

## De contouren van gewijzigd NMa-beleid rondom combinatievorming; een schot in de roos of in eigen voet?



Mr. Y.A. Maasdam

De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) heeft in mei 2006 een Consultatiedocument Combinatievorming vastgesteld dat als basis zal dienen voor het advies aan de Minister van Economische Zaken over verlenging en/of wijziging van het Besluit Vrijstelling Combinatieovereenkomsten ('BVC') dat op 1 januari 2008 vervalt. Directe aanleiding voor de evaluatie van het BVC was de uitkomst van het onderzoek van de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid (PEC). Wat betreft combinatievorming concludeerde het PEC in haar eindrapport dat combinatievorming veel vaker voorkomt dan de wet beoogt. Met name grote bouwconcerns zouden vaak betrokken zijn bij combinatievorming, ook bij inschrijving op relatief kleine projecten. De NMa twijfelt aan de noodzaak van deelname aan combinaties door grote ondernemingen, omdat van hen mag worden aangenomen dat zij over voldoende productiemiddelen en ervaring beschikken om een project alleen of met een kleiner aantal deelnemers in combinatie te kunnen uitvoeren. Volgens de NMa is een ander nadeel voor de concurrentie dat bij veelvuldig samenwerken in combinaties die niet noodzakelijk zijn, ondernemingen onwenselijk veel inzicht krijgen in elkaars commerciële afwegingen en mogelijk van elkaar afhankelijk worden. De NMa is dan ook van mening dat combinatievorming door grote ondernemingen uit hoofde van de motieven risicospreiding en continuïteit onder het kartelverbod vallen en in beginsel niet (moeten) kunnen profiteren van de wettelijke vrijstelling. De vraag is of de NMa met deze stelling niet in haar eigen voet schiet. Immers, het potentieel aantal inschrijvers op aanbestedingen zal hierdoor ook kunnen dalen met alle gevolgen voor de concurrentie van dien.

### Het mededingingsrechtelijke kader voor combinatievorming

#### *Het kartelverbod*

Artikel 6, eerste lid, Mededingingswet, het zogenaamde kartelverbod, verbiedt overeenkomsten en onderlinge feitelijke gedragingen tussen ondernemingen die tot doel of effect hebben dat de mededinging wordt beperkt. Het Nederlandse mededingingsrecht is een afgeleide van de Europese mededingingsregels.

De Europese Commissie heeft in de Richtsnoeren inzake horizontale overeenkomsten<sup>1</sup>

een - overigens summier - toetsingskader aangegeven voor combinatievorming bij inschrijvingen op aanbestedingen:

*'Sommige overeenkomsten vallen naar hun aard zelf niet onder de toepassing van artikel 81, eerste lid, EG-Verdrag. Dit is doorgaans het geval bij vormen van samenwerking die geen coördinatie van het concurrentiegedrag van de partijen op de markt meebrengen zoals samenwerking tussen niet-concurrenten en samenwerking tussen concurrerende ondernemingen die het project of de activiteit waarop de samenwerking betrekking heeft niet zelfstandig kunnen uitvoeren (...).'*

<sup>1</sup> Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, PbEG 2001, C3/2, punt 24.

Op Europees niveau is de basisgedachte dus dat combinatievorming tussen twee (concurrerende) ondernemingen toelaatbaar is, als deze ondernemingen zelfstandig niet in staat zijn in te schrijven, bijvoorbeeld omdat zij elk afzonderlijk niet aan de selectie-eisen voldoen of onvoldoende capaciteit hebben om de opdracht zelfstandig uit te voeren. Ook combinatievorming tussen niet-concurrenten is per definitie toegestaan. Denk bijvoorbeeld aan een combinatie tussen een groenvoorzieningsbedrijf en een wegenbouwer. Het ontbreekt echter op Europees niveau aan een helder toetsingkader c.q. jurisprudentie of beschikkingspraktijk waar het combinaties betreft van ondernemingen die in staat moeten worden geacht om zelfstandig in te schrijven, maar om moverende redenen (bijvoorbeeld vanwege risicospreiding) besluiten samen in te schrijven.

#### *Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten*

In Nederland heeft de wetgever een nationale groepsvrijstelling (Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten<sup>2</sup>) vastgesteld waarin is aangegeven onder welke voorwaarden combinaties zijn vrijgesteld van het kartelverbod. Overigens is Nederland het enige land binnen de Europese Unie die een speciale groepsvrijstelling heeft vastgesteld voor combinatieovereenkomsten. In het BVC is gesteld dat combinatieovereenkomsten veelal zodanige voordelen met zich meebrengen, zowel voor de betrokken ondernemingen als voor de afnemers, dat er aanleiding was om deze samenwerkingsvormen vrij te stellen van het verbod van artikel 6 Mw. Kort samengevat strekt de groepsvrijstelling zich uit tot combinaties die voldoen aan de volgende voorwaarden:

- (i) de combinatie heeft betrekking op een gedane of aangekondigde aanbesteding;
- (ii) de overeenkomst regelt de gezamenlijke indiening van een inschrijfcijfer voor de desbetreffende opdracht;
- (iii) elk van de betrokken ondernemers verbindt zich ertoe een aanmerkelijke bijdrage te leveren aan de uitvoering van die opdracht;
- (iv) de combinatieovereenkomst bevat geen andere mededingingsbeperkingen dan nodig voor de gezamenlijke inschrijving en uitvoering;
- (v) het aantal deelnemers aan de combinatieovereenkomst mag gelet op de aard en omvang van de opdracht in relatie tot de betekenis en de capaciteit van de betrokken ondernemingen niet onevenredig groot zijn

De vrijstelling ziet dus enkel op ad hoc-samenwerkingsverbanden en niet op zogenaamde doorlopende combinaties, heeft geen betrekking op onderaanneming en sluit uit dat een combinatie als marktverdelinginstrument wordt gebruikt. Waar echter de grens ligt qua omvang van combinaties is nog onduidelijk. Tot nog toe heeft de NMa geen enkele uitspraak gedaan waarin de voorwaarden in de praktijk zijn toegepast.

#### *Wettelijke vrijstelling (artikel 6, derde lid, Mw)*

Het kartelverbod is eveneens niet van toepassing indien de overeenkomst voldoet aan de voorwaarden van de wettelijke vrijstelling (artikel 6, derde lid, Mw en artikel 81, derde lid, EG-verdrag).<sup>3</sup> De achterliggende gedachte van de wettelijke vrijstelling is dat overeenkomsten die in beginsel de

<sup>2</sup> Besluit van 25 november 1997, Stb. 592, houdende vrijstelling van combinatieovereenkomsten ter zake van aanbestedingen van het verbod van mededingingsafspraken ([www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl)).

<sup>3</sup> De wettelijke uitzonderingscriteria zijn: (1) de afspraak moet bijdragen aan verbetering van de productie of distributie dan wel een technische of economische vooruitgang opleveren; (2) de voordelen die voortvloeien uit de afspraken moeten voor een redelijk deel ten goede komen aan de gebruikers; (3) de concurrentie mag niet verder worden beperkt dan strikt noodzakelijk is; (4) er moet in de markt voldoende concurrentie overblijven.



mededinging beperken ook economische voordelen voor de afnemers met zich mee kunnen brengen die opwegen tegen de nadelen. Blijkens de nota van toelichting op het BVC zijn de criteria voor de vrijstelling in het BVC een uitwerking van deze wettelijke uitzonderingscriteria. Partijen dienen zélf te beoordelen of hun overeenkomst voldoet aan de wettelijke uitzonderingscriteria.

Is handhaving van de groepsvrijstelling nog noodzakelijk?

Zoals in de inleiding aangegeven vormde de uitkomst van het onderzoek van de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid (PEC) de directe aanleiding voor de evaluatie van het BVC. Wat betreft combinatievorming concludeerde het PEC in haar eindrapport dat combinatievorming veel vaker voorkomt dan de wet beoogt.<sup>4</sup> Met name grote bouwconcerns zouden vaak betrokken zijn bij combinatievorming, ook bij inschrijving op relatief kleine projecten. Begin 2004 heeft de NMa de Minister van Economische Zaken geadviseerd om de mogelijkheden te onderzoeken voor een nadere invulling van de in het BVC geformuleerde norm voor het toestaan van combinaties.<sup>5</sup> Hierop heeft de Stichting voor Economisch Onderzoek (SEO) in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken in 2004 een onderzoek verricht naar de werking van het BVC. Uit dit onderzoek kwam naar voren dat ondernemingen graag een bepaalde 'guidance' van de NMa zouden willen verkrijgen welke combinaties wel en welke niet zijn toegestaan, aangezien zowel het BVC daar weinig duidelijk-

heid over verschaft en er een heldere beschikingspraktijk op dit punt ontbreekt.<sup>6</sup>

Om meer duidelijkheid te verschaffen over de wettelijke mogelijkheden voor combinatievorming heeft de NMa in mei 2006 het Consultatiedocument *Combinatievorming* vastgesteld.<sup>7</sup> De uitkomsten van deze consultatie over de dagelijkse praktijk van combinatievorming zullen mede de basis vormen voor een advies van de NMa aan de Minister van Economische Zaken over een nader ingevulde norm en de wenselijkheid van verlenging van het BVC, al dan niet met wijzigingen. De NMa geeft daarbij aan dat mede zal worden gekeken naar de juridische vorm van deze nader ingevulde norm, gelet op de modernisering van het Europese en Nederlandse mededingingsrecht waarbij er sprake is van een algemene wettelijke vrijstelling (artikel 81, derde lid, EG-Verdrag en artikel 6, derde lid, Mw).

Het ligt voor de hand dat de NMa de Minister zal adviseren om de groepsvrijstelling niet te verlengen, maar daarvoor in de plaats een visiedocument vast te stellen waarin de NMa 'guidance' geeft op welke wijze de wettelijke uitzonderingscriteria moeten worden geïnterpreteerd. Deze verwachting wordt versterkt door de opzet van het consultatiedocument dat naadloos kan worden omgevormd tot een visiedocument, alsmede door het feit dat de NMa de laatste jaren tal van visiedocumenten heeft vastgesteld waarbij zij meer duidelijkheid verschaft over de toepassing van de mededingingsregels in verschillende sectoren.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> Eindrapport *De bouw uit de schaduw*, Kamerstukken II 2002-2003, 28 244, nrs. 5 en 6, p. 268.

<sup>5</sup> Advies NMa inzake Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten, 14 september 2004.

<sup>6</sup> SEO, *Samen sterker of beter alleen?*, advies over het Bvc, 26 november 2004, aangeboden aan de Tweede Kamer op 25 januari 2005.

<sup>7</sup> Het consultatiedocument is beschikbaar op [www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl). De termijn voor inspraak liep af in juli 2006.

<sup>8</sup> Eerder pleitte mr. E.H. Pijnacker Hordijk al voor de afschaffing van de groepsvrijstelling voor combinatievorming in het preadvies van de Vereniging voor Bouwrecht met als onderwerp 'mededinging in de bouwsector na de Parlementaire Enquête' (publicatie van de Vereniging voor Bouwrecht, nr. 31, *Naar nieuwe vraag- en aanbodverhoudingen in de bouw*, p. 61.)



Welke combinaties zullen zijn toegestaan en welke niet meer?

Hamvraag is natuurlijk op welke wijze de NMa de norm voor combinatievorming nader zal gaan invullen; met andere woorden welke combinaties zullen straks nog zijn toegestaan en welke niet meer. Bepalend voor het antwoord op deze vraag is in hoeverre combinatievorming het concurrentieproces bij een aanbesteding dusdanig verstoort dat de voordelen niet (langer) opwegen tegen de nadelen. Dit vergt een economische analyse.

De NMa neemt bij haar economische analyse in het consultatiedocument het standpunt in, dat combinatievorming in beginsel slechts dan concurrentiebevorderend zou zijn wanneer deelnemers aan de combinatie niet zelfstandig op de opdracht kunnen inschrijven. De NMa gaat er daarbij vanuit dat het aantal inschrijvende ondernemingen op een opdracht toeneemt als bijvoorbeeld twee ondernemingen die zelfstandig niet in staat zijn te offeren, gezamenlijk wel kunnen offeren, hetgeen de concurrentie bevordert. Andersom, zou het concurrentieproces volgens de NMa negatief kunnen worden beïnvloed, als ondernemingen die wel in staat zijn zelfstandig te offeren ervoor kiezen samen met een ander bedrijf in combinatie in te schrijven. Ten eerste zou in dat geval het aantal alternatieve aanbiedingen waaruit de opdrachtgever zal kunnen kiezen, nadelig worden beperkt, waarmee de directe concurrentiedruk zou afnemen. Bovendien zou combinatievorming als middel kunnen worden ingezet om de concurrentie bij aanbestedingen doelbewust te beperken. En als partijen regelmatig combinatieafspraken maken zou er een wederzijdse afhankelijkheid tussen deze partijen kunnen ontstaan. Tot slot zou combina-

tievorming bijdragen aan het vergroten van de transparantie van concurrentiegevoelige informatie tussen ondernemingen.<sup>9</sup>

De NMa gaat dus van de vooronderstelling uit dat iedere beperking van het aantal potentiële bidders voor een bepaalde opdracht als zodan als een beperking van de mededinging kan worden gezien. Op deze economische analyse valt echter het nodige af te dingen. Mr. E.H. Pijnacker Hordijk heeft in het preadvies van de Vereniging voor Bouwrecht met als onderwerp 'mededinging in de bouwsector na de Parlementaire Enquête'<sup>10</sup> terecht opgemerkt dat het minimum vereiste aantal inschrijvers om een effectieve mededinging te waarborgen, zal afhangen van de grootte en de complexiteit van de opdracht.<sup>11</sup> Hij stelt dat bij zeer grote opdrachten een aantal van drie of zelfs twee inschrijvers zou kunnen volstaan om voldoende mededinging te genereren. Bij kleinere opdrachten zal een groter aantal gewenst zijn. Bovendien moet worden gekeken welke reductie van het aantal aanbieders de vorming van een of meer combinaties met zich meebrengt. Indien zonder de combinatievorming geen van de combinanten zelfstandig zou hebben ingeschreven, leidt combinatievorming tot een vergroting van het aantal bidders. Daarnaast moet de vermindering van de kwantitatieve concurrentie (het aantal aanbiedingen) worden afgezet tegen de toename van kwalitatieve concurrentie (grotere competitiviteit van de aanbieder van de combinatie). Daarbij geldt vaak ook dat bij zeer grote opdrachten het aantal gegadigden veelal door de aanbestedende dienst vooraf wordt beperkt, aangezien de concurrentie meegediend is met sterke gegadigden dan een groot aantal meer zwakkere gegadigden.

<sup>9</sup> Zie p. 6 en 7 van het consultatiedocument.

<sup>10</sup> Publicatie van de Vereniging voor Bouwrecht, nr. 31, *Naar nieuwe vraag- en aanbodverhoudingen in de bouw*, p. 60

<sup>11</sup> Publicatie van de Vereniging voor Bouwrecht, nr. 31, *Naar nieuwe vraag- en aanbodverhoudingen in de bouw*, p. 60

Uit de vrij simpele economische analyse van de NMa volgt dat combinaties tussen zelfstandige<sup>12</sup> ondernemingen die elkaars (potentiële) concurrenten<sup>13</sup> zijn en die zelfstandig kunnen inschrijven op een opdracht in beginsel onder het kartelverbod vallen. Afspraken tussen concurrenten die individueel niet in staat zijn om de opdracht uit te voeren vallen dus niet onder het kartelverbod. De NMa geeft in het consultatiedocument een aantal voorbeelden van combinaties die wel en van combinaties die niet onder het kartelverbod vallen.

Dit wil echter nog niet zeggen dat combinaties tussen ondernemingen die zelfstandig kunnen inschrijven op een opdracht per definitie verboden zijn. Als een combinatieovereenkomst voldoet aan de cumulatieve<sup>14</sup> wettelijke uitzonderingsvoorwaarden van artikel 6, derde lid, Mw dan valt zij onder de wettelijke vrijstelling. In het consultatiedocument gaat de NMa eigenlijk alleen in op de vraag of combinaties die uit hoofde van de motieven risicospreiding en continuïteit worden aangegaan voldoen aan de wettelijke uitzonderingsvoorwaarden, waarna een zeer kritische beoordeling volgt. Heldere algemene richtsnoeren over de toepasbaarheid van de uitzonderingsvoorwaarden worden niet gegeven. Met name op de vierde voorwaarde dat er voldoende restconcurrentie over moet blijven gaat de NMa hoege-naamd niet in, terwijl juist op dit punt grote onzekerheid heerst bij ondernemingen.

Zoals gezegd is de NMa zeer kritisch over combinaties die worden aangegaan in het kader

van risicospreiding en continuïteit. Dit motief ligt echter in veel gevallen ten grondslag aan het vormen van een combinatie. Kort gezegd geeft de NMa aan dat combinaties die in het kader van risicospreiding en continuïteit worden aangegaan niet langer meer zijn toegestaan, met uitzondering van twee gevallen. Ten eerste zou in geval van het bundelen van restcapaciteit van twee of meer ondernemingen voor een specifiek project de vrijstelling mogelijk van toepassing kunnen zijn. Ten tweede zou in geval de enige ondernemingen die een opdracht zouden kunnen uitvoeren qua capaciteit aantoonbaar onverantwoorde ondernemingsrisico's zouden moeten nemen als zij de opdracht alleen zouden uitvoeren een combinatie aan kunnen gaan die mogelijk kan profiteren van de vrijstelling. Deze combinaties kunnen echter alleen profiteren van de vrijstelling als wordt aangetoond dat er geen alternatieven beschikbaar zijn die minder mededingingsbeperkend zijn. Indien een onderneming beschikt over restcapaciteit kan zij er bijvoorbeeld ook voor kiezen deze via onderaanneming te verhuren.<sup>15</sup> En in de situatie van een tekort aan capaciteit kan overwogen worden om deze eveneens in te huren door middel van onderaanneming of via een overname van een andere onderneming de capaciteit uit te breiden, aldus de NMa. Ten slotte dient ook te worden aangetoond dat er voldoende restconcurrentie overblijft. Daarvoor is met name bepalend of er niet meer ondernemingen deelnemen in een combinatie dan nodig is om de voordelen te bereiken.

<sup>12</sup> Afspraken tussen ondernemingen die tot hetzelfde concern behoren vallen niet onder het kartelverbod.

<sup>13</sup> Afspraken tussen ondernemingen die niet actief zijn op dezelfde markt worden niet gezien als concurrenten. Daar is vaak sprake van bij verticale samenwerking.

<sup>14</sup> Dit betekent dat aan alle voorwaarden moet zijn voldaan, wil de wettelijke vrijstelling van toepassing zijn.

<sup>15</sup> De NMa vindt kennelijk dat de gevolgen van het aangaan van onderaannemingsovereenkomsten minder mededingingsbeperkend zijn dan die van combinatieovereenkomsten. M.i. bestaat er weinig verschil tussen onderaanneming en combinatievorming wat betreft de economische effecten van beide samenwerkingsvormen.



Gelet op de enge interpretatie die de NMa geeft aan de wettelijke uitzonderingsvoorwaarden voor combinatievorming, zullen combinaties die in het kader van risicospreiding en continuïteit zijn aangegaan alleen nog bij uitzondering zijn toegestaan, als het aan de NMa ligt. Zoals gezegd zullen deze motieven ten grondslag liggen aan de meeste combinatieovereenkomsten. Dit zal betekenen dat veel combinatieovereenkomsten niet langer de mededingingsrechtelijke toets zullen doorstaan.<sup>16</sup> Het is de vraag of de NMa zich daarmee niet in haar eigen voet schiet. Immers, het potentieel aantal inschrijvers en de kwaliteit van de inschrijvers op aanbestedingen zal hierdoor ook kunnen dalen met alle gevolgen voor de concurrentie van dien.

#### Wat is de rol van de aanbestedende dienst?

Ten slotte is opvallend dat de NMa in het consultatiedocument geen enkele aandacht besteedt aan de rol van aanbestedende diensten en de mogelijkheden die deze hebben om combinatievorming te reguleren. De NMa constateert wel dat op een markt vraag en aanbod bij elkaar komen en dat aanbesteding een van de manieren is waarop afnemers proberen een zo goed mogelijk aanbod tegen een zo gunstig mogelijke prijs te krijgen. Maar veel verder dan deze constatering gaat de analyse van de NMa van de vraagzijde van de markt niet. Zo is niet gekeken welke instrumen-

ten aanbestedende diensten tot hun beschikking hebben. Aanbestedende diensten kunnen bijvoorbeeld zélf grenzen stellen aan de omvang van combinaties.<sup>17</sup> Maar zij kunnen combinatievorming ook verplicht voorschrijven. In dat laatste geval heeft de NMa overigens in eerder stadium al aangegeven dat bij verplicht combinatievorming er geen sprake kan zijn van strijdigheid met het kartelverbod.<sup>18</sup>

Wat eveneens van invloed is op combinatievorming is de omvang van de opdrachten en de hoeveelheid opdrachten die in de markt worden gezet. Deze economische omstandigheden spelen absoluut een rol bij de besluitvorming aan aanbodzijde om al dan niet in combinatie in te schrijven. Deze aspecten zijn niet of onvoldoende tot uitdrukking gebracht in het consultatiedocument. Het verdient mijns inziens aanbeveling om deze lacune te herstellen.

#### Conclusie

Al met al dient de NMa mijns inziens een verdiepingsslag aan te brengen in haar economische analyse van de gevolgen van combinatievorming op het concurrentieproces bij aanbestedingen. Een dergelijke verdiepingsslag zal hoogstwaarschijnlijk ook leiden tot een genuanceerdere mededingingsrechtelijke analyse van combinatievorming.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> De Europese Commissie en de NMa hebben de bevoegdheid om op te treden tegen inbreuken op het mededingingsrecht. Het wettelijk maximum voor op te leggen boetes is fors; het bedraagt zowel op Europees als op nationaal niveau tien procent van de totale concernomzet van het voorafgaande kalenderjaar. Bovendien zijn afspraken die strijdig zijn met het mededingingsrecht nietig ingevolge artikel 6 lid 2 Mw (artikel 81 lid 2 EG-verdrag).

<sup>17</sup> Ook mr. E.H. Pijnacker Hordijk wijst in het reeds aangehaalde preadvies op de mogelijkheden die aanbestedende diensten hebben om nadere eisen te stellen aan combinatievorming (p. 62/63), evenals mr. M.O. Meulenbelt in het artikel *Mededinging: een leidend principe in het aanbestedingsrecht?*, M&M 2005, nr. 2, p. 45.

<sup>18</sup> Zie onder meer het advies van de NMa van 14 september 2004 aan de Minister van Economische Zaken inzake het Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten, p. 2.

<sup>19</sup> De huidige stand van zaken en voortgang van het consultatiedocument is overigens onduidelijk. De NMa heeft nog geen informatie gegeven over de reacties op het consultatiedocument en over de eventuele vervolgstappen.