helpen bij die zelfstandige beoordeling door de ondernemers. Zij hoeven combinatieovereenkomsten die zij als toelaatbaar beoordelen niet te melden bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit.
25. Ondernemingen kunnen ook gebruik maken van de grote hoeveelheid Europese jurisprudentie die onmisbaar is met betrekking tot de toepassing van de mededingingsregels in vele sectoren. Daarnaast geeft de Europese Commissie door middel van verordeningen, richtsnoeren en bekendmakingen ondernemingen inzicht in de toepassing van de mededingingsregels.

4. Artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet en combinatieovereenkomsten

Combinatieovereenkomsten

26. Combinatieovereenkomsten zijn overeenkomsten tussen twee of meer zelfstandige ondernemingen waarin ter zake van een aanbesteding de gezamenlijke indiening door die ondernemingen van een inschrijfcijfer voor de desbetreffende opdracht en de gezamenlijke uitvoering van die opdracht worden geregeld. Onder een aanbesteding wordt verstaan de al dan niet gelijktijdige uitnodiging van een opdrachtgever aan twee of meer ondernemingen om een inschrijfcijfer in te dienen voor de uitvoering van een opdracht tot het leveren van goederen, het verrichten van diensten of het uitvoeren van werken. Kenmerk van combinatieovereenkomsten is dat iedere partij ten opzichte van de opdrachtgever hoofdelijk aansprakelijk is voor de uitvoering van de opdracht. Wanneer een inschrijver een deel van de uitvoering van de opdracht uitbesteedt aan een onderaannemer, is alleen de hoofdaannemer ten opzichte van de opdrachtgever aansprakelijk voor de uitvoering van de opdracht.
27. Combinaties kunnen uiteenlopende juridische verschijningsvormen aannemen, uiteenlopend van eenvoudige mondelinge samenwerkingsverbanden of een vennootschap onder firma tot de oprichting van naamloze en besloten vennootschappen. Van combinatievorming in eigenlijke zin is echter geen sprake meer indien op duurzame grondslag een gezamenlijke dochteronderneming ("joint venture") wordt opgericht, die zelfstandig deelneemt aan het economisch verkeer⁴. Zodanige gemeenschappelijke ondernemingen zijn ingevolge artikel 27, tweede lid, van de Mededingingswet concentraties in de zin van het eerste lid, onder b, van dat artikel en vallen onder het

⁴ Pijnacker Hordijk, Van der Bend, Van Nouhuys, Aanbestedingsrecht, Derde druk, tweede oplage, 2004, blz. 553-554.

concentratietoezicht. Deze beleidsregels betreffen samenwerkingsvormen waarbij een gemeenschappelijke onderneming wordt opgericht voor een bepaalde periode en waarbij de gemeenschappelijke onderneming niet duurzaam alle functies van een zelfstandige onderneming vervult en de samenwerkende ondernemingen zelf ook nog actief zijn op dezelfde markt als die gemeenschappelijke onderneming. Deze samenwerking valt onder de bepalingen voor mededingingsafspraken in de artikelen 6 tot en met 16 van de Mededingingswet.

Beginselen voor de beoordeling van combinatieovereenkomsten

28. Onder randnummer 23 van deze beleidsregels is opgemerkt dat de EG-richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten van belang voor de toepassing van artikel 6, eerste lid, op combinatieovereenkomsten. Deze EG-richtsnoeren hebben tot doel een analytisch raam te bieden voor de meest gangbare vormen van horizontale samenwerking⁵. Weliswaar worden combinatieovereenkomsten in die EG-richtsnoeren niet genoemd, maar combinatieovereenkomsten worden meestal aangegaan door ondernemingen die op hetzelfde niveau van de markt en dus een horizontaal karakter hebben. Daarom zijn die EG-Richtsnoeren ook voor de beoordeling van combinatieovereenkomsten van belang.
29. Volgens die Europese Richtsnoeren kan horizontale samenwerking leiden tot mededingingsproblemen. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer partijen overeenkomen bij een samenwerking prijzen of productiehoeveelheden vast te stellen of markten te verdelen. Ook is dit het geval wanneer de samenwerking partijen in staat stelt marktmacht te behouden, te verwerven of te vergroten en zo aanleiding geeft tot negatieve markteffecten met betrekking tot prijzen, productie, innovatie of de diversiteit en kwaliteit van producten⁶.
30. Aan de andere kant kan horizontale samenwerking aanzienlijke economische voordelen opleveren. Zo kan samenwerking een middel zijn om risico's te delen, kosten te besparen, knowhow gezamenlijk te benutten en sneller te innoveren. In het bijzonder voor kleine en middelgrote ondernemingen is samenwerking een belangrijk middel om zich aan de veranderende marktomstandigheden aan te passen.⁷
31. Uit horizontale samenwerking kunnen dus voordelen voortvloeien, maar er moet wel op worden toegezien dat een daadwerkelijke mededinging wordt gehandhaafd.⁸ Economische criteria, zoals de marktmacht van de partijen en andere factoren in verband met de marktstructuur, vormen een sleutelement voor de beoordeling van de gevolgen die een samenwerking waarschijnlijk voor de markt zal hebben, en derhalve voor de beoordeling ervan op grond van artikel 81 EG. Wegens de grote diversiteit van de types en combinaties van horizontale samenwerking en de marktomstandigheden waarin deze functioneren, is het onmogelijk specifieke antwoorden te

⁵ EG-Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten, randnummer 7.

⁶ EG-Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten, randnummer 2.

⁷ EG-Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten, randnummer 3.

⁸ EG-Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten, randnummer 4.

formuleren voor alle mogelijke scenario's. Het onderhavige analytische raam op grond van economische criteria zal ondernemingen niettemin een houvast bieden bij de beoordeling van de verenigbaarheid van een bepaalde samenwerkingsovereenkomst met artikel 81 EG⁹.

Beoordeling van combinatieovereenkomsten

32. Achtereenvolgens komen hieronder aan de orde (1) combinatieovereenkomsten die niet onder artikel 6, eerste lid, vallen, (2) combinatieovereenkomsten die in de regel wel onder dat artikellid vallen en (3) combinatieovereenkomsten die onder dat artikellid kunnen vallen.

(1) Combinatieovereenkomsten die niet onder artikel 6, eerste lid, vallen

33. Onder randnummer 24 van de EG-Richtsnoeren voor horizontale samenwerkingsovereenkomsten wordt een aantal vormen van horizontale samenwerking genoemd die "door hun aard" niet onder artikel 81 EG vallen. Verder wordt onder de randnummers 86-88 van die EG-Richtsnoeren aangegeven wanneer productieovereenkomsten niet onder artikel 81 EG vallen. Deze overwegingen zijn van belang voor combinatieovereenkomsten, omdat deze meestal een horizontaal karakter hebben en een zekere overeenkomst vertonen met productieovereenkomsten. Tenslotte volgt ook uit de Europese jurisprudentie dat sommige horizontale vormen van samenwerking niet onder artikel 81 EG vallen. Bij een toepassing van artikel 6, eerste lid, analoog aan het EG-mededingingsrecht mag worden aangenomen dat de volgende combinatieovereenkomsten niet onder artikel 6, eerste lid, vallen:
- (a) Combinatieovereenkomsten tussen ondernemingen die geen concurrenten van elkaar zijn, waaronder de situatie waarin zij volledig complementaire specialismen bundelen¹⁰, bijvoorbeeld in het geval waarin ontwerp en uitvoering deel uitmaken van dezelfde opdracht.
 - (b) Combinatieovereenkomsten tussen ondernemingen die wel concurrenten van elkaar zijn, maar die de desbetreffende opdracht niet zelfstandig kunnen uitvoeren¹¹. Te denken valt aan situaties waarin samenwerking de enige commercieel gerechtvaardigde mogelijkheid is om een nieuwe markt te betreden, een nieuw product of een nieuwe dienst uit te brengen of een specifiek project ten uitvoer te leggen of ervaring op te doen ten einde toegang te verkrijgen tot nieuwe markten.¹² Indien één of meer partijen bij een combinatieovereenkomst wel in staat is de desbetreffende opdracht zelfstandig uit te voeren, kan de combinatieovereenkomst wel onder artikel 6, eerste lid, vallen (zie randnummers 39 tot en met 45).

⁹ EG-Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten, randnummer 7.

¹⁰ EG-Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten, randnummers 24 en 86.

¹¹ EG-Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten, randnummer 24.

¹² EG-Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten, randnummer 87.

- (c) Combinatieovereenkomsten die de mededinging niet merkbaar beperken.¹³ Voor het begrip “merkbare beperking van de mededinging” wordt verwezen naar de EG-de minimalisatiebepaling.¹⁴
- (d) Combinatieovereenkomsten die zijn aangegaan naar aanleiding van de uitdrukkelijke wens van de opdrachtgever.¹⁵
- (e) Combinatieovereenkomsten tussen ondernemingen die tot hetzelfde concern behoren. Die ondernemingen moeten dan wel een economische eenheid vormen, waarin de dochteronderneming haar optreden op de markt niet werkelijk zelfstandig kan bepalen en de afspraken tussen de ondernemingen een interne taakverdeling tussen hen ten doel hebben.¹⁶

(2) Combinatieovereenkomsten die in de regel onder artikel 6, eerste lid, vallen

- 34. Combinatieovereenkomsten zullen in de regel onder artikel 6, eerste lid, vallen, indien de partijen bij een combinatieovereenkomst afspraken maken over prijzen, de onderlinge verdeling van opdrachten, het afschermen van markten of het van de markt verdringen van concurrenten (hard core restricties)¹⁷. Dergelijke afspraken zijn in de regel als zodanig in strijd met artikel 6, eerste lid.
- 35. Dit ligt alleen dan anders bij afspraken tussen partijen bij een combinatieovereenkomst over hun onderlinge taakverdeling en inschrijfcijfer voor één bepaalde opdracht, voor zover die afspraken inherent zijn aan de gezamenlijke inschrijving op en uitvoering van die bepaalde opdracht. Zodanige afspraken zullen niet afzonderlijk worden beoordeeld om na te gaan of zij onder artikel 6, eerste lid, vallen, maar in het licht van alle gevolgen die de desbetreffende combinatie heeft op de relevante markt.¹⁸
- 36. Verboden combinatieovereenkomsten kunnen betrekking hebben op één opdracht. Gedacht kan worden aan het geval, waarin alle ondernemingen die een bepaald werk zelfstandig kunnen uitvoeren één combinatie vormen met de bedoeling voor het desbetreffende werk de concurrentie uit te schakelen. Een ander voorbeeld is de situatie waarin slechts één partij bij een combinatie de gehele opdracht uitvoert en de andere partij in feite slechts pro forma aan de combinatie deelneemt. In dit soort gevallen is combinatievorming een dekmantel voor verboden afspraken (“pseudo-combinatieovereenkomst”).

¹³ EG-Richtlijn horizontale samenwerkingsovereenkomsten, randnummer 24.

¹⁴ Bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 1, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (de minimalisatie), PbEG 2001, C 368/07, van 22 december 2001.

¹⁵ Advies van de plv. directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 14 september 2004 aan de Minister van Economische Zaken inzake het Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten, blz. 2.

¹⁶ HvJEG, 31 oktober 1974, Centrafarm en Adriaan de Peijper t. Sterling Drug, 15/74, Jurispr., 1974, 1147, r.o. 41. PM:

¹⁷ EG-Richtlijn horizontale samenwerkingsovereenkomsten, randnummers 25 en 90.

¹⁸ EG-Richtlijn horizontale samenwerkingsovereenkomsten, randnummer 90.

37. Verboden combinatieovereenkomsten kunnen ook betrekking hebben op verschillende werken. Die combinatieovereenkomsten maken dan in feite deel uit van een bredere samenwerking en coördinatie van marktactiviteiten tussen ondernemingen met betrekking tot prijsvorming, verdeling van opdrachten, afscherming van markten of verdringen van concurrenten.
38. Er wordt aangenomen dat deze beperkingen van de mededinging de meest schadelijke zijn, omdat zij de uitkomst van het concurrentieproces rechtstreeks beïnvloeden. Prijsvaststelling heeft als rechtstreeks gevolg dat opdrachtgevers hogere prijzen betalen. De verdeling van opdrachten beperkt de keuze voor opdrachtgevers en leidt daarom eveneens tot hogere prijzen. Deze beperkingen hebben negatieve gevolgen voor het functioneren van de markt en zijn daarom in de regel verboden.¹⁹

(3) Combinatieovereenkomsten die onder artikel 6, eerste lid, kunnen vallen

39. Combinatieovereenkomsten die niet kunnen worden aangeduid als kennelijk mededingingsbeperkend of niet mededingingsbeperkend, kunnen onder artikel 6, eerste lid, vallen en moeten worden onderzocht in hun economische context.²⁰ Het antwoord op de vraag of deze combinatieovereenkomsten onder artikel 6, eerste lid, vallen is dus afhankelijk van het effect dat zij in een bepaalde context hebben op de concurrentie op de markt.
40. Zo is toegelicht dat een combinatieovereenkomst tussen concurrenten die geen van allen in staat zijn de desbetreffende opdracht zelfstandig uit te voeren, niet onder artikel 6, eerste lid, valt. Dit hoeft echter niet te betekenen dat, als één of meer partijen de desbetreffende opdracht wel zelfstandig kunnen uitvoeren, die combinatieovereenkomst altijd onder artikel 6, eerste lid, valt.
41. Ook in die gevallen kunnen ondernemingen redenen hebben een combinatieovereenkomst aan te gaan, zonder dat die concurrentie in de weg staat. Als zodanige redenen worden beschouwd het bundelen van deels complementaire specialismen, het spreiden of verminderen van risico's, het spreiden van capaciteit met het oog op de continuïteit van de onderneming en het benutten van restcapaciteit.
42. Omdat het gaat om combinatieovereenkomsten tussen concurrenten, kan niet zonder meer worden gesteld dat artikel 6, eerste lid, op die combinatieovereenkomsten "door hun aard" niet van toepassing is. Voorkomen dient te worden dat de bij de combinatieovereenkomst betrokken ondernemingen buiten de combinatie om gaan coördineren. Dat is een situatie die onder het verbod van artikel 6, eerste lid, kan vallen.
43. In het algemeen zullen de in randnummer 39 bedoelde combinatieovereenkomsten niet onder artikel 6, eerste lid, vallen, indien zij aan de volgende cumulatieve voorwaarden voldoen:
- (a) De combinatieovereenkomst beperkt zich tot één opdracht..

¹⁹ EG-Richtsoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten, randnummer 25.

²⁰ EG-Richtsoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten, randnummers 26 en 91.

- (b) De partijen bij de combinatieovereenkomst nemen met betrekking tot die opdracht in de overeenkomst geen andere hard core restricties op noch enige andere beperking dan die welke inherent zijn aan de gezamenlijke inschrijving op en uitvoering van een werk.²¹
 - (c) De partijen bij de combinatieovereenkomst maken ook buiten de combinatieovereenkomst om, geen afspraken over hard core restricties.
44. Dit neemt niet weg dat artikel 6, eerste lid, toch van toepassing kan zijn afhankelijk van de economische context van het concrete geval. Zo kan ook een combinatieovereenkomst die aan de genoemde voorwaarden voldoet, onder artikel 6, eerste lid, vallen, wanneer bij die combinatieovereenkomst een groot deel van alle ondernemingen is aangesloten die de desbetreffende opdracht in staat is uit te voeren. Een ander voorbeeld is de combinatieovereenkomst tussen ondernemingen die geen concurrenten van elkaar zijn. Een dergelijke combinatieovereenkomst valt op zichzelf bezien “door haar aard” niet onder artikel 6, eerste lid. Het zal echter duidelijk zijn, dat dat anders wordt, wanneer bij die overeenkomst ondernemingen betrokken zijn met een aanzienlijke marktmacht en zij tot uitsluitingproblemen ten aanzien van derden leiden.
45. In al dit soort gevallen is de eventuele beperking van de mededinging niet gelegen in de combinatieovereenkomst zelf, maar in het effect dat zij heeft op de concurrentie. Om te kunnen concluderen of een combinatieovereenkomst onder artikel 6, eerste lid, valt, zal de raad die overeenkomst niet alleen op zichzelf moeten beoordelen, maar ook in het licht van alle gevolgen die zij heeft op de relevante markt. Hierbij wordt de relevante markt bepaald aan de hand van de methode die is beschreven in de EG-Bekendmaking inzake de relevante markt²².

5. Artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet en combinatieovereenkomsten

Beginselen voor de toepassing van artikel 6, derde lid, op combinatieovereenkomsten

46. Zoals opgemerkt onder randnummer 28 van deze beleidsregels, is de Mededingingswet georiënteerd op de Europese mededingingsregels. Dit geldt ook voor artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet, dat een afgeleide is van artikel 81, derde lid, EG. Daarom wordt bij de toepassing van artikel 6, derde lid, wordt aangesloten bij de EG-Richtsnoeren voor toepassing van artikel 81, derde lid, EG.²³
47. Artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet wordt alleen relevant wanneer een combinatieovereenkomst tussen ondernemingen de mededinging beperkt in de zin van artikel 6,

²¹ EG-Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten, randnummer 90.

²² Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, PbEG 1997, C 372, van 9 december 1997.

²³ Mededeling van de Commissie van de Europese Gemeenschappen “Richtsnoeren betreffende toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag, PbEG 2004, C 101/08 van 27 april 2004 en de Bekendmaking van de Directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Nr. P 500043/6.0158, van 22 februari 2005.

eerste lid Mw. In het geval van niet-beperkende overeenkomsten hoeft dus niet te worden onderzocht welke voordelen de overeenkomst eventueel oplevert.

48. De bewijslast op grond van artikel 6, derde lid, wordt ingevolge het vierde lid van dat artikel gedragen door de onderneming(en) die zich op deze uitzonderingsregeling beroepen. Volgens vaste rechtspraak zijn de vier voorwaarden van artikel 6 derde lid cumulatief, zij moeten dus alle worden vervuld wil de uitzonderingsregeling worden toegepast.

Toepassing van artikel 6, derde lid, op combinatieovereenkomsten

49. De vier voorwaarden uit artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet kunnen als volgt worden toegelicht²⁴.
- (a) De combinatieovereenkomst moet bijdragen aan een objectief meetbare verbetering van de productie of distributie of zij moet een objectief meetbare technische of economische vooruitgang opleveren. De overeengekomen combinatieovereenkomst moet voordelen met zich brengen, die tegen de nadelen van de concurrentiebeperking opwegen. Met voordelen worden hier niet bedoeld de voordelen waarvan alleen de deelnemers in een combinatieovereenkomst zelf profiteren, maar objectief meetbare verbeteringen. Als een bouwcombinatie er bijvoorbeeld toe strekt om door bundeling van het in meerdere bedrijven aanwezige potentieel aan menskracht, materieel, financieringsmiddelen en knowhow, efficiënter en beter te kunnen produceren dan de bedrijven ieder afzonderlijk zouden kunnen, wordt voldaan aan dit eerste criterium. Door onderlinge samenwerking leren bedrijven elkaar daarnaast beter kennen, wat ten goede kan komen aan de technische vooruitgang.
 - (b) Bovengenoemde voordelen moeten voor een redelijk deel ten goede komen aan de gebruikers. De ondernemingen in de combinatie moeten aantonen dat de klanten ook van de voordelen van de combinatie profiteren. Samenwerking tussen bedrijven met verschillende specifieke deskundigheden kan bijvoorbeeld een positief effect hebben op de kwaliteit van de uitvoering van de opdracht. Indien de samenwerking tot een efficiëntere wijze van werken leidt, kan de combinatie meestal voor een betere prijs inschrijven dan wanneer de deelnemers individueel zouden inschrijven. Een dergelijk voordeel komt daarmee indirect ten goede aan de aanbesteder. Als de samenwerking toekomstige gebruikers ten goede komt omdat de deelnemers nieuwe technologische kennis hebben opgedaan, kan ook aan dit criterium worden voldaan. De inkoopmacht van de aanbesteders kan ook van invloed zijn op de mate waarin de bereikte voordelen worden bereikt.
 - (c) De overeenkomst mag de concurrentie niet verder beperken dan strikt noodzakelijk is voor het realiseren van de voordelen. De mededingingsbeperkingen die met de afspraak gepaard gaan,

²⁴ Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, zesde druk, december 2000, Bijzondere overeenkomsten, IIIC. Aanneming van werk, Hoofdstuk X. Bouwcombinatie, par. 2 Bouwcombinatie en mededingingsrecht.

moeten proportioneel zijn. Dat houdt in dat de onder (a) genoemde voordelen zonder de mededingingsbeperkingen objectief gezien niet te realiseren zouden zijn. Als vergelijkbare voordelen ook met minder vergaande beperkingen bereikt zouden kunnen worden, zijn de beperkingen dus niet strikt noodzakelijk voor het realiseren van de voordelen.

- (d) Er moet voldoende concurrentie op de markt overblijven. De combinatieovereenkomst mag er niet toe leiden dat de concurrentie voor een belangrijk deel wordt uitgeschakeld. Er moet in de markt voldoende restconcurrentie overblijven om effectieve concurrentie te waarborgen. In veel segmenten van de bouwsector is er sprake van veel aanbod, waardoor de vorming van een combinatie niet snel tot gevolg zal hebben dat de concurrentie wordt beperkt. Dit kan anders liggen bij grootschalige werken die technisch complex zijn waardoor er slechts een beperkt aantal bedrijven in de markt is. Dit betekent niet per definitie dat combinatievorming onmogelijk is. In het geval van combinatievorming dient de vermindering van de 'kwantitatieve concurrentie' (het aantal aanbiedingen) af te worden gezet tegen de toename van de 'kwalitatieve concurrentie' (grotere competitiviteit van de aanbieder van de combinatie). Een beperking van het aantal aanbieders door combinatievorming hoeft effectieve mededinging niet in de weg te staan, en kan deze juist bevorderen. Om te waarborgen dat er zo veel mogelijk restconcurrentie blijft bestaan is ook vereist dat deelnemers alleen aan een combinatieovereenkomst deelnemen, indien zij ieder ook daadwerkelijk een belangrijk deel van de opdracht uitvoeren. Ook dient het aantal deelnemers aan een combinatie beperkt te zijn tot wat redelijkerwijs nodig is om concrete voordelen van samenwerking te realiseren. Het aantal aan een combinatie deelnemende ondernemingen dient in een redelijke verhouding te staan tot de aard en de omvang van de opdracht waarop de combinatievorming betrekking heeft. Ook hiermee wordt gewaarborgd dat zoveel mogelijk restconcurrentie blijft bestaan en wordt voorkomen dat onnodig veel ondernemingen zich in een combinatie verenigen