



Ministerie van Economische Zaken

Handleiding Combinatieovereenkomsten

Combinatieovereenkomsten en het kartelverbod

Als een onderneming wordt uitgenodigd een offerte in te dienen voor een opdracht (onderhandse of openbare aanbesteding), kan het nuttig zijn samen met een of meer andere ondernemingen de opdracht uit te voeren. In dat geval kunnen ondernemingen afspreken gezamenlijk een offerte in te dienen om samen de opdracht uit te voeren (combinatieovereenkomst) of afspraken maken over onderaanneming. Dit soort afspraken kunnen voordelig zijn voor opdrachtgevers, doordat zij bijvoorbeeld kunnen leiden tot meer biedingen of biedingen met een betere prijs-kwaliteitverhouding.

De afspraken kunnen echter in sommige gevallen ook tot concurrentiebeperkingen leiden. Afspraken die een merkbare concurrentiebeperking tot doel of gevolg hebben, zijn in principe in strijd met het kartelverbod uit artikel 6 lid 1 van de Mededingingswet (“**Mw**”). Dit verbod bepaalt:

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

Uitzonderingen

Een combinatieovereenkomst die tot een merkbare concurrentiebeperking leidt of kan leiden, is soms toch toegestaan. Dit kan het geval zijn als de betrokken ondernemingen beperkt in omvang zijn in de zin van de bagatelvrijstelling (artikel 7 Mw). Het kartelverbod geldt evenmin als de voordelen van de samenwerking voor de gebruiker(s) (opdrachtgever(s)) opwegen tegen de nadelen van de concurrentiebeperking (artikel 6 lid 3 Mw).

Consequenties

Afspraken in strijd met het kartelverbod kunnen in Nederland door de Autoriteit Consument en Markt (“**ACM**”, voorheen de NMa) worden bestraft met hoge boetes (tot 10% van de wereldwijde jaaromzet van de betrokken onderneming). Daarnaast kan naleving van verboden afspraken niet voor de rechter worden afgedwongen (nietigheid).

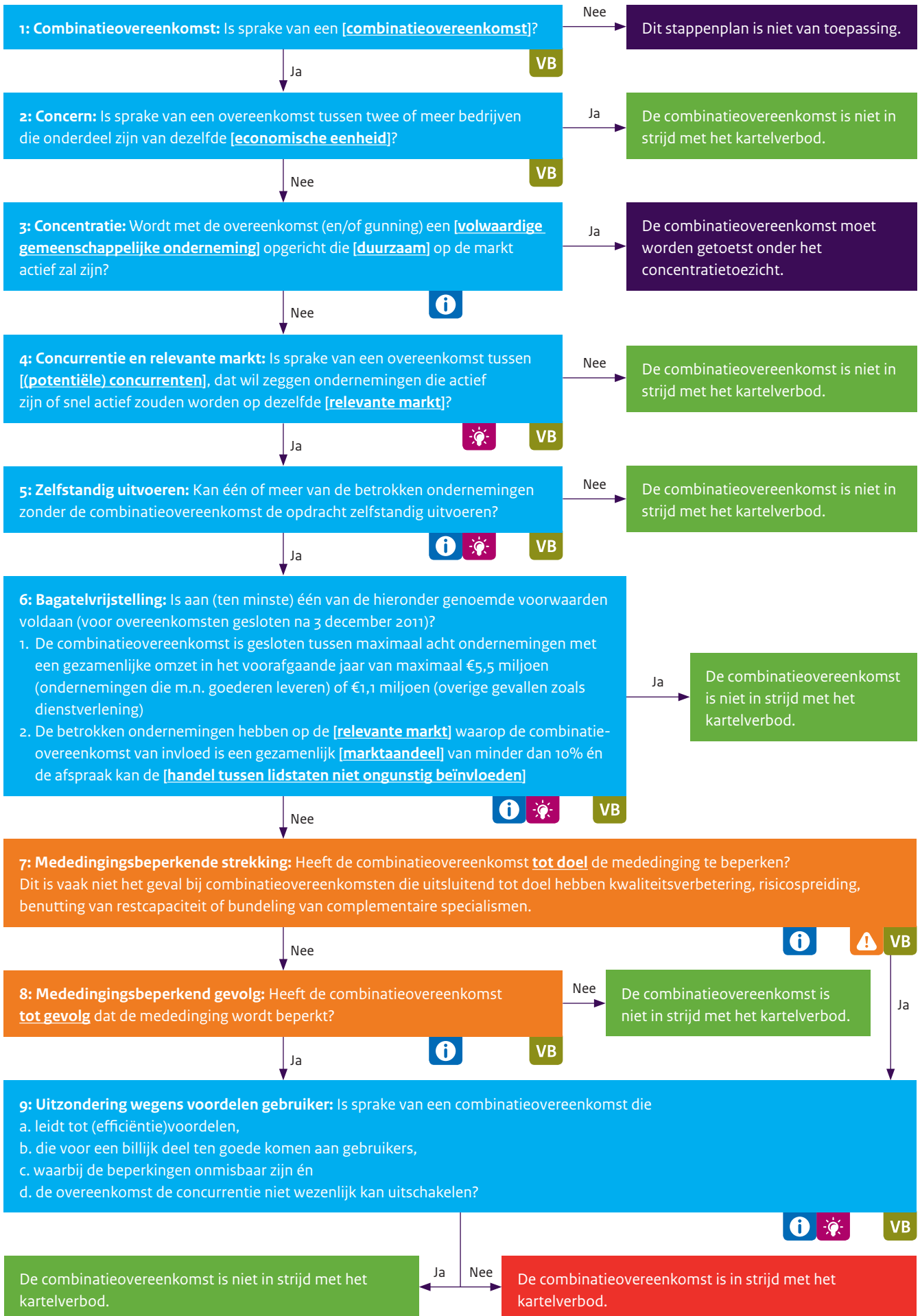
Handleiding combinatieovereenkomsten

Een onderneming moet zelf beoordelen of een combinatieovereenkomst is toegestaan. Daartoe dient zij te onderzoeken of een voorgenomen combinatieovereenkomst leidt tot een concurrentiebeperking in de zin van het kartelverbod (artikel 6 lid 1 Mw). Is sprake van een dergelijke concurrentiebeperking dan is de overeenkomst verboden, tenzij één van de uitzonderingen op het kartelverbod van toepassing is. Als de onderneming een beroep wil doen op de vrijstelling wegens voordelen voor gebruikers (artikel 6 lid 3 Mw), dan moet de onderneming bewijzen dat aan de vrijstellingscriteria wordt voldaan.

Omdat de beoordeling van de toelaatbaarheid van een combinatieovereenkomst niet altijd eenvoudig is, geeft deze handleiding met stappenplan aan hoe een combinatieovereenkomst onder het Nederlandse kartelverbod wordt getoetst.¹ Uit het stappenplan volgt dat combinatieovereenkomsten in veel gevallen zijn toegestaan. In de gevallen waarbij onzeker is of de overeenkomst is toegestaan, geeft de handleiding extra aanwijzingen om zelf na te gaan of de afspraak mag of, waar dat niet mogelijk is, dat deskundig advies voorafgaande aan de afspraak raadzaam is.

¹ Deze handleiding is tot stand gekomen in opdracht van het ministerie van Economische Zaken, met nauwe betrokkenheid van de ACM en van een vertegenwoordiging uit het bedrijfsleven.

Dit stappenplan dient te worden toegepast met inachtneming van de toelichting erop  





Dit stappenplan dient te worden toegepast met inachtneming van de toelichting erop

Toelichting stappenplan combinatieovereenkomsten

! Belangrijk!

De handleiding gaat alleen in op de toepassing van het Nederlandse kartelverbod door de ACM op combinatieovereenkomsten:

- De handleiding is gebaseerd op de Beleidsregels Combinatieovereenkomsten 2013 (hierna: “Beleidsregels”).² Deze regels geven het kader voor de beoordeling van combinatieovereenkomsten door de ACM onder het Nederlandse kartelverbod.
- Het Nederlandse kartelverbod sluit zo veel mogelijk aan bij het Europese kartelverbod uit art. 101 van het Verdrag betreffende de Werking van de EU. De handleiding gaat echter niet in op de toetsing van een combinatieovereenkomst onder het Europese kartelverbod (of vergelijkbare verboden in andere landen). Het Europese kartelverbod is (ook) van toepassing als sprake is van beïnvloeding van de handel tussen lidstaten van de EU (‘interstatelijk effect’, zie hierover ook de uitleg van het begrip ‘Beïnvloeding interstatelijke handel’). Als één of meer ondernemingen bij de combinatieovereenkomst in grensgebieden, in heel Nederland of internationaal actief zijn, moet toepasselijkheid van het Europese verbod en de buitenlandse verboden afzonderlijk worden getoetst.
- Voor ondernemingen met een machtspositie in één of meer markten waarin de combinatieovereenkomst wordt gesloten, geldt in aanvulling op het kartelverbod het verbod de machtspositie te misbruiken. Omdat de handleiding geen betrekking heeft op dit verbod, moet toepasselijkheid ervan afzonderlijk worden getoetst.

💡 Tip

Bewaar de stukken die u hebt gebruikt voor het doorlopen van het stappenplan. Door deze bij de combinatieovereenkomst te voegen, kunt u de toetsing op een later moment eenvoudiger herhalen. Bij eventuele gesprekken met de ACM kan dit in uw voordeel werken.

Legenda:

	Uitleg begrip	VB	Voorbeeld
	Belangrijke mededeling		Toelichting
	Tip		

De combinatieovereenkomst is niet in strijd met het kartelverbod.

Dit stappenplan is niet van toepassing.

Let op, de combinatieovereenkomst kan in strijd zijn met het kartelverbod. Dit is afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval.

De combinatieovereenkomst is in strijd met het kartelverbod.

² Staatscourant 2013, nr. 9223, 5 april 2013.



STAP 1: Combinatieovereenkomst: Is sprake van een [combinatieovereenkomst]?

[Combinatieovereenkomst]

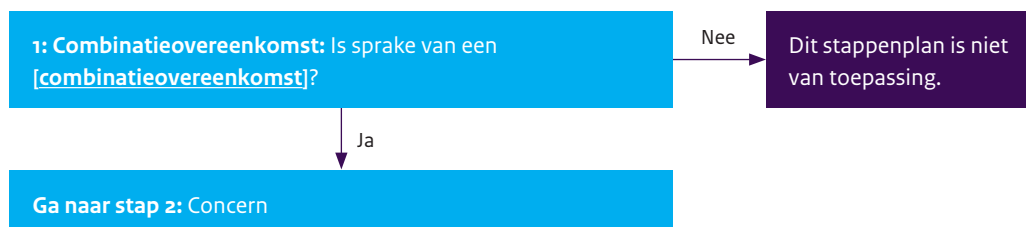
Deze handleiding verstaat onder een combinatieovereenkomst een mondelinge of schriftelijke overeenkomst tussen twee of meer van elkaar onafhankelijke ondernemingen waarin zij (i) afspreken samen op een bepaalde aanbesteding in te schrijven en (ii) de gezamenlijke uitvoering van de opdracht regelen (zie **Voorbeeld 1**).³ Met ‘aanbesteding’ wordt bedoeld een uitnodiging van een opdrachtgever aan ten minste twee ondernemingen in te schrijven voor uitvoering van één of meer opdrachten tot het leveren van goederen of het verrichten van diensten.⁴ Hiermee wordt zowel een openbare als onderhandse aanbesteding bedoeld. Omdat een combinatieovereenkomst steeds ziet op één of meer bepaalde, concrete aanbestedingen, moet bij een nieuwe aanbesteding opnieuw worden beoordeeld of een combinatieovereenkomst ten aanzien van die aanbesteding is toegestaan. Voor de beoordeling van de toelaatbaarheid kan het ook relevant zijn of sprake is van een serie van meerdere combinatieovereenkomsten voor een reeks van aanbestedingen (zie **Concurrent en potentiële concurrent**)

Soms maken ondernemingen voorafgaande aan de bieding voor een opdracht afspraken over onderaanneming. Deze afspraken worden in principe op dezelfde manier beoordeeld als combinatieovereenkomsten.⁵ Dit betekent dat deze handleiding ook voor die afspraken kan worden gebruikt. U kunt dit stappenplan alleen voor combinatieovereenkomsten of de genoemde onderaannemingsovereenkomsten gebruiken. Om die reden is het raadzaam voorafgaande aan de sluiting van de overeenkomst te verifiëren of inderdaad sprake is van een dergelijke overeenkomst.

Voorbeeld 1 Combinatieovereenkomst: Gezamenlijke uitvoering

Ondernemingen A en B zijn twee onafhankelijke ondernemingen en willen gezamenlijk inschrijven op de onderhandse aanbesteding voor het bouwen van een schoolgebouw. Mochten zij de aanbesteding winnen, dan zullen de werkzaamheden als volgt uitgevoerd worden: gezamenlijk maken zij het terrein bouwrijp en leggen ze de fundering. Onderneming A doet daarna de rest van de ruwbouwfase en onderneming B de afbouwfase.

Doordat sprake is van zowel gezamenlijke inschrijving als gezamenlijke uitvoering is de overeenkomst een combinatieovereenkomst. Dit stappenplan is daarom van toepassing op de voorgenomen gezamenlijke inschrijving van A en B.



³ Beleidsregels Combinatieovereenkomsten 2013, rnr 30.

⁴ Beleidsregels Combinatieovereenkomsten 2013, rnr 30.

⁵ Beleidsregels Combinatieovereenkomsten 2013, rnr 32.



STAP 2: Concern: Is sprake van een overeenkomst tussen twee of meer bedrijven die onderdeel zijn van dezelfde **[economische eenheid]**?

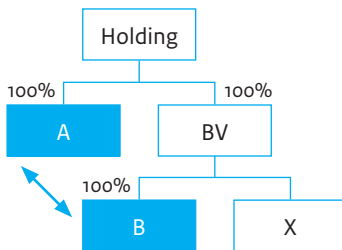
[Economische eenheid]

Doordat het kartelverbod alleen bepaalde afstemming *tussen twee of meer ondernemingen* verbiedt, vallen afspraken *binnen één onderneming* niet onder het kartelverbod. Afspraken tussen groepsmaatschappijen van dezelfde ‘economische eenheid’ (concern) worden ook gezien als een afspraak binnen één onderneming (zie **Voorbeeld 2**).

Groepsmaatschappijen behoren tot dezelfde eenheid als zij niet zelfstandig hun marktgedrag bepalen, maar in hoofdzaak de door hun moeder verstrekte instructies volgen. Dat dit het geval is wordt vermoed als de moeder (indirect) alle aandelen van de desbetreffende dochtervennootschappen houdt. Als de moeder niet alle aandelen houdt, moet aan de hand van de specifieke feiten en omstandigheden van het geval worden beoordeeld of in het concrete geval sprake is van een eenheid.

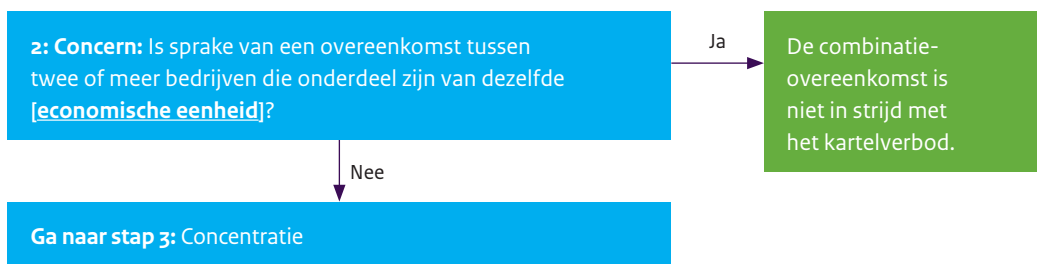
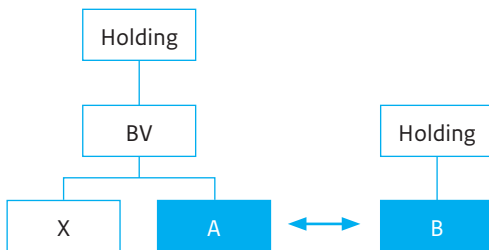
Voorbeeld 2 Economische eenheid

Vennootschappen A en B worden beide (indirect) gehouden door dezelfde holdingvennootschap. De holding bezit (indirect) alle aandelen in zowel A als B. Daarom kan worden aangenomen dat A en B tot dezelfde economische eenheid behoren. De combinatieovereenkomst tussen A en B is dan een overeenkomst binnen één onderneming en valt daardoor niet onder het kartelverbod.



Voorbeeld 3 Geen economische eenheid

De aandelen van vennootschappen A en B zijn niet in het bezit van dezelfde holdingvennootschap. Zij behoren daarom niet tot dezelfde economische eenheid. Voor toetsing van deze combinatieovereenkomst tussen A en B moet daarom dit stappenplan verder worden doorlopen.





STAP 3: Concentratie: Wordt met de overeenkomst (en/of gunning) een **[volwaardige gemeenschappelijke onderneming]** opgericht die **[duurzaam]** op de markt actief zal zijn?

[Volwaardige gemeenschappelijke onderneming]

Een *gemeenschappelijke onderneming* is een onderneming waarin ten minste twee partijen de strategische beslissingen kunnen beïnvloeden (bijv. benoeming bestuur en goedkeuring begroting). Een gemeenschappelijke onderneming is *volwaardig* als zij alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult. Dit betekent dat zij actief is op een markt en daar alle functies vervult die andere ondernemingen op die markt normaal gesproken ook vervullen. Voor volwaardigheid moet de onderneming een eigen bestuur hebben en toegang hebben tot voldoende middelen, zoals financiën en personeel. Van volwaardigheid is geen sprake als de activiteiten van de onderneming beperkt zijn tot één bepaalde functie van de moederondernemingen zonder eigen toegang of aanwezigheid op de markt (zoals uitsluitend productie of onderzoek en ontwikkeling).

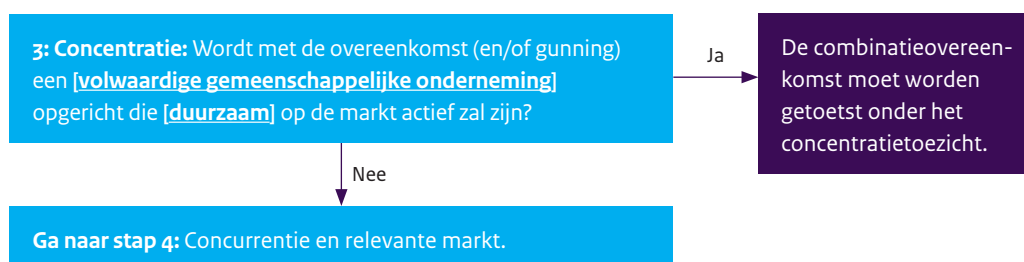
[Duurzaam]

Als een gemeenschappelijke onderneming voor onbepaalde tijd actief zal zijn op een markt, is meestal sprake van duurzaamheid. Als activiteiten voor een bepaalde tijd worden uitgevoerd, ligt aan de omstandigheden van het geval of sprake is van duurzaamheid. Zo is in de praktijk een periode van drie jaar onvoldoende gebleken voor duurzaamheid, maar blijkt een onderneming bij een periode van acht jaar wel voldoende duurzaam te kunnen zijn.⁶



Toelichting

Als een combinatieovereenkomst tot een gemeenschappelijke onderneming leidt die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult, is sprake van een concentratie in de zin van de Mededingingswet. Concentraties waarbij de betrokken ondernemingen bepaalde omzetcategorieën overschrijden, moeten voorafgaande aan de implementatie van de combinatieovereenkomst bij de ACM worden gemeld. Indien u twijfelt of sprake is van een concentratie, is het raadzaam juridisch advies in te winnen.



⁶ Geconsolideerde mededeling van de Commissie over bevoegdheidskwesties op grond van Verordening (EG) nr. 139/2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, rnr. 103.



STAP 4: Concurrentie en relevante markt: Is sprake van een overeenkomst tussen [(potentiële) concurrenten], dat wil zeggen ondernemingen die actief zijn of snel actief zouden worden op dezelfde [relevante markt]?

[Relevante markt]

De relevante markt wordt in principe gevormd door alle producten of diensten die voor de gebruiker onderling uitwisselbaar zijn door onder meer hun bedoeld gebruik, prijs, kwaliteit en locatie van aanbod. In het geval van aanbestedingen neemt de ACM als uitgangspunt dat de relevante markt wordt gevormd door de ondernemingen die inschrijven op de desbetreffende aanbesteding. Onder omstandigheden kan de markt volgens de ACM groter zijn, wanneer concurrentiedruk uitgaat van niet-inschrijvende ondernemingen (zie **Concurrent en potentiële concurrent**).

De ‘Bekendmaking van de Europese Commissie betreffende de bepaling van de relevante markt’⁷ bevat nuttige aanwijzingen voor het bepalen van de relevante markt. De ACM laat zich bij marktafbakeningsvraagstukken mede door deze Bekendmaking leiden.

[Concurrent en potentiële concurrent]

Ondernemingen zijn (daadwerkelijke) concurrenten als zij op dezelfde markt actief zijn. In geval van een aanbesteding beschouwt de ACM in beginsel alleen de inschrijvende ondernemingen als concurrenten voor die aanbesteding (in lijn met haar uitgangspunt dat de relevante markt wordt gevormd door de inschrijvende ondernemingen).

In een specifiek geval kan de beoordeling door de ACM anders uitvallen als in dat specifieke geval concurrentiedruk uitgaat van niet-inschrijvende ondernemingen. Het volgende theoretische voorbeeld kan dit illustreren. Stel dat onderneming A door de aanbestedende dienst op de hoogte is gesteld van het feit dat ondernemingen B, C en D zijn uitgenodigd voor een onderhandse aanbesteding. Eén van de uitgenodigde ondernemingen – zeg onderneming B – ziet er uiteindelijk van af om in te schrijven. Onderneming A is op het moment van haar inschrijving hiervan niet op de hoogte. Het is dan mogelijk dat onderneming A bij het bepalen van het inschrijfcijfer toch rekening houdt met het feit dat onderneming B inschrijft. Met andere woorden, onderneming A houdt rekening bij haar inschrijving met de concurrentiedruk van onderneming B hoewel deze onderneming uiteindelijk niet inschrijft. In de praktijk betekent dit dat ondernemingen bij de beoordeling van een combinatieovereenkomst rekening moeten houden met het aanbod van ondernemingen die redelijkerwijs kunnen inschrijven.

Daarnaast kunnen ondernemingen ‘potentiële concurrent’ zijn. Een potentiële concurrent is in de regel een onderneming die nog niet op dezelfde relevante markt actief is, maar dit waarschijnlijk binnen korte tijd kan worden. Ten aanzien van een bepaalde aanbesteding is alleen sprake van potentiële concurrentie als de onderneming *zonder de combinatieovereenkomst* waarschijnlijk actief zou worden op de desbetreffende markt vóór de betrokken aanbesteding (zie **Voorbeeld 4**).

Combinatieovereenkomsten tussen ondernemingen die geen (potentiële) concurrent van elkaar zijn vallen niet onder artikel 6 Mw.⁸ Als partijen wel (potentiële) concurrenten zijn, moet de handleiding verder worden doorlopen om te toetsen of de combinatieovereenkomst geen ontoelaatbare beperking van de mededinging oplevert.

⁷ Bekendmaking van de Europese Commissie betreffende de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, Pb EG 1997, C 372/5.

⁸ Beleidsregels, rnr. 38a.



Het kan ook voorkomen dat dezelfde ondernemingen voor een bepaalde individuele aanbesteding geen concurrent zijn, maar voor andere (toekomstige) aanbestedingen wel met elkaar kunnen concurreren. In dat geval dient ook per (reeks van) aanbesteding(en) te worden getoetst of de combinatieovereenkomst geen ontoelaatbare beperking van de mededinging oplevert. Er moet zorgvuldig worden gehandeld om de concurrentie op andere gebieden of in andere aanbestedingen niet te beperken (zie **Voorbeeld 9**).

Voorbeeld 4 Concurrenten

Ondernemingen A, B en C verrichten de activiteiten zoals weergegeven in de tabel.

Activiteiten	Onderneming A	Onderneming B	Onderneming C	Concurrenten?
Ontwerp			✓	Nee
Sloop		✓		Nee
Bouw	✓	✓		Ja, A en B
Schilderwerk	✓	✓		Ja, A en B
Sanitair	✓			Nee

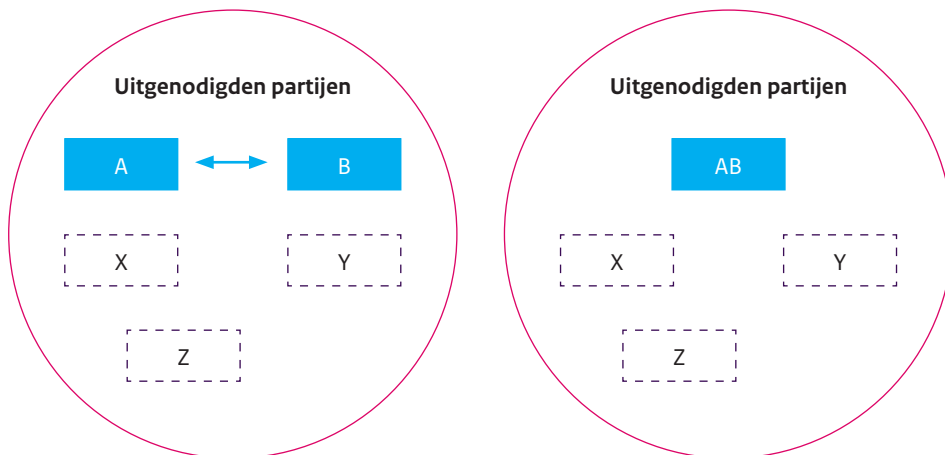
In bovenstaand voorbeeld is onderneming C geen concurrent van ondernemingen A en B, omdat uitsluitend C ontwerpwerkzaamheden verricht. Als C *zonder de combinatieovereenkomst* snel de activiteiten bouw en/of schilderwerk zou gaan verrichten, kan C wel een potentiële concurrent zijn van A en B (zie de toelichting van de begrippen ‘concurrent en (potentiële) concurrent’). Ondernemingen A en B zijn beide al actief op het gebied van bouw- en schilderwerkzaamheden. Dit betekent dat zij bij een aanbesteding concurrenten van elkaar kunnen zijn.

Voorbeeld 5 Onderhandse aanbesteding

Ondernemingen A en B zijn beide uitgenodigd voor dezelfde onderhandse aanbesteding. Als deze twee ondernemingen een combinatieovereenkomst sluiten voor deze opdracht, is sprake van een combinatieovereenkomst tussen concurrenten die de concurrentie zou kunnen beperken. Door de combinatieovereenkomst is er immers één aanbieder minder voor de desbetreffende aanbesteding. Voor toetsing van deze combinatieovereenkomst tussen A en B moet daarom dit stappenplan verder worden doorlopen.

Voor de combinatieovereenkomst

Na de combinatieovereenkomst



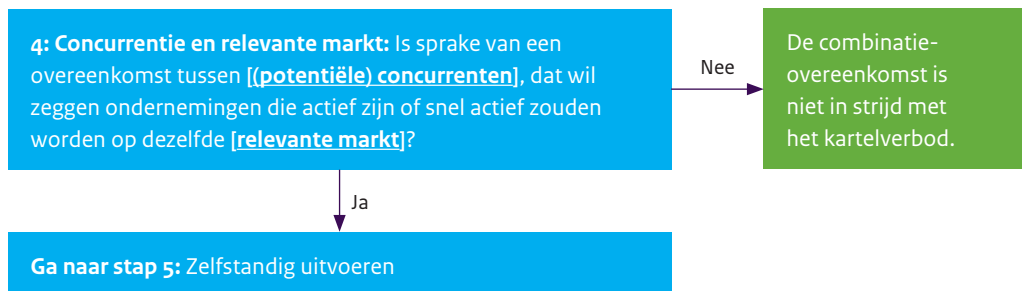


Tip

De ondernemingen die bij een individuele onderhandse aanbesteding niet zijn uitgenodigd beschouwt de ACM in beginsel niet als concurrenten ten aanzien van die aanbesteding. Als bij een individuele onderhandse aanbesteding slechts één van de bij de combinatieovereenkomst betrokken ondernemingen is uitgenodigd, is dus in principe geen sprake van een samenwerking tussen concurrenten ten aanzien van die aanbesteding. Dit blijft zo als één of meer van de betrokken ondernemingen zonder de combinatieovereenkomst de opdracht zelfstandig zouden hebben kunnen uitvoeren.⁹

De beoordeling kan anders uitvallen als er toch concurrentiedruk uitgaat van de niet-uitgenodigde partij. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn als uit een reeks van aanbestedingen bleek dat de betrokken partij een potentiële inschrijver is en verder onbekend is of de desbetreffende partij is uitgenodigd. Als echter uit mededelingen van de aanbestedende partij volgt dat de betrokken partij niet wordt uitgenodigd, is geen sprake van concurrentiedruk van de niet-uitgenodigde partij en zijn de betrokken partijen geen (potentiële) concurrent ten aanzien van de desbetreffende aanbesteding.

Als ondernemingen geen (potentiële) concurrent zijn ten aanzien van een specifieke aanbesteding, kunnen zij dat overigens in andere gevallen wel zijn. Om die reden moet steeds worden nagegaan dat de samenwerking er niet toe leidt dat de concurrentie ten aanzien van andere aanbestedingen ontoelaatbaar wordt beperkt.



⁹ De Aanbestedingswet stelt geen nadere regels ten aanzien van combinatievorming bij een (meervoudig) onderhandse procedure.



STAP 5: Zelfstandig uitvoeren: Kan één of meer van de betrokken ondernemingen zonder de combinatieovereenkomst de opdracht zelfstandig uitvoeren?

Toelichting

Het kan voorkomen dat ondernemingen normaliter concurrent zijn, maar dat zij ten aanzien van een specifieke aanbesteding niet kunnen concurreren. Daarvan is bijvoorbeeld sprake als de ondernemingen niet zelfstandig kunnen voldoen aan bepaalde (kwaliteits)eisen. In dat geval kunnen ze niet met elkaar concurreren ten aanzien van de desbetreffende aanbesteding. Door samen te werken kan dan geen concurrentie worden weggenomen, maar wordt juist extra aanbod, en daarmee, concurrentie gecreëerd. Een combinatieovereenkomst tussen ondernemingen die niet zelfstandig de opdracht kunnen uitvoeren is dus niet in strijd met het kartelverbod.

Tip

Als concurrenten samenwerken bij een aanbesteding ten aanzien waarvan zij niet kunnen concurreren, is het raadzaam voorafgaande aan de samenwerking concreet vast te leggen waarom zij niet kunnen concurreren. In dat geval is op een later moment eenvoudig vast te stellen dat partijen geen concurrent waren voor de desbetreffende aanbesteding. Bij eventuele gesprekken met de ACM kan dit in uw voordeel werken.

Voorbeeld 6 Concurrentie op onderdelen

Een aanbesteding vereist diverse werkzaamheden: ontwerp, sloop, bouw, schilderwerk en voorziening van sanitair. Ondernemingen A, B en C verrichten de activiteiten zoals weergegeven in de tabel.

Activiteiten	Onderneming A	Onderneming B	Onderneming C	Concurrenten?
Ontwerp			✓	Nee
Sloop		✓		Nee
Bouw	✓	✓		Ja, A en B
Schilderwerk	✓	✓		Ja, A en B
Sanitair	✓			Nee

Ondernemingen A en B zijn beide actief op het gebied van bouw- en schilderwerkzaamheden. Dit betekent dat ondernemingen A en B onder omstandigheden kunnen worden aangemerkt als concurrenten. Geen van de ondernemingen kan echter zelfstandig aan de aanbestedingseisen voldoen. Om die reden kan een combinatieovereenkomst tussen ondernemingen A, B en C de concurrentie ten aanzien van deze aanbesteding niet beperken. Dit betekent dat deze combinatieovereenkomst in principe niet in strijd is met het kartelverbod. Wel moeten partijen de samenwerking altijd zo inrichten dat deze de concurrentie evenmin beperkt voor andere (toekomstige) aanbestedingen (zoals voor uitsluitend schilderwerk waarvoor ondernemingen A en B concurrenten zijn).





STAP 6: Bagatelvrijstelling: Is aan (ten minste) één van de hieronder genoemde voorwaarden voldaan (voor overeenkomsten gesloten na 3 december 2011)?

1. De combinatieovereenkomst is gesloten tussen maximaal acht ondernemingen met een gezamenlijke omzet in het voorafgaande jaar van maximaal €5,5 miljoen (ondernemingen die m.n. goederen leveren) of €1,1 miljoen (overige gevallen zoals dienstverlening)
2. De betrokken ondernemingen hebben op de **[relevante markt]** waarop de combinatieovereenkomst van invloed is een gezamenlijk **[marktaandeel]** van minder dan 10% én de afspraak kan de [handel tussen lidstaten niet ongunstig beïnvloeden]

[Relevante markt]

Zie Stap 4.

[Marktaandeel]

Het marktaandeel wordt doorgaans berekend als het aandeel van de betrokken partijen (inclusief gelieerde vennootschappen) in de totale omzet in de relevante markt. Als geen omzetcijfers beschikbaar zijn, kan ook gebruik worden gemaakt van andere informatie, zoals afzetcijfers.

Als uitgangspunt neemt de ACM in het kader van een individuele aanbesteding het marktaandeel op basis van het aantal inschrijvende ondernemingen. De relevante markt kan echter ruimer zijn (zie de toelichting onder het begrip **[Relevante markt]**).

Voorbeeld 7 Combinatieovereenkomst: Berekening marktaandeel bagatel

De vennootschappen A en B overwegen eenmalig een combinatieovereenkomst aan te gaan voor een individuele aanbesteding op het gebied van grond-, water- en wegenbouw (GWW). De vennootschappen A en B hebben zelf weinig omzet, maar zijn onderdeel van verschillende concerns. De omzetten van vennootschappen A en B, inclusief omzet van gelieerde ondernemingen, bedragen op het gebied van GWW €500 miljoen respectievelijk €650 miljoen. Vennootschappen A en B verwachten dat tien marktpartijen zullen inschrijven. De omzetten van alle inschrijvende ondernemingen gezamenlijk bedraagt naar schatting circa €4,5 miljard op het gebied van GWW.

Als GWW één relevante markt vormt, zal de ACM in dit geval oordelen dat aan geen van de twee (niet-cumulatieve) voorwaarden van de bagateluitzondering (€5,5 miljoen omzet en 10% marktaandeel) is voldaan. De gezamenlijke omzet van vennootschappen A en B bedraagt met €1.150 miljoen namelijk meer dan €5,5 miljoen. Daarnaast zal de ACM oordelen dat het marktaandeel meer dan 10% bedraagt, ongeacht of wordt gekeken naar omzet (€1.150 miljoen gedeeld door €4.500 miljoen is ca. 26%) of naar aantal inschrijvers (twee gedeeld door tien is 20%).



[Beïnvloeding interstatelijke handel]

De Nederlandse bagatelvrijstelling is niet van toepassing als de combinatieovereenkomst kan leiden tot beïnvloeding van de handel tussen lidstaten van de Europese Unie. Het is niet altijd eenvoudig te bepalen of daarvan sprake is. Als een onderneming in heel Nederland actief is, kan betrokkenheid bij een afspraak al leiden tot beïnvloeding van de interstatelijke handel. Als de bij de afspraak betrokken ondernemingen echter lokaal actief zijn en de desbetreffende markt eveneens lokaal is, is goed mogelijk dat er geen effect op de interstatelijke handel kan zijn. Van beïnvloeding van de interstatelijke handel kan echter weer wel sprake zijn, als de bij een afspraak betrokken ondernemingen actief zijn op een lokale markt in een grensstreek.

Verder wordt aangenomen dat in principe geen sprake is van merkbare beïnvloeding van de interstatelijke handel als (a) het gezamenlijke marktaandeel van de betrokken ondernemingen minder is dan 5% op de relevante markt én (b) hun gezamenlijke omzet, behaald met producten waarop de combinatieovereenkomst ziet, niet meer dan €40 miljoen bedroeg in het voorafgaande boekjaar.¹⁰ Het marktaandeel moet in principe worden berekend als het aandeel van de betrokken partijen (inclusief gelieerde vennootschappen) in de totale omzet in de relevante markt.



Toelichting

In speciale gevallen is een combinatieovereenkomst die tot een merkbare concurrentiebeperking leidt, toch toegestaan door de beperkte omvang van de bij de afspraak betrokken ondernemingen. Deze uitzonderingen volgen uit de Nederlandse bagatelvrijstelling:

- Combinatieovereenkomsten zijn uitgezonderd van het verbod als zij zijn gesloten tussen maximaal **acht** ondernemingen én hun gezamenlijke omzet in het voorafgaande jaar niet hoger was dan €5,5 miljoen (ondernemingen die m.n. goederen leveren) of €1,1 miljoen (overige gevallen zoals dienstverlening) (artikel 7 lid 1 Mw).
- Combinatieovereenkomsten zijn ook uitgezonderd van het verbod als het gezamenlijke marktaandeel minder dan 10% bedraagt op de relevante markt én de combinatieovereenkomst de handel tussen lidstaten niet ongunstig kan beïnvloeden (interstatelijk effect) (artikel 7 lid 2 Mw).¹¹

Bij haar beoordeling moet de ACM rekening houden met de bagatelvrijstelling. Als ondernemingen van de vrijstelling willen profiteren, is het raadzaam voorafgaande aan de samenwerking de te verifiëren en vast te leggen dat de vrijstelling van toepassing is. Dan kan de ACM daarover in een later stadium eenvoudig worden geïnformeerd.

¹⁰ Richtsnoeren betreffende het begrip “beïnvloeding van de handel” in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, Pb 2004 C 101/81.

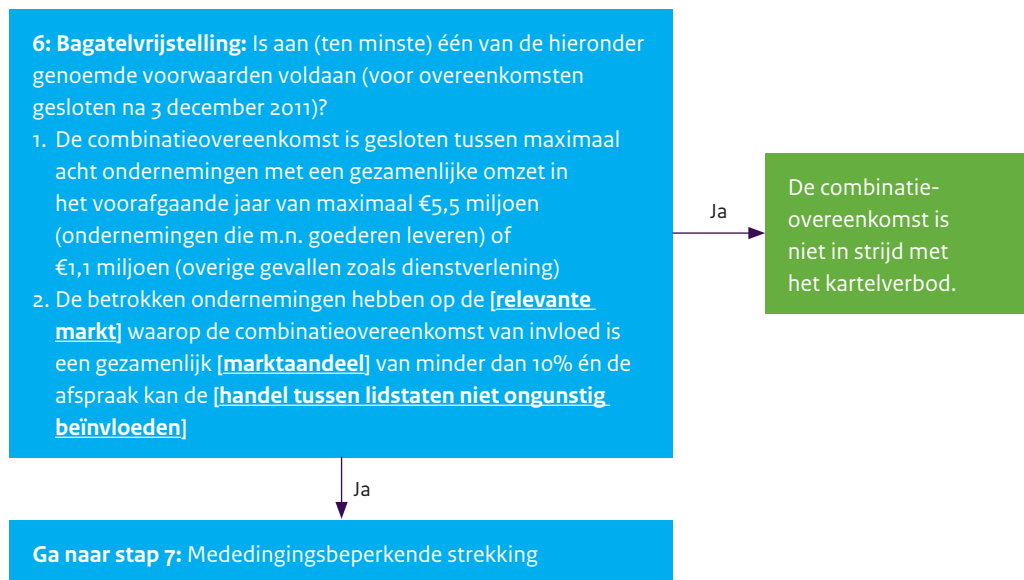
¹¹ Voor 3 december 2011 was deze twee voorwaarde als volgt geformuleerd: waarbij (a) ondernemingen zijn betrokken die een gezamenlijk marktaandeel hebben dat niet groter is dan 5% en (b) wier gezamenlijke omzet niet hoger is dan € 40.000.000.



Tip

Voor de vaststelling van het marktaandeel luistert nauw wat de precieze relevante markt is. Zo kan het aantal potentiële inschrijvers erg klein zijn. In dat geval gaat de ACM ervan uit dat de relevante markt erg klein is (zie ook de uitleg van het begrip ‘relevante markt’). In dat geval komt het gezamenlijke marktaandeel snel boven de marktaandeelgrens van de bagatelvrijstelling uit.

Meer informatie over de toepassing van de bagatelvrijstelling door de ACM is te vinden op: www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/13591/Bagatelvrijstelling-uitzondering-op-het-kartelverbod/.





STAP 7: Mededingingsbeperkende strekking: Heeft de combinatieovereenkomst **tot doel** de mededinging te beperken? Dit is vaak niet het geval bij combinatieovereenkomsten die uitsluitend tot doel hebben kwaliteitsverbetering, risicospreiding, benutting van restcapaciteit of bundeling van complementaire specialismen.

i Toelichting

Afspraken hebben een mededingingsbeperkende strekking als zij naar hun aard kunnen worden geacht schadelijk te zijn voor de goede werking van de normale mededinging. Bij de toetsing moet rekening worden gehouden met de inhoud en doelstelling van de afspraken en hun juridische en economische context. Als sprake is van een mededingingsbeperkende strekking hoeven de daadwerkelijke gevolgen van die afspraken niet te worden geanalyseerd. Deze afspraken zijn namelijk ook verboden als concurrentiebeperkende gevolgen op de markt ontbreken.

Overeenkomsten die ertoe strekken de concurrentie te beperken zijn onder meer zuivere prijsafspraken en marktverdelingsafspraken. Van een mededingingsbeperkende strekking kan ook sprake zijn als twee ondernemingen allebei zijn uitgenodigd (onderhands of openbaar) en het werk zelfstandig kunnen doen, maar afspreken dat één daadwerkelijk de opdracht verricht en de ander niets doet. In dat geval is geen sprake van een combinatieovereenkomst doordat niet gezamenlijk wordt uitgevoerd. Daarentegen is goed mogelijk dat die afspraak leidt tot een concurrentiebeperking. Een ander voorbeeld is een afspraak waarbij alle ondernemingen die een bepaalde opdracht zelfstandig kunnen uitvoeren één combinatie vormen met de bedoeling voor het desbetreffende werk de concurrentie uit te schakelen. Ook overeenkomsten tussen ondernemingen over een reeks van aanbestedingen kunnen een mededingingsbeperkende strekking hebben.

Afspraken met mededingingsbeperkende strekking zijn in de regel verboden, tenzij ze onder één van de uitzonderingen vallen, waaronder de uitzondering wegens voordelen voor de gebruiker (zie onder Stap 9).

De ACM beoordeelt een samenwerking vaak pas achteraf. Voor zo veel mogelijk zekerheid over de toelaatbaarheid van de samenwerking is het raadzaam dat de ondernemingen voorafgaande aan de samenwerking zelf toetsen of sprake is van een mededingingsbeperkend doel of gevolg. Een juridisch adviseur kan bij deze toetsing helpen.

Voorbeeld 8 Consequentie mededingingsbeperkende strekking

Ondernemingen A en B kunnen elk zelfstandig inschrijven op een aanbesteding, maar besluiten gezamenlijk in te schrijven en af te spreken dat onderneming A als enige de werkzaamheden verricht. In dit geval is geen sprake van gezamenlijke uitvoering en is dus geen sprake van een combinatieovereenkomst. Daarentegen is goed mogelijk dat de afspraak ertoe strekt de concurrentie te beperken in strijd met het kartelverbod. In dat geval is de afspraak verboden, tenzij één van de uitzonderingen op het kartelverbod van toepassing is, zoals de bagatelvrijstelling (zie stap 6) of artikel 6 lid 3 Mw (zie stap 9).



 **Belangrijk!**

Voor een op zichzelf toelaatbare combinatieovereenkomst moet soms bepaalde informatie tussen (potentiële) concurrenten worden uitgewisseld. Deze informatie-uitwisseling is toegestaan als de informatie rechtstreeks verbonden is aan en niet verder gaat dan strikt noodzakelijk voor de combinatieovereenkomst. (Zie **Voorbeeld 9**)

Als bedrijfsvertrouwelijke informatie wordt uitgewisseld die niet aan deze eisen voldoet, kan dit op zichzelf leiden tot overtreding van het kartelverbod. Daarbij kan worden gedacht aan uitwisseling van prijsinformatie (anders dan de inschrijfprijs voor de betrokken aanbesteding), concurrentiegevoelige informatie over andere aanbestedingen en (ander) toekomstig marktgedrag. Zoals eerder opgemerkt kunnen ondernemingen die voor de ene aanbesteding geen concurrenten zijn, dit voor andere (toekomstige) aanbestedingen wel zijn. Bij samenwerken bij de ene aanbesteding moeten partijen dan ook voorkomen dat zij concurrentiegevoelige informatie uitwisselen die bij (toekomstige) aanbestedingen de concurrentie kan beperken.

Meer informatie is te vinden op de website van de ACM:

- Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen, op de website van de ACM: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/7072/Richtsnoeren-Samenwerking-Ondernemingen/>;
- Samenspanning bij Aanbestedingen: www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/7100/Bid-rigging-Herkennen-en-voorkomen-van-samenspanning-bij-inkooptrajecten/.



Voorbeeld 9 Informatie-uitwisseling en combinatieovereenkomsten

Het volgende theoretische voorbeeld kan meer duidelijkheid geven over welke informatie-uitwisseling is toegestaan in het geval van een combinatieovereenkomst.

Concern A en concern B worden beide uitgenodigd om in te schrijven op een aanbesteding voor de aanleg van een snelweg die onder meer een brug omvat. Stel dat beide ondernemingen actief zijn in de burgerlijke en utiliteitsbouw (B&U) en in de GWW-sector, maar zij zijn niet in dezelfde segmenten van de GWW-sector actief. De GWW-divisie van concern A is gespecialiseerd in droge waterbouw en heeft geen relevante activiteiten op het gebied van wegenbouw. Daarentegen is de GWW-divisie van concern B alleen actief op het gebied van wegenbouw. Concerns A en B sluiten voor de opdracht een combinatieovereenkomst waarbij de onderneming A de brug realiseert en onderneming B de snelweg aanlegt.

Geen van de twee ondernemingen kan de opdracht zelfstandig verrichten, maar elk verricht voor deze opdracht een complementaire activiteit. Om die reden zijn ondernemingen A en B geen concurrenten ten aanzien van de betrokken aanbesteding. Dit betekent dat de combinatieovereenkomst is toegestaan.

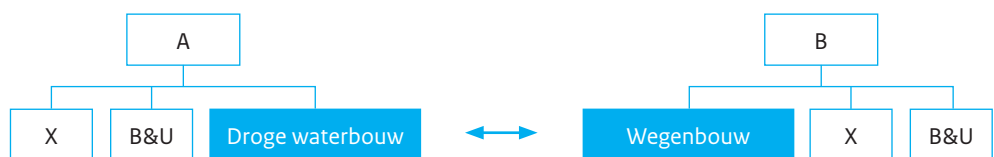
Voor andere opdrachten kunnen de ondernemingen echter wel concurrenten zijn. Zo hebben beide ondernemingen ook een B&U-divisie. Dit betekent dat zij kunnen worden aangemerkt als concurrenten op de markt voor B&U. Daarom moeten zij erop letten welke informatie zij wel en niet mogen uitwisselen.

Informatie die in dit voorbeeld wel mag worden uitgewisseld is:

- Vaststellen gezamenlijke inschrijfprijs voor combinatieovereenkomst;
- Capaciteit op het gebied van wegenbouw en droge waterbouw.

Informatie die in dit voorbeeld niet mag worden uitgewisseld is:

- Capaciteit op het gebied van B&U;
- Voor welke onderhandse aanbestedingen de bedrijven zijn uitgenodigd en op welke openbare aanbestedingen zij voornemens zijn in te schrijven (waar geen combinatieovereenkomst voor wordt gevormd);
- Tarieven op het gebied van B&U



7: Mededingingsbeperkende strekking: Heeft de combinatieovereenkomst **tot doel** de mededinging te beperken? Dit is vaak niet het geval bij combinatieovereenkomsten die uitsluitend tot doel hebben kwaliteitsverbetering, risicospreiding, benutting van restcapaciteit of bundeling van complementaire specialismen.

Nee

Ga naar stap 8: Mededingingsbeperkend gevolg

Ja

Ga naar stap 9: Uitzondering wegens voordelen gebruiker



STAP 8: Mededingingsbeperkend gevolg: Heeft de combinatieovereenkomst **tot gevolg** dat de mededinging wordt beperkt?

i Toelichting

In veel gevallen zal een combinatieovereenkomst niet tot doel hebben de concurrentie te beperken (zie stap 7). Vaak is het doel van de overeenkomst juist gelegen in bijvoorbeeld bundeling van deels complementaire specialismen (zoals ontwerp en uitvoering) of verbetering van de kwaliteit. Zie **Voorbeeld 10** voor andere redenen tot combinatievorming.

In deze gevallen is in principe geen sprake van een doelbeperking. Wel zouden deze combinatieovereenkomsten (onbedoeld) een concurrentiebeperking als gevolg kunnen hebben. Of daarvan sprake is, zal moeten worden bewezen door de partij die stelt dat een overeenkomst in strijd is met het kartelverbod. In dat geval geldt het kartelverbod alleen als op basis van een gedegen onderzoek kan worden geconcludeerd dat van een overeenkomst negatieve mededingingsbeperkende gevolgen te verwachten zijn. Daarvoor is dus een concrete beoordeling noodzakelijk van de te verwachten effecten van de overeenkomst.

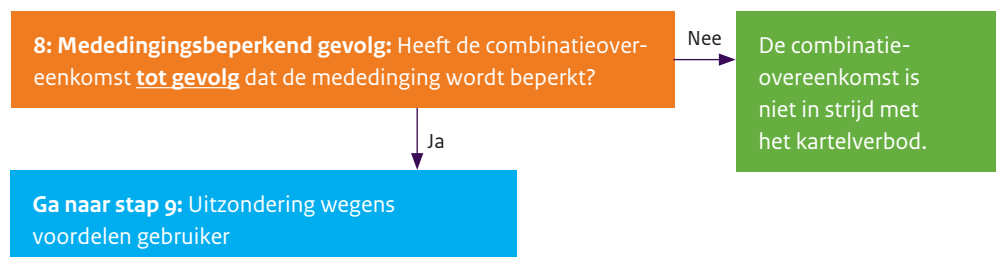
Als blijkt dat deze afspraken (onbedoelde) concurrentiebeperkende gevolgen (kunnen) hebben, zijn deze afspraken verboden, tenzij ze vallen onder één van de uitzonderingen zoals die wegens voordelen voor de gebruiker (zie onder Stap 9).

De ACM beoordeelt een samenwerking vaak pas achteraf. Voor zo veel mogelijk zekerheid over de toelaatbaarheid van de samenwerking is het raadzaam dat de ondernemingen voorafgaande aan de samenwerking zelf toetsen of sprake is van een mededingingsbeperkend doel of gevolg. Een juridisch adviseur kan bij deze toetsing helpen.

Voorbeeld 10 Doel combinatievorming en mededingingsbeperkend gevolg

Veel combinatieovereenkomsten hebben een ander doel dan de beperking van de concurrentie. Deze doelen kunnen sterk verschillen. Zo kunnen ondernemingen voor een combinatieovereenkomst kiezen om risico's te verminderen, capaciteit te spreiden met het oog op de continuïteit van de onderneming en benutting van restcapaciteit of een onderneming in staat te stellen een nieuwe markt te betreden. Ook kan een overeenkomst samenwerking mogelijk maken tussen een onderneming die een opdracht wil krijgen en een onderneming die materiaal beschikbaar heeft op de plaats van uitvoering van de opdracht.¹²

Als de overeenkomst uitsluitend dergelijke doelen heeft, is meestal geen sprake van een mededingingsbeperkende strekking. Dit betekent dat de overeenkomst alleen verboden is als op basis van een gedegen onderzoek kan worden geconcludeerd dat negatieve mededingingsbeperkende gevolgen door de overeenkomst te verwachten zijn.



¹² Beleidsregels, rnr. 44.



STAP 9: Uitzondering wegens voordelen gebruiker: Is sprake van een combinatieovereenkomst die

- leidt tot (efficiëntie)voordelen,
- die voor een billijk deel ten goede komen aan gebruikers,
- waarbij de beperkingen onmisbaar zijn én
- de overeenkomst de concurrentie niet wezenlijk kan uitschakelen?

Toelichting

Sommige combinatieovereenkomsten tussen concurrenten kunnen weliswaar tot een concurrentiebeperking leiden, maar kunnen ook tot voordelen voor gebruikers leiden. Voor dat soort combinatieovereenkomsten bestaat een uitzondering op het kartelverbod. Het kartelverbod is namelijk niet van toepassing op combinatieovereenkomsten die de concurrentie beperken, als de overeenkomst

- leidt tot (efficiëntie)voordelen
- die voor een billijk deel ten goede komen aan gebruikers,
- waarbij de beperkingen onmisbaar zijn en
- de afspraak de concurrentie niet wezenlijk kan uitschakelen.

Pas als aan **elk van de vier voorwaarden** is voldaan, geldt het kartelverbod niet. Het is aan de bij de combinatieovereenkomst betrokken ondernemingen om aan te tonen dat aan alle vier de voorwaarden is voldaan.

In theorie kunnen alle concurrentiebeperkende afspraken voldoen aan deze vier voorwaarden. In de praktijk blijkt echter dat combinatieovereenkomsten die zeer sterk de concurrentie beperken niet aan de uitzondering op het kartelverbod voldoen. Daarbij kan worden gedacht aan afspraken die uitsluitend tot doel hebben de concurrentie te beperken, zoals zuivere prijsafspraken en marktverdelingen tussen concurrenten (zie onder Stap 7).¹³

Ondernemingen moeten zelf bepalen of een afspraak voldoet aan deze vier voorwaarden voor de uitzondering (*self assessment*). Dat is niet altijd eenvoudig, doordat niet alleen de concurrentiebeperking en de voordelen van de overeenkomst moeten worden ingeschat, maar deze moeten ook tegen elkaar worden afgewogen.

Om zelfstandige toetsing te vergemakkelijken, zijn er op Europees niveau richtsnoeren¹⁴ en op nationaal niveau beleidsregels vastgesteld die deels of geheel kunnen worden gebruikt voor de toetsing van combinatieovereenkomsten onder de Mw. Op basis van deze regelingen en bekendmakingen worden hieronder handreikingen en concrete voorbeelden gegeven die kunnen bijdragen aan vormgeving en toetsing van uw combinatieovereenkomst. In voorkomende gevallen kan echter nadere hulp van een juridisch adviseur noodzakelijk zijn. Ook kan meer informatie worden gevonden in de Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen, op de website van de ACM: www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/7072/Richtsnoeren-Samenwerking-Ondernemingen/

Voorwaarde A: Voordelen

De voordelen die noodzakelijk zijn voor een beroep op deze uitzondering betreffen de *objectieve* voordelen van de samenwerking, dus met name voordelen die voortvloeien uit de geïntegreerde productie of dienstverlening. Eventuele (kosten)voordelen die voortvloeien uit verminderde concurrentie (bijv. lagere marketingkosten door verminderde concurrentie) worden niet meegenomen.

Onder stap 8 (**Voorbeeld 10**) zijn al uiteenlopende voordelen beschreven van combinatieovereenkomsten die onder omstandigheden een concurrentiebeperking tot gevolg zouden kunnen hebben. Daarnaast bevatten **Voorbeeld 11** en **Voorbeeld 12** een uitwerking van voordelen van bepaalde concurrentiebeperkende afspraken.

¹³ Beleidsregels, rnr. 39.

¹⁴ Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (nu art. 101, lid 3, VWEU), Pb 2004 C 101/97 en Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, Pb 2011 C 11/1.



Voorbeeld 11 Voordelen combinatieovereenkomst (1)

Ondernemingen A en B zijn beide uitgenodigd in te schrijven voor het bouwen van een schoolgebouw met een ondergrondse fietsenstalling. Beide ondernemingen kunnen in principe zelfstandig het project uitvoeren, maar elk heeft voor het project te weinig restcapaciteit. Hoewel een combinatieovereenkomst tussen beide partijen een beperking van de concurrentie kan opleveren, kent samenwerking diverse voordelen.

Door gezamenlijk in te schrijven kunnen de twee ondernemingen hun restcapaciteit voor het komende jaar benutten en de financiële risico's spreiden. Er hoeft dan niet geschoven te worden met de reeds ingeplande capaciteit en er zal geen risico-opslag hoeven te worden gerekend. Door deze voordelen kan de inschrijfprijs lager zijn dan in het geval van individuele inschrijving.

Van belang is dat de ondernemingen de voordelen concreet kunnen aantonen. Voor een beroep op een uitzondering moet verder worden onderzocht of ook aan de overige voorwaarden van de uitzondering is voldaan.

Voorbeeld 12 Voordelen combinatieovereenkomst (2)

Bij een grootschalig project met een korte doorlooptijd geven concurrenten A en B er de voorkeur aan als combinatie in te schrijven. Door samen in te schrijven kunnen de ondernemingen de risico's van uitloop door onder meer uitval van materiaal en ziekte van werknemers beter spreiden. Door deze risicospreiding bij gezamenlijke inschrijving wordt succesvolle afronding van het werk gegarandeerd zonder dat een risico-opslag behoeft te worden gehanteerd.

Van belang is dat de ondernemingen de voordelen concreet kunnen aantonen. Voor een beroep op een uitzondering moet verder worden onderzocht of ook aan de overige voorwaarden van de uitzondering is voldaan.

Voorwaarde B: Billijk aandeel voor de gebruiker

De voordelen van de combinatieovereenkomst moeten voor een redelijk deel bij de 'gebruikers' terecht komen. De term 'gebruikers' omvat in ieder geval de opdrachtgever(s), maar soms kunnen ook voordelen voor eventuele afnemers van de opdrachtgever worden meegewogen.

De voordelen (bijv. kostenbesparing) moeten in principe zodanig zijn dat nadelen voor de opdrachtgever(s) als gevolg van de concurrentiebeperking (bijv. een prijsopdrijvend effect) worden geneutraliseerd. De voordelen voor de opdrachtgever(s) moeten vervolgens worden afgewogen tegen de nadelen als gevolg van de concurrentiebeperking. Dit is een glijdende schaal: naarmate de concurrentiebeperking groter wordt, moeten de voordelen voor de afnemers ook groter zijn.¹⁵ Een nauwgezette analyse van de concurrentiebekerkende effecten van de combinatieovereenkomst is daarom noodzakelijk voor de vraag of de concurrentiebekerkende combinatieovereenkomst voldoende voordelen voor de gebruiker(s) biedt voor een beroep op de uitzondering.

¹⁵ Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag (nu art. 101, lid 3, VWEU), Pb 2004 C 101/97, nrns. 90-92.



Voorwaarde C: Onmisbaarheid beperking(en)

De combinatieovereenkomst mag geen beperkingen opleggen die niet onmisbaar zijn voor de beoogde voordelen. Dit betekent dat:

- (a) de combinatieovereenkomst noodzakelijk is voor de voordelen van de samenwerking (en deze voordelen dus niet op een minder beperkende manier kunnen worden behaald) en
- (b) eventuele (aanvullende) individuele mededingingsbeperkingen die uit de combinatieovereenkomst voortvloeien ook daarvoor redelijkerwijs noodzakelijk zijn.

Voorbeeld 13 Onmisbaarheid beperkingen

Ondernemingen A en B zijn beide uitgenodigd in te schrijven voor het bouwen van een schoolgebouw met een ondergrondse fietsenstalling. Beide ondernemingen kunnen in principe zelfstandig het project uitvoeren, maar elk heeft voor het project te weinig restcapaciteit.

Als ondernemingen A en B een combinatieovereenkomst sluiten, kunnen zij hun restcapaciteit benutten. Er hoeft dan niet te worden geschoven met de reeds ingeplande capaciteit, wat tot hogere kosten zou leiden. Als er voldoende restconcurrentie is, zullen de ondernemingen ook worden geprikkeld de kostenvoordelen door te geven.

Een mogelijk alternatief voor de combinatieovereenkomst is individuele inschrijving waarbij onderneming A en B extra capaciteit inhuren om de opdracht zelfstandig uit te voeren. Als de derde die capaciteit verhuurt even kostenefficiënt is als ondernemingen A en B, maar een winstmarge zal rekenen voor de in te huren capaciteit, zal het inhuren echter leiden tot hogere kosten. Dit kan er vervolgens toe leiden dat het inhuren van capaciteit leidt tot minder voordelen (hogere prijs) voor de opdrachtgever. Het kan echter ook zo zijn dat externe inhuur tot dezelfde voordelen leidt, of zelfs grotere voordelen biedt. Dit dient goed te worden nagegaan, aangezien externe inhuur de mededinging op voorhand minder beperkt dan samenwerking met een concurrent. In dat geval is de beperking niet onmisbaar en kan dus geen beroep op de uitzonderingsgrond worden gedaan.

Voorwaarde D: Uitschakeling concurrentie

Als laatste voorwaarde wordt geëist dat de combinatieovereenkomst de betrokken ondernemingen niet de mogelijkheid geeft “voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen”. Van belang is dat in de relevante markt voldoende restconcurrentie overblijft om effectieve concurrentie te waarborgen, waaronder concurrentie door potentiële concurrenten. Of sprake is van uitschakeling van de concurrentie, hangt af van (i) de omvang van de concurrentie vóór de overeenkomst en (ii) de vermindering van de concurrentie die de overeenkomst veroorzaakt.



Tip

Ondanks diverse handreikingen, blijft toetsing van toepasselijkheid van deze uitzondering weerbarstig. Dit betekent dat het soms praktischer kan zijn uw samenwerking anders of met een andere partij te structureren. Zo is goed denkbaar dat juist bij *onderhandse aanbestedingen* het lastig en kostbaar is te bewijzen dat een combinatieovereenkomst *met een partij die óók is uitgenodigd* onder deze uitzondering kan worden gebracht. Een samenwerking *met een partij die juist niet is uitgenodigd*, is iets eenvoudiger: deze is immers in principe geen concurrent voor de individuele aanbesteding (zie ook Stap 4).

Voorbeeld 14 Toetsing individuele uitzondering

Een opdrachtgever besteedt twee percelen afzonderlijk onderhands aan en nodigt daarvoor drie partijen uit. Alle uitgenodigde partijen kunnen elk individueel de twee opdrachten maken, maar van één speler wordt geen reële concurrentie verwacht. Als de twee andere spelers in een combinatieovereenkomst voor beide percelen afspreken dat elk één opdracht zelfstandig uitvoert, terwijl zij geen reële concurrentie van de derde speler verwachten, is de combinatieovereenkomst vermoedelijk in strijd met het kartelverbod.

In de eerste plaats leidt de samenwerking ertoe dat het grootste deel van de concurrentie in de markt, namelijk tussen de enige twee relevante bidders, wordt weggenomen. Deze mededingingsbeperking is in beginsel in strijd met het kartelverbod. In de tweede plaats is niet aannemelijk dat de uitzondering van toepassing is. Zo is niet aannemelijk dat de samenwerking tot concrete voordelen leidt doordat niet gezamenlijk, maar individueel wordt uitgevoerd. Daarnaast leidt het gebrek aan effectieve concurrentie door derden ertoe dat eventuele voordelen niet zouden worden doorgegeven aan de gebruiker(s).

9: Uitzondering wegens voordelen gebruiker: Is sprake van een combinatieovereenkomst die
a. leidt tot (efficiëntie)voordelen,
b. die voor een billijk deel ten goede komen aan gebruikers,
c. waarbij de beperkingen onmisbaar zijn én
d. de overeenkomst de concurrentie niet wezenlijk kan uitschakelen?

Nee

Ja

De combinatieovereenkomst is niet in strijd met het kartelverbod.

De combinatieovereenkomst is in strijd met het kartelverbod.



Deze brochure is een uitgave van:

Ministerie van Economische Zaken
Postbus 20401 | 2500 EK Den Haag
T 070 379 89 11

April 2015 | Publicatie-nr. 84413