

Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken van 31 maart 2013, nr. WJZ / 12354959, met betrekking tot de toepassing door de Autoriteit Consument en Markt van artikel 6 van de Mededingingswet ten aanzien van combinatieovereenkomsten (Beleidsregels Combinatieovereenkomsten 2013)

De Minister van Economische Zaken,

Gelet op de artikelen 21 van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen en 5d van de Mededingingswet;

Besluit:

1). Inleiding

1. Deze beleidsregels zijn vastgesteld op grond van artikel 21, eerste lid, van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen en artikel 5d van de Mededingingswet (hierna: de wet) en hebben betrekking op de toepassing door de Autoriteit Consument en Markt (hierna: de ACM) van artikel 6 van de wet ten aanzien van combinatieovereenkomsten.
2. Deze beleidsregels vervangen de Beleidsregels combinatieovereenkomsten 2009 van 11 september 2009.¹ Aanleiding hiervoor is de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt, die zorgt voor de instelling van de ACM en de gelijktijdige opheffing van de Nederlandse Mededingingsautoriteit. Ook zijn de Europese richtsnoeren voor horizontale samenwerkingsovereenkomsten waarnaar in de oude beleidsregels werd verwezen, vervangen door nieuwe Europese richtsnoeren.² Ten slotte is de zogenoemde 'bagatelvrijstelling' uit artikel 7, tweede lid, van de Mededingingswet, waarnaar ook werd verwezen in de oude beleidsregels, verruimd.³
Een ontwerp van deze beleidsregels is voorgelegd aan de Nederlandse Mededingingsautoriteit voor een uitvoeringstoets. Zij achten de beleidsregels uitvoerbaar. Er zijn geen nadere opmerkingen gemaakt. Gezien het karakter van de beleidsregels is niet getoetst op handhaafbaarheid.
3. De opbouw van de beleidsregels is als volgt. In paragraaf 2 wordt kort toegelicht, waarom ten aanzien van combinatieovereenkomsten is gekozen voor het vaststellen van beleidsregels. Vervolgens wordt in paragraaf 3 ingegaan op de artikelen 6 en 7 van de wet die het kader zijn 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 vrijstellingsmogelijkheid van het verbod van mededingingsafspraken.

2). Aanleiding voor de beleidsregels

2.1. Behoeftte aan duidelijkheid met betrekking tot combinatieovereenkomsten

4. Artikel 6, eerste lid, van de wet houdt een verbod in van mededingingsafspraken. Artikel 6, derde lid, van de wet 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 mededingingsafspraken bij algemene maatregel van bestuur een vrijstellingsbesluit vast te stellen.
5. Op grond van artikel 15 van de wet is het Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten vastgesteld dat elf jaar van kracht is geweest.⁴ De bedoeling van dit besluit was meer duidelijkheid en zekerheid te bieden in welke gevallen combinatieovereenkomsten wel of niet zijn toegestaan.
6. In 2002 had de Parlementaire Enquête Commissie Bouwnijverheid de aanbeveling gedaan de

¹ Strct. 2009, nr. 14 082, 5 november 2009.

² Mededeling van de Commissie Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van het artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, PbEU 2011/C 11/01.

³ Wet van 24 november 2011 tot wijziging van de Wet van 24 november 2011, Stb. 569, houdende wijziging van de Mededingingswet ter versoepeling van de uitzondering op het verbod van mededingingsafspraken, Stb. 2011, 570.

⁴ Het Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten is met ingang van 1 januari 1998 voor tien jaar vastgesteld (Stb. 1997, 592) en daarna met één jaar verlengd (Stb. 2007, 417).

gronden voor toepassing van het vrijstellingsbesluit ondubbelzinnig te formuleren, omdat combinaties vaker voorkomen dan geoorloofd. Dat vond ook CAP Analysis in zijn rapport van begin 2002 waarin het bovendien stelde 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. Ten slotte gaf ook de raad van bestuur van de toenmalige Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa) in zijn advies van 30 mei 2007 aan dat de eenvoudige criteria uit het Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten tekort schieten. Hierdoor dachten ondernemingen vaak ten onrechte dat verboden combinaties zijn vrijgesteld.

7. Een belangrijke conclusie van de NMa was 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 wel een gevaar voor de concurrentie opleveren.
8. Op grond van deze overwegingen is het Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten met ingang van 1 januari 2009 niet gecontinueerd. Het vervallen van het vrijstellingsbesluit betekent echter geenszins dat combinatieovereenkomsten verboden zijn. Om te beginnen vallen combinatieovereenkomsten vaak helemaal niet onder de overeenkomsten of onderling afgestemde gedragingen bedoeld in artikel 6, eerste lid, van de wet en zijn dan uiteraard toegestaan. Vallen zij in beginsel wel onder de reikwijdte van het verbod van artikel 6, eerste lid, van de wet, dan zijn zij daarvan toch uitgezonderd, indien zij voldoen aan de voorwaarden van artikel 7 of van artikel 6, derde lid, van de wet.

2.2. Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken aan de ACM

9. Ook na het vervallen van het Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten bestaat behoefte aan duidelijkheid in hoeverre combinatieovereenkomsten onder de Mededingingswet geoorloofd zijn. Deze beleidsregels op basis van artikel 21, eerste lid, van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen en artikel 5d van de wet strekken ertoe deze duidelijkheid te bieden. Deze artikelen geven de Minister van Economische Zaken de bevoegdheid beleidsregels vast te stellen met betrekking tot de uitoefening van de aan de ACM toegekende bevoegdheden. Beleidsregels zijn in de verhouding tussen de minister en een zelfstandig bestuursorgaan als de ACM een belangrijk middel om ervoor te zorgen dat het optreden van de ACM in het verlengde ligt van de door de minister uitgezette beleidsmatige koers. Deze beleidsregels zijn bedoeld om de ACM richting te geven bij de beoordeling van combinatieovereenkomsten onder de Mededingingswet.
10. Beklemtoond wordt dat de beleidsregels een algemene strekking hebben en dat voorbeelden in de beleidsregels slechts dienen als toelichting. Het is aan de ACM te bepalen tot welke beslissing zij, 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 ACM in individuele gevallen een eigen, onafhankelijke, afweging te maken, dus onverlet. Bovendien kan de ACM gemotiveerd afwijken van de beleidsregels.⁵

2.3. Algemene benadering

11. Ter beantwoording van de vraag, of een combinatieovereenkomst is toegestaan, dient eerst te worden nagegaan 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. Aan de vraag, of de combinatieovereenkomst onder een vrijstelling valt, komt men dan niet toe.
12. Valt een combinatieovereenkomst onder het verbod, dan kunnen de betrokken ondernemingen zich beroepen op een vrijstelling in de wet, indien zij van mening zijn dat de combinatieovereenkomst voldoet aan de voorwaarden van de desbetreffende vrijstelling. Het is aan die ondernemingen te bewijzen dat de combinatieovereenkomst aan die vrijstellingsvoorwaarden voldoet.
13. Voor de beoordeling, of een combinatieovereenkomst onder het kartelverbod of een vrijstelling valt, zijn bepalend de omstandigheden die daarvoor van belang zijn en die per geval kunnen verschillen afhankelijk van de marktsituatie. Dit betekent dat vormen van samenwerking die niet in deze beleidsregels worden besproken of niet uitdrukkelijk als strijdig met het kartelverbod worden aangemerkt, toch onder artikel 6, eerste lid, van de wet kunnen vallen. Omgekeerd kunnen afspraken waarvan niet uitdrukkelijk is vermeld dat ze zijn toegestaan toch met de wet verenigbaar zijn.

⁵ Artikel 4:84 Algemene wet bestuursrecht.

3). Het wettelijke kader

3.1 Mededingingswet

14. Het wettelijk kader dat voor combinatieovereenkomsten van belang is, wordt gevormd door artikel 6, eerste lid (kartelverbod), artikel 7 (bagatelvrijstelling) en artikel 6, derde lid (algemene vrijstellingsmogelijkheid) van de wet.

3.2 Verhouding van artikel 6 van de Mededingingswet tot de Europese mededingingsregels

15. De Nederlandse wetgever heeft ervoor gekozen de nationale mededingingsregels zoveel mogelijk te laten aansluiten bij de Europese mededingingsregels.⁶ Daarbij is aangegeven dat de Mededingingswet niet strenger of soepeler zal zijn dan de Europese mededingingsregels. Artikel 6 van de Mededingingswet is georiënteerd op het kartelverbod en de vrijstellingsmogelijkheid uit het toenmalige EG-Verdrag, die inmiddels zijn opgenomen in artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU).
16. Voor de uitleg van de materiële bepalingen van de wet zijn de beschikkingenpraktijk en de bekendmakingen van de Europese Commissie en de jurisprudentie van de Europese rechter mede richtinggevend.⁷
17. Voor de interpretatie van het kartelverbod in artikel 6, eerste lid, en de vrijstellingsmogelijkheid van artikel 6, derde lid, van de wet bieden de Europese richtsnoeren inzake horizontale samenwerkingsovereenkomsten⁸ (hierna: Richtsnoeren 2011/C 11/01) houvast. Die richtsnoeren moeten worden gelezen in samenhang met de Europese richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, derde lid, van het EG-Verdrag (thans artikel 101, derde lid, van het VWEU)⁹ (hierna: Richtsnoeren 2004/C 101/08).

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

18. De ACM dient combinatieovereenkomsten te toetsen aan artikel 6 van de wet. Op grond van het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, van de wet zijn overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van ondernemingen (hierna: afspraken) verboden, indien zij 'ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst'.
19. Artikel 6 van de wet is van toepassing op alle mededingingsbeperkende afspraken 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.
20. Afspraken strekken ertoe de mededinging te beperken, indien zij wat hun inhoud en doelstelling betreft en gezien hun wettelijke en economische context geschikt zijn te leiden tot beperking van de mededinging. Op de daadwerkelijke feitelijke gevolgen van die afspraken hoeft geen acht te worden geslagen wanneer eenmaal is gebleken dat zij tot doel hebben de mededinging te beperken. Dergelijke afspraken zijn zelfs dan verboden, wanneer mededingingsbeperkende gevolgen op de markt ontbreken.¹⁰
21. Afspraken die er niet toe strekken de mededinging te beperken, vallen onder het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, van de wet, indien zij een beperking van de concurrentie ten gevolge hebben. Om een beperking van de concurrentie als gevolg te hebben moeten afspraken daadwerkelijk of potentieel in zoverre de mededinging beïnvloeden dat zij met een voldoende mate van waarschijnlijkheid op de relevante markt negatieve gevolgen doen verwachten op het punt van prijzen, productie, innovatie of het aanbod of de kwaliteit van goederen en diensten. Dergelijke ongunstige effecten dienen merkbaar te zijn. Het verbod van artikel 6, eerste lid, van de wet, geldt alleen, indien op basis van een gedegen marktonderzoek wordt geconcludeerd dat van die afspraken mededingingsbeperkende gevolgen op de markt te verwachten zijn.¹¹
22. Handelen in strijd met artikel 6, eerste lid, van de wet is een overtreding. Bovendien zijn overeen-

⁶ Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, blz. 7 en blz. 10 waar onder andere wordt verwezen naar het kartelverbod in het toenmalige artikel 85 van het EG-Verdrag.

⁷ Idem, blz. 13.

⁸ Mededeling van de Commissie Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, PbEU 2011/C 11/01; zie randnr. 19 van Richtsnoeren 2011/C 11/01.

⁹ Mededeling van de Commissie Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, derde lid, van het Verdrag, PbEG 2004/C 101/08.

¹⁰ Richtsnoeren 2004/C 101/08, randnrs. 19–23; Richtsnoeren 2011/C 11/01, randnrs. 20, 24–25; Zie ook HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08 T-Mobile Netherlands BV e.a. t. NMa, Jur. 2009, r.o. 28–31.

¹¹ Richtsnoeren 2004/C 101/08, randnrs. 19, 24–27; Richtsnoeren 2011/C 11/01, randnrs. 20, 26–31.

komsten met bepalingen die in strijd zijn met artikel 6, eerste lid, van de wet van rechtswege nietig ingevolge het tweede lid van dat artikel.

3.4 Artikel 7 van de Mededingingswet (bagatelvrijstelling)

23. Afspraken die in beginsel onder het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, van de wet vallen, kunnen daarvan zijn vrijgesteld indien zij voldoen aan de criteria van artikel 7 van de wet. Deze vrijstelling wordt wel aangeduid als de 'bagatelvrijstelling'. Zodanige afspraken worden uit een oogpunt van mededinging geacht van duidelijk ondergeschikte betekenis te zijn. De bagatelvrijstelling geldt voor alle typen mededingingsbeperkende afspraken die aan de criteria van artikel 7 van de wet voldoen.
24. Volgens het eerste lid van artikel 7 van de wet geldt het kartelverbod niet voor afspraken van niet meer dan acht ondernemingen, mits hun gezamenlijke omzet in het voorafgaande kalenderjaar niet hoger is dan € 5.500.000 indien zij hoofdzakelijk goederen leveren, en niet hoger is dan € 1.100.000 in alle andere gevallen. Wordt aan één of beide criteria niet voldaan, dan is het kartelverbod toch niet van toepassing, indien wordt voldaan aan de twee criteria van het tweede lid van artikel 7 van de wet. Deze criteria zijn dat de betrokken ondernemingen gezamenlijk niet meer dan 10% marktaandeel hebben en dat hun afspraak de handel tussen EU-lidstaten niet op merkbare wijze ongunstig kan beïnvloeden.¹²
25. Als een afspraak voldoet aan de criteria van het eerste of tweede lid van artikel 7 van de wet is zij dus vrijgesteld van het kartelverbod. De vraag of zij voldoet aan de criteria van de vrijstellingsmogelijkheid van artikel 6, derde lid, van de wet is dan niet meer aan de orde.

3.5 Artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet (algemene vrijstellingsmogelijkheid)

26. Valt een afspraak in beginsel onder het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, van de wet en is de bagatelvrijstelling daarop niet van toepassing, dan bestaat nog de mogelijkheid dat de afspraak is vrijgesteld op grond van artikel 6, derde lid, van de wet.
27. De tekst van dat artikellid, 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.'

3.6 Eigen verantwoordelijkheid

28. Formeel is het de ACM die besluit of een afspraak een inbreuk vormt op artikel 6, eerste lid, van de wet en is het ingevolge artikel 6, vierde lid, van de wet aan de ondernemingen die zich op artikel 6, derde lid, van de wet beroepen, om te bewijzen dat aan de vier daar genoemde vrijstellingsvoorwaarden is voldaan.¹³ In eerste instantie dienen ondernemers er echter zelf voor te zorgen dat hun afspraken verenigbaar zijn met artikel 6, eerste lid, van de wet of, als een afspraak in strijd is met het kartelverbod van dat artikellid, dat voldaan is aan alle in artikel 6, derde lid, van de wet genoemde voorwaarden. Deze beleidsregels zijn mede bedoeld om ondernemers hierbij te helpen.
29. Daarnaast is de Europese jurisprudentie, die onmisbaar is voor de toepassing van de mededingingsregels in vele bedrijfssectoren, relevant. Ook bieden de verordeningen, richtsnoeren en bekendmakingen die afkomstig zijn van de Europese Commissie, aan ondernemingen inzicht in de toepassing van de mededingingsregels.

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

4.1 Combinatieovereenkomsten

30. Combinatieovereenkomsten kunnen worden omschreven als overeenkomsten tussen twee of meer van elkaar onafhankelijke 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

¹² Stb. 2011, 570.

¹³ Ondernemingen kunnen een besluit niet melden bij de ACM met een aanvraag om een ontheffing, omdat de ontheffingsmogelijkheid die de Mededingingswet kende, is met ingang van 1 augustus 2004 vervallen (Wet modernisering EG-mededingingsrecht, Stb. 2004, 345, artikel I, onderdeel dA; Besluit van 6 juli 2004 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet modernisering EG-mededingingsrecht, Stb. 2004, 346).

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 of het verrichten van diensten. Een combinatieovereenkomst kan ook worden aangegaan met betrekking tot meer dan één opdracht. Dat kan het geval zijn, wanneer een opdrachtgever de opdracht verdeelt in percelen en die percelen vervolgens afzonderlijk aanbesteedt.

31. Kenmerk van combinatieovereenkomsten is dat in beginsel iedere partij ten opzichte van de opdrachtgever hoofdelijk aansprakelijk is voor de uitvoering van de opdracht. Wanneer een inschrijver echter een deel van de uitvoering van de opdracht uitbesteedt aan een andere ondernemer, is alleen die inschrijver ten opzichte van de opdrachtgever aansprakelijk voor de uitvoering van de opdracht. Er is dan sprake van onderaanneming. Dit betekent overigens niet, dat een overeenkomst van onderaanneming buiten de reikwijdte van artikel 6 van de wet valt. Wanneer hoofdaannemer en onderaannemer concurrenten van elkaar zijn, is het mogelijk dat een overeenkomst van onderaanneming wel onder artikel 6 van de wet valt. In beginsel is er geen aanleiding onderaannemingsovereenkomsten in het licht van artikel 6 van de wet wezenlijk anders te beoordelen dan combinatieovereenkomsten.¹⁴
32. Combinaties kunnen uiteenlopende juridische verschijningsvormen aannemen: van eenvoudige mondelinge samenwerkingsverbanden of een vennootschap onder firma tot naamloze of 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 verkeer.¹⁵ Zodanige gemeenschappelijke ondernemingen zijn ingevolge artikel 27, tweede lid, van de wet concentraties in de zin van het eerste lid, onder b, van dat artikel en vallen onder het concentratietoezicht. Deze Beleidsregels combinatieovereenkomsten betreffen samenwerkingsvormen waarbij een gemeenschappelijke onderneming wordt opgericht voor een bepaalde periode en waarbij die 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. Een voorbeeld van een zodanige samenwerkingsvorm is de onderneming die wordt opgericht door een combinatie met het oog op de uitvoering van één of meer opdrachten. Deze samenwerkingsvorm valt onder de bepalingen voor mededingingsafspraken in de artikelen 6 tot en met 16 van de wet en dient tezamen met de combinatieovereenkomst zelf als zodanig te worden beoordeeld.

4.2 Beginselen voor de beoordeling van combinatieovereenkomsten

33. Onder randnummer 17 van deze beleidsregels is opgemerkt dat onder andere de Richtsnoeren 2011/C 11/01 betreffende horizontale samenwerkingsovereenkomsten, in samenhang met de algemene Richtsnoeren 2004/C 101/08, houvast bieden bij de interpretatie van het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, van de wet, ook waar het combinatieovereenkomsten betreft. De Richtsnoeren 2011/C 11/01 hebben tot doel een analytisch kader te bieden voor de meest gangbare vormen van horizontale samenwerking.¹⁶ Weliswaar worden combinatieovereenkomsten in die richtsnoeren niet genoemd, maar zij worden meestal aangegaan door ondernemingen op hetzelfde niveau in de bedrijfskolom en hebben over het algemeen dus een horizontaal karakter. Naast aspecten van productieovereenkomsten¹⁷, zoals het gezamenlijk produceren van een eindproduct, bevatten combinatieovereenkomsten ook aspecten van commercialiseringsovereenkomsten. Dit zijn overeenkomsten die betrekking hebben op de samenwerking tussen concurrenten bij de verkoop, de distributie of de afzetbevordering voor hun producten.¹⁸ Bij de beoordeling van combinatieovereenkomsten zijn al die aspecten van belang.
34. Volgens de Richtsnoeren 2011/C 11/01 kan horizontale samenwerking leiden tot beperking van de mededinging. 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 producten.¹⁹
35. 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 veranderende marktomstandigheden aan te kunnen passen.²⁰

¹⁴ Zie ook Richtsnoeren 2011/C 11/01, randnrs. 150–154.

¹⁵ E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend, J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu, vierde druk, 2009, Hoofdstuk Mededingingsrecht en aanbestedingen, p. 668.

¹⁶ Richtsnoeren 2011/C 11/01, randnummer 5–7.

¹⁷ Idem, randnummer 150.

¹⁸ Idem, randnummer 225.

¹⁹ Idem, randnummer 3.

²⁰ Idem, randnummer 2.

36. Uit horizontale samenwerking kunnen dus voordelen voortvloeien, maar er moet wel op worden toegezien dat daadwerkelijke mededinging wordt gehandhaafd.²¹ Economische criteria, zoals de marktmacht van de partijen en andere factoren in verband met de marktstructuur, vormen een sleutelelement 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 101 van het VWEU. Wegens de grote diversiteit aan types en combinaties van horizontale samenwerking en aan marktomstandigheden waarin deze functioneren, is het onmogelijk specifieke antwoorden te formuleren voor alle mogelijke scenario's. Het onderhavige analytische kader op grond van economische criteria zal ondernemingen niettemin een houvast bieden bij de beoordeling van de verenigbaarheid van een bepaalde samenwerkingsovereenkomst met artikel 101 van het VWEU.²²

4.3. Beoordeling van combinatieovereenkomsten

37. Achtereenvolgens komen hieronder aan de orde (1) combinatieovereenkomsten die niet onder artikel 6, eerste lid, van de wet vallen, (2) combinatieovereenkomsten die onder dat artikellid vallen vanwege hun *strekking* en (3) combinatieovereenkomsten die onder dat artikellid vallen vanwege hun *gevolgen*.

(1). Combinatieovereenkomsten die niet onder artikel 6, eerste lid, van de wet vallen

38. Uit onder andere de Richtsnoeren 2011/C 11/01 en de Richtsnoeren 2004/C 101/08 is af te leiden dat sommige vormen van horizontale samenwerking 'door hun aard' niet onder het in artikel 101, eerste lid, van het VWEU neergelegde kartelverbod vallen. Dit volgt ook uit de Europese jurisprudentie.²³ Die richtsnoeren en jurisprudentie geven steun aan de opvatting, dat de onder (a) tot en met (e) genoemde combinatieovereenkomsten niet onder het Europese kartelverbod vallen. Het kartelverbod van artikel 6, eerste lid, van de wet is georiënteerd op het Europese kartelverbod en voor de uitleg van het Nederlandse kartelverbod zijn de richtsnoeren van de Europese Commissie en de Europese jurisprudentie mede richtinggevend. Daarom mag worden aangenomen dat de volgende combinatieovereenkomsten ook niet onder artikel 6, eerste lid, van de wet vallen:
- (a) Combinatieovereenkomsten tussen ondernemingen die geen concurrenten van elkaar zijn. Een voorbeeld is het geval waarin de bij een combinatie betrokken ondernemingen volledig complementaire specialismen bundelen zoals het maken van het ontwerp voor een opdracht en het uitvoeren van dezelfde opdracht. Omdat deze ondernemingen ieder een ander specialisme uitoefenen, bestaat er tussen hen geen concurrentie. Een combinatieovereenkomst waarbij zij die specialismen bundelen, beperkt naar haar aard de mededinging niet.
 - (b) Combinatieovereenkomsten tussen ondernemingen die wel concurrenten van elkaar zijn, maar die de desbetreffende opdracht niet zelfstandig kunnen uitvoeren. Daarvan is sprake, indien geen van de betrokken ondernemingen afzonderlijk voldoet aan de geschiktheideisen en geen van de betrokken ondernemingen dus afzonderlijk in staat is de opdracht gegund te krijgen. Een zodanige combinatieovereenkomst strekt niet tot beperking van de mededinging.²⁴ Indien echter 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, van de wet vallen.
 - (c) Combinatieovereenkomsten die de mededinging niet merkbaar beperken. Analoog aan artikel 101 VWEU, eerste lid, is artikel 6, eerste lid, van de wet van toepassing, indien sprake is van een 'merkbaar' beperking van de mededinging. Volgens randnummer 7, onder a), van de de minimis-bekendmaking van de Europese Commissie²⁵ beperken horizontale afspraken de mededinging niet merkbaar, indien de betrokken ondernemingen gezamenlijk niet meer dan 10% marktaandeel hebben. Dit is volgens randnummer 11 van de EG-de minimis-bekendmaking echter niet van toepassing op afspraken die prijsbinding, beperking van productie of verkoop of markt- of klantenverdeling inhouden.
 - (d) Combinatieovereenkomsten tussen ondernemingen die tot hetzelfde concern behoren (groepsmaatschappijen). Die ondernemingen moeten dan wel een economische eenheid vormen, waarin de dochteronderneming haar optreden op de markt niet werkelijk zelfstandig

²¹ Idem, randnummer 4.

²² Idem, randnummer 7.

²³ Zie bijvoorbeeld HvJ EG 9 juli 1969, zaak 5/69, *Jur.* 1969, blz. 295, r.o. 7; HvJ EG 6 mei 1971, zaak 1/71, *Jur.* 1971, blz. 351, r.o. 9.; HvJ EG 19 juli 1980, zaak 30/78, *Jur.* 1980, blz. 2229, r.o. 28.

²⁴ Vgl. Richtsnoeren 2004/C 101/08, randnr. 18 (onder 1. aan het eind).

²⁵ Bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (de minimis), PbEG 2001/C 368/07.

kan bepalen en de afspraken tussen de ondernemingen een interne taakverdeling tussen hen ten doel hebben.²⁶

(2). Combinatieovereenkomsten die onder artikel 6, eerste lid, van de wet vallen vanwege hun strekking

39. Combinatieovereenkomsten vallen onder artikel 6, eerste lid, van de wet indien zij ertoe strekken de concurrentie te beperken. Hiervan is sprake bij die beperkingen die naar hun aard de mededinging kunnen beperken. Dit zijn beperkingen die een zodanig groot potentieel hebben om negatief uit te werken op de mededinging dat het niet noodzakelijk is, met het oog op de toepassing van het kartelverbod, eventuele daadwerkelijke mededingingsbeperkende gevolgen van een combinatieovereenkomst op een markt te onderzoeken.²⁷ Restricties met mededingingsbeperkende strekking zoals prijsafspraken en marktverdeling, beperken de productie en zorgen voor prijsstijgingen, hetgeen resulteert in een misallocatie van middelen, omdat door afnemers gevraagde goederen en diensten niet worden geproduceerd. Zij resulteren ook in verminderde welvaart van de gebruikers, omdat gebruikers voor de betrokken goederen en diensten hogere prijzen moeten betalen.²⁸
40. Om te beoordelen of een combinatieovereenkomst de strekking heeft de mededinging te beperken moet worden onderzocht of zij gelet op haar inhoud en doelstelling en rekening houdend met de wettelijke en economische context, geschikt is de concurrentie te beperken.²⁹
41. Verboden combinatieovereenkomsten kunnen betrekking hebben op één opdracht. Gedacht kan worden aan het geval waarin alle ondernemingen die een bepaalde opdracht 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').³⁰
42. Verboden combinatieovereenkomsten kunnen ook betrekking hebben op verschillende werken. Een voorbeeld is de situatie waarin ondernemingen afspreken voor een onbepaald aantal toekomstige opdrachten telkens bij elkaar na te gaan, of zij gezamenlijk willen inschrijven. Die combinatieovereenkomsten maken dan in feite deel uit van een bredere samenwerking en coördinatie van marktactiviteiten tussen ondernemingen met de bedoeling prijzen af te spreken, opdrachten te verdelen, markten af te schermen of concurrenten te verdringen.

(3). Combinatieovereenkomsten die onder artikel 6, eerste lid, van de wet vallen vanwege hun gevolgen

43. Wanneer de onder (1) genoemde gevallen zich niet voordoen, wil dat nog niet zeggen dat een combinatieovereenkomst zonder meer tot de categorie onder (2) genoemde gevallen behoort en onder het verbod van artikel 6, eerste lid, van de wet valt. Als ondernemingen bijvoorbeeld elkaars concurrenten zijn, hoeft dat nog niet altijd te betekenen dat een combinatieovereenkomst die zij sluiten per definitie als strekking heeft de concurrentie te beperken.
44. Het doel van een combinatieovereenkomst tussen concurrenten kan zijn het bundelen van deels complementaire specialismen, het verbeteren van de kwaliteit van een opdracht, het combineren van ontwerp en uitvoering van een opdracht, 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, het in staat stellen van een onderneming een nieuwe markt te betreden of de samenwerking mogelijk te maken tussen een onderneming die een opdracht wil krijgen en een onderneming die materiaal beschikbaar heeft op de plaats van uitvoering van de opdracht. Ook kunnen ondernemingen een combinatie vormen voor de inschrijving op de afzonderlijk aanbestede percelen (zie randnummer 30 van deze beleidsregels) met de bedoeling daarmee te voldoen aan de specifieke kenmerken van die percelen, zoals eisen van de opdrachtgever en technische vereisten, en de kenmerken van de markt.
45. Als een combinatieovereenkomst binnen haar juridische en economische context objectief gezien een van de onder randnummer 44 bedoelde doelstellingen heeft, zal zij waarschijnlijk niet snel aangemerkt worden als een afspraak met een mededingingsbeperkende strekking. Voorwaarde is wel dat de combinatieovereenkomst geen andere doelstellingen heeft en alleen beperkingen inhoudt die voor het bereiken van de legitieme doelstelling van die overeenkomst noodzakelijk zijn

²⁶ HvJ EG, 31 oktober 1974, zaak 15/74, *Jur.*, 1974, 1147, r.o.41. Van een 100% groepsmaatschappij wordt in beginsel aangenomen dat deze haar optreden op de markt niet zelfstandig kan bepalen. Zie bijvoorbeeld GvEA12 januari 1995, zaak T-102/92 *Jur.* 1995 blz. II-17 en in appel HvJEG 24 oktober 1996, zaak C-73/95P *Jur.* 1996 blz. I-05457; Richtsnoeren 2011/C 11/01, randnr. 11.

²⁷ Richtsnoeren 2004/C 101/08, randnr. 21; Richtsnoeren 2011/C 11/01, randnrs. 24 en 25.

²⁸ Richtsnoeren 2004/C 101/08, randnr. 21.

²⁹ HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08 T-Mobile Netherlands BV t. NMa, *Jur.* 2009; vgl. Richtsnoeren 2004/C 101/08, randnr. 22–23, en Richtsnoeren 2011/C 11/01, randnrs. 24–25.

³⁰ Vgl. Richtsnoeren 2011/C 11/01, randnr. 128.

en die ook niet verder gaan dan daartoe nodig is (proportionaliteit).³¹

46. Wel zou deze categorie combinatieovereenkomsten als gevolg kunnen hebben, dat de concurrentie wordt beperkt. Om beperking van de mededinging ten gevolge te hebben moet een combinatieovereenkomst daadwerkelijk of potentieel in zoverre de mededinging ongunstig beïnvloeden dat zij met een voldoende mate van waarschijnlijkheid op de relevante markt negatieve gevolgen doet verwachten op het punt van prijzen, productie, innovatie of het aanbod of kwaliteit van goederen en diensten. Het verbod van artikel 6, eerste lid, van de wet geldt dan indien op basis van een gedegen onderzoek kan worden geconcludeerd dat van een combinatieovereenkomst negatieve mededingingsbeperkende gevolgen te verwachten zijn. Een individuele beoordeling van de effecten die van de overeenkomst te verwachten zijn, is noodzakelijk.³²
47. Negatieve gevolgen voor de mededinging binnen de relevante markt vallen te verwachten wanneer partijen – afzonderlijk of gezamenlijk – al een zekere marktmacht hebben of verwerven en de overeenkomst bijdraagt tot het tot stand brengen, behouden of versterken van die marktmacht, dan wel partijen in staat stelt dergelijke marktmacht te gebruiken. Marktmacht is het vermogen om voor een beduidende periode prijzen boven het concurrerende niveau te handhaven dan wel de productie – wat betreft productiehoeveelheden, productkwaliteit en productaanbod of innovatie – voor een beduidende periode onder het concurrerende niveau te handhaven.³³
48. 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, van de wet valt, zal de ACM 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 afgebakend aan de hand van de methode die is beschreven in de EG-Bekendmaking van de Commissie inzake de relevante markt.³⁴

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

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

49. Zoals opgemerkt onder randnummers 15-17 van deze beleidsregels, is de Mededingingswet georiënteerd op de Europese mededingingsregels. Zo is artikel 6, derde lid, van de wet, een afgeleide van artikel 101, derde lid, van het VWEU. Daarom wordt bij de toepassing van artikel 6, derde lid, van de wet aangesloten bij de Europese richtsnoeren voor toepassing van artikel 81, derde lid, van het EG-Verdrag.³⁵
50. Artikel 6, derde lid, van de wet is alleen relevant wanneer een combinatieovereenkomst tussen ondernemingen de mededinging beperkt in de zin van artikel 6, eerste lid, van de wet. Zoals toegelicht, is dat het geval, indien een combinatieovereenkomst als strekking (randnummers 39-42) of als gevolg (randnummers 43-48) heeft de mededinging te beperken en de bagatelvrijstelling niet van toepassing is (randnummers 23-25).
51. De bewijslast op grond van artikel 6, derde lid, van de wet rust ingevolge het vierde lid van dat artikel op de onderneming(en) die zich op deze uitzonderingsregeling beroepen. Volgens vaste rechtspraak zijn de vier voorwaarden van artikel 6, derde lid, van de wet cumulatief. Zij moeten dus alle worden vervuld, wil de uitzonderingsregeling kunnen worden toegepast.

5.2. Toepassing van artikel 6, derde lid, van de Mededingingswet op combinatieovereenkomsten

52. De vier voorwaarden uit artikel 6, derde lid, van de wet kunnen als volgt worden toegelicht.³⁶
- (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 niet bedoeld de voordelen waarvan alleen de deelnemers in een combinatieovereenkomst zelf profiteren, maar objectief meetbare verbeteringen. Als een bouwcombinatie er

³¹ Vgl. Richtsnoeren 2011/C 11/01, randnrs.160-161.

³² Richtsnoeren 2004/C 101/08, randnr. 24; Richtsnoeren 2011/C 11/01, randnr. 26-31.

³³ Richtsnoeren 2004/C 101/08, randnr. 25-26; Richtsnoeren 2011/C 11/01, randnrs. 26-31.

³⁴ Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, PbEG 1997, C 372.

³⁵ Richtsnoeren 2004/C 101/08 en de Mededeling van de Directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit 'Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 6, lid 3, van de Mededingingswet', Nr. P_ 500043/6.0158, van 22 februari 2005 (Stcrt. 2005, 47).

³⁶ Vgl. M.A.M.C. van den Berg, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 5. Bijzondere overeenkomsten, deel IIIC*, paragraaf 2 Bouwcombinatie en mededingingsrecht, onder 239, Deventer: Kluwer 2007; zie ook Richtsnoeren 2004/C 101/08.

bijvoorbeeld toe strekt om door bundeling van het in verschillende ondernemingen 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.

- (b) Bovengenoemde voordelen moeten voor een redelijk deel ten goede komen aan de gebruikers. De ondernemingen in de combinatie moeten bewijzen dat de klanten ook van de voordelen van de combinatie profiteren. Samenwerking tussen ondernemingen 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 opdrachtgever. 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 opdrachtgever kan ook van invloed zijn op de mate waarin de bovengenoemde voordelen worden gerealiseerd.
- (c) De overeenkomst mag de concurrentie niet verder beperken dan strikt noodzakelijk is voor het realiseren van de voordelen. Vereist is dat elke deelnemer aan de combinatieovereenkomst ook daadwerkelijk een belangrijk deel van de opdracht uitvoert. Indien dat niet het geval is, kan niet in redelijkheid worden aangenomen dat de deelname van de desbetreffende onderneming een toegevoegde waarde heeft met betrekking tot de uitvoering van de opdracht. De mededingingsbeperkingen die met de afspraak gepaard gaan, moeten verder 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 mededinging 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 er onvoldoende concurrentie op de markt overblijft. Dit kan anders liggen bij grootschalige werken die technisch complex zijn waardoor er slechts een beperkt aantal bedrijven op de markt actief is. In zodanige situaties is de kans groter dat combinatievorming tussen ondernemingen ertoe leidt dat op de markt de concurrentie voor een groot deel wordt uitgeschakeld.

6). Slotbepalingen

53. De Beleidsregels combinatieovereenkomsten 2009 worden ingetrokken.

54. Deze beleidsregels treden in werking met ingang van de dag na de datum van uitgifte van de Staatscourant waarin zij worden geplaatst.

55. Deze beleidsregels worden aangehaald als: Beleidsregels combinatieovereenkomsten 2013.

Deze beleidsregels zullen in de Staatscourant worden geplaatst.

's-Gravenhage, 31 maart 2013

*De Minister van Economische Zaken,
H.G.J. Kamp.*