



Combinatievorming en mededingingsrecht: de spruitjes zijn gaar

E.H. Pijnacker Hordijk

Tijdens het feestje voor het tienjarig bestaan van de NMa liet Minister Van der Hoeven in haar toespraak weten dat Economische Zaken het beleid in mededingingsaangelegenheden naar zich wil toetrekken en dat de taak van de NMa een louter uitvoerende zou moeten zijn. Vanuit constitutioneel oogpunt valt daar veel voor te zeggen, maar de vraag is natuurlijk altijd hoe een en ander in de praktijk uitwerkt. Een risico bij bestuurlijke verzelfstandigingen is dat de kennis en kunde te zeer geconcentreerd raken bij het bestuursorgaan-op-afstand. Dat risico dreigt ook in de relatie tussen het Ministerie en de NMa.

Inmiddels is de eerste proeve van de beleidsvormende rol van het Ministerie verschenen (en zelfs al weer ingetrokken) in de vorm van concept-beleidsregels voor de mededingingsrechtelijke beoordeling van combinatievorming bij aanbestedingen. Deze beleidsregels strekken ter vervanging van de huidige (nationale) groepsvrijstelling voor combinatieovereenkomsten, die per 1 januari 2009 afloopt. Die groepsvrijstelling was op haar beurt één-op-één te herleiden tot generieke onverbindendverklaringen onder de oude Wet economische mededinging (de 'Wem'). Onder die oude regelgeving was de vrijstelling voor combinatievorming een onmisbare uitzondering op het in de opeenvolgende generieke onverbindendverklaringen vervatte categorische verbod op afspraken over deelneming aan aanbestedingen. Om rechtszekerheidsredenen heeft men bij de invoering van de Mw deze uitzondering voorlopig laten voortbestaan in de gedaante van een groepsvrijstelling. Die stap kan uitsluitend worden verklaard door de voorgeschiedenis, en niet door een soort inherente noodzaak van specifieke regelgeving voor combinatievorming: noch de Europese Gemeenschap zelf noch enige lidstaat met een op de artikelen 81 en 82 EG geba-

seerde nationale mededingingswetgeving kent een groepsvrijstelling voor combinatieovereenkomsten. Daar heeft ook nooit behoefte aan bestaan, omdat combinatievorming veelal mededingingsrechtelijk helemaal niet problematisch is.

Exemplarisch is dat ooit één keer een inschrijvingsconsortium zich tot de mededingingsautoriteit van EER (European Surveillance Authority of ESA genaamd) richtte met de vraag of de oprichting van een combinatie met het oog op deelname aan de aanbesteding van de Öresund tunnel-brug tussen Denemarken en Zweden op mededingingsrechtelijke bezwaren zou stuiten, en werd ontvangen met de vraag wat in vredesnaam het mededingingsprobleem zou kunnen zijn. Tekenend is ook dat de NMa (en voordien EZ onder de voorafgaande onverbindendverklaringen) nog nooit tegen een individueel geval van combinatievorming is opgetreden. De stelling dat de ambivalente tekst van de groepsvrijstelling dat bemoeilijkt, is op zijn best een halve waarheid. De realiteit is dat combinaties zelden vanuit mededingingsoogpunt problematisch zijn.

De concept-beleidsregels geven aanleiding tot grote bezorgdheid. Ze hebben een ongepaste structuur: ze hebben de structuur van een groepsvrijstelling (met toelichting) als bedoeld in art. 15 Mw, die door de open-ended bewoordingen toch niet de rechtszekerheid van een groepsvrijstelling geeft en bovendien (wat helemaal niet kán) in niet open-ended bewoordingen, aangeeft onder welke voorwaarden het verbod van art. 6 lid 1 Mw van toepassing zou zijn. Wat nog ernstiger is, is dat de concept-beleidsregels blijk geven van een fundamenteel verkeerd begrip van de basisregels van de huidige, op Europese leest geschoeide, mededingingswetgeving. Cruciaal is art. 3 van de concept-beleidsregels: *'een combinatieovereenkomst valt onder het verbod van artikel*

6, eerste lid, van de wet, indien de betrokken ondernemingen met elkaar in concurrentie staan en ten minste één van die ondernemingen zelfstandig in staat is op de desbetreffende opdracht in te schrijven en die uit te voeren.' Deze bepaling is onbegrijpelijk. Ten eerste bevat zij de veronderstelling dat al van een mededingingsbeperking sprake zou zijn indien slechts één van de deelnemers aan de combinatie in staat zou zijn de opdracht zelfstandig uit te voeren (en de combinanten bijgevolg eigenlijk in het geheel geen concurrenten voor de betreffende opdracht zijn). Daarnaast miskent deze bepaling dat niet bij beleidsregel bindend kan worden verordonneerd onder welke voorwaarden een wettelijk verbod van toepassing is. De belangrijkste tekortkoming is dat deze bepaling miskent dat bij de mededingingsrechtelijke beoordeling van een concreet geval van combinatievorming telkens de totale feitelijke en economische context in aanmerking moet worden genomen. En daarbij dient telkens te worden beoordeeld of de combinatievorming in kwestie de strekking heeft de mededinging te beperken en, zo niet, of deze dan alsnog tot effect zou kunnen hebben dat de mededinging wordt beperkt. Over dit onderscheid tussen strekkings- en effectbeperkingen is in de concept-beleidsregels niets terug te vinden. Gevolg: indien de NMa ooit een verbodsbesluit zou baseren op deze concept-beleidsregels onder verwijzing naar art. 3, dan is welhaast zeker dat dit in beroep vernietigd wordt. Zoals de NMa zelf oordeelde in haar besluit in de klachtzaak Connexion/Arriva (zaak 2143), die betrekking had op een onderaannemingsconstructie die qua economische effecten niet goed te onderscheiden was van een inschrijvingscombinatie, is het doel van het gezamenlijk inschrijven op opdrachten doorgaans het vergroten van de kans dat de opdracht aan de samenwerkende inschrijvers gegund wordt. Dat is in de regel, zoals de NMa zelf ook onderkende, helemaal geen mededingingsbeperkend doel. Mits er voldoende restconcurrentie is (waardoor het wegvallen van de onderlinge concurrentiedruk tussen de combinanten wordt gecompenseerd), is het doel én het effect van combinatievorming in de regel juist dat de mededinging wordt bevorderd. Alleen indien kan worden aangetoond dat door het wegvallen van de onderlinge concurrentiedruk tussen de deelnemers aan een combinatie een lagere (winnende) prijs resp. een economisch voordeliger (winnende) inschrijving uit de bus zou zijn gerold, is ruimte voor de gedachte dat de combinatievorming een mededingingsbeperkend effect heeft gehad. Dat combinatievorming tussen twee concurrenten tot gevolg kan hebben dat derde concurrenten hoger inschrijven (met andere woorden: dat de concurrentiedruk op deze derden wordt verminderd) zal in de praktijk nog moeilijker aantoonbaar zijn. Maar nogmaals: alles hangt af van de concrete feitelijke en economische context. Indien drie van de vier aanbieders die in staat zijn een bepaalde opdracht zelfstandig uit te voeren met het oog op die opdracht een combinatie vormen, dan zal al snel aannemelijk zijn dat die combinatievorming de strekking heeft de onderlinge concurrentiedruk te beperken. Wanneer echter met het oog op de aanbesteding van een complex werk drie, vier of vijf sterke combinaties worden gevormd, is een

mededingingsbeperkend doel niet aan de orde en is daarnaast welhaast uitgesloten dat die combinatievorming een mededingingsbeperkend effect zal kunnen sorteren.

De concept-beleidsregels miskennen dat het in beginsel niet aan combinatievormende partijen is om te bewijzen dat de mededinging niet wordt beperkt, maar dat het in beginsel aan de NMa (resp. de opdrachtgever of een concurrerende inschrijver) is om aan te tonen dat de mededinging wel wordt beperkt. De concept-beleidsregels miskennen ook dat combinaties slechts bij hoge uitzondering mededingingsrechtelijk een probleem vormen. Die miskening is – naast de wegebende naweeën van het politiek-bestuurlijke trauma van de bouwfraude waardoor iedere vorm van samenwerking bij aanbestedingen in een verkeerd daglicht kwam te staan – stellig terug te voeren op de voorgeschiedenis van de thans nog geldende groepsvrijstelling, dat wil zeggen een wettelijk kader dat een categorisch verbod van bepaalde vormen van samenwerking kende (ongeacht de feitelijke en economische context) en zich daarmee wezenlijk onderscheidde van het huidige op art. 81 EG gebaseerde stelsel. Nog altijd is niet voldoende ingedaald dat sedert de doorvoering van de 'economisering' van het mededingingsrecht het toepassingsbereik van het kartelverbod van art. 81 lid 1 EG (resp. art. 6 lid 1 Mw) vergaand is ingeperkt waar het andere dan klassieke hardcore beperkingen betreft. Om die reden is ook de vergaande nadruk van de concept-beleidsregels op de nadere invulling van de toepassingscriteria van art. 6 lid 3 Mw misplaatst. De uitzondering van art. 6 lid 3 Mw zal in de context van combinatievorming slechts bij hoge uitzondering aan bod komen.

Naar verluidt zijn de concept-beleidsregels alweer ingetrokken. De definitieve versie zal anders luiden, maar de bedoeling zou zijn deze zonder nadere voorafgaande consultatie vast te stellen. Dat lijkt niet verstandig. Men kan zich afvragen of beleidsregels echt nodig zijn. Weliswaar vraagt het bedrijfsleven om rechtszekerheid, maar dat is met name ingegeven door de onjuiste beeldvorming die in de nasleep van de bouwfraude-affaire rond combinatievorming is ontstaan. Beleidsregels zullen niet de door het bedrijfsleven gewenste zekerheid kunnen geven. Wel kunnen ze een uitgewerkt en genuanceerd economisch analytisch kader verschaffen voor de beoordeling van ad hoc samenwerkingsverbanden in biedmarkten. Dat is een hele uitdaging, maar medegelet op de voorgeschiedenis niet echt een alternatief.

Aan het Europese front volgt de mededingingswereld met spanning de wijze waarop Commissaris Kroes en de haren toepassing geven aan de staatssteunregels. De geloofwaardigheid van het Europese staatssteunbeleid staat op het spel. Voor nu en voor de verre toekomst. Vooralnog is de Commissaris in staat gebleken oplossingen te vinden die het wettelijke kader van het Verdrag geen geweld aandoen. Het is te hopen dat ze weerstand kan blijven bieden aan regeringsleiders die de staatssteunregels het liefst aan hun laars zouden lappen.

Tot zover deze inleidende beschouwingen. Over tot de orde van deze aflevering van *M&M*. Allereerst op de val-

reep van 2009 de kroniek concentratiecontrole over het jaar 2007. Kreijger, Lorjé en Schepens hebben op overzichtelijke en beknopte wijze de belangrijkste ontwikkelingen in kaart gebracht. Opvallend is het aantal zaken in de sector van de gezondheidszorg. Door de aanpassing van de meldingsdrempels in de loop van 2008 en de teruglopende economie die zorgt voor een terugloop van het aantal concentraties in de 'gewone' economie, zal deze nadruk in de praktijk van de NMa naar verwachting alleen maar toenemen. Interessant is vervolgens het artikel van Stil en Doing-Bierens over de beoordeling van marge-utholling (*margin squeeze*) onder het Europese/Nederlandse en het Amerikaanse mededingingsrecht; het artikel bewijst dat de aandacht voor het onderwerp geheel terecht is. Algera beschrijft in een eveneens belangwekkende bijdrage het nieuwste - uitgekledde - 'markt & overheid'-wetsontwerp.¹ Tot slot is er een annotatie van Hardy en Heslen over het arrest in hogere voorziening van het Hof van Justitie in de beroepszaak van Impala in de BMG/Sony-fusiezaak. Het Hof haalde een streep door het vernietigende arrest in eerste aanleg van het Gerecht en de auteurs lichten het 'waarom' hiervan op heldere wijze toe. De redactie wenst u veel leesplezier en een genoeglijke jaarwisseling.

1 Bij het ter perse gaan van het vorige nummer bleek dat het in *M&M* 5 gepubliceerde artikel van Algera de op-een-na-laatste versie betrof. De definitieve versie, die nog enkele kleinere wijzigingen bevat, wordt niet in deze gedrukte aflevering opgenomen, maar is gepubliceerd op de website van *M&M*, www.bju-tijdschriften.nl