



---

## 592

### **Besluit van 25 november 1997, houdende vrijstelling van combinatieovereenkomsten ter zake van aanbestedingen van het verbod van mededingingsafspraken (Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten)**

---

Wij Beatrix, bij de gratie Gods, Koningin der Nederlanden, Prinses van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Op de voordracht van Onze Minister van Economische Zaken van 28 augustus 1997, nr. 97053010 WJA/W;

Gelet op artikel 15, eerste lid, van de Mededingingswet;

De Raad van State gehoord (advies van 20 oktober 1997, nr. W10.97.0566);

Gezien het nader rapport van Onze Minister van Economische Zaken van 20 november 1997, nr. 97072403 WJA/W;

Hebben goedgevonden en verstaan:

#### **Artikel 1**

In dit besluit wordt verstaan onder:

- a. aanbestede: de natuurlijke persoon of rechtspersoon die een aanbesteding verricht;
- b. aanbesteding: de al dan niet gelijktijdige uitnodiging van een aanbestede 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;
- c. inschrijfcijfer: de prijs die bij de aanbestede in het kader van een aanbesteding voor de uitvoering van de desbetreffende opdracht wordt ingediend;
- d. combinatieovereenkomst: een schriftelijke overeenkomst tussen twee of meer ondernemingen waarin
  - 1°. ter zake van een gedane of aangekondigde aanbesteding de gezamenlijke indiening door die ondernemingen van een inschrijfcijfer voor de desbetreffende opdracht wordt geregeld, waarbij elk van de betrokken ondernemingen zich verbindt een aanmerkelijke bijdrage te leveren aan de uitvoering van de desbetreffende opdracht;
  - 2°. geen andere mededingingsbeperkingen zijn opgenomen dan die welke noodzakelijk zijn voor de onder 1° bedoelde indiening en uitvoering.

## **Artikel 2**

Artikel 6, eerste lid, van de Mededingingswet geldt niet voor combinatieovereenkomsten.

## **Artikel 3**

Artikel 2 geldt niet indien, gezien de aard en de omvang van de uit te voeren opdracht in relatie tot de betekenis en de capaciteit van de betrokken ondernemingen, het aantal ondernemingen dat aan de desbetreffende combinatieovereenkomst deelneemt onevenredig groot is.

## **Artikel 4**

Dit besluit treedt in werking met ingang van 1 januari 1998 en vervalt met ingang van 1 januari 2008.

## **Artikel 5**

Dit besluit wordt aangehaald als: Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten.

Lasten en bevelen dat dit besluit met de daarbij behorende nota van toelichting in het Staatsblad zal worden geplaatst.

's-Gravenhage, 25 november 1997

Beatrix

De Minister van Economische Zaken,  
G. J. Wijers

Uitgegeven de *vierde* december 1997

De Minister van Justitie,  
W. Sorgdrager

Het advies van de Raad van State is openbaar gemaakt door terinzagelegging bij het Ministerie van Economische Zaken. Tevens zal het advies met de daarbij ter inzage gelegde stukken worden opgenomen in het bijvoegsel bij de Staatscourant van 13 januari 1998, nr. 7.

## **NOTA VAN TOELICHTING**

### **I. Algemeen**

#### *1. Inleiding*

Artikel 6 van de Mededingingswet (hierna: de wet) verbiedt 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. Combinatieovereenkomsten worden in verband met een aanbesteding door ondernemingen aangegaan teneinde gezamenlijk een aanbod uit te brengen voor het leveren van goederen of het verrichten van diensten en vervolgens gezamenlijk een verkregen opdracht uit te voeren. Deze overeenkomsten kunnen mededingingsbeperkend zijn en dus in strijd met het verbod van artikel 6 van de wet.

Op grond van artikel 15 van de wet kan van dit verbod vrijstelling worden verleend indien wordt voldaan aan de in dat artikel genoemde criteria. Doel van het onderhavige besluit is om combinatieovereenkomsten, waarbij een redelijk (klein) aantal ondernemingen is betrokken, van het verbod vrij te stellen. In paragraaf 3 worden de vrijstellingscriteria van artikel 15 nader beschouwd.

Het op de Wet economische mededinging gebaseerde Besluit mededingingsregelingen aanbestedingen, dat bij de inwerkingtreding van de Mededingingswet komt te vervallen, kent eveneens een vrijstelling voor combinatieovereenkomsten. Hiermee werd beoogd nuttige vormen van samenwerking in de vorm van combinaties vrij te stellen van de in dat besluit vervatte onverbindendverklaring van aanbestedingsregelingen. De vrijstelling is zodanig geformuleerd dat oneigenlijke vormen van combinatievorming, die zijn gericht op beperking van de concurrentie, er niet onder vallen. Deze doelstellingen liggen eveneens ten grondslag aan het onderhavige besluit. Hierdoor kan in belangrijke mate worden aangesloten bij de vrijstellingscriteria van het Besluit mededingingsregelingen aanbestedingen.

#### *2. Achtergronden van het besluit combinatieovereenkomsten*

Ondernemingen sluiten vaak overeenkomsten met andere ondernemingen voor het gezamenlijk leveren van goederen of het verrichten van diensten. Deze vorm van samenwerking komt vaak voor indien de opdrachtgever een opdracht aanbesteedt. Bij een aanbesteding worden meerdere ondernemingen tegelijkertijd of volgtijdelijk door een opdrachtgever uitgenodigd om een schriftelijke aanbieding te doen. De opdrachtgever bepaalt in de regel zelf vooraf tot in detail de specificaties van het te leveren product of de te verrichten dienst. Bij gezamenlijke inschrijving op een aanbesteding worden in ieder geval de hoogte van de inschrijfprijs en de verdeling van de werkzaamheden geregeld door middel van een samenwerkingsovereenkomst. Soms wordt ook gekozen voor oprichting van een vennootschap onder firma. Deze vormen van samenwerking worden in de bouwsector veelal aangeduid als combinatievorming en combinatiecontracten. De begrippen arbeidsgemeenschap en werkge-meenschap worden eveneens in dit verband gebruikt. Hierna zullen steeds de begrippen combinatie en combinatieovereenkomst worden gebruikt.

Of combinatieovereenkomsten mededingingsbeperkend en aldus strijdig zijn met het verbod van artikel 6 van de wet hangt onder meer af van de aard en omvang van de ondernemingen die deelnemen aan de combinatie en van de inhoud van de aan de samenwerking verbonden afspraken.

Het verbod van artikel 6 van de wet is georiënteerd op artikel 85, eerste

lid, van het EG-Verdrag. Om die reden is de «Bekendmaking samenwerking» van de Commissie van de Europese Gemeenschappen (hierna: Commissie) hier van belang voor de afbakening van de reikwijdte van het verbod van artikel 6 van de wet (Bekendmaking inzake overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen betreffende samenwerking tussen ondernemingen, PbEG 1968, C 75/3, gerectificeerd in PbEG 1968, C 84/14). In deze bekendmaking wordt een aantal samenwerkingsvormen omschreven die in beginsel niet vallen onder het verbod van artikel 85, eerste lid, van het EG-Verdrag. Samenwerking tussen ondernemingen die niet in onderlinge concurrentie staan (zogenaamde arbeidsgemeenschappen) met betrekking tot gezamenlijke uitvoering van opdrachten wordt in beginsel niet concurrentiebeperkend geacht. Indien de betrokken ondernemingen wél direct onderling concurreren (zogenaamde werkgemeenschappen), maar individueel niet in staat zouden zijn de desbetreffende opdracht uit te voeren, wordt artikel 85, eerste lid, van het EG-Verdrag evenmin van toepassing geacht. Ook als de opdrachtgever van ondernemingen eist dat zij gezamenlijk als combinatie inschrijven is er sprake van samenwerking die niet mededingingsbeperkend wordt geacht.

Dergelijke combinatieovereenkomsten, waarbij samenwerking noodzakelijk is om mee te kunnen dingen naar een opdracht, zullen, gezien bovengenoemde bekendmaking, in beginsel niet onder het verbod van artikel 6 van de wet vallen.

Daarnaast kunnen zich ook vormen van samenwerking voordoen, die wél worden getroffen door artikel 6 van de wet. Het gaat dan om combinatievorming die niet per se noodzakelijk is om mee te kunnen dingen naar een opdracht. Deze samenwerkingsvormen brengen echter veelal zodanige voordelen met zich mee, zowel voor de betrokken ondernemingen als voor de afnemers, dat er aanleiding is deze vormen van samenwerking op grond van artikel 15 van de wet vrij te stellen. De criteria voor vrijstelling die in dit besluit zijn opgenomen, worden hieronder nader toegelicht. Deze criteria zijn in algemene termen, maar zo concreet mogelijk geformuleerd. Het is denkbaar dat zich zodanige ontwikkelingen in de beleidspraktijk voordoen, dat te zijner tijd met beleidsregels nader kan worden aangegeven hoe de vrijstellingsvoorwaarden in de praktijk worden ingevuld.

Aangenomen wordt dat jaarlijks vele honderden combinatieovereenkomsten worden aangegaan. Met name in de bouwsector (woningen, bedrijfspanden, weg- en waterbouw) is deze vorm van samenwerken gebruikelijk, maar ook in andere – al dan niet met de bouwsector gerelateerde – sectoren komen de overeenkomsten voor. Zo zouden bijvoorbeeld ook bij automatiseringsprojecten de in dit besluit bedoelde combinatieovereenkomsten tot stand kunnen komen.

Een overeenkomst die niet voldoet aan de criteria van het onderhavige besluit is verboden krachtens artikel 6 van de wet (behoudens individuele ontheffing). Overtreding kan door de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit worden bestraft met een bestuurlijke boete, terwijl tevens een last kan worden opgelegd om aan de overtreding een eind te maken. De directeur-generaal kan daartoe ambtshalve of naar aanleiding van een klacht een onderzoek instellen. Naast deze bestuursrechtelijke gevolgen is er het civielrechtelijke gevolg dat een overeenkomst of besluit in strijd met het verbod van mededingingsafspraken van rechtswege nietig is. Ook kunnen ondernemingen geconfronteerd worden met een eis tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad.

Voor een indicatie van de financiële effecten en nalevingseffecten van het wettelijk regime verwijs ik naar de memorie van toelichting bij het voorstel voor de nieuwe Mededingingswet (kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, blz. 54 en 55).

### 3. Vrijstellingscriteria

#### a. Verbetering van de productie of van de distributie of bevordering van de technische of economische vooruitgang

Door het samenbrengen van diverse productiefactoren (personeel, machines, know how) van de aan een combinatie deelnemende partijen kunnen arbeidsproductiviteit en benuttingsgraad worden verhoogd waardoor efficiëntievoordelen kunnen worden behaald. Gezamenlijke uitvoering draagt bij tot meer flexibiliteit in het plannen van de werkzaamheden. Piekbelastingen kunnen gezamenlijk worden opgevangen. Voor met name kleine ondernemingen kan het onaantrekkelijk zijn om in belangrijke mate financieel afhankelijk te zijn van één enkele opdrachtgever. Door een opdracht gezamenlijk met een of meer (kleine) ondernemingen uit te voeren kunnen dergelijke risico's worden beperkt.

Dergelijke vormen van samenwerking kunnen er voorts toe bijdragen dat de betrokken ondernemingen gemakkelijker mee kunnen dingen naar grotere of ingewikkelde opdrachten. Het samenvoegen van productiefactoren en het spreiden van risico leveren bedrijfseconomische voordelen op, die bijdragen aan de verbetering van de productie. Uitwisseling van know how bevordert de technische vooruitgang.

Vereist wordt dat elke deelnemer in de combinatie ook daadwerkelijk een aanmerkelijk deel van de opdracht uitvoert. Indien dat niet het geval is kan niet in redelijkheid worden aangenomen dat de deelname van het desbetreffende bedrijf een toegevoegde waarde heeft met betrekking tot de uitvoering van de opdracht.

#### b. Een billijk aandeel van de voordelen ten goede van de gebruikers

Voor opdrachtgevers hebben dergelijke vormen van samenwerking positieve effecten. Doordat meerdere kleine en middelgrote ondernemingen samenwerken kan een goede en tijdige uitvoering van de opdracht worden gerealiseerd. De samenwerking van bedrijven met een verschillende specifieke deskundigheid kan een positief effect hebben op de kwaliteit van de uitvoering van de opdracht.

#### c. Onmisbaarheid van de aan de betrokken ondernemingen opgelegde verplichtingen voor het bereiken van de doelstellingen

Als aan de onder a en b genoemde criteria wordt voldaan kunnen beperkingen in de vrijheid van ondernemingen gerechtvaardigd zijn. Er mogen echter geen beperkingen worden opgelegd die voor het voldoen aan die criteria niet onmisbaar zijn. De beperkingen die in het kader van combinatievorming aan de betrokken ondernemingen worden opgelegd liggen op het vlak van prijsvaststelling (één gezamenlijke inschrijfprijs) en wijze van uitvoering (gezamenlijk vastgelegde verdeling van werkzaamheden). Deze mededingingsbeperkingen zijn inherent aan de gezamenlijke inschrijving en uitvoering van een werk en daarom onmisbaar.

Verdergaande beperkingen, zoals de verplichting tot exclusieve afname van één toeleverancier of het overeenkomen van exclusieve samenwerkingsverbanden na voltooiing van het werk, kunnen niet als onmisbaar worden beschouwd.

#### d. Geen uitschakeling van de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken goederen of diensten

Het aangaan van combinaties die niet strikt noodzakelijk zijn om naar een opdracht te kunnen meedingen kan op zichzelf leiden tot een vermindering van het aantal mogelijke inschrijvers. Indien combinatievorming zou leiden tot situaties waarbij de mededinging tussen onderne-

mingen bij de verwerving van een bepaalde opdracht in belangrijke mate wordt uitgeschakeld zullen de voordelen ervan niet opwegen tegen de negatieve effecten voor de mededinging. De vrijstelling heeft dan ook alleen betrekking op overeenkomsten waarin geen andere mededingingsbeperkingen zijn opgenomen dan die welke noodzakelijk zijn voor het gezamenlijk indienen van een inschrijfcijfer en de gezamenlijke uitvoering van een opdracht.

De vrijstelling is voorts beperkt tot aangekondigde of gedane aanbestedingen. Hiermee wordt voorkomen dat ondernemingen kiezen voor samenwerking zonder dat rekening kan worden gehouden met de concrete omstandigheden van de opdracht. In die gevallen kan niet worden nagegaan of samenwerking ook onmisbaar is om concrete voordelen te realiseren bij de verwerving en uitvoering van een opdracht.

Het aantal deelnemers in een combinatie dient in beginsel beperkt te zijn tot wat redelijkerwijs nodig is om concrete voordelen van samenwerking te realiseren. Hiermee wordt gewaarborgd dat zoveel mogelijk restconcurrentie blijft bestaan en wordt voorkomen dat onnodig veel ondernemingen zich in een combinatie verenigen.

Voorts dient in dit verband te worden vermeden dat combinatievorming kan worden gebruikt om het verbod van artikel 6 van de wet te omzeilen. Met name in de bouwsector werden vaak aanbestedingsregelingen vastgesteld, die de concurrentie tussen aannemers in het kader van aanbestedingen in vergaande mate beperkten. Met name uit de beschikking van de Commissie in de UPR/SPO zaak is gebleken dat dergelijke regelingen in strijd zijn met artikel 85, eerste lid, van het EG-Verdrag en niet voor een ontheffing in aanmerking komen (Beschikking van de Commissie van 5 februari 1992, PbEG L 92/1 en Beschikking van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 25 maart 1996, PbEG C-135/95). Het is niet ondenkbeeldig dat tengevolge van deze beschikkingen combinatievorming als alternatief middel zou worden ingezet om de concurrentie bij aanbestedingen te beperken. De vrijstelling is zodanig geformuleerd dat oneigenlijke vormen van samenwerking zoveel mogelijk worden tegen gegaan.

## **II. Artikelen**

### *Artikelen 1 en 2*

Alhoewel combinatievorming met name voorkomt in de bouwsector is de vrijstelling niet beperkt tot bepaalde economische sectoren. De voordelen van combinatieovereenkomsten zijn immers niet beperkt tot specifieke sectoren. Ook worden daarmee afbakeningsproblemen voorkomen. De vrijstelling geldt om die reden voor de levering van goederen en het verrichten van diensten in algemene zin. Vereist wordt dat de overeenkomst schriftelijk wordt vastgelegd. Dit vereiste is opgenomen om te zorgen dat de verplichtingen van de deelnemende bedrijven op een duidelijke manier worden vastgelegd, zodat de handhaving van de wet op dit punt wordt vergemakkelijkt. Overigens worden in de praktijk nagenoeg alle combinatieovereenkomsten schriftelijk vastgelegd.

De vrijstelling is beperkt tot overeenkomsten tussen ondernemingen. Besluiten van ondernemersverenigingen kunnen in dit geval niet worden vrijgesteld. De combinatieovereenkomst moet het karakter hebben van een concreet samenwerkingsverband voor de uitvoering van een bepaalde opdracht. Dat impliceert dat de direct betrokken ondernemingen zelf de overeenkomst moeten sluiten.

### *Artikel 3*

In dit artikel is vastgelegd dat combinatievorming alleen toelaatbaar wordt geacht, indien het aantal aan een combinatie deelnemende ondernemingen in een redelijke verhouding staat tot de aard en de omvang van de opdracht waarop de combinatievorming betrekking heeft. Daarbij speelt een doorslaggevende rol de soort werkzaamheden die elke betrokken onderneming zal verrichten en de omvang van die werkzaamheden in relatie tot ieders individuele productievermogen.

Vanwege de veelheid en diversiteit aan opdrachten die zich in de praktijk voordoen, is het onmogelijk op voorhand scherpe scheidslijnen aan te brengen, bij voorbeeld door het stellen van een maximum aan het aantal deelnemers. Of sprake is van de hier bedoelde onevenwichtigheid, zal, indien daartoe indicaties bestaan, van geval tot geval dienen te worden onderzocht en beoordeeld. Enkele, vrij expliciete, voorbeelden kunnen als illustratie dienen. Zou een opdracht, of een bepaald gedeelte daarvan, vanwege technische specificaties, slechts door tien daartoe gespecialiseerde ondernemingen in Nederland kunnen worden uitgevoerd, dan is deelname aan een combinatie door acht van die gespecialiseerde ondernemingen op een mogelijk aantal van tien, in beginsel onevenredig groot te noemen. Er is ook sprake van een onevenredig groot aantal deelnemers, gezien hun betekenis en capaciteit, indien op een opdracht met een waarde van circa f 1 miljoen wordt ingeschreven door een combinatie waarin de, naar omzet, personeelsbestand of anderszins gemeten, vijf grootste ondernemingen op de desbetreffende markt deelnemen, terwijl die ondernemingen normaal gesproken alleen opdrachten uitvoeren die tientallen malen groter in omvang zijn.

### *Artikel 4*

Dit besluit treedt tegelijkertijd met de Mededingingswet in werking. Bepaald is dat de vrijstelling 10 jaar na dit tijdstip vervalt. Dat wil niet zeggen dat vrijstelling van het verbod van artikel 6 van de wet voor combinatieovereenkomsten niet ook na dat tijdstip wenselijk zou kunnen zijn. De bepaling dwingt er evenwel toe in ieder geval aan het einde van een periode van 10 jaar te bezien of de situatie van de markt de vrijstelling nog rechtvaardigt. Uiteraard blijft ook eerdere wijziging of intrekking van het besluit mogelijk, indien de ervaringen in de praktijk daartoe aanleiding geven.

De Minister van Economische Zaken,  
G. J. Wijers