RETTENS DOM (Første Afdeling)
21. februar 1995 *

I sag T-29/92,

Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid, Amersfoort (Nederlandene),

Amsterdamse Aannemers Vereniging, Amsterdam (Nederlandene),

Algemene Aannemersvereniging voor Waterbouwkundige Werken, Utrecht (Nederlandene),

Aannemersvereniging voor Boorondernemers en Buizenleggers, Soest (Nederlandene),

Aannemersvereniging Velsen, Beverwijk en Omstreken, Velsen (Nederlandene),

Aannemers Vereniging Haarlem-Bollenstreek, Heemstede (Nederlandene),

Aannemersvereniging Veluwe en Zuidelijke IJsselmeerpolders, Apeldoorn (Nederlandene),

* Processprog: nederlandsk.

Combinatie van Aannemers in het Noorden, Leeuwarden (Nederlandene),

Vereniging Centrale Prijsregeling Kabelwerken, Leeuwarden,

Delftse Aannemers Vereniging, Rotterdam (Nederlandene),

Economisch Nationaal Verbond van Aannemers van Sloopwerken, Utrecht,

Aannemersvereniging »Gouda en Omstreken«, Rotterdam,

Gelderse Aannemers Vereniging inzake Aanbestedingen, Arnhem (Nederlandene),

Gooise Aannemers Vereniging, Huizen (Nederlandene),

's-Gravenhaagse Aannemers Vereniging, Haag (Nederlandene),

Leidse Aannemersvereniging, Leiden (Nederlandene),

Vereniging Markeer Aannemers Combinatie, Tilburg (Nederlandene),

Nederlandse Aannemers-en Patroonsbond voor de Bouwbedrijven, Dordrecht (Nederlandene),

Noordhollandse Aannemers Vereniging voor Waterboukundige Werken, Amsterdam,

Oostnederlandse-Vereniging-Aanbestedings-Regeling, Delden (Nederlandene),

Provinciale Vereniging van Bouwbedrijven in Groningen en Drenthe, Groningen (Nederlandene),

Rotterdamse Aannemersvereniging, Rotterdam,

Aannemersvereniging »de Rijnstreek«, Rotterdam,

Stichting Aanbestedingsregeling van de Samenwerkende Bouwbedrijven in Friesland, Leeuwarden,

Samenwerkende Prijsregelende Vereniging Nijmegen en Omstreken, Nijmegen (Nederlandene),

Samenwerkende Patroons Verenigingen in de Bouwbedrijven Noord-Holland-Noord, Alkmaar (Nederlandene),

Utrechtse Aannemers Vereniging, Utrecht,

Vereniging Wegenbouw Aannemers Combinatie Nederland, Zeist (Nederlandene),

Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging, Heeze (Nederlandene),

ved advokat Louis H. van Lennep, Haag, og advokat Erik H. Pijnacker Hordijk, Amsterdam, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat Luc Frieden, 6, avenue Guillaume,

sagsøgere,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved Berend J. Drijber, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtiget, bistået af advokat Paul Glazener, Rotterdam, og med valgt adresse i Luxembourg hos Georgios Kremlis, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Wagner-Centret, Kirchberg,

sagsøgt,

hvori der er nedlagt påstand om, at det fastslås, at Kommissionens beslutning 92/204/EØF af 5. februar 1992 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/31.572 og IV/32.571 — Bygge- og anlægsbranchen i Nederlandene, EFT L 92, s. 1) er en nullitet, subsidiært, at beslutningen annulleres,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Første Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, R. Schintgen, og dommerne H. Kirschner, B. Vesterdorf, K. Lenaerts og C.W. Bellamy,

justitssekretær: H. Jung,

efter den skriftlige forhandling og efter mundtlig forhandling den 11. juli 1994,

afsagt følgende

Dom

Faktiske omstændigheder

1 Fra 1952 blev der inden for den nederlandske bygge- og anlægsbranche oprettet en række entreprenørsammenslutninger, som var organiseret efter sektorer eller på regional basis. Sammenslutningerne udfærdigede forskrifter for deres medlemmer om regulering af konkurrencen.

2 I 1963 stiftede disse sammenslutninger Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (herefter benævnt »SPO«), hvis formål ifølge artikel 3 i foreningens vedtægter er »at arbejde for en velordnet konkurrence,

at forhindre og bekæmpe utilbørlig adfærd ved tilbudsgivning og at fremme en sund prisdannelse«. Med henblik herpå har SPO udfærdiget de såkaldte »institutionaliserede pris- og konkurrenceregulerende reglementer«, ligesom SPO har beføjelse til, såfremt virksomheder, der er tilsluttet SPO's medlemsorganisationer, tilsidesætter deres forpligtelser i henhold til disse reglementer, at iværksætte sanktioner over for dem. Håndhævelsen af reglementerne varetages af otte kontorer, som står under tilsyn af SPO. Antallet af medlemsorganisationer i SPO er for tiden 28, og disse organisationer omfatter i alt mere end 4 000 bygge- og anlægsvirksomheder i Nederlandene.

3 I 1969 tilsluttede flertallet af de sammenslutninger, som er organiseret efter sektorer eller på regional basis, sig SPO.

4 Mellem 1973 og 1979 indførte de forskellige sammenslutninger ensartede regler under SPO's tilsyn (herefter benævnt »de gamle reglementer«).

5 Den 3. juni 1980 vedtog SPO's generalforsamling en række etiske regler for entreprenører i bygge- og anlægsbranchen (Erecode voor ondernemers in het Bouwbedrijf, herefter benævnt »de etiske regler«), som blev gjort bindende for samtlige virksomheder, der er tilsluttet SPO's medlemsorganisationer. Ved de etiske regler blev der indført en ensartet ordning for pålæggelse af sanktioner ved tilsidesættelse af de reglementer, som blev harmoniseret mellem 1973 og 1979, og fastsat en række materielle regler, som er nødvendige for anvendelsen af disse reglementer. De etiske regler trådte i kraft den 1. oktober 1980.

6 Den 16. august 1985 anmodede Kommissionen SPO om en række oplysninger i henhold til artikel 11 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81; herefter benævnt »forordning nr. 17«), for at skaffe information om udenlandske virksomheders deltagelse i SPO.

7 Ved ministeriel bekendtgørelse af 2. juni 1986 vedtog de nederlandske myndigheder et ensartet reglement om licitationer (Uniform Aanbestedingsreglement, herefter benævnt »UAR«), som indeholder regler for indgåelse af offentlige kontrakter, og som trådte i kraft den 1. november 1986.

8 Den 9. oktober 1986 vedtog SPO's generalforsamling to reglementer om ensartet prisregulering (Uniforme Prijsregelende Reglementen; herefter benævnt »UPR«). Formålet med disse reglementer er at fastlægge den fremgangsmåde, som skal følges i tilfælde af konkurrence mellem flere entreprenører, som deltager i licitationer vedrørende bygge- og anlægsarbejder. Det første UPR vedrører opfordringer til afgivelse af tilbud ved begrænset licitation (herefter benævnt »UPRO«), mens det andet UPR vedrører opfordringer til afgivelse af tilbud ved offentlig licitation (herefter benævnt »UPROP«). De to reglementer, som har samme opbygning, indeholder meget præcise og detaljerede bestemmelser, dels om de forpligtelser, som påhviler de virksomheder, der er tilsluttet SPO, dels om den måde, UPR-ordningen virker på. Disse UPR er igen suppleret med fire reglementer og tre bilag. Samtlige de nævnte reglementer trådte i kraft den 1. april 1987.

9 Ved kongelig anordning af 29. december 1986 erklærede den nederlandske regering de nævnte reglementer for retligt uforbindende, bortset fra de af dem, som opfylder nærmere angivne betingelser. Denne kongelige anordning trådte i kraft den 1. april 1987. UPR opfyldte betingelserne i den kongelige anordning.

10 Den 15. juni 1987 foretog Kommissionen nogle kontrolundersøgelser hos SPO i medfør af artikel 14 i forordning nr. 17. I juli og november samme år foretog Kommissionen tilsvarende kontrolundersøgelser hos Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging (herefter benævnt »ZNAV«). Formålet med disse kontrolundersøgelser var at søge opklaret, om SPO's reglementer kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne.

11 Den 13. januar 1988 anmeldte SPO såvel UPR som de etiske regler til Kommissionen, primært for at opnå en negativattest og i anden række for at opnå fritagelse i henhold til EØF-traktatens artikel 85, stk. 3 (EØF-traktaten benævnes herefter »traktaten«).

12 Den 23. juni 1988 blev UPR ændret. Denne ændring trådte i kraft med virkning fra den 1. juli 1988.

13 Den 13. juli 1989 supplerede SPO sin anmeldelse af 13. januar 1988.

14 Den 26. juli 1989 indgav Rotterdam kommune (Nederlandene) en klage til Kommissionen over visse afsnit i reglementerne.

15 Den 7. november 1989 besluttede Kommissionen at iværksætte en procedure over for SPO og tilsendte den 5. december 1989 organisationen en meddelelse af klagepunkter.

16 Den 5. april 1990 besvarede SPO meddelelsen af klagepunkter.

17 Den 12. juni 1990 fandt en høring sted med hjemmel i artikel 19 i forordning nr. 17.

18 Den 15. marts 1991 indledte SPO drøftelser med Kommissionen med henblik på at få undersøgt spørgsmålet, om de anmeldte reglementer kunne fritages, såfremt de blev ændret. Der fandt i den anledning en brevveksling sted mellem SPO og Kommissionen i perioden fra den 12. april 1991 til den 15. januar 1992.

19 Den 5. februar 1992 vedtog Kommissionen den anfægtede beslutning.

20 Den 12. februar 1992 tilsendte Kommissionen sagsøgerne en beslutning, som var dateret den 5. februar 1992 og forsynet med ref. nr. C(92) 66 endelig udg. Den blev forkyndt den 17. februar 1992. Beslutningen manglede imidlertid en passage, og adresserne på nogle af de sammenslutninger af virksomheder, som var nævnt i beslutningens konklusion, var forkert angivet.

21 Den 26. februar 1992 tilsendte Kommissionen sagsøgerne en beslutning, som var dateret den 5. februar 1992 og forsynet med ref. nr. C(92) 66 endelig udg., rev. (denne beslutning nåede frem til SPO den 2.3.1992). Nævnte version af beslutningen indeholdt den passage, som manglede i den version, der blev forkyndt den 17. februar 1992, og som altså var blevet tilføjet. Også fejlene i adresserne på de pågældende sammenslutninger af virksomheder var berigtiget.

22 I beslutningens artikel 1 fastslår Kommissionen, at følgende bestemmelser udgør en overtrædelse af traktatens artikel 85, stk. 1: SPO's vedtægter af 10. december 1963, med senere ændringer, de to UPR af 9. oktober 1986, med tilhørende reglementer og bilag, de tilsvarende, gamle UPR, som disse har afløst, samt de etiske regler, bortset fra disses artikel 10.

23 Ved beslutningens artikel 2 afslår Kommissionen den anmodning om fritagelse i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, af UPR af 9. oktober 1986 og af de etiske regler, som blev indgivet den 13. januar 1988.

24 Ved beslutningens artikel 3, stk. 1 og 2, pålægger Kommissionen SPO og dennes medlemsorganisationer omgående at bringe de konstaterede overtrædelser til ophør og at give de virksomheder, som er berørt deraf, skriftlig meddelelse dels om beslutningens indhold, dels om, at overtrædelserne er bragt til ophør, med angivelse af de deraf følgende konsekvenser i praksis, herunder at hver enkelt virksomhed til enhver tid kan undlade at følge disse reglementer. Endelig pålægges det SPO og dennes medlemsorganisationer senest to måneder efter meddelelsen om beslutningen at underrette Kommissionen om de oplysninger, som den har fremsendt til virksomhederne i henhold til beslutningens artikel 3, stk. 2.

25 Ved beslutningens artikel 4 pålægger Kommissionen de 28 berørte foreninger bøder på i alt 22 498 000 ECU.

Retsforhandlinger

26 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 13. april 1992 har SPO samt 28 af dennes medlemsorganisationer i medfør af traktatens artikel 173, stk. 2, anlagt sag med påstand om, at det fastslås, at Kommissionens beslutning 92/204/EØF af 5. februar 1992 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/31.572 og IV/32.571 — Bygge- og anlægsbranchen i Nederlandene, EFT L 92, s. 1) er en nullitet, subsidiært, at den annulleres.

27 Ved særskilt processkrift registreret på Rettens Justitskontor samme dag har sagsøgerne endvidere i medfør af traktatens artikel 185 og 186 og artikel 105, stk. 2, i Rettens procesreglement indgivet begæring om anordning af foreløbige forholdsregler med henblik på, at fuldbyrdelsen af den anfægtede beslutning udsættes.

28 Parterne har afgivet mundtlige indlæg i retsmødet den 18. juni 1992.

29 Den 16. juli 1992 har Rettens præsident afsagt en kendelse, hvis konklusion lyder således:

»1) Gennemførelsen af artikel 3 i Kommissionens beslutning om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/31.572 og IV/32.571 — Bygge- og anlægsbranchen i Nederlandene) udsættes i det omfang, den omhandler de dele af de omtvistede reglementer, der er uafhængige af en bestående samordning

eller en bestående ordning med informationsudveksling mellem entreprenører, af reglerne om tildeling af forrang og om overvæltning på licitationsudbyderne af vederlaget for udregningsomkostninger og organisationsbidrag.

2) Sagsøgerne giver senest den 1. oktober 1992 Kommissionen og Retten meddelelse om de forholdsregler, de har truffet, for at ordningen opfylder de i nærværende kendelse fastsatte krav.

3) I øvrigt tages begæringen om udsættelse af gennemførelsen ikke til følge.

4) Afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.«

30 Ved skrivelse indgået til Rettens Justitskontor den 14. august 1992 har sagsøgerne tilsendt Rettens præsident de foreløbige anvisninger, som den første sagsøger har rettet til de øvrige sagsøgere i medfør af kendelsen fra Rettens præsident af 16. juli 1992, og som gjaldt fra den 20. juli 1992.

31 Den 27. august 1992 har det nederlandske selskab Dennendael BV i medfør af artikel 37 i EØF-statutten for Domstolen indgivet en begæring om at intervenere til støtte for sagsøgtes påstande.

32 Ved kendelse af 12. januar 1993 har Retten givet tilladelse til denne intervention til støtte for sagsøgtes påstande.

33 Den 21. januar 1993 har intervenienten indgivet sit indlæg.

34 Ved skrivelse af 17. november 1993 har det intervenerende selskab meddelt Retten, at det frafalder sin intervention, hvilket Retten har til taget efterretning ved kendelse af 4. maj 1994.

35 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Første Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisoptagelse. Retten har dog opfordret parterne til at besvare visse spørgsmål skriftligt inden den mundtlige forhandling.

36 På foranledning af Domstolens dom af 15. juni 1994 i sag C-137/92 P (Kommissionen mod BASF m.fl., Sml. I, s. 2555) har Retten ved kendelse af 27. juni 1994 tilpligtet Kommissionen at »fremlægge den beslutning, som Kommissionen vedtog på sit møde den 5. februar 1992 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/31.572 og IV/32.571 — Bygge- og anlægsbranchen i Nederlandene), således som den i overensstemmelse med artikel 12, stk. 1, i Kommissionens dagældende forretningsorden ved denne lejlighed var blevet underskrevet på originalsproget af formanden og generalsekretæren«. Fristen for fremlæggelse af denne beslutning for Retten var fastsat til »senest den 6. juli 1994«.

37 På foranledning af denne kendelse fremlagde Kommissionen ved skrivelse af 4. juli 1994 et eksemplar af Kommissionens beslutning af 5. februar 1992, som var forsynet med ref. nr. C(92) 66 endelig udg., rev., og var underskrevet af Kommissionens formand og generalsekretær. Oven over underskrifterne var det angivet i beslutningen, at »Kommissionen har vedtaget denne beslutning under sit 1 092. møde i Bruxelles den 5. februar 1992. Beslutningen indeholder 92 sider + bilag«. Ved samme lejlighed fremlagde Kommissionen en række andre dokumenter.

38 Det første af disse dokumenter er en skrivelse, som en af sagsøgernes advokater den 19. februar 1992 tilsendte den ansvarlige tjenestemand ved Generaldirektoratet for Konkurrence (GD IV) for at meddele ham, at der i den beslutning, han havde modtaget, manglede en passage mellem side 86 og side 87. I skrivelsen anmodede

advokaten tjenestemanden om at foretage de fornødne undersøgelser og træffe de nødvendige forholdsregler til en berigtigelse af fejlene.

39 Det andet dokument er et telefax, ligeledes dateret den 19. februar 1992, som den pågældende tjenestemand tilsendte en anden tjenestemand ved Kommissionens Generalsekretariat for at bede denne om at undersøge, »om den version af Kommissionens beslutning, som blev meddelt adressaterne, svarer fuldstændigt til udkastet, og om nødvendigt sørge for, at beslutningens adressater får meddelt beslutningens fulde ordlyd«.

40 Det tredje dokument er en skrivelse af 21. februar 1992 fra en af sagsøgernes advokater til den ansvarlige tjenestemand ved GD IV, hvori advokaten anmodede Kommissionen om udelukkende at tilstille SPO eksemplarer af den berigtigede version af beslutningen, da adresseangivelserne for visse af SPO's medlemsorganisationer var forkerte.

41 Det fjerde dokument er en skrivelse, ligeledes af 21. februar 1992, fra den ansvarlige tjenestemand ved GD IV til sagsøgernes advokater, hvori tjenestemanden meddelte, at Generalsekretariatet på foranledning af en telefonsamtale med en af advokaterne overvejede forskellige muligheder for på ny at forkynde beslutningen til alle de foreninger, som den var rettet til (i så fald på disses rigtige adresser).

42 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret Rettens spørgsmål i retsmødet den 11. juli 1994. Under retsmødet blev der på sagsøgernes begæring vist en film vedrørende de i sagen omhandlede reglementer, ligesom sagsøgernes sagkyndige afgav en erklæring.

Parternes påstande

43 Sagsøgerne har nedlagt følgende påstande:

»1) Principalt fastslås det, at den af Kommissionen udstedte retsakt, som benævnes 'Kommissionens beslutning af 5. februar 1992 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/31.572 og IV/32.571 — Bygge- og anlægsbranchen i Nederlandene)' er en nullitet.

2) Subsidiært annulleres Kommissionens beslutning af 5. februar 1992 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/31.572 og IV/32.571 — Bygge- og anlægsbranchen i Nederlandene).

3) Der anordnes de øvrige foranstaltninger, som Retten finder nødvendige.

4) Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger, herunder omkostningerne i forbindelse med begæringen om foreløbige forholdsregler i henhold til traktatens artikel 185 og 186.«

Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

»1) Frifindelse.

2) Sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger, herunder omkostningerne i sagen om foreløbige forholdsregler.«

Parternes anbringender og argumenter

44 Sagsøgerne har nedlagt to påstande under sagen, for det første en principal påstand om, at det fastslås, at den anfægtede beslutning er en nullitet, eller i det mindste at den kendes ugyldig under hensyntagen til, at den er truffet i strid med væsentlige formforskrifter. Den anden og subsidiære påstand er, at beslutningen annulleres.

Den principale påstand

Parternes argumenter

45 Sagsøgerne har principalt gjort gældende, at den anfægtede beslutning er en nullitet ifølge Rettens praksis (dom af 27.2.1992, forenede sager T-79/89, T-84/89 — T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 og T-104/89, BASF m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 315), da den dels er truffet i strid med princippet om, at der ikke må ændres i en retsakt, dels er udstedt af en inkompetent myndighed — idet der blev tilføjet en side i retsakten, som ikke var godkendt af Kommissionen som kollegial enhed — og da den endelig er i strid med Fællesskabets sprogordning, idet den ikke blev vedtaget af Kommissionen som kollegial enhed på det eneste sprog, som er retsgyldigt. Der manglede nemlig en passage i den beslutning nr. C(92) 66 endelig udg. af 5. februar 1992, som blev afsendt til sagsøgerne den 12. februar 1992 og meddelt dem den 17. februar 1992, og adresserne på nogle af de forskellige sammenslutninger af virksomheder, som var nævnt i beslutningens konklusion, var forkert angivet.

46 Sagsøgerne anfører, at Kommissionen den 26. februar 1992 tilsendte sagsøgerne en beslutning, som var dateret den 5. februar 1992, og som var forsynet med ref. nr. C(92) 66 endelig udg., rev. (beslutningen nåede frem til SPO den 2.3.1992). Denne version af beslutningen indeholdt den passage, som manglede i den version, der var blevet meddelt den 17. februar 1992, og som altså var blevet tilføjet. Også fejlene i adresserne på visse sammenslutninger af virksomheder var blevet berigtiget.

47 Videre anfører sagsøgerne, at det dokument, som var forsynet med ref. nr. C(92) 66 endelig udg., først blev afsendt til hver af sagsøgerne ved skrivelse af 12. februar 1992, som var underskrevet af Kommissionens generalsekretær, og at det først blev meddelt omkring den 17. februar. Den omstændighed, at den anfægtede beslutning endnu ikke forelå dagen efter dens vedtagelse den 5. februar 1992, bekræfter, at den version, som sagsøgerne fik meddelelse om, ikke var den samme, som den, der var blevet forelagt Kommissionen som kollegial enhed. Dette bekræftes tillige af den omstændighed, at den reviderede version blev forsynet med et nyt referencenummer (nemlig nr. C(92) 66 endelig udg., rev.). I øvrigt har Kommissionen ikke bestridt, at dokument nr. C(92) 66 endelig udg., rev. på intet tidspunkt er blevet forelagt Kommissionen som kollegial enhed.

48 Som følge af det anførte har sagsøgerne opfordret Kommissionen til at fremlægge en bekræftet afskrift af mødeprotokollen for dens møde den 5. februar 1992 og herigennem godtgøre, at den også faktisk afholdt møde for at behandle den nederlandske version af den anfægtede beslutning, samt at den vedtog denne version af beslutningen.

49 Over for det anførte har Kommissionen gjort gældende, at sagsøgerne ikke har fremført noget, der støtter deres påstand om, at der er sket en tilsidesættelse af princippet om, at der ikke må ændres i en retsakt efter dens vedtagelse. Eftersom der ikke findes nogen støtte for en sådan tilsidesættelse, må beslutningen anses for lovlig (jf. Rettens dom af 10.3.1992, sag T-10/89, Hoechst mod Kommissionen, Sml. II, s. 629, præmis 375).

50 Kommissionen anfører nærmere, at beslutningen blev tilsendt sagsøgerne anden gang, fordi der manglede en side i den version, som blev fremsendt den 12. februar 1992, og fordi beslutningen for nogle af sagsøgernes vedkommende var blevet sendt til en adresse, som ikke længere var rigtig. Den side, som manglede i beslutningen, skyldtes en teknisk fejl i Kommissionens interne system for elektronisk post, som skete efter, at beslutningen var blevet vedtaget.

51 Endelig anfører Kommissionen, at udkastet til beslutningen af 5. februar 1992 stod til rådighed for kommissærkollegiet på samtlige fællesskabssprog, herunder på nederlandsk. Udkastet blev vedtaget under mødet den 5. februar.

Rettens bemærkninger

52 Retten skal for det første bemærke, at det fremgår af Domstolens dom af 15. juni 1994 i førnævnte sag, Kommissionen mod BASF m.fl. (præmis 52), at de fejl, som sagsøgerne har foreholdt Kommissionen med hensyn til proceduren for vedtagelsen af dens beslutning, ikke er så klart grove, at beslutningen juridisk bør anses for en nullitet.

53 Følgelig må sagsøgernes principale påstand om, at det fastslås, at den anfægtede beslutning er en nullitet, forkastes.

54 Det må dog, som sagsøgerne subsidiært har anført, for det andet undersøges, om de fejl, som sagsøgerne har foreholdt Kommissionen, kan indebære, at den anfægtede beslutning må annulleres som værende dels i strid med princippet om, at der ikke må ændres i en retsakt, dels i strid med EF's sprogordning.

55 Hvad angår spørgsmålet om tilsidesættelsen af princippet om, at der ikke må ændres i en retsakt, finder Retten, at det fremgår af Domstolens dom af 15. juni 1994 i førnævnte sag, Kommissionen mod BASF m.fl. (præmis 59), at kun såfremt der under et søgsmål er fremført vægtige og overbevisende grunde til, at forbuddet mod ændring i en retsakt må anses for tilsidesat, har Retten grundlag for at påbyde, at beslutningen skal fremlægges på det eller de retsgyldige sprog og med formandens og generalsekretærens underskrifter for at kunne efterprøve, om der er fuld overensstemmelse mellem de meddelte versioner og den version, som er vedtaget af Kommissionen som kollegial enhed.

56 I den foreliggende sag fandt Retten — på grundlag af de oplysninger, den rådede over på det pågældende tidspunkt — at den omstændighed, at den version af beslutningen, som blev meddelt den 17. februar 1992, ikke svarede til den version, som blev meddelt den 26. februar 1992, ud fra en umiddelbar betragtning var et vægtigt og overbevisende grundlag for at antage, at de ændringer, som var blevet foretaget i den første version, ikke var vedtaget af Kommissionen som kollegial enhed. Dette var begrundelsen for, at Retten den 27. juni 1994 påbød den beslutning fremlagt, som Kommissionen havde vedtaget under sit møde den 5. februar 1992, således som den ved denne lejlighed var blevet underskrevet på originalsproget af formanden og generalsekretæren i overensstemmelse med artikel 12, stk. 1, i Kommissionens dagældende forretningsorden.

57 Retten må imidlertid konstatere, at det bekræftes af de dokumenter, som Kommissionen har fremlagt på foranledning af Rettens kendelse af 27. juni 1994, at forskellen mellem den først meddelte version og den anden skyldtes en teknisk fejl i Kommissionens interne system for elektronisk post, som medførte, at der forsvandt en side af beslutningen. Følgelig svarede den version, som blev meddelt den 26. februar 1992, fuldstændig til den version, som blev vedtaget af Kommissionen som kollegial enhed på mødet den 5. februar 1992. Det fremgår således, at sagsøgernes advokater i en skrivelse af 19. februar 1992 gjorde Kommissionen opmærksom på, at »der mangler en passage mellem side 86 og side 87 i SPO-beslutningen. Jeg skal bede Dem undersøge det og træffe de nødvendige forholdsregler til en udbedring. Såfremt der har indsneget sig en fejl i teksten, skal jeg bede Dem om at tilsende samtlige adressater en berigtigelse«. Den ansvarlige tjenestemand i GD IV, som denne skrivelse var rettet til, sendte samme dag en note til Kommissionens Generalsekretariat med henblik på, at Generalsekretariatet foretog den nødvendige undersøgelse. Det hedder herom i noten: »Jeg har fra Generalsekretariatet modtaget den nederlandske version af nævnte beslutning. Heri mangler en passage, som fandtes i det udkast, der blev forelagt Kommissionen. Jeg skal bede Dem om at undersøge, om den version, som Kommissionen vedtog, og som blev meddelt beslutningens adressater, svarer fuldstændig til udkastet, og om nødvendigt sørge for, at adressaterne modtager beslutningens fuldstændige ordlyd. Som bilag I til nærværende skrivelse fremsender jeg: Forsiden til dokument nr. C(92) 66 endelig udg. [...] samt side 86 og 87 i samme dokument. Som bilag II til nærværende skrivelse fremsender jeg følgende: Side 85, 86 og 87 i udkastet til nævnte beslutning (versionen på nederlandsk, således som den blev forelagt Kommissionen; heri er den passage, som manglede i dokument nr. C(92) 66 endelig udg., tydeligt fremhævet.«

58 På baggrund af disse omstændigheder — og Kommissionens fortolkning heraf har sagsøgerne ikke bestridt — kan de af sagsøgerne fremførte grunde ikke længere betragtes som vægtige og overbevisende.

59 Følgelig findes det godtgjort, at ordlyden af den beslutning, som blev meddelt sagsøgerne den 26. februar 1992, svarer fuldstændig til den, som blev godkendt af Kommissionen som kollegial enhed den 5. februar 1992.

60 Hvad angår spørgsmålet om overholdelsen af EF's sprogordning finder Retten, at det fremgår af skrivelsen fra den pågældende tjenestemand i GD IV til Generalsekretariatet, at udkastet til beslutningen blev forelagt Kommissionen i den nederlandske version heraf, hvilket tillige bekræftes af den omstændighed, at den nederlandske version af beslutningens konklusion blev meddelt sagsøgerne ved telefax den 5. februar 1992.

61 Følgelig er sprogordningen ikke blevet tilsidesat i den foreliggende sag.

62 Desuden skal Retten fremhæve, at Kommissionen på foranledning af Rettens kendelse af 27. juni 1994 har fremlagt ordlyden af den kommissionsbeslutning af 5. februar 1992, som havde ref. nr. C(92) 66 endelig udg., rev., og som var forsynet med kommissionsformandens og -generalsekretærens underskrifter, oven over hvilke det var angivet i beslutningen, at »Kommissionen har vedtaget denne beslutning under sit 1 092. møde i Bruxelles den 5. februar 1992. Beslutningen indeholder 92 sider + bilag«. Under den mundtlige forhandling har sagsøgerne kritiseret det forhold, at det ikke fremgår af dette dokument, på hvilken dato formanden og generalsekretæren påførte deres underskrifter. I sin skrivelse af 4. juli 1994 — hvormed Kommissionen fremsendte den nævnte version af beslutningen — og under den mundtlige forhandling har Kommissionens befuldmægtigede erklæret, at den nævnte version udgør ordlyden af den beslutning, som blev vedtaget af Kommissionen som kollegial enhed i mødet den 5. februar 1992, og som ved denne lejlighed blev stadfæstet ved underskrifterne. Som svar på et spørgsmål fra Retten har

Kommissionens befuldmægtigede anført, at dens erklæring på dette punkt bekræftes af, at Kommissionen allerede på tidspunktet for beslutningens vedtagelse var blevet underrettet om de retsvirkninger, som Retten kunne tænkes at ville tillægge det forhold, at Kommissionens retsakter ikke var behørigt stadfæstet, da der på dette tidspunkt var blevet afholdt mundtlig forhandling i førnævnte sag BASF m.fl. mod Kommissionen. I nævnte sag tilpligtede Retten Kommissionen at fremlægge den i sagen omhandlede beslutning i den version, der var forsynet med formandens og generalsekretærens underskrifter i overensstemmelse med artikel 12, stk. 1, i Kommissionens daværende forretningsorden. Retten konstaterer, at sagsøgerne ikke har gjort indsigelse mod den af Kommissionens befuldmægtigede afgivne erklæring.

63 På basis af disse dokumenter og de oplysninger, som Kommissionens befuldmægtigede har afgivet, må Retten fastslå, at det dokument, som er forsynet med ref. nr. C(92) 66 endelig udg., rev., og som er fremlagt af Kommissionen, udgør selve ordlyden af den beslutning, som blev vedtaget af Kommissionen som kollegial enhed på mødet den 5. februar 1992, og som blev behørigt stadfæstet ved denne lejlighed.

64 Af samtlige de anførte betragtninger følger, at sagsøgernes principale påstand må forkastes.

Den subsidiære påstand

65 Sagsøgerne har til støtte for deres subsidiære påstand fremført ni klagepunkter, som kan sammenfattes i fem anbringender. Det første anbringende er, at traktatens artikel 85, stk. 1, er tilsidesat, idet Kommissionen har foretaget en fejlagtig afgrænsning af det relevante marked, misfortolket de omtvistede reglementers rækkevidde og med urette antaget, at de i væsentlig grad påvirkede samhandelen mellem medlemsstaterne. Det andet anbringende er, at traktatens artikel 85, stk. 3, er tilsidesat. Til støtte for dette andet anbringende anfører sagsøgerne for det første, at Kommissionen har forsømt at tage hensyn til de særlige forhold inden for bygge- og anlægsbranchen i Nederlandene samt har omlagt bevisbyrden. For det andet anføres, at Kommissionen har misfortolket de omtvistede reglementers rækkevidde i forhold til de fire gældende betingelser for at indrømme fritagelse, navnlig ved at nægte at tage hensyn til de ændringsforslag, som sagsøgerne fremsatte »i forbindelse med

anmeldelsen«. For det tredje anføres, at Kommissionen har tilsidesat proportionalitetsprincippet og subsidiaritetsprincippet ved at nægte den ønskede fritagelse. Det tredje anbringende er, at der foreligger en tilsidesættelse af artikel 4, stk. 2, nr. 1), og artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, idet Kommissionen pålagde sagsøgerne en bøde, selv om overtrædelsen ikke var godtgjort at være begået, eller idet den i det mindste burde have været omfattet af en bødefritagelse, og idet Kommissionen med urette antog, at overtrædelsen var begået forsætligt eller uagtsomt og herved pålagde sagsøgerne en uforholdsmæssig stor bøde. Det fjerde anbringende er, at traktatens artikel 190 er tilsidesat, idet Kommissionen ikke i tilstrækkelig grad begrundede sin antagelse om, at traktatens artikel 85, stk. 1, var tilsidesat, eller sit afslag på at indrømme den ønskede fritagelse i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3. Det femte anbringende er, at sagsøgerens ret til kontradiktion er tilsidesat.

Første anbringende: tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 1

— Første led: fejlagtig afgrænsning af det relevante marked

Parternes argumenter

66 Sagsøgerne har gjort gældende, at det fremgår af Rettens praksis, at en hensigtsmæssig afgrænsning af det pågældende marked er en nødvendig forudsætning for at kunne bedømme den adfærd, der hævdes at være konkurrencebegrænsende (jf. Rettens dom af 10.3.1992, forenede sager T-68/89, T-77/89 og T-78/89, SIV m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1403). I denne sag har Kommissionen imidlertid forsømt at foretage en afgrænsning af det relevante produktmarked og det relevante geografiske marked.

67 Hvad angår produktmarkedet anfører sagsøgerne, at de otte sektorer inden for bygge- og anlægsbranchen, som de omtvistede reglementer finder anvendelse på, ikke udgør ét produktmarked, men lige så mange — hvis ikke flere — særskilte produktmarkeder, da de aktiviteter, som udøves her, ikke kan erstatte hinanden, hverken for så vidt angår efterspørgslen eller udbuddet.

68 Når sagsøgerne i anmeldelsen anførte, at det nederlandske bygge- og anlægsmarked udgør ét produktmarked, skal det ses i sammenhæng med, at sagsøgerne ansøgte om en negativattest/fritagelse for de UPR, som var blevet indført i 1987, og som for første gang skulle gælde ensartet for samtlige otte produktmarkeder. Den anfægtede beslutning blev imidlertid truffet i en helt anden sammenhæng, da den ikke blot var rettet mod UPR fra 1987, men også mod de reglementer, som gjaldt før UPR, og som var forskellige for hver af sektorerne inden for bygge- og anlægsbranchen. Efter sagsøgernes opfattelse burde Kommissionen derfor have sondret mellem de enkelte produktmarkeder, i hvert fald i det omfang, hvori den påtalte de reglementer, som gjaldt før den 1. april 1987.

69 Hvad angår det relevante geografiske marked anfører sagsøgerne, at Kommissionen i beslutningens 23. betragtning har fastslået, at der findes forskellige geografiske markeder inden for det marked for bygge- og anlægsarbejder, hvorpå reglementerne finder anvendelse. Hermed har Kommissionen selv erkendt, at omfanget af det relevante geografiske marked kan veksle, afhængig af sektoren og karakteren af den pågældende virksomhed. Da det geografiske marked for mindre bygge- og anlægsarbejder er mere begrænset, burde Kommissionen have fastslået, at samtlige reglementer falder uden for anvendelsesområdet for traktatens artikel 85 i det omfang, hvori de vedrører disse arbejder, da reglementerne ikke kan berøre samhandelen mellem medlemsstaterne (jf. nedenfor vedrørende anbringendets tredje led).

70 Kommissionen har heroverfor, hvad angår produktmarkedet, gjort gældende dels, at markedet ikke skal afgrænses efter, om de pågældende produkter kan erstatte hinanden, men på grundlag af karakteren af den virksomhed, som entreprenørerne udøver, og reglementernes anvendelsesområde. UPR og de etiske regler gælder nemlig uden forskel for de forskellige sektorer, som sagsøgerne har nævnt, uden hensyn til arbejdernes karakter, omfang eller stedet, hvor de udføres. Denne opfattelse er helt i overensstemmelse med den opfattelse, sagsøgerne havde under den administrative procedure.

71 Endvidere anfører Kommissionen, at der ikke hvad angår afgrænsningen af det relevante produktmarked er grund til at sondre mellem reglementerne forud for

1987 og de nugældende UPR, da de reglementer, som gjaldt tidligere inden for de forskellige sektorer, var blevet harmoniseret mellem 1973 og 1979 med SPO's godkendelse.

72 Vedrørende det relevante geografiske marked anfører Kommissionen, at der ikke findes særskilte geografiske markeder inden for det marked for bygge- og anlægsarbejder, hvorpå de omtvistede reglementer finder anvendelse, hvilket godtgøres af, at der er regelmæssige udsving i både efterspørgslen og i de store og mellemstore virksomheders virkefelt, og af den omstændighed, at selv visse små virksomheder undertiden afgiver tilbud på arbejder, som skal udføres uden for den region, hvor de er etableret. Endelig anfører Kommissionen, at sagsøgerne ikke på noget tidspunkt under den administrative procedure har hævdet, at der findes forskellige geografiske markeder eller fremlagt nogen dokumentation, der gør det muligt at afgrænse disse markeder.

Rettens bemærkninger

73 Retten finder, at det først bør afgøres, i hvilket omfang Kommissionen er forpligtet til at afgrænse et marked, før den fastslår, at traktatens artikel 85 og 86 er tilsidesat.

74 Herom bemærkes, at afgrænsningen af det relevante marked ikke har samme betydning ved anvendelsen af traktatens artikel 85 og 86. Ved anvendelsen af artikel 86 er det nødvendigt at foretage en fyldestgørende afgrænsning af det relevante marked for at kunne bedømme den adfærd, der hævdes at være konkurrencebegrænsende (jf. førnævnte dom i sagen SIV m.fl. mod Kommissionen, præmis 159), eftersom det for konstateringen af, om der foreligger et misbrug af en dominerende stilling, er nødvendigt først at fastslå, at der overhovedet foreligger en dominerende stilling på et bestemt marked, hvilket igen forudsætter, at der er foretaget en afgrænsning af dette marked. Ved anvendelsen af artikel 85 er det nødvendigt at foretage denne afgrænsning af det pågældende marked for at kunne afgøre, om

aftalen, vedtagelsen inden for den pågældende sammenslutning af virksomheder eller den pågældende samordnede praksis har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet.

75 Dette er begrundelsen for, at man ved anvendelsen af artikel 85 ikke kan betragte sagsøgernes anbringende om Kommissionens afgrænsning af det pågældende marked isoleret fra deres anbringender om påvirkningen af samhandelen mellem medlemsstaterne og begrænsningen af konkurrencen. Dette bekræftes endvidere af, at sagsøgerne i deres ansøgning om negativattest eller fritagelse udelukkende har behandlet spørgsmålet om afgrænsningen af markedet i afsnittet om påvirkningen af samhandelen mellem medlemsstaterne.

76 Det bør herved bemærkes, at Kommissionen, da den lagde til grund, at det relevante marked var bygge- og anlægsbranchen i Nederlandene som helhed, blot fulgte det samme synspunkt, som sagsøgerne havde fremført i deres anmeldelse af UPR med henblik på opnåelse af negativattest eller fritagelse og i deres besvarelse af meddelelsen af klagepunkter. Sagsøgerne har på intet tidspunkt under den administrative procedure gjort gældende, at de otte sektorer inden for bygge- og anlægsbranchen måtte anses for særskilte markeder ved anvendelsen af Fællesskabets konkurrenceregler, eller at der fandtes særskilte geografiske markeder. Tværtimod anførte sagsøgerne i deres anmeldelse (se s. 19, punkt 2.2.1), at:

»Naar het oordeel van de SPO dient als de relevante produktmarkt vanuit een macro-perspectief te worden aangemerkt de markt voor het aannemen van bouwwerken. Slechts die produktmarkt lijkt vanuit kartelrechtelijk oogpunt relevant. Dit is een omvangrijke markt. Weliswaar is het in beginsel (wellicht) mogelijk binnen deze markt talloze marktsegmenten te onderscheiden naar gelang de aard en de omvang van de aan te nemen bouwwerken, doch het is twijfelachtig of dergelijke segmenten zouden kunnen worden aangemerkt als afzonderlijke produktmarkten in het licht van het Europes mededingingsrecht. Zowel de aanbodzijde als de vraagzijde van de betrokken markt heeft een dermate diverse samenstelling, dat het in beginsel onmogelijk lijkt bepaalde submarkten te isoleren, waarop bepaalde

categorieën aanbesteders en aannemers bij uitsluiting opereren. Een — noodgedwongen — kunstmatige indeling van de bouwmarkt in submarkten is bovendien nit dienstig voor de beoordeling van de onderhavige mededingingsregelingen, aangezien enerzijds de Erecode van toepassing is op bouwwerken van alle categorieën, terwijl het UPR betrekking heeft op alle werken van de categorieën, genoemd onder nr. 2.1.1.«

[»Det relevante produktmarked ud fra et makro-økonomisk synspunkt er efter SPO's synspunkt markedet for udførelse af bygge- og anlægsarbejder. Kun dette produktmarked er relevant ud fra et konkurrenceretligt synspunkt. Det er et omfattende marked. Selv om det i princippet (måske) er muligt inden for dette marked at udsondre talløse undermarkeder efter karakteren og omfanget af de bygge- og anlægsarbejder, som skal udføres, er det dog tvivlsomt, om disse undermarkeder kan betegnes som særskilte produktmarkeder efter de europæiske konkurrenceregler. Såvel udbuddet som efterspørgslen på markedet er så differentieret sammensat, at det principielt forekommer umuligt at udsondre sådanne undermarkeder, hvorpå kun ganske bestemte typer af bygherrer opererer. Det vil desuden ikke have noget formål for bedømmelsen efter de gældende konkurrenceregler at foretage en sådan underopdeling af bygge- og anlægsmarkedet i undermarkeder, idet den i sagens natur vil være kunstig dels, fordi de etiske regler gælder for samtlige kategorier af bygge- og anlægsarbejder, dels fordi UPR omfatter samtlige arbejder inden for de kategorier, som er nævnt under nr. 2.1.1.« (Hvormed der siges til alle de kategorier, som UPR efter Kommissionens opfattelse finder anvendelse på)].

77 Kommissionen tilsluttede sig med rette denne afgrænsning af markedet, eftersom de reglementer, som blev indført i 1987, gælder uden forskel for samtlige otte sektorer. I replikken tilsluttede sagsøgerne sig i øvrigt selv den samme opfattelse hvad angår bedømmelsen af de i 1987 indførte UPR.

78 Sagsøgerne har dog fastholdt deres kritik af markedsafgrænsningen i forbindelse med de gamle reglementer, idet de anfører, at den opfattelse, som de gjorde gældende under den administrative procedure, var begrundet i, at deres ansøgning om negativattest eller fritagelse vedrørte de i 1987 indførte reglementer, hvorimod de

reglementer, som var påtalt i den anfægtede beslutning, også omfattede de reglementer, som gjaldt inden 1987 inden for de enkelte sektorer.

79 I så henseende bemærkes, at sagsøgernes betragtninger i anmeldelsen udelukkende vedrørte de i 1987 indførte reglementer, hvorimod Kommissionen i meddelelsen af klagepunkter også påtalte de gamle reglementer. Følgelig vedrørte sagsøgernes svar på denne meddelelse (se s. 23-71 og navnlig tredje afsnit om »Det relevante marked: Bygge- og anlægsbranchen i Nederlandene«) — hvori sagsøgerne fastholdt deres synspunkt om markedsafgrænsningen — også de gamle reglementer.

80 Sagsøgerne kan derfor ikke antages at have gjort gældende under den administrative procedure, at markedsafgrænsningen skulle være anderledes for så vidt angår de gamle reglementer.

81 I øvrigt finder Retten, at Kommissionen med føje var enig i denne afgrænsning af markedet, også for så vidt angår de gamle reglementer. Dels var sagsøgerne ikke i stand til at angive de væsentlige forskelle, som måtte bestå ikke blot mellem de gamle reglementer og de i 1987 indførte reglementer, men også mellem de gamle reglementer indbyrdes. Følgelig må de forskellige reglementer, som tidligere var i kraft, antages at have fundet anvendelse på samme måde inden for hver af de sektorer og geografiske områder, som de omfattede. Dels har sagsøgerne under den mundtlige forhandling erklæret, at samtlige bygge- og anlægsprodukter i Nederlandene var omfattet af de gamle, indbyrdes forskellige reglementer, nemlig enten af et regionalt reglement for forskellige produkter eller af et særligt reglement for bestemte produkter gældende for hele Nederlandenes område.

82 Af det anførte følger, at Kommissionen ved bedømmelsen af, om reglementerne påvirkede samhandelen mellem medlemsstaterne eller begrænsede konkurrencen, med rette antog, at det relevante marked såvel i relation til de gamle som de i 1987 indførte reglementer var hele det nederlandske marked for bygge- og anlægsarbejder.

83 Følgelig må dette led af anbringendet forkastes i det omfang, det ikke falder sammen med de to øvrige led af dette anbringende, og må i øvrigt behandles i sammenhæng med dem.

— Andet led: misfortolkning af de omtvistede reglementers indhold og rækkevidde

I — Generelle forhold

Parternes argumenter

84 Sagsøgerne har gjort gældende, at det er væsentligt at have de omtvistede reglementers formål for øje, når man undersøger, om de er forenelige med Fællesskabets konkurrenceregler. Reglementernes formål er nemlig at undgå, at entreprenører spilles ud mod hinanden ved »tingning om priserne« ved, at der indføres en bindende ordning, hvori konkurrencen finder sted på et bestemt tidspunkt, og ved en forbedring af markedets transaktionsstruktur i kraft af, at man lader de udregningsomkostninger, som hver enkelt udbudt bygge- og anlægsarbejde har medført, bære af dette.

85 Videre anfører sagsøgerne, at Kommissionen har misfortolket traktatens artikel 85, stk. 1, ved at antage, at reglementerne i vidt omfang strider mod denne bestemmelse. Denne misfortolkning beror på den rent teoretiske og abstrakte opfattelse, som Kommissionen har af den konkurrence, som tilstræbes opretholdt med denne traktatbestemmelse. Denne opfattelse udelukker på forhånd enhver markedsregulering.

86 Heroverfor har Kommissionen gjort gældende, at det efter traktatens artikel 85, stk. 1, er eneafgørende, om der er sket en konkurrencebegrænsning, og ikke om konkurrencebegrænsningen er acceptabel eller ej. For at kunne besvare dette spørgsmål har Kommissionen analyseret den økonomiske og juridiske baggrund for overtrædelsen. Den har herved foretaget en bedømmelse af det nederlandske bygge- og anlægsmarked og ikke et eller andet »ideelt — og typisk — fungerende marked«. Kommissionen har dog nægtet at anerkende, at karteller på bygge- og anlægsmarkedet er uundgåelige, og den anser en uforfalsket og fri konkurrence som et konkret middel til at opfylde traktatens formål.

Rettens bemærkninger

87 Ifølge beslutningen kan den ordning, som blev indført ved reglementerne i 1987, beskrives på følgende måde. Formålet med reglementerne er at indføre en procedure, som medlemmerne af de sagsøgende medlemsorganisationer skal følge, når de ønsker at afgive tilbud på et bestemt arbejde. Denne procedure har ifølge sagsøgerne to formål: Dels skal den bekæmpe den tingning om priserne, som bygherrerne har en tilbøjelighed til, dels skal den rette op på den manglende balance mellem udbuddet og efterspørgslen, som skyldes den manglende gennemskuelighed på udbudsmarkedet og udbydernes høje transaktionsomkostninger.

88 Til dette formål har de sagsøgende organisationer stillet materielle og personalemæssige ressourcer til rådighed for de organer, som skal påse overholdelsen af den ved reglementerne indførte procedure. Denne procedure, som er noget forskellig afhængig af, om tilbudsgivningen sker ved en begrænset eller en offentlig licitation, om den foregår på samme tid, og om den indeholder flere stadier mellem det tidspunkt, hvor entreprenørerne tilkendegiver over for SPO's kompetente kontor at ville afgive tilbud på et bestemt arbejde (herefter benævnt »forhåndsanmeldelse«), og det tidspunkt, hvor der indgås kontrakt mellem bygherren og entreprenøren.

89 Disse etaper kan kort beskrives på følgende måde: Enhver entreprenør, som er medlem af SPO's organisationer, og som ønsker at afgive tilbud på et bestemt

arbejde, skal tilkendegive dette over for det pågældende SPO-kontor, således at dette kan bringe reglementerne i anvendelse (se beslutningen, betragtning 24).

90 Hvis flere virksomheder indgiver anmeldelse, skal de indkaldes til møde af SPO-kontoret. De har pligt til at give møde og kan pålægges sanktioner i tilfælde af udeblivelse. Under mødet, som afholdes under forsæde af en af SPO-kontorets ansatte, skal der træffes en række beslutninger, hvilket sker ved flertal eller ved enstemmighed (betragtning 25). Den første af disse beslutninger er, om der skal udpeges en forhandlingsberettiget, som skal være en af de entreprenører, der har deltaget i mødet, og som får eneret til at holde kontakt med bygherren med henblik på forhandlinger om tilbuddets nærmere indhold og prisen (betragtning 26 og 39-41). Hvis det besluttes, at der skal udpeges en forhandlingsberettiget, fortsættes mødet med henblik på at få afgjort, på hvilket grundlag de forskellige bud skal sammenlignes. Under mødet skal det ifølge det af sagsøgerne anførte afgøres, om opfordringerne til afgivelse af bud er eller kan gøres sammenlignelige i henseende til priserne, hvorimod det ifølge det af Kommissionen anførte skal afgøres, om tilbuddene fra de forskellige entreprenører er eller kan gøres prissammenlignelige (betragtning 27). Såfremt dette er tilfældet, kan der udpeges en forhandlingsberettiget under mødet. Før det sker, skal mødedeltagerne beslutte, efter hvilke retningslinjer pristillæg skal fastsættes. Der findes hovedsagelig to typer af sådanne pristillæg, som skal betales af bygherrerne, nemlig dels godtgørelse for udregningsomkostninger, dels bidrag til brancheorganisationernes administration, hvortil SPO og dets kontorer hører (betragtning 31-33). Når der er truffet beslutning herom, fastsætter hver enkelt entreprenør beløbet i sit bud (som benævnes prisoverslag), der afleveres til formanden (betragtning 28). I dette beløb er endnu ikke medregnet pristillæg. På dette tidspunkt kan enhver entreprenør anmode om at få tillagt forrang, dvs. blive udpeget som forhandlingsberettiget, på den betingelse, at han afgiver et bud svarende til det laveste prisoverslag (betragtning 30). Formanden gør sig herefter bekendt med de afgivne prisoverslag og kan meddele deltagerne dem, hvis dette besluttes under mødet (betragtning 28). Enhver af entreprenørerne kan, når han er gjort bekendt med de øvrige deltageres prisoverslag, trække sit bud tilbage, hvorved han dog mister visse rettigheder (betragtning 29). Principielt udpeges den entreprenør, der har afgivet det laveste prisoverslag, som forhandlingsberettiget (betragtning 39). Herefter forhøjer hver entreprenør sit prisoverslag med pristillæggene, beregnet efter de retningslinjer, der tidligere er vedtaget under mødet. Disse pristillæg er de samme for alle entreprenører og skal navnlig give fuld dækning for samtlige mødedeltageres udregningsomkostninger. De betales af bygherren, såfremt denne indgår kontrakt med en entreprenør, som er medlem af SPO (betragtning 31-33). Den entreprenør, som får tildelt kontrakten, og som får pristillæggene, er forpligtet til at viderebetale dem til SPO-kontoret, som igen viderebetaler dem fortrinsvis til entreprenørerne til dækning af udreg-

ningsomkostninger, og til brancheorganisationerne til dækning af de bidrag, som disse har krav på (betragtning 42-46). Endelig kan der under mødet træffes beslutning om forhøjelse eller nedsættelse af prisforskellene mellem de enkelte entreprenørers bud (betragtning 38).

91 Såfremt SPO-kontoret kun modtager én forhåndsanmeldelse vedrørende en kontrakt, betragtes denne som værende indgået under hånden, og den ene virksomhed, som har indgivet forhåndsanmeldelsen, bliver da forhandlingsberettiget, således at de entreprenører, som er medlemmer af de sagsøgende foreninger, og som opfordres til at afgive bud på et senere tidspunkt, ikke kan gøre dette uden samtykke fra den forhandlingsberettigede eller — hvis denne nægter sit samtykke — ikke uden samtykke fra et voldgiftsudvalg (betragtning 41, 52 og 53). Der er dog mulighed for, at bygherren mellem tidspunktet for den første entreprenørs forhåndsanmeldelse og det tidspunkt, da denne får tildelt kontrakten, henvender sig til andre entreprenører, som er medlemmer af de sagsøgende foreninger, og at disses forhåndsanmeldelse indgår efter kontraktens indgåelse. I dette tilfælde er den tilslagsmodtagende entreprenør forpligtet til at betale SPO-kontoret et beløb svarende til 3% af prisen til dækning af de førnævnte pristillæg (betragtning 60).

92 Der findes endvidere regler for, hvilken procedure der skal anvendes for bud, der afgives af underentreprenører. Disse regler er i det væsentlige de samme som reglerne om andre bud, idet de dog er tilpasset de særlige forhold i forbindelse med underentreprise (betragtning 55-59).

93 Retten skal bemærke, at Kommissionen i den anfægtede beslutning i det væsentlige rejser fire forskellige klagepunkter mod de af sagsøgerne vedtagne reglementer. Det første klagepunkt er, at der heri foreskrives et samråd mellem entreprenørerne, hvorunder der udveksles oplysninger om de omkostningselementer, der indgår i en kontrakt, forholdene i forbindelse med tilbuddene og de enkelte entreprenørers priser. Det andet klagepunkt er, at der under dette samråd fastsættes visse prisbestanddele, at prisoverslagene undertiden ændres, og at der endvidere fastsættes dele af prisen. Det tredje klagepunkt er, at en af entreprenørerne, nemlig den forhandlingsberettigede, efter dette samråd nyder beskyttelse over for de øvrige deltagere i samrådet, da disse fortaber retten til at forhandle deres bud med bygherren. Den forhandlingsberettigede virksomhed nyder endvidere beskyttelse mod de øvrige entreprenørmedlemmer af de sagsøgende organisationer, da disse ikke, såfremt der

rettes henvendelse til dem på et senere tidspunkt, kan afgive bud uden den forhandlingsberettigede virksomheds samtykke eller uden samtykke fra et entreprenørudvalg, og kun såfremt dette bud er en vis procentdel lavere end den forhandlingsberettigedes bud. Det fjerde klagepunkt er, at medlemmerne af de sagsøgende organisationer ved de anfægtede reglementer er tildelt konkurrencefordele i forhold til tredjemand.

94 De argumenter, som sagsøgerne har fremført over for disse klagepunkter, er baseret på et forskelligt grundlag. For det første fremhæver sagsøgerne reglementernes fordelagtige virkninger for konkurrencen og dermed for forbrugerne, for det andet bestrider de, at klagepunkterne har grundlag i de faktiske forhold, og for det tredje bestrider de den retlige kvalifikation af de faktiske omstændigheder i forhold til traktatens artikel 85, stk. 1.

95 Herom bemærkes indledningsvis, at Kommissionen med rette har antaget, at sagsøgernes reglementer bør betragtes som et hele, der ikke kan opdeles kunstigt i de enkelte elementer, som indgår deri.

96 Endvidere bemærkes, at der ikke ved anvendelsen af traktatens artikel 85, stk. 1, kan tages hensyn til de fordelagtige virkninger af reglementerne, som sagsøgerne har påberåbt sig, men udelukkende i forbindelse med anvendelsen af kriterierne i traktatens artikel 85, stk. 3. Følgelig må sagsøgernes argumenter på dette punkt behandles i forbindelse med gennemgangen af det andet anbringende.

97 Af det anførte følger, at der ved gennemgangen af dette første anbringende udelukkende skal tages stilling til sagsøgernes argumentation vedrørende rigtigheden af de faktiske omstændigheder og bedømmelsen heraf i forhold til traktatens artikel 85, stk. 1. I denne forbindelse skal Retten successivt gennemgå argumenterne om samordningen mellem de entreprenører, som påtænker at afgive bud, den samordnede fastsættelse af priserne eller dele af prisen, begrænsningen af entreprenørernes frie forhandlingsret og SPO's handlemåde over for de entreprenører, som ikke er tilsluttet SPO.

II — Samråd mellem entreprenører, som påtænker at afgive bud

Parternes argumenter

1) Pligt til forhåndsanmeldelse før afgivelse af bud (betragtning 24 og 79)

98 Sagsøgerne bestrider ikke den beskrivelse, der er givet i beslutningens betragtning 24 af dette punkt i reglementerne, men gør gældende, at pligten til at indgive forhåndsanmeldelse og selve forhåndsanmeldelsen ikke har nogen betydning efter konkurrenceretten. Navnlig anfører sagsøgerne, at det er ubegrundet, når Kommissionen i beslutningens betragtning 79, tredje afsnit, kritiserer, at SPO-kontoret på begæring kan give en virksomhed, som har indgivet forhåndsanmeldelse, oplysning om antallet af de øvrige forhåndsanmeldende.

99 Heroverfor har Kommissionen gjort gældende, at pligten til forhåndsanmeldelse ikke bør vurderes isoleret, men som en integrerende bestanddel af reglementerne. Ved hjælp af de oplysninger, som de forhåndsanmeldende virksomheder opnår i kraft af de øvrige virksomheders forhåndsanmeldelse, kan de forudse, hvor skarp konkurrencen bliver, og dermed indirekte forudse, hvilket niveau det endelige bud vil komme til at ligge på.

2) Møderne i henhold til UPR (betragtning 25-58 og betragtning 80-92)

a) Beslutning om udpegelse af en forhandlingsberettiget (betragtning 26 og 80)

100 Sagsøgerne bestrider påstanden i betragtning 80 om, at der er få tilfælde, hvor entreprenørerne på mødet har afstået fra at udpege en forhandlingsberettiget. Ifølge

sagsøgerne har deres undersøgelse nemlig vist, at der kun udpeges en forhandlingsberettiget i 39% af tilfældene.

101 Hertil indvender Kommissionen, at det anførte i betragtning 80 skal forstås sådan, at det vedrører det antal tilfælde, hvor deltagerne på mødet på forhånd afstår fra at udpege en forhandlingsberettiget, inden de har taget stilling til sammenligneligheden af de foreliggende oplysninger vedrørende licitationen, og at det ikke skal forstås som refererende til det antal tilfælde, hvor deltagerne af andre grunde afstår herfra, oftest fordi de under mødet har konstateret, at det foreliggende materiale vedrørende licitationen ikke er sammenligneligt.

b) Sammenligning af kontraktens omkostningselementer (betragtning 27 og 81)

102 Sagsøgerne har gjort gældende, at beslutningen giver et fordrejet billede af karakteren af de oplysninger, som udveksles under mødet. Disse oplysninger vedrører udelukkende de elementer, som er fastlagt af bygherren. Det er nødvendigt at udveksle oplysninger herom for at blive klar over, om de opfordringer til afgivelse af bud, som mødedeltagerne svarer på, er sammenlignelige og herved undgå, at man ikke sammenligner prisoverslag, som vedrører forskellige licitationer. Denne udveksling af oplysninger er følgelig fremmende for en god konkurrence, hvilket i allerhøjeste grad er til fordel for bygherrerne.

103 Endvidere anfører sagsøgerne, at det er nødvendigt også at udveksle oplysninger om visse af licitationsbetingelserne, såfremt disse er urimelige, nemlig for at undgå, at bygherrerne pålægger entreprenørerne uberegnelige risici. Uden dette samråd stilles hver af entreprenørerne over for et dilemma i form af, at de enten må acceptere utilbørlige betingelser — hvilket giver dem problemer ved arbejdets udførelse — eller ved, at de må knytte andre betingelser til deres bud — hvorved der er fare for, at bygherren vælger en konkurrent. En samordning af fristerne for arbejdets gennemførelse kan derfor kun tænkes at finde sted, såfremt de af bygherren angivne frister er urealistiske.

104 Sagsøgerne tilføjer, at udvekslingen af oplysninger medfører, at entreprenørerne fremsætter mere nøjagtigt beregnede bud, fordi de pågældende risici er lettere at forudberegne, hvilket i sidste ende kommer bygherrerne til gode.

105 Sagsøgerne finder, at kritikken af, at der udveksles oplysninger om bygherrens opfordring til afgivelse af tilbud, ikke blot beror på en vildfarelse med hensyn til oplysningernes indhold, men også på, at licitationssituationen forveksles med den situation, hvor der foreligger et oligopol — hvilket har fået Kommissionen til at antage, at enhver udveksling af oplysninger vedrørende en licitation er traktatstridig.

106 Endelig kritiserer sagsøgerne Kommissionen for at have lagt til grund, at enhver udveksling af oplysninger mellem konkurrenter, som kan begrænse uvisheden på et marked, der er aldeles uigennemskueligt, i sig selv udgør en konkurrencebegrænsning.

107 Kommissionen har heroverfor gjort gældende, at sagsøgerne giver et fejlagtigt billede af de udvekslede oplysningers indhold. Det er nemlig umuligt at fastslå, om de bud, som entreprenørerne opfordres til at afgive er eller kan gøres sammenlignelige, hvis man ikke ved, hvorledes mødedeltagerne påtænker at reagere på den udskrevne licitation. De oplysninger, der udveksles, vedrører nemlig særlige aspekter ved det pågældende bygge- og anlægsarbejde, som kun en eller nogle af mødedeltagerne kender, hvorved disse fratages en konkurrencefordel. Dette medfører ikke en forbedring, men derimod en begrænsning af konkurrencen. Kommissionen har til støtte for sin opfattelse på dette punkt fremlagt flere referater af møder mellem entreprenørerne.

108 Kommissionen tilføjer, at det ikke tilkommer entreprenørerne at afgøre i fællesskab, om visse af licitationsbetingelserne er urimelige, såsom fristerne for arbejdets udførelse eller fundamenternes størrelse og end mindre — hvis dette skulle forekomme — at fastsætte disse betingelser i samråd.

109 Efter Kommissionens opfattelse er udvekslingen af oplysninger under mødet lige så skadelige for konkurrencen som udvekslingen af oplysninger mellem konkurrenter på et marked, hvor der hersker et oligopol.

c) Fremlæggelse af prisoverslag (betragtning 28 og 82)

110 Sagsøgerne har gjort gældende, at det ikke begrænser konkurrencen, at prisoverslagene, som ikke kan ændres, indleveres til chefen for SPO-kontoret, men blot fremskynder tidspunktet for konkurrencens udøvelse. I stedet for at buddene afleveres til bygherren, afleveres prisoverslagene til den uafhængige chef for det pågældende SPO-kontor. Den omstændighed, at prisoverslagene ikke kan ændres, efter at de er afleveret, udgør en garanti for, at konkurrencen ikke fordrejes, og indebærer blot, at den fremskyndes for at undgå »tingning«.

111 Efter Kommissionens opfattelse er det ikke afleveringen af prisoverslag — som ikke senere kan ændres — der i sig selv udgør en overtrædelse, men den omstændighed, at de fastsættes på grundlag af oplysninger, som er udvekslet under mødet. Ifølge Kommissionen sker afleveringen af prisoverslagene som led i en procedure, hvor entreprenørerne har valgt at gennemføre et praktisk samarbejde i stedet for at udsætte sig for de risici, som er forbundet med konkurrence, og bør derfor bedømmes i lyset heraf.

d) Mulighed for tilbagetrækning efter prissammenligningen (betragtning 29, 83 og 84)

112 Sagsøgerne har gjort gældende, at muligheden for at trække sig tilbage efter prissammenligningen ikke medfører nogen begrænsning, men tværtimod en styrkelse af konkurrencen, idet den gør det muligt for entreprenørerne at beregne deres bud mere nøjagtigt, fordi de ved, at de kan trække deres bud tilbage, såfremt der er sket en fejl, som kan indebære økonomisk uberettigede priser. Adgangen hertil benyttes i øvrigt kun, såfremt en af de entreprenører, som har afleveret et prisoverslag, har begået en fejl ved beregningen af buddet.

113 Desuden anfører de, at en prissammenligning, som finder sted efter afleveringen af prisoverslagene, ikke kan have nogen konkurrencebegrænsende virkning, da prisoverslagene ikke længere kan ændres. Endvidere kan de oplysninger, som uddrages af denne prissammenligning, såsom prisforskellen mellem buddet fra den forhandlingsberettigede og konkurrenternes bud, ikke udnyttes af den forhandlingsberettigede i dennes forhandlinger med bygherren, da prisoverslagene er definitive tal.

114 Heroverfor har Kommissionen gjort gældende, at selv om det forudsættes — hvilket Kommissionen ikke mener er rigtigt — at tilbagetrækningsmuligheden kun udnyttes, såfremt der foreligger en fejltagelse, som medfører økonomisk uberettigede priser, tilkommer det ikke entreprenørerne at foretage en ensidig vurdering af, om en pris er økonomisk uberettiget og at berøve bygherren et fordelagtigt bud, navnlig når de pågældende konkurrerende entreprenører foretager denne vurdering efter at have udvekslet oplysninger om priserne.

115 Kommissionen tilføjer, at den forhandlingsberettigede i sine forhandlinger med bygherren kan udnytte de oplysninger, han råder over vedrørende priserne fra de øvrige tilbudsgivere, da forskellen mellem hans og de øvrige tilbudsgiveres priser udgør en margen, inden for hvilken han er beskyttet, da de øvrige tilbudsgivere ikke må afgive et lavere bud (jf. nedenfor vedrørende beskyttelsen af den forhandlingsberettigede). Også på denne måde begrænser prissammenligningen konkurrencen.

Rettens bemærkninger

116 Det bemærkes, at pligten for de virksomheder, som er medlemmer af de sagsøgende organisationer, til at indgive forhåndsanmeldelse til SPO-kontoret om, at de agter at afgive bud, er det første led i samordningen. Det må her fastslås, som anført af Kommissionen, at den omstændighed, at SPO-kontoret på begæring kan oplyse de forhåndsanmeldende virksomheder, som anmoder derom, om antallet af de øvrige forhåndsanmeldende virksomheder, kan begrænse konkurrencen, for så vidt som de forhåndsanmeldende virksomheder kan forudse, hvor skarp den indbyrdes konkurrence mellem dem bliver og tilpasse deres adfærd derefter og kan skaffe sig oplysninger, som de virksomheder, der ikke er medlemmer af SPO, endnu ikke råder over på det pågældende tidspunkt.

117 Endvidere bemærkes, at det samråd mellem entreprenørerne, som påtales i beslutningen, kun finder sted i det tilfælde, hvor man under mødet ikke på forhånd afstår fra at udpege en forhandlingsberettiget. Hvis der ikke afstås herfra, udveksler mødedeltagerne oplysninger. Der finder altså et samråd sted, selv om mødedeltagerne herved når frem til, at buddene ikke er og ikke kan gøres sammenlignelige, således at der ikke kan udpeges en forhandlingsberettiget. Hvad angår sagsøgernes anbringende om, at der kun er blevet udpeget en forhandlingsberettiget i 39% af tilfældene, bemærkes dels, at hvis dette lægges til grund, kan det samråd mellem entreprenørerne, som påtales i beslutningen, i det mindste finde sted i fuldt omfang i disse tilfælde, dels — hvad angår de øvrige tilfælde — at sagsøgerne hverken har anført eller godtgjort, at mødedeltagerne på forhånd i de andre tilfælde afstår fra at udpege en forhandlingsberettiget, hvorved ethvert senere samråd gøres overflødigt. Sagsøgerne har derfor ikke modbevist Kommissionens bemærkning i beslutningens betragtning 80 om, at entreprenørerne »kun i få tilfælde ... på møderne [har] afstået fra at udpege en forhandlingsberettiget og således åbnet mulighed for fri konkurrence«. Denne bemærkning sigter til det antal tilfælde, hvor deltagerne på mødet på forhånd afstår fra at udpege en forhandlingsberettiget, hvorimod sagsøgernes udsagn vedrører det antal tilfælde, hvor der ikke kan udpeges en forhandlingsberettiget, enten fordi man på mødet på forhånd har afstået herfra, eller fordi tilbuddene ikke var og ikke kunne gøres sammenlignelige.

118 Når mødedeltagerne ikke på forhånd afstår fra at udpege en forhandlingsberettiget, skal de afgøre, på hvilket teknisk og økonomisk grundlag de vil sammenligne buddene, idet der kun kan udpeges en forhandlingsberettiget på grundlag af økonomisk sammenlignelige bud. På dette punkt er parterne uenige om karakteren af de oplysninger, som udveksles til bedømmelse af buddenes økonomiske sammenlignelighed. Sagsøgerne anfører herom, at disse oplysninger udelukkende vedrører bygherrens licitationsbetingelser og alene har til formål at skaffe klarhed over, om samtlige mødedeltagere har baseret sig på de samme data. Sagsøgerne erkender dog, at de udvekslede oplysninger også kan angå spørgsmålet om, hvilken holdning der bør indtages over for visse af bygherrens licitationsbetingelser, såfremt disse er urimelige. Kommissionen anfører heroverfor, at udvekslingen af oplysninger er langt mere vidtgående og vedrører selve spørgsmålet om, hvorledes de enkelte entreprenører påtænker at byde på den udskrevne licitation.

119 Retten bemærker herom først, at det er uforeneligt med traktatens artikel 85, stk. 1, at entreprenørerne holder samråd om, hvorledes de vil byde på en licitation, selv

om denne måtte indeholde urimelige betingelser. Det tilkommer nemlig hver enkelt bygherre selv at afgøre, hvad han anser for rimeligt eller urimeligt og selv disponere i overensstemmelse hermed.

120 Endvidere må det konstateres, at de udvekslede oplysninger ikke, som hævdet af sagsøgerne, udelukkende vedrører opfordringen til afgivelse af tilbud. For det første fremgår det af UPROP's artikel 1, litra b), læst i sammenhæng med dets artikel 6.2, og samme artikel i UPRO, læst i sammenhæng med dets artikel 6.3, at disse oplysninger vedrører andre forhold end opfordringen til afgivelse af tilbud. UPR's artikel 6.2 og 6.3 bestemmer nemlig følgende:

»Før overslagsblanketterne udfyldes (overslag vedrørende arbejdets udførelse), fastsætter de fremmødte entreprenører på grundlag af de af bygherren meddelte *oplysninger om licitationen og alle de øvrige data, som er hensigtsmæssige for en objektiv sammenligning af priserne*, de data, som skal lægges til grund ved blankettens udfyldelse. Forsamlingen fastsætter endvidere i overensstemmelse med reglerne herom i nærværende artikel de beløb og oplysninger, som skal fremgå af overslagsblanketten.«

Artikel 1, litra b), bestemmer, at »oplysningerne om licitationen« skal indeholde

»samtlige dokumenter, herunder licitationsbetingelserne, tegningerne, opfordringen til afgivelse af tilbud, formularen om anmeldelse af hensigt til at afgive bud, alle lignende dokumenter samt alle de anvisninger eller meddelelser, som er af betydning for afgivelsen af tilbuddet«.

Heraf fremgår, at »alle de øvrige data, som er hensigtsmæssige for en objektiv sammenligning af priserne« også omfatter forhold, som ikke er nævnt i licitationsmaterialet. Endvidere fremgår det klart af referaterne fra visse møder mellem entreprenørerne, at entreprenørerne under disse møder drøfter, hvorledes de vil formulere deres tilbud, og i denne forbindelse sammenligner de særlige forhold ved den entreprise, som de har besluttet at afgive tilbud på, og som altså er elementer,

der er med til at bestemme prisernes størrelse. Således fandt de entreprenører, som deltog i et møde den 14. marts 1988, at tilbuddene ikke var sammenlignelige, fordi en af entreprenørerne foreslog en rund, mens en anden af entreprenørerne en firkantet silo (se duplikken, bilag 1). Ud over at entreprenørerne sammenligner de tekniske elementer i de tilbud, som de vil afgive, sker det også, at de sammenligner de forskellige økonomiske elementer i hvert enkelt af deres bud. Således fremgår det af mødereferatet af møde nr. 040388 vedrørende en entreprise i Tilburg (Nederlandene), at en af entreprenørerne, som deltog i mødet, »wil blanken maar geen inzicht geven in samenstelling prijsaanbieding. Prijsvergelijking daarom niet mogelijk. VH stapt kwaad op. Verliest rechten« [»ønsker at afgive prisoverslag, men nægter at meddele den nærmere sammensætning af sit bud. En sådan prissammenligning er derfor udelukket. VH forlader mødet i vrede. Mister sine rettigheder«]. Bemærkningen om, at »en prissammenligning ... derfor [er] udelukket«, viser, at den af sagsøgerne omtalte sammenligning af de data, som indgår i licitationen, i virkeligheden forudsætter, at mødedeltagerne er indstillet på at oplyse de andre om den nærmere prismæssige sammensætning af deres bud.

121 Følgelig har Kommissionen i tilstrækkelig grad godtgjort, at entreprenørerne under de møder, som de afholder i henhold til de omhandlede reglementer, udveksler oplysninger vedrørende omkostningerne i forbindelse med det tilbudte produkt, dets særegenheder og buddenes sammensætning på trods af, at der er tale om oplysninger, som en uafhængig erhvervsdrivende normalt behandler strengt fortroligt som en forretningshemmelighed (jf. Rettens dom af 17.12.1991, sag T-7/89, Hercules Chemicals mod Kommissionen, Sml. II, s. 1711, præmis 217).

122 Endvidere bemærkes, at deltagerne under disse møder udveksler oplysninger om priserne. Ifølge UPR's artikel 6.4 og 7 er der nemlig mulighed for at meddele samtlige mødedeltagere de afgivne prisoverslag. Hvis det er rigtigt, som anført af sagsøgerne, at denne udveksling af oplysninger som hovedregel finder sted på et tidspunkt, hvor disse prisoverslag ikke længere kan ændres (jf. dog nedenfor i præmis 157), kan sagsøgerne ikke retfærdiggøre denne fremgangsmåde med, at reglementerne blot indebærer en forskydning af det tidspunkt, hvor konkurrencen finder sted — idet den flyttes fra det tidspunkt, da tilbuddene afgives over for bygherren til det tidspunkt, da prisoverslagene afleveres til chefen for SPO-kontoret, og at udvekslingen af oplysninger om priserne derfor først finder sted efter, at konkurrencen har virket. Det må nemlig konstateres, som sagsøgerne selv har anført under den mundtlige forhandling, at afgivelsen af prisoverslagene ikke bringer konkur-

rencen til ophør, da der stadig findes muligheder for forhandling mellem bygherren og den forhandlingsberettigede og mellem bygherren og de entreprenører, som har deltaget i mødet. Under disse forhandlinger vil den forhandlingsberettigede imidlertid råde over oplysninger, navnlig vedrørende produktets særlige egenskaber og de priser, hvortil mødedeltagerne har bemyndigelse til at afgive tilbud, eller hvortil de ikke er indstillet på at afgive tilbud, såfremt de har trukket sig tilbage i medfør af UPR's artikel 10. Herved berøves bygherren muligheden for at modtage et fordelagtigt tilbud, som han ellers havde kunnet få dom for, hvis det var blevet afgivet til ham, uden at der var gennemført en samordning mellem entreprenørerne.

123 Af det anførte følger, at Kommissionen med rette har lagt til grund i sin beslutning (betragtning 81), at en sådan samordning mellem entreprenørerne — idet den dels, og navnlig, har til formål og til følge at informere hver enkelt entreprenørs konkurrenter om den markedsadfærd, som han har besluttet eller overvejer at følge (jf. Domstolens dom af 16.12.1975, forenede sager 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 113/73 og 114/73, Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1663, præmis 173 og 174; se ligeledes Rettens førnævnte dom, Hercules Chemicals mod Kommissionen, præmis 260), dels kan medføre, at der fastsættes visse betingelser for den pågældende kontrakt — bevidst sætter et praktisk indbyrdes samarbejde mellem entreprenørerne i stedet konkurrencens risici (nævnte Suiker Unie-dom, præmis 191) og dermed udgør en tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 1.

III — Samordnet fastsættelse af priser eller dele af priser

Parternes argumenter

1) Pristillæg i tilfælde af samtidige tilbud (betragtning 31-34, 42-46, 86, 87 og 96)

124 Sagsøgerne har for det første gjort gældende, at ordningen med godtgørelse af udregningsomkostninger ikke skader konkurrencen mellem entreprenørerne, da

hver af dem på tidspunktet for afleveringen af prisoverslaget er i stand til at forudse det godtgørelsesbeløb, han vil få udbetalt, da dette principielt beregnes på grundlag af gennemsnittet af de prisoverslag, som er indgivet af virksomhederne, og da gennemsnittet kan forudses på grund af de ubetydelige forskelle, der er mellem de afleverede prisoverslag. Selv om godtgørelsen blev beregnet på et andet grundlag, ville den kunne forudses. Ved anvendelsen af UPRO kan tilbudsgiverne nemlig enten beregne godtgørelsen på grundlag af de gældende godtgørelsessatser (for arbejder af et mindre omfang) eller ved på forhånd at anslå buddet fra de entreprenører, hvis godtgørelse udgør en bestemt procentdel (når der ikke afleveres noget prisoverslag), eller ved at forudsætte, at han selv bliver den mindstbydende (når godtgørelsen fastsættes af den, som har afgivet det mindste prisoverslag). Sagsøgerne tilføjer, at den omstændighed, at godtgørelsen udbetales årligt inden for rammerne af UPROP via »udregningskassen«, ikke er til hinder for at forudse det beløb, der betales tilbage, da hver af entreprenørerne kan forudse det antal points, han får tildelt, hvis han bliver den mindstbydende, samt værdien af disse points, som varierer meget lidt fra år til år. Endelig udelukker den omstændighed, at der ved beregningen af godtgørelsen tages hensyn til værdien af de leveringer eller de arbejder, der udføres af bygherren eller af tredjemand, ikke, at beløbet kan forudses, da denne værdi er kendt eller kan fastslås tilnærmelsesvis.

125 For det andet har sagsøgerne gjort gældende, at ordningen med godtgørelse af udregningsomkostninger har til formål og til følge at forbedre transaktionsstrukturen på markedet, da den gør det muligt at lade de transaktionsomkostninger, som hver enkelt bygge- og anlægsarbejde har givet anledning til, bære af dette.

126 Heroverfor har Kommissionen for det første gjort gældende, at ordningen med godtgørelse af udregningsomkostninger skader konkurrencen af de grunde, som er angivet i beslutningen. I modsætning til det af sagsøgerne hævdede kan godtgørelsesbeløbet ikke forudses med tilstrækkelig præcision til, at ordningen kan anses for neutral, da den altid vil afhænge af elementer, som ikke kan fastslås med tilstrækkelig sikkerhed på tidspunktet for afleveringen af prisoverslagene. Følgelig vil alle entreprenørerne have tendens til blot at indføje godtgørelsen af udregningsomkostningerne i deres bud uden at tilpasse det. Dette er grunden til, at de nederlandske myndigheder har betegnet disse godtgørelser som »prisforhøjelser«. Under alle omstændigheder må ordningen med godtgørelse, også selv om der jævnligt måtte

blive udøvet et forhåndsskøn, betragtes som en direkte fastsættelse af en del af salgsprisen, som omhandlet i traktatens artikel 85, stk. 1.

127 For det andet bestrider Kommissionen, at ordningen med godtgørelse af udregningsomkostningerne forøger markedets effektivitet ved at begrænse transaktionsomkostningerne, da bygherrerne ikke har noget indseende med godtgørelserne af udregningsomkostningerne, som anvendes for deres vedkommende.

2) Pristillæg for kontrakter under hånden (betragtning 60-61 og 100)

128 Sagsøgerne bestrider beslutningens betragtning 61, hvori det anføres, at reglementerne medfører en generel prisforhøjelse på 3% af de under hånden indgåede kontrakter, fordi den førstbydende i det tilfælde, hvor bygherren tager kontakt til andre entreprenører efter at have modtaget tilbuddet fra den førstbydende og alligevel tildeler denne kontrakten efter at have modtaget de øvrige tilbud senere, skal betale et beløb svarende til højst 3% af kontraktens værdi til dækning af de prisforhøjelser, som er fastsat i reglementerne.

129 Herom anfører sagsøgerne, at Kommissionen på dette punkt forveksler forpligtelsen til at betale 3% af prisen til SPO-kontoret med forpligtelsen til at tage hensyn til disse 3% i budsummen. Desuden udgør beløbet på 3% et maksimum, som sjældent anvendes. Ifølge sagsøgeren har Kommissionen endvidere forsømt at tage hensyn til, at de 3% ikke skal betales i nogen af de tilfælde, hvor entreprenørerne på forhånd afstår fra at udpege en forhandlingsberettiget, og at bygherren, såfremt han faktisk har til hensigt at indgå kontrakten med den første entreprenør, hvortil der er rettet henvendelse, og såfremt han underforhandler med ham på grundlag af et åbent budget eller i byggeteam, vil kunne fastslå, om der er indregnet en provision for risikoen og kræve denne annulleret, såfremt han giver tilslag uden at rette henvendelse til andre.

130 Endvidere anfører sagsøgerne, at den første entreprenør, hvortil der er rettet henvendelse, har to muligheder for at indberegne risikoen i sit bud, uden at dette medfører en forhøjelse af kontraktpriserne, såfremt kontrakten indgås under hånden. Dels kan han forbeholde sig ret til at forhøje sit bud med et beløb på maksimalt 3%, såfremt bygherren senere søger at indhente yderligere tilbud, dels kan han ved afgivelsen af sit tilbud angive over for bygherren, at det indeholder en bestemmelse om indregning af et vist beløb til dækning af risikoen, som kan udgå, såfremt bygherren ikke retter henvendelse til andre. Oftest indsætter entreprenøren ikke en sådan bestemmelse om risikodækning.

131 Endelig anfører sagsøgerne, at den skarpe konkurrence mellem entreprenørerne og efterspørgernes stærke stilling på markedet alt i alt udgør en garanti for, at de 3% i sidste ende betales tilbage til bygherrerne, såfremt der er taget højde for risikoen, men denne ikke indtræffer.

132 Heroverfor har Kommissionen for det første gjort gældende, at den har konstateret, at entreprenørerne normalt skal betale et beløb til SPO-kontoret i overensstemmelse med 3%-reglen.

133 Kommissionen tvivler på, at entreprenørerne udnytter den af sagsøgerne anførte mulighed for at tage hensyn til den risiko, som skyldes 3%-reglen, da entreprenørerne uden nogen risiko for sig selv blot kan indregne et tillæg på 3% i deres bud.

134 Efter Kommissionens opfattelse stilles den entreprenør, som medtager en bestemmelse herom i sit tilbud, ikke ringere i konkurrencen, da de øvrige entreprenører, som der rettes henvendelse til på et senere tidspunkt, ligeledes er forpligtet hertil, medmindre udenforstående entreprenører opfordres til at afgive tilbud, hvilket sker ret sjældent.

135 Heraf konkluderer Kommissionen, at det afgørende er, at entreprenørerne uden en 3%-regel ikke ville være forpligtet til i deres bud at tage hensyn til risikoen for, at de i sidste ende må betale de 3%.

3) Pristillæg for kontrakter i underentreprise (betragtning 55-59 og betragtning 100, tredje afsnit)

136 Sagsøgerne har gjort gældende, at den omstændighed, at hovedentreprenøren kun kan pålægges de omkostninger i forbindelse med afgivelse af tilbud, som er afholdt af de underentreprenører, som har afgivet pristilbud over for hovedentreprenøren, — og således ikke kan pålægges udgifter, som er afholdt af underentreprenører, der har afgivet pristilbud over for andre hovedentreprenører — ingenlunde er i strid med de almindelige principper, som ligger til grund for omkostningsreglerne i forbindelse med afgivelse af tilbud, og som går ud på, at hver enkelt bygherre selv må bære de transaktionsomkostninger, som hans opfordring til afgivelse af tilbud har medført. Således kan en hovedentreprenør ikke gøres ansvarlig for omkostninger i forbindelse med afgivelse af tilbud, som han ikke har bidraget til. Desuden er formålet med denne særlige omkostningsordning at undgå, at de underentreprenører, som har afgivet tilbud over for forskellige hovedentreprenører som led i den samme kontrakt, ikke modtager en dobbelt eller endog en tredobbelt dækning.

137 Endelig anfører sagsøgerne, at Kommissionen ikke med føje kan gøre gældende, at reglementet om underentrepriser medfører en konsekvent forhøjelse af buddene på 3% i de tilfælde, hvor hovedentreprenøren anmoder om et bud under hånden. Sagsøgerne henviser i den forbindelse til, hvad de har anført vedrørende underhåndskontrakter.

138 Kommissionen har gjort gældende, at den ordning, som er indført ved reglementet om underentrepriser, er uforenelig med de almindelige principper for dækning af omkostninger i forbindelse med afgivelse af tilbud, således som de er beskrevet af sagsøgerne. Ved underentreprise henføres alle de omkostninger ved afgivelse af tilbud, som et bygge- og anlægsarbejde medfører, ikke til underentreprisen, da de underentreprenører til en hovedentreprenør, som ikke får tildelt kontrakten, ikke

får nogen dækning og derfor er nødt til at indregne deres omkostninger ved tilbudsgivning i deres generalomkostninger. Følgelig må bygherren, såfremt han indhenter yderligere tilbud, ud over godtgørelserne af udregningsomkostningerne betale de generalomkostninger, der er opstået som følge af, at omkostningerne ved tilbudsgivning på tidligere licitationer ikke er blevet dækket.

139 Kommissionen tilføjer, at den anvendte ordning medfører en forhøjelse på 3% af tilbuddene, således som det er tilfældet med underhåndskontrakter.

Rettens bemærkninger

140 Det bemærkes indledningsvis, at sagsøgernes argumenter om forbedringen af markedets kontraheringsstruktur er irrelevant for bedømmelsen af, om traktatens artikel 85, stk. 1, er tilsidesat, og at disse argumenter vil blive behandlet ved gennemgangen af spørgsmålet om tilsidesættelsen af traktatens artikel 85, stk. 3.

141 Der er fastsat to slags pristillæg i reglementerne, som uden forskel lægges oven i tilbuddene fra de enkelte entreprenører, som deltager i mødet, og som derfor betales af bygherren. Det er dels godtgørelse af udregningsomkostninger (betragtning 32-33 og 86-87), dels bidraget til brancheorganisationernes drift (betragtning 34-37).

142 Sagsøgernes klagepunkter vedrører i det væsentlige Kommissionens analyse af de førstnævnte pristillæg. Herom anfører sagsøgerne, at de enkelte entreprenørers tilbud forhøjes med samme beløb, som antages at udgøre summen af de udregningsomkostninger, som er afholdt af samtlige de entreprenører, der har deltaget i

mødet. Disse prisforhøjelser beregnes ved anvendelse af de tariffer, der findes som bilag til UPR, og som er fastsat sektorvis. Disse tariffer, som udgør de maksimale godtgørelsesbeløb, anvendes efter omstændighederne på gennemsnittet af prisoverslagene eller den konkrete entreprises anslåede værdi (vedrørende de nærmere detaljer henvises til beslutningens betragtning 32 og 33, som ikke bestrides af sagsøgerne). Denne ordning medfører, at bygherren betaler samtlige de udregningsomkostninger, der herved anslås med faste beløb, som hans opfordring til afgivelse af bud har affødt, herunder de udgifter, som er afholdt af de entreprenører, der ikke har fået tildelt kontrakten. Formålet hermed er at få bygherrerne til at overveje fordele og ulemper ved at indkalde bud fra et større eller mindre antal entreprenører. Disse pristillæg, som indregnes i budsummen, skal betales af den, som får kontrakten tildelt, og som skal indbetale størstedelen af beløbet til SPO-kontoret, der derefter fordeler det mellem de enkelte entreprenører og kontoret selv. Indbetalingen inden for rammerne af UPRO sker fra kontrakt til kontrakt og inden for rammerne af UPROP for hvert kalenderår. Der findes en tilsvarende pristillægsordning for indgåelse af kontrakter under hånden og for kontrakter om underentreprise. I disse kontrakter må den entreprenør, som der rettes henvendelse til, sikre sig mod risikoen for, at bygherren eller hovedentreprenøren retter henvendelse til andre entreprenører, i hvilket tilfælde han skal betale et beløb på 3% af kontrakten til SPO-kontoret til dækning af udregningsomkostningerne hos de entreprenører, der er rettet henvendelse til senere, og som ikke har fået tilslag (vedrørende de nærmere detaljer henvises til betragtning 55-59).

143 Sagsøgerne bestrider ikke beslutningens beskrivelse af pristillægsordningen, men gør gældende, at ordningen ikke begrænser konkurrencen, da de entreprenører, som deltager i en licitation, har mulighed for på forhånd at anslå det godtgørelsesbeløb, de vil få udbetalt for deres udregningsomkostninger. Ordningen er derfor konkurrencemæssigt neutral, da godtgørelsen fastsættes på grundlag af faste beløb, idet de entreprenører, som har de laveste udregningsomkostninger, vil kunne nedsætte deres bud, når de ved, at de vil få udbetalt en større godtgørelse end de afholdte omkostninger. Heroverfor har Kommissionen gjort gældende, at den omstændighed, at beløbet kan anslås på forhånd, ikke er tilstrækkelig til, at ordningen kan anses for neutral, og at den fælles fastsættelse af disse godtgørelser under alle omstændigheder må betragtes som en fastsættelse af en del af prisen.

144 Det bemærkes, at beslutningen i det væsentlige indeholder tre klagepunkter vedrørende pristillægsordningen. For det første, at den indebærer fastsættelse af en del

af prisen, for det andet, at den er ensbetydende med en klausul om, at der ikke skal øves konkurrence på udregningsomkostningerne (betragtning 86, tredje afsnit), og for det tredje, at ordningen medfører en forhøjelse af prisniveauet for de bygherrer, som indkalder bud fra et stort antal entreprenører, såvel som for de kontrakter, der indgås under hånden, og for kontrakterne om underentreprise (betragtning 57, 87 og 100).

145 Det må herved for det første konstateres, at sagsøgerne ikke har fremført noget gyldigt modargument vedrørende punktet om, at den fælles fastsættelse af pristillæg, som uden forskel lægges oven i de enkelte entreprenørers bud, må betragtes som fastsættelse af en del af prisen i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1, litra a). Sagsøgernes argumentation om, at det er muligt at anslå pristillæggenes størrelse på forhånd, har nemlig ingen relevans i denne forbindelse og angår udelukkende spørgsmålet, om pristillægsordningen ophæver konkurrencen mellem entreprenørerne med hensyn til deres udregningsomkostninger, hvilket udgør et selvstændigt klagepunkt.

146 Følgelig har Kommissionen med rette fundet, at den fælles fastsættelse af pristillæg må betragtes som fastsættelse af en del af prisen i strid med forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1, litra a).

147 Hvad for det andet angår spørgsmålet, om denne fastsættelse af en del af prisen medfører en ophævelse af konkurrencen mellem entreprenørerne i henseende til udregningsomkostningerne og dermed begunstiger de i så henseende mindst konkurrencedygtige entreprenører i forhold til de mere konkurrencedygtige, må det undersøges, om entreprenørerne, som hævdet af sagsøgerne, på forhånd kan bedømme det godtgørelsesbeløb, de vil få udbetalt, og, i bekræftende fald, om ordningen er fuldstændig neutral under hensyn til, at den baseres på faste beløb, da hver enkelt entreprenør kan nedsætte sit bud med et beløb svarende til forskellen mellem de udregningsomkostninger, han faktisk har afholdt, og den godtgørelse, han får udbetalt.

148 I så henseende må det konstateres, at det langt fra er muligt helt at bedømme godtgørelsesbeløbets størrelse på forhånd. Dette er nemlig udelukket, såfremt tilbuddet

skal beregnes på et tidspunkt, hvor man endnu ikke kender de nødvendige kriterier for en sådan forhåndsbedømmelse (gennemsnittet af prisoverslagene, entreprisens anslåede værdi, det laveste bud).

149 Inden for rammerne af UPROP er det således udelukket at anslå godtgørelsesbeløbets størrelse på forhånd med blot nogenlunde præcision på grund af ordningen med årlig udbetaling af godtgørelsen og vanskeligheden ved at forudse pointantallet og disses værdi.

150 Det tilfælde, hvor det synes at være lettest at anslå godtgørelsesbeløbets størrelse på forhånd, er den situation, hvor man under mødet inden for rammerne af UPRO overlader det til den entreprenør, som har afleveret det laveste prisoverslag, at bestemme pristillæggene. I dette tilfælde antager hver enkelt entreprenør nemlig, at han bliver den mindstbydende, og at han selv vil kunne fastsætte godtgørelsen. Det bør dog bemærkes, at entreprenøren i dette tilfælde må tage den risiko i betragtning, at han ikke bliver den mindstbydende, og at han i så fald i sit pristilbud må indregne det af den mindstbydende fastsatte godtgørelsesbeløb, som kan være højere eller lavere end de af ham selv fastsatte udregningsomkostninger. Ganske vist kan den enkelte entreprenør have tilpasset sit prisoverslag efter det af ham selv fastsatte godtgørelsesbeløb, men han bliver nødt til at kende alle sine konkurrenters stilling på dette punkt for at kunne overvælte det endeligt fastsatte godtgørelsesbeløb rigtigt på sit prisoverslag, idet hver af hans konkurrenter kan tænkes at blive den mindstbydende og at fastsætte beløbet på grundlag af sine egne udregningsomkostninger. Entreprenørerne kan imidlertid ikke få kendskab hertil, da sådanne oplysninger for hver af dem har karakter af en forretningshemmelighed.

151 Denne ordning kan imidlertid også medføre, at bygherren går glip af fordelen ved at indgå kontrakt med den entreprenør, som er den mest konkurrencedygtige med hensyn til udregningsomkostningerne. Hvis man således forestiller sig, at en entreprenør A, som er meget konkurrencedygtig med hensyn til sine udregningsomkostninger, sætter godtgørelsesbeløbet herfor til 12 for det tilfælde, at han bliver den mindstbydende med sit prisoverslag på 105, mens entreprenør B, som er den mindst konkurrencedygtige, sætter beløbet herfor til 20 for det tilfælde, at han bli-

ver den mindstbydende med et prisoverslag på 100, risikerer man at stå over for følgende situation: B, som viser sig at være den mindstbydende, beslutter at fastsætte godtgørelsen til 20. Følgelig vil hans pristilbud til bygherren være på 120, mens A's pristilbud vil være på 125. Hvis konkurrencen havde været fri, havde A fremsat et pristilbud på 117 og B et pristilbud på 120. I forhold til bygherren bliver B derfor den mindstbydende med sit endelige pristilbud i stedet for A, men til en højere pris end der ville været fremkommet, såfremt konkurrencen havde været fri og uforfalsket. Hvis A havde vidst, at B ville fastsætte godtgørelsesbeløbet til 20, havde han kunnet nedsætte sit prisoverslag fra 105 til 97, da han vidste, at han alt i alt alligevel ville opnå de 117, som han havde brug for, og dermed blive den mindstbydende. A ville imidlertid alene kunne få kendskab til det godtgørelsesbeløb, som B ville fastsætte, såfremt han i strid med konkurrencereglerne førte samråd med B, hvilken fremgangsmåde intet har at gøre med den af sagsøgerne påståede objektive gennemskuelighed ved ordningen og den påståede mulighed for helt at anslå godtgørelsesbeløbet på forhånd.

152 Følgelig begrænses entreprenørernes konkurrence på deres udregningsomkostninger under alle omstændigheder af den gældende ordning med godtgørelse af udregningsomkostninger, som fratager bygherren fordelen ved en sådan konkurrence.

153 For det tredje må det undersøges, om ordningen med godtgørelse af udregningsomkostninger og ordningen med bidraget til brancheorganisationernes drift medfører en generel prisforhøjelse. I så henseende bør der sondres mellem tre områder: samtidige tilbud, underhåndskontrakter og underentrepriser.

154 Hvad angår det første område kan det ikke bestrides, at ordningen medfører en prisforhøjelse for de bygherrer, som retter indkaldelsen af tilbud til et stort antal entreprenører, da de må betale hver enkelt af disses udregningsomkostninger. Ordningen bevirker endvidere, at bygherrerne går glip af de tilbud, som måtte være mere fordelagtige end den forhandlingsberettigede, i alle de tilfælde hvor en entreprenørs større konkurrencedygtighed i henseende til udregningsomkostninger mere end udligner hans mindre konkurrencedygtighed i de øvrige henseender, og hvor denne entreprenør i uvidenhed om omfanget af sin større konkurrencedygtighed ikke har kunnet lade denne slå fuldt ud igennem på sit prisoverslag (jf. oven-

for, præmis 151). Endelig medfører også bidraget til erhvervsorganisationernes driftsomkostninger en prisforhøjelse.

155 Hvad angår det andet og det tredje område er det ubestridt mellem parterne, at de entreprenører, som kontraherer under hånden eller tager en underentreprise, løber risikoen for at måtte betale et beløb til SPO-kontoret svarende til 3% af kontraktens værdi, såfremt bygherren eller hovedentreprenøren retter henvendelse til andre om indgåelse af kontrakt på entreprisen. Ganske vist er det, som anført af sagsøgerne, muligt for bygherren eller hovedentreprenøren ved forhandling med entreprenørerne at opnå, at de ikke indregner denne risiko i deres tilbud og overvælter den på prisen, men det må dog konstateres, at ordningen som sådan tilskynder entreprenørerne til at overvælte denne risiko på deres kunder, og at den tvinger disse til forhandlinger, såfremt de vil undgå det. Ordningen kan derfor også i denne henseende medføre en prisforhøjelse.

156 Det følger af det anførte, at Kommissionen med rette fundet, at ordningen med prisforhøjelser må betragtes som fastsættelse af en del af prisen, at den begrænser entreprenørernes konkurrence på udregningsomkostningerne, og at den medfører en prisforhøjelse, der inden for rammerne af UPRO er desto større jo flere entreprenører, bygherren ønsker, der skal konkurrere indbyrdes.

157 Endvidere bemærkes, at sagsøgerne ikke bestrider, at tilbudssummerne — efter at prisforhøjelserne er blevet lagt oven i prisoverslagene — fra andre entreprenører end den forhandlingsberettigede kan nedsættes, på den betingelse, at dette ikke ændrer rækkefølgen i de afleverede prisoverslag, således at prisforskellene mellem de pristilbud, der er afgivet over for bygherren, forekommer umådeholdent store. Sagsøgerne bestrider heller ikke, at tilbudssummerne kan forhøjes, når der er tillagt forrang, for at sikre den forhandlingsberettigedes forrang, og at der kan fastsættes delpriser eller enhedspriser for at undgå, at bygherren udliciterer arbejdet i dele.

158 Sådanne prismanipulationer må utvivlsomt betragtes som en samordnet fastsættelse af priser i traktatens artikel 85, stk. 1, litra a)'s forstand, da der stadig er mulighed for — som sagsøgerne selv gentagne gange har fremført — at bygherren tildeler en anden entreprenør end den mindstbydende kontrakten.

IV — Begrænsning af entreprenørernes og bygherrens frie forhandlingsret

Parternes argumenter

a) Forrang (betragtning 30 og 85)

159 Sagsøgerne har gjort gældende, at ordningen med tillæggelse af forrang ikke medfører en opdeling af markedet, da hver enkelt licitation må betragtes som et »ad hoc«-marked, hvor kredsen af tilbudsgivere bestemmes af bygherrerne. Entreprenørerne kan ikke opdele arbejdet mellem sig indbyrdes, da ingen af dem har nogen garanti for, at de senere kommer i konkurrence med den entreprenør, som har fået tillagt forrang, og følgelig får udbetalt en kompensation af denne.

160 De fremhæver endvidere, at der principielt skal være enighed mellem samtlige mødedeltagere for, at der kan tillægges forrang. Det forekommer derfor sjældent, at en entreprenør har fået tillagt forrang (0,3% af samtlige tilfælde i 1988).

161 Endelig anfører sagsøgerne, at den entreprenør, som får tillagt forrang, er forpligtet til at fremsætte et bud, som svarer til det laveste bud, hvilket forøger de for ham med kontrakten forbundne risici, som igen står i forhold til den interesse, han har i kontrakten.

162 Heroverfor har Kommissionen gjort gældende, at en entreprenørs interesse i en kontrakt må komme til udtryk i den pris, han byder, og ikke i, at han får tillagt forrang af sine konkurrenter.

163 Kommissionen tilføjer, at det er en markedsopdeling at tillægge en af tilbudsgiverne forrang, da det er konkurrenterne, som indbyrdes afgør hvem af dem, der skal være beskyttet mod konkurrencen fra de andre.

2) Beskyttelse af den forhandlingsberettigede (betragtning 39-41, 52-54 og 93-95)

164 Sagsøgerne, som ikke bestrider den teoretiske beskrivelse i beslutningen af, hvorledes ordningen fungerer, anfægter dels, at ordningens formål — som er at beskytte mod tingning om priserne — ikke fremgår af beslutningen dels, at beslutningen ikke indeholder en korrekt analyse af de virkninger, som ordningen i praksis har for konkurrencen.

165 Hvad angår spørgsmålet om beskyttelse mod tingning om priserne, som består i, at en bygherre spiller de to bud, han har indhentet samtidig eller successivt hos de enkelte entreprenører, ud mod hinanden for at opnå en prisnedsættelse, anfører sagsøgerne, at denne beskyttelse betragtes som ønskværdig af samtlige markedsdeltagere, og at den er nødvendig for, for det første at modvirke risikoen for en økonomisk uberettiget prisdannelse, der beror på efterspørgslens stærke stilling i forhold til udbuddet, for det andet at undgå, at markedets transaktionsstruktur bliver mindre effektiv som følge af, at man allerede i de første pristilbud foregriber tingning om priserne, og, for det tredje at udbedre det brud på licitationens objektive karakter, som beror på, at bygherrerne under prisforhandlingerne vil kunne påberåbe sig subjektive præferencer i stedet for den laveste pris. Sagsøgerne anfører, at ordningen ikke går videre end nødvendigt for at imødegå tingning om priserne og fremhæver, at ordningen er mindre rigoristisk end medlemsstaternes og Fællesskabets lovgivning om samme spørgsmål.

166 Under henvisning til de samme betragtninger anfører sagsøgerne, at beskyttelsen af den forhandlingsberettigede er resultatet af en objektiv procedure, som fører til, at den mindstbydende automatisk udpeges som forhandlingsberettiget, hvilket ingenlunde begrænser konkurrencen, men blot forrykker det tidspunkt, hvor den udøves. Kommissionen kan ikke med føje kritisere reglementerne for, at de forhindrer bygherren i at gøre andre synspunkter gældende end prisen i dennes forhandlinger med entreprenørerne, idet den omstændighed, at bygherren opfordrer til afgivelse af sammenlignelige bud må ses som udtryk for, at han koncentrerer konkurrencen om prisen.

167 Ifølge sagsøgerne er reglementet om ikke-samtidige pristilbud og tilbud om delpriser nødvendig for at forhindre en omgåelse af reglementet om samtidige pristilbud ved, at bygherren spiller entreprenørers successive pristilbud eller tilbud om delpriser ud mod hinanden.

168 Vedrørende de praktiske virkninger af ordningen fastholder sagsøgerne, at det ikke er rigtigt, at ordningen i praksis medfører, at den forhandlingsberettigede får et midlertidigt monopol på en bestemt kontrakt. For det første udelukker ordningen ikke, at bygherren ved samtidige tilbud tildeler kontrakten en anden tilbudsgiver end den forhandlingsberettigede. For det andet udelukker ordningen, hvor der er tale om ikke-samtidige tilbud, ikke, at de entreprenører, som byder efter den forhandlingsberettigede, afgiver et nyt pristilbud, men ved sammenlignelige bud gør dette afhængig enten af en godkendelse fra den forhandlingsberettigede eller fra et ad hoc-udvalg, som er nedsat til at efterprøve, at disse bud ikke er fremkommet som resultatet af en tingning om priserne. Denne godkendelse nægtes i virkeligheden sjældent og kan ikke nægtes, såfremt det nye bud er en vis procentdel lavere end den forhandlingsberettigedes bud. Denne procent, som varierer fra sektor til sektor, svarer til det forspring, som afgiveren af det nye bud har, hvis han har kendskab til det gamle bud. Det fremgår af Hartelust's empiriske undersøgelse med titlen »Forholdet mellem efterspørgsel og udbud på det nederlandske bygge- og anlægsmarked 1975-1979«, at den forhandlingsberettigede aldrig vil være beskyttet i det tilfælde, hvor de nye tilbud afgives som svar på en opfordring, der ikke kan sammenlignes med den opfordring, som de gamle bud blev udfærdiget som svar på. Når alt kommer til alt, medfører ordningen nemlig kun en beskyttelse af den forhandlingsberettigede i 10,5% af de tilfælde, hvor buddene ikke afgives samtidigt.

169 Kommissionen har gjort gældende, at ordningen til beskyttelse af den forhandlingsberettigede ikke blot beskytter entreprenørerne mod tingning om priserne og mod den ruinerende konkurrence, som dette kunne medføre, men at ordningen begrænser alle konkurrencemuligheder, da den udelukker alle andre tilbudsgivere end den forhandlingsberettigede fra at føre forhandlinger med bygherren eller i det mindste betinger deltagelsen i disse forhandlinger af en godkendelse fra den forhandlingsberettigede eller et entreprenørudvalg.

170 Ifølge Kommissionen er det uberettiget, når sagsøgerne sammenligner ordningen til beskyttelse af den forhandlingsberettigede med de offentligretlige forskrifter, som gælder i andre medlemsstater, og de forskrifter, som er indført ved Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT 1971 II, s. 613, herefter benævnt »direktiv 71/305«, berigtiget i EFT 1952-1972, Supplement til Specialudgaven, s. 40 ff.). Disse ordninger vedrører kun offentlige kontrakter og har et andet formål end de omtvistede reglementer, idet de tilsigter at give entreprenørerne lige muligheder over for de offentlige myndigheder. I øvrigt begrænser reglementerne ikke blot bygherrens frie forhandlingsret, hvilket Fællesskabets og medlemsstaternes regler også gør, men foreskriver tillige udveksling af oplysninger samt fælles og forudgående justering af pristilbuddene. Kommissionen fremhæver i den forbindelse, at entreprenørerne i forvejen i kraft af nederlandsk lovgivning er tilsikret en vis beskyttelse under forhandlingerne med bygherren, efter at denne har indhentet pristilbud, hvorfor reglementerne ikke var så nødvendige, som sagsøgerne hævder.

171 Det er ifølge Kommissionen uberettiget, som sagsøgerne hævder, at beskyttelsen af den forhandlingsberettigede først sætter ind efter det tidspunkt, hvor konkurrencen har været udøvet. Hvad angår de samtidige bud er proceduren for udpegelse af den forhandlingsberettigede nemlig ikke så objektiv, som det hævdes af sagsøgerne, navnlig ikke, når entreprenørerne selv skal bedømme buddenes sammenlignelighed. Sagsøgernes argumentation er baseret på den fejlagtige opfattelse, at den bygherre, som har indhentet flere pristilbud, dermed har besluttet, at han vil træffe sit valg på grundlag af prisen. Bygherren kan nemlig godt nære et legitimt ønske om at forhandle med andre tilbudsgivere end den mindstbydende, og der er intet, som kan begrunde, at han fratages denne mulighed ved en ensidig afgørelse herom fra entreprenørerne.

172 Kommissionen anfører videre, at ordningen til beskyttelse af den forhandlingsberettigede er endnu mere uberettiget for så vidt angår pristilbud, der ikke afgives samtidig. I dette tilfælde sætter beskyttelsen af den forhandlingsberettigede nemlig ind på det tidspunkt, hvor bygherren efter først at have indhentet ét pristilbud, beslutter at indhente yderligere et eller flere, dvs. at beskyttelsen virker fra et tidspunkt, hvor der endnu ikke har været udøvet nogen konkurrence. Denne beskyttelse af den forhandlingsberettigede medfører, at hvis opfordringen til afgivelse af tilbud er sammenligneligt med det, som den forhandlingsberettigede har reageret på, kan de entreprenører, der senest er rettet henvendelse til, kun afgive pristilbud over for bygherren, såfremt tilbuddet er en vis procentdel lavere end den forhandlingsberettigedes pristilbud. Denne procentdel er langt større end det er nødvendigt for at beskytte den første tilbudsgiver mod, at de senere tilbudsgivere udnytter indholdet af hans tilbud.

173 Efter Kommissionens opfattelse er ordningen med fastsættelse af del- eller enhedspriser ikke nødvendig for at beskytte entreprenører mod tingning om priserne, da de i modsætning til det af sagsøgerne anførte har mulighed for at betinge deres tilbud om delpriser af, at de får tildelt hele bygge- og anlægsarbejdet.

174 Under alle omstændigheder har sagsøgerne selv erkendt, at den forhandlingsberettigede i 10,5% af tilfældene bevarer sin stilling som forhandlingsberettiget på grund af den forrang, som er fastsat i reglementet om pristilbud, der ikke afgives samtidig. Ifølge Kommissionen udgør de 10,5% det antal tilfælde, hvor den forhandlingsberettigede i kraft af sin stilling har kunnet forhindre, at der efterfølgende afgives pristilbud, som er lavere end hans eget.

175 Vedrørende markedets gennemskuelighed anfører Kommissionen, at den af sagsøgerne indførte ordning gør markedet fuldstændig uigennemskueligt for de bygherrer, som kun lejlighedsvis udbyder arbejder. Her er det entreprenørerne, som har den stærkeste stilling på markedet, og ikke omvendt.

3) Underentrepriser (betragtning 55-59 og betragtning 100, tredje afsnit)

176 Sagsøgerne har gjort gældende, at formålet med reglementet om underentrepriser er at undgå, at hovedentreprenørerne spiller de enkelte underentreprenører ud mod hinanden ved at tinge om priserne på grundlag af de bud, som de modtager fra dem. Det generelle reglement er i samme øjemed blevet tilpasset de særlige forhold for underentreprise, hvorved reglerne for forholdet mellem bygherren og tilbudsgiverne er blevet overført til forholdet mellem hovedentreprenøren og underentreprenørerne.

177 Hvad angår nødvendigheden af at beskytte underentreprenører mod risikoen for tingning om priserne, har Kommissionen henvist til, hvad den har anført om beskyttelsen af den forhandlingsberettigede.

Rettens bemærkninger

178 Det bemærkes indledningsvis, at sagsøgernes argumentation, der skal vise, at det er nødvendigt at beskytte den forhandlingsberettigede for at undgå tingning om priserne — hvilket anføres at ville medføre en ruinerende konkurrence — findes at være irrelevant for bedømmelsen af sagsøgernes anbringende vedrørende tilsidesættelsen af traktatens artikel 85, stk. 1, og vil blive behandlet i sammenhæng med anbringendet om tilsidesættelsen af traktatens artikel 85, stk. 3.

179 Når de enkelte mødedeltageres bud er blevet anset for eller gjort sammenlignelige under mødet, har den procedure, som følges, til formål at få udpeget en forhandlingsberettiget. Herved må der først tages hensyn til, hvad formålet er med beskyttelsen af den forhandlingsberettigede. Herom bemærkes, at den forhandlingsberettigede er tildelt eneret til at forhandle sit pristilbud med bygherren. De øvrige tilbudsgivere er nemlig afskåret fra at tage kontakt til bygherren for at forhandle om priserne på ydelserne eller de enkelte elementer i den pågældende kontrakt (jf. UPRO's artikel 28 og UPROP's artikel 30, sammenholdt med artikel 5, stk. 2, i de etiske regler). De øvrige tilbudsgivere kan derfor kun få tildelt kontrakten ved at

acceptere den til den pris, som de har budt, og på de i licitationen fastsatte betingelser. Ved pristilbud, som ikke afgives samtidig, omfatter den forhandlingsberettigedes beskyttelse også de senere pristilbud (jf. UPRO's artikel 28, UPROP's artikel 30 og artikel 5, stk. 3, i de etiske regler samt reglementet om ikke-samtidige pristilbud). Det er forbudt entreprenører, som efterfølgende modtager henvendelser fra en bygherre, at afgive pristilbud uden den forhandlingsberettigedes godkendelse eller — såfremt denne godkendelse nægtes — uden godkendelse fra et af det pågældende SPO-kontor udpeget ad hoc-udvalg. Udvalget kan kun give godkendelse, såfremt den pris, der tilbydes i det senere tilbud, er væsentlig lavere end den forhandlingsberettigedes pristilbud (mellem 2,5 og 10%, afhængig af sektoren). Denne beskyttelse af den forhandlingsberettigede har gyldighed for en periode på mellem to og fem år (afhængig af den pågældende kontrakts værdi).

180 Der findes ifølge reglementerne tre forskellige fremgangsmåder for udpegelse af den forhandlingsberettigede. Den forhandlingsberettigede er enten den mindstbydende entreprenør under mødet, den entreprenør, hvortil der først rettes henvendelse — når der er tale om afgivelse af ikke-samtidige pristilbud — eller den entreprenør, som på forhånd udpeges hertil under mødet i medfør af reglerne om tillæggelse af forrang.

181 I de tilfælde, hvor pristilbuddene afgives samtidig, og der ikke foreligger tilbagetrækning eller tillæggelse af forrang, er den forhandlingsberettigede den entreprenør, som har afgivet det laveste prisoverslag. Spørgsmålet er imidlertid, om denne beskyttelse — ud over at den gives efter, at der har fundet en konkurrencebegrænsende udveksling af oplysninger sted, og efter, at der er sket en delvis fastsættelse af priserne — ikke også i sig selv medfører en konkurrencebegrænsning.

182 Formålet med at beskytte den forhandlingsberettigede er at give den entreprenør, som har afleveret det laveste prisoverslag under mødet (dvs. det laveste pristilbud med fradrag af pristillæggene), en beskyttelse af hans tilbud — såvel hvad angår dettes indhold som de heri indeholdte priser — mod de forhandlinger, som kan tænkes at ville finde sted mellem bygherren og de øvrige medlemmer af SPO, såvel de entreprenører, som har deltaget i mødet, som dem, der ikke har. Herved gælder, at de førstnævnte entreprenører ikke kan forhandle deres pristilbud, mens de sidst-

nævnte for at afgive tilbud skal indhente godkendelse fra den forhandlingsberettigede eller fra et voldgiftsudvalg. I det anførte øjemed begynder de entreprenører, som deltager i mødet, med at fastsætte, på hvilke betingelser de vil konkurrere indbyrdes. De fastsætter i den forbindelse, hvad de enkelte tilbud skal indeholde for at kunne betragtes som ækvivalente alternative tilbud for bygherren, der kun må vælges imellem på grundlag af prisen.

183 Det må herved fremhæves, at selv om det antages, at den vurdering, som foretages af buddenes sammenlignelighed under mødet, er så objektiv som overhovedet mulig, kan det ikke accepteres, at entreprenørerne ensidigt sætter deres egen vurdering i stedet for bygherrens, da han bør have mulighed for at gøre sine subjektive præferencer gældende — for eksempel hvad angår entreprenørens omdømme, hans disponibilitet og geografiske placering i forhold til bygherren — og endvidere have mulighed for som potentiel bruger selv at foretage en bedømmelse af, om de enkelte tilbud efter hans opfattelse er ækvivalente.

184 Vedrørende de ikke-samtidige pristilbud bemærkes, at sagsøgerne her blot har anført, at det er nødvendigt at udpege den entreprenør, hvortil der først rettes henvendelse, som forhandlingsberettiget for at forhindre en omgåelse af reglementet om samtidige pristilbud, men at sagsøgerne ikke bestrider, at der ydes en beskyttelse på dette stadium, uden at der endnu har været udøvet nogen konkurrence. Det bestrides altså ikke, at den beskyttelse, som indrømmes den forhandlingsberettigede i det tilfælde, hvor opfordringerne til afgivelse af tilbud ikke er samtidige, er en konkurrencebegrænsning; det må imidlertid undersøges, om denne beskyttelse kan anses for et nødvendigt supplement til reglementet om samtidig indkaldelse af tilbud, og om den opfylder de nødvendige betingelser for en fritagelse efter traktatens artikel 85, stk. 3 (jf. nedenfor under det andet anbringende).

185 Hvad angår spørgsmålet om tillæggelse af forrang bemærkes, at reglerne indebærer, at den, som tildeles forrang, kan udpeges af mødedeltagerne som forhandlingsberettiget, uanset hvilket prisoverslag han indleverer, på den betingelse, at hans eget endelige pristilbud svarer til det laveste prisoverslag, forhøjet med de gældende godtgørelser, som ydes. Som anført af Kommissionen (betragtning 85) er følgen af

reglerne om tillæggelse af forrang, at der sker en opdeling af markedet i den forstand, at det er mødedeltagerne, som bestemmer, hvem af dem der skal beskyttes som forhandlingsberettiget på et tidspunkt, hvor der endnu ikke har været udøvet nogen konkurrence. Herved opdeler de markedet mellem sig indbyrdes og handler i strid med princippet om, at forbrugerne selv frit skal kunne vælge, hvem de ønsker som leverandør (jf. Domstolens førnævnte dom i sagen Suiker Unie mod Kommissionen, præmis 180). I så henseende er det uden betydning, at mødedeltagerne ikke er i en vedvarende og fast struktureret konkurrence med hinanden på grund af de særlige forhold i forbindelse med hvert enkelt bygge- og anlægsarbejde. Det er ikke nødvendigt at kende motiverne hos de virksomheder, som opdeler et marked indbyrdes mellem sig, for at afgøre, om en sådan markedsopdeling omfattes af forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1.

186 Ganske vist fratager reglerne om beskyttelse af den forhandlingsberettigede ikke fuldstændigt bygherren hans valgmuligheder, idet han stadig kan give en anden mødedeltager tilslag end den forhandlingsberettigede (men uden at kunne forhandle om dennes tilbud) eller en anden entreprenør (forudsat der indhentes godkendelse fra den forhandlingsberettigede eller et voldgiftsudvalg, såfremt den pågældende er medlem af SPO). Disse valgmuligheder er dog yderst begrænsede på grund af den beskyttelse, som er indrømmet den forhandlingsberettigede, da de øvrige mødedeltagere kun må tage entreprisen på de vilkår, der fremgår af deres pristilbud. Hermed fratages bygherren muligheden for at gøre sine præferencer gældende vedrørende indholdet og prisen i hver af disses tilbud, hvorved han begrænses til at foretage et valg mellem de enkelte tilbud som helhed. Desuden vil hans mulighed for at forhandle den forhandlingsberettigedes tilbud også være stærkt begrænset, da den forhandlingsberettigede ved, at han er beskyttet, og kender omfanget af den beskyttelse, han nyder i prismæssig henseende over for de entreprenører, som er medlemmer af SPO, og da han kender de øvrige mødedeltageres bud og de tariffer, som gælder for pristilbud, der ikke afgives samtidig.

187 Af det anførte følger, at beskyttelsen af den forhandlingsberettigede har konkurrencebegrænsende virkning, men at det i forbindelse med gennemgangen af det andet anbringende bør undersøges, om denne beskyttelse — hvis formål er at værne entreprenørerne mod tingning om priserne — eventuelt kan fritages efter traktatens artikel 85, stk. 3.

V — SPO's handlemåde over for udenforstående entreprenører (betragtning 49-51, 98 og 99)

Parternes argumenter

188 Sagsøgerne har gjort gældende, at det står entreprenørerne helt frit, om de vil være faste medlemmer af SPO, eller om de vil følge SPO's reglementer i forbindelse med én bestemt licitation. Der lægges ikke nogen pression på udenforstående entreprenører for at få dem tilsluttet. For at undgå, at visse entreprenører misbruger ordningen ved undertiden at følge reglementerne og undertiden ikke, er det nødvendigt at fastsætte sanktioner. Da reglementerne udgør et hele, må det undgås, at visse entreprenører kun tager systemets fordele, men unddrager sig forpligtelserne.

189 Ganske vist — erkender sagsøgerne — har SPO-kontorerne kontakt til udenforstående entreprenører, men drøftelserne i den forbindelse vedrører helt specifikke anliggender og kan ikke betragtes som nogen pression. Der er hermed højst tale om, at visse udenforstående entreprenører undertiden indbydes til at deltage i et møde.

190 Sagsøgerne bestrider det af Kommissionen anførte i beslutningens betragtning 99, første afsnit, om at udenlandske virksomheder for at operere på det nederlandske marked er nødt til at gå i samarbejde med en nederlandsk virksomhed, som er omfattet af reglementerne. Denne påstand modsiges af de tal, som sagsøgerne har fremlagt, såvel hvad angår antallet af samarbejdskontrakter, som hvad angår antallet af de kontrakter, som udenlandske virksomheder har fået tildelt uden at have tiltrådt reglementerne.

191 Sagsøgerne erkender ganske vist, at man under møderne forsøger at få oplyst, om der ud over fra mødedeltagerne også er indkaldt tilbud fra tredjemænd, men denne udveksling af oplysninger begrænser ikke efter sagsøgernes opfattelse konkurrencen. De herom udvekslede oplysninger har nemlig ikke megen værdi og giver ikke

mødedeltagerne nogen mulighed for at tilpasse deres adfærd især med hensyn til fastsættelsen af deres prisoverslag, da dette afhænger af andre økonomiske faktorer.

192 Sagsøgerne bestrider, at reglementerne giver SPO's medlemmer mulighed for at beskytte sig effektivt mod konkurrence fra tredjemænd. I forbindelse med anbringendet herom har Kommissionen overset, at de entreprenører, som er medlemmer af SPO, stadig er konkurrenter, som kappes både med hinanden og med tredjemænd. Sagsøgerne afviser, at mødedeltagernes handlemåde ved udpegelsen af en forhandlingsberettiget eller ved fastsættelsen af godtgørelsen af udregningsomkostninger er afhængig af, om der er udenforstående konkurrenter eller ej. Kommissionen har ikke godtgjort, at der er nogen sammenhæng mellem disse to forhold, og de tal, som Kommissionen har henvist til, er hverken illustrerende eller relevante. Navnlig udgør det tal på 80%, som er anført i beslutningens betragtning 51, ikke nogen indikation for, at mødedeltagerne har større chancer for at få tildelt kontrakten end udenforstående, og endnu mindre, at disse større chancer skulle bero på en fordækt samordning.

193 Sagsøgerne konkluderer, at de beskyldninger, som Kommissionen har fremsat uden at foretage nogen undersøgelse, er helt grundløse. Til godtgørelse heraf anfører de, at hvis udenforstående entreprenører virkelig havde lidt skade ved SPO's medlemmernes handlemåde, ville de enten have klaget derover eller være blevet medlemmer af SPO. I øvrigt må man ikke glemme, at det i de fleste tilfælde er bygherren, som ved at anvende en begrænset licitation selv bestemmer antallet og den kreds af entreprenører, der kan konkurrere om det udbudte bygge- og anlægsarbejde.

194 Heroverfor har Kommissionen gjort gældende, at de ved reglementerne fastsatte sanktioner kan tilskynde udenforstående til mere eller mindre vedvarende at følge reglementerne, uanset at sanktionernes formål er at undgå misbrug af reglementerne.

195 Kommissionen fremhæver herved, at sagsøgerne ikke selv benægter, at SPO-kontorerne tager kontakt til udenforstående virksomheder, og Kommissionens undersøgelse har vist, at formålet med disse kontakter ikke blot var at anmode de pågældende virksomheder om at følge reglementerne.

196 I øvrigt er, ifølge Kommissionen, udenlandske virksomheders beslutningsfrihed med hensyn til, om de vil følge reglementerne temmelig begrænset, da de oftest for at komme ind på markedet må indgå et samarbejde med en nederlandsk entreprenør, således som det fremgår af en anbefaling fra det tysk-nederlandske handelskammer. De fleste af de entreprenører, der er mulighed for at samarbejde med, er nemlig medlemmer af SPO. De tal, som sagsøgerne har fremlagt, er ifølge Kommissionen ufuldstændige, da de kun vedrører de egentlige entreprenørsammenslutninger.

197 Efter Kommissionens opfattelse har mødedeltagerne mulighed for på grundlag af de oplysninger, som udveksles under møderne, at skaffe sig en fordel i forhold til udenforstående virksomheder, således som det i øvrigt er godtgjort i beslutningen (betragtning 49-51, 98 og 99).

198 Kommissionen konkluderer, at der foreligger en konkurrencebegrænsning, eftersom enhver udenforstående virksomhed bliver sat over for det dilemma enten at måtte kæmpe alene mod den forenede front af mødedeltagere eller at deltage i denne forenede front og dermed begrænse mulighederne for at konkurrere med andre virksomheder.

Rettens bemærkninger

199 Retten skal vedrørende det anførte bemærke — helt uanset spørgsmålet, om sagsøgerne i de enkelte tilfælde måtte have lagt pression på udenforstående virksomheder for, at de tilslutter sig SPO — at den ordning, som er indført ved reglementerne, ved selve sin eksistens lægger pres på udenforstående med henblik på at

tilslutte sig organisationen, idet den giver de deltagende virksomheder betydelige fordele hvad angår udvekslingen af oplysninger og godtgørelsen af udregningsomkostningerne (betragtning 98).

200 I øvrigt opfyldes de formål, der tilsigtes med reglementerne, desto bedre, når der deltager et stort antal virksomheder. Begrænsningen af transaktionsomkostningerne og bekæmpelsen af, at der tinges om priserne, er des mere effektiv jo færre gange, det sker, at kontrakterne tildeles udenforstående. Tildelingen af en kontrakt til en udenforstående betragtes nemlig i denne sammenhæng som en risiko, som man skal sikre sig mod ved at indbetale en del af pristillægget til en garantifond, som navnlig er oprettet med henblik på dækning af denne risiko (betragtning 43).

201 Følgelig er forudsætningerne tilvejebragt for, at der kan lægges pres på udenforstående med henblik på, at de tilslutter sig ordningen. På denne baggrund må den omstændighed, som er erkendt af sagsøgerne, at SPO-kontorerne har kontakt til udenforstående virksomheder, i sig selv ligestilles med pression.

202 I øvrigt er det ubestridt mellem parterne, at der efter reglementerne er mulighed for, at deltagerne på mødet på forhånd afstår fra at udpege en forhandlingsberettiget (se ovenfor præmis 100, 101 og 117) og fra at anvende pristillæg. Dette giver mødedeltagerne mulighed for at tilpasse deres adfærd på markedet, afhængig af, hvor skarp konkurrencen fra udenforstående er. Herved kan mødedeltagerne deltage i konkurrencen med den fordel, de forud har draget af ordningen med godtgørelse af udregningsomkostningerne, som indebærer, at de ikke behøver at belaste det bygge- og anlægsarbejde, for hvilket de er i konkurrence med udenforstående virksomheder, med nogen udregningsomkostninger. På samme måde har mødedeltagerne ved på forhånd at afstå fra at udpege en forhandlingsberettiget mulighed for i givet fald at deltage i en priskamp med udenforstående virksomheder og dermed forøge deres chancer for, at en af dem får tildelt kontrakten.

203 Endvidere bør det fremhæves, at den omstændighed, at de virksomheder, som er medlemmer af SPO, når de stilles over for et konkurrencepres udefra, nødsages til at indtage en samordnet defensiv holdning, bekræfter, at de har interesse i at forøge antallet af medlemmer og dermed begrænse antallet af de udenforstående konkurrenter, som ellers kunne tænkes at få dem til at give afkald på deres fordele som medlemmer af de sagsøgende organisationer.

204 Af samtlige disse betragtninger følger, at Kommissionen med rette har fundet, at den ordning, som blev indført med vedtagelsen af de omhandlede reglementer i 1987, begrænser entreprenørernes beslutningsfrihed med hensyn til, om de vil tilslutte sig ordningen, idet de, såfremt de vælger at holde sig udenfor, fratages en række fordele, som er forbundet med ordningen, da de, i stedet for at komme i konkurrence med en række entreprenører, som handler uafhængigt af hinanden, kommer i konkurrence med entreprenører, som har fælles interesser, og som råder over de samme oplysninger og derfor udviser den samme adfærd.

205 Følgelig er de i 1987 indførte reglementer i strid med traktatens artikel 85, stk. 1.

206 Vedrørende de gamle reglementer bemærkes, at Kommissionen, efter først i beslutningen at have fastslået, at disse reglementer på en række væsentlige punkter adskilte sig fra de reglementer, der blev indført i 1987 — såsom ved at indeholde regler om tilbagemelding, give mulighed for at »forbedre« og »korrigere« priserne samt foreskrive en præferenceordning, som medførte en forhøjelse af alle deltageres priser — i beslutningen anfører (betragtning 62-65), at de reglementer, der blev indført i 1987, i det væsentlige blot udgjorde en fortsættelse af de gamle reglementer, hvorfor den retlige bedømmelse, som Kommissionen anlagde af den ene gruppe, også havde gyldighed — med de fornødne ændringer — for den anden gruppe (betragtning 114). Endvidere anfører Kommissionen i beslutningen (betragtning 138), at de gamle, indbyrdes forskellige reglementer dels måtte antages at være blevet tilstrækkeligt harmoniseret fra den 1. oktober 1980, da de var godkendt af SPO (betragtning 15, 62 og 138), dels var blevet udstyret med en ensartet sanktionsordning, som blev indført ved de etiske regler og gjort bindende for SPO's medlemsorganisationer ved en beslutning, truffet af dennes generalforsamling, som trådte i kraft med virkning fra den 1. oktober 1980 (betragtning 12, 13 og 138).

207 Det bemærkes, at sagsøgerne over for Kommissionens konstateringer på disse punkter har gjort gældende dels, at de reglementer, som blev indført i 1987, ikke kan betragtes som »en fortsættelse af de tilsvarende gamle aftaler«, men må betragtes som et »omslag« i forhold til disse (jf. stævningen, punkt 3.14, om sagens retlige spørgsmål), dels, at SPO på intet tidspunkt har udfærdiget bestemmelser til et UPR vedrørende »Burger-& Utiliteitsbouw Openbaar« (opførelse af bolig- og erhvervsbyggeri efter reglerne om offentlig licitation), som anføres at være trådt i kraft den 1. januar 1973, da de enkelte sammenslutninger fortsatte med at anvende deres egne reglementer indtil 1987 (se replikken, s. 24).

208 Herom må for det første fastslås, at sagsøgernes argumenter ingenlunde modsiger det af Kommissionen i beslutningens betragtning 62 og 65 anførte, men tværtimod godtgør rigtigheden af den analyse, Kommissionen har foretaget her. Til godtgørelse af, at de reglementer, som blev indført i 1987, udgør et »omslag« i forhold til de gamle aftaler, anfører sagsøgerne, at nogle af de muligheder, som tidligere fandtes, såsom »tilbagemeldinger«, »forbedringer« og »priskorrektioner«, nu ikke længere består efter 1987-reglementerne. Vedrørende tilbagemeldingerne erkender sagsøgerne, at de »indebar en risiko for, at entreprenørerne igangsatte en ulovlig samordning«, og vedrørende prisforbedringerne eller priskorrektionerne, anfører sagsøgerne, at denne mulighed blev ophævet, »fordi den ikke blot blev anvendt i en katastrofal konkurrencesituation, men også fordi den herfor gældende ordning, som havde til formål at afdæmpe pristrykket, uvægerligt medførte visse vilkårligheder« (jf. stævningen, punkt 3.14, vedrørende sagens retlige spørgsmål). Med deres anbringende om, at 1987-reglementerne er mindre konkurrencebegrænsende end de gamle reglementer, og at det er på dette punkt, at de betegner et omslag i forhold til disse, har sagsøgerne således erkendt, at de nye reglementer udgjorde en fortsættelse af de gamle reglementer.

209 Følgelig har Kommissionen med rette antaget, at der var kontinuitet mellem de gamle reglementer og reglementerne fra 1987, og at de gamle reglementer på en række punkter medførte mindst lige så væsentlige konkurrencebegrænsninger som de nye.

210 For det andet må det fastslås, at det ikke — som sagsøgerne tilsyneladende hævder i replikken — er anført i beslutningen, at det var SPO, som udstedte de gamle, ind-

byrdes forskellige reglementer efter den 1. oktober 1980. Det anføres blot i beslutningen, at reglementerne skulle godkendes af SPO fra dette tidspunkt, hvilket sagsøgerne ikke har modsagt, idet de alene har gjort gældende, at det indtil 1987 var de enkelte sammenslutninger, som udstedte disse reglementer. Det bør i øvrigt fremhæves, som anført af Kommissionen, at beslutningen på disse punkter blot gentager de oplysninger, som sagsøgerne selv gav i deres besvarelse den 19. december 1988 af Kommissionens begæring om oplysninger (jf. duplikken, bilag 2). Endvidere bør det fremhæves, at sagsøgerne ikke har bestridt, at der ifølge artikel 4 i Besluit Algemene Bepalingen (beslutning om generelle bestemmelser) fra den 25. november 1980 krævedes godkendelse fra SPO til at vedtage og gennemføre de reglementer, som var udstedt af de enkelte sagsøgende medlemsorganisationer.

211 For det tredje bemærkes, at der ved de etiske regler med virkning fra den 1. oktober 1980 blev indført en ensartet sanktionsordning for de gamle, indbyrdes forskellige reglementer, som blev gjort bindende for SPO's medlemmer ved en beslutning på dennes generalforsamling med virkning fra samme dato.

212 Det er derfor efter sagens omstændigheder med fuld føje, at der ikke blev foretaget en særskilt gennemgang af de gamle reglementers indhold i beslutningen, men heri blev lagt til grund, at disse reglementer mindst begrænsede konkurrencen lige så meget som reglementerne fra 1987, idet de udgjorde en fortsættelse af dem. Det er ligeledes med føje antaget i beslutningen, at de forskellige reglementer, der fandtes i kraft af ordningen for indhentning af godkendelse fra SPO og det ensartede sanktionssystem, måtte antages at være blevet tilstrækkeligt harmoniseret fra den 1. oktober 1980 til at kunne betragtes som en ensartet helhed.

213 Af samtlige de anførte betragtninger følger, at andet led af det første anbringende må forkastes.

— Tredje led: ingen påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne

Parternes argumenter

214 Sagsøgerne har gjort gældende, at det er en betingelse for at anvende traktatens artikel 85 på aftaler, som er begrænset til én enkelt medlemsstats område, at aftalerne mærkbart påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne. Dette forudsætter dels, at der finder en samhandel sted mellem medlemsstaterne på det pågældende marked (Domstolens dom af 31.5.1979, sag 22/78, Hugin mod Kommissionen, Sml. s. 1869), dels, at de pågældende aftaler mærkbart påvirker samhandelen på en negativ måde (Domstolens dom af 12.5.1989, sag 320/87, Ottung, Sml. s. 1177, præmis 19). Ingen af disse betingelser er opfyldt i det foreliggende tilfælde, hvorfor traktatens artikel 85 ikke kan anvendes.

215 Vedrørende den første betingelse anfører sagsøgerne, at det navnlig fremgår af Hartelust's undersøgelse, at der næsten ikke finder nogen samhandel sted mellem medlemsstaterne inden for bygge- og anlægsbranchen, både når denne vurdering foretages på grundlag af antallet af byggepladser eller på grundlag af disses værdi, og at der ikke findes nogen som helst samhandel for bestemte produktmarkeder, såsom inden for nedrivning eller vejafmærkning. I replikken anfører sagsøgerne tillige, at Domstolens dom af 1. februar 1978 i sagen Miller mod Kommissionen (sag 19/77, Sml. s. 131) ikke indeholder noget belæg for Kommissionens udsagn om, at der ikke blot skal tages hensyn til den eksisterende samhandel, men også til dens fremtidige udvikling som følge af lovgivningsændringer eller andre faktorer. Efter sagsøgernes opfattelse var de lovgivningsændringer, som Kommissionen henviser til, ikke forudsigelige på det tidspunkt, da sagsøgerne udfærdigede og bragte deres reglementer i anvendelse.

216 Vedrørende den anden betingelse anfører sagsøgerne i det væsentlige, at så længe der ikke findes nogen samhandel, kan denne ikke påvirkes negativt og mærkbart af reglementerne, medmindre Kommissionen godtgør, at det er reglementerne, som har medført, at der ikke findes nogen nævneværdig samhandel. Dette har Kommissionen ikke bevist i den foreliggende sag af den simple grund, at det er strukturelle faktorer, som er skyld i, at der ikke findes nogen samhandel, såsom virksomhedernes begrænsede geografiske virkefelt, de omfattende transportomkostninger,

hovedentreprenørens rolle, problemerne i forbindelse med forskelle i henseende til licitationsbetingelser (standarder), kultur, smag, sprog osv., hvortil kommer det forhold, at det er bygherren, som bestemmer, hvilke og hvilken type entreprenørfirmaer han vil rette henvendelse til. Desuden har Kommissionen ikke for hver af de gamle reglementers vedkommende godtgjort, at der fandt en international samhandel sted på hvert enkelt produktmarked og på hver af de geografiske markeder, som disse reglementer enkeltvis omfattede. Sagsøgerne anfører i så henseende, at Kommissionen ikke kan påberåbe sig teorien om den kumulative virkning, som forudsætter, at de forskellige aftaler vedrører samme produktmarked og samme geografiske marked. Sagsøgerne har nemlig selv godtgjort, at hver enkelt sektor udgjorde et særskilt marked (jf. ovenfor under anbringendets første led). Endelig bør de omhandlede reglementer ses i relation til Fællesskabets forskrifter om offentlige bygge- og anlægskontrakter, hvorefter grænseværdien udgør 5 mio. ECU (hvilket er væsentligt højere end den grænse på 200 000 ECU, som er fastsat i direktivet vedrørende offentlige indkøbskontrakter), hvilket viser, at det kun er meget omfattende bygge- og anlægsarbejder, som kan skabe en international samhandel af nogen betydning.

217 Under alle omstændigheder har reglementerne ikke ifølge sagsøgerne afskærmet det nederlandske marked, da de gælder uden forskel for udenlandske og nederlandske entreprenører, hvem det begge står frit for, om de vil følge reglementerne.

218 Sagsøgerne bestrider, at reglementerne begrænser muligheden for at anvende proceduren for offentlig licitation og dermed stiller udenlandske virksomheder ringere. Offentlige licitationer er ikke sjældnere i Nederlandene end i andre lande, og udlændinge deltager ikke oftere heri end i begrænsede licitationer.

219 Endvidere anfører sagsøgerne, at de virkninger, som reglementerne hævdes at have for den efterspørgsel i Nederlandene, som beror på ordrer fra bygherrer, der er etableret i andre medlemsstater, ikke omfattes af begrebet »handel ... mellem medlemsstater« i traktatens artikel 85's forstand, og at Kommissionens argumentation under alle omstændigheder beror på den fejlagtige opfattelse, at reglementerne medfører en generel prisforhøjelse i Nederlandene.

220 Endelig anfører sagsøgerne, at den opfattelse, at de nederlandske virksomheder i kraft af reglementerne og navnlig ordningen med tilskrivningen af udregningsomkostningerne skulle have en konkurrencefordel, når de opererer på markedet i andre medlemsstater, afkræftes af den lave rentabilitet hos bygge- og anlægsvirksomhederne i Nederlandene samt af den sammenligning, som er foretaget af firmaet PRC BV Management Consultants (herefter benævnt »PRC«) mellem, på den side, de generelle omkostninger i Nederlandene, forhøjet med godtgørelsen for udregningsomkostninger, og, på den anden side, den procentdel, som de generelle omkostninger udgør i fire andre medlemsstater.

221 Til imødegåelse af denne argumentation har Kommissionen henvist til beslutningens betragtning 103-108. Den anfører, at det efter Domstolens faste praksis absolut ikke er nogen betingelse, at reglementerne medfører en fortrængning af de udenlandske entreprenører fra det nederlandske marked, men er tilstrækkeligt, at reglementerne er egnet til at påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne mærkbart. Der skal derfor ikke blot tages hensyn til den aktuelle, men også den potentielle samhandel mellem medlemsstaterne (jf. Domstolens førnævnte dom i sagen Miller mod Kommissionen).

222 Kommissionen anfører videre, at Domstolens dom i førnævnte sag Hugin mod Kommissionen, er helt irrelevant for den foreliggende sag, da de konkurrencebegrænsninger, som denne sag vedrørte, ikke havde virkninger for hele området i en medlemsstat, men kun en meget lille del heraf, og da konkurrencebegrænsningerne var af en helt anden karakter end de foreliggende reglementer. Aftaler, som omfatter hele området i en medlemsstat, som tilfældet er i denne sag, er efter selve deres karakter egnet til at medføre en opdeling af det nationale marked, som hæmmer den med traktaten tilstræbte økonomiske integration (jf. Domstolens dom af 17.10.1972, sag 8/72, Vereniging van Cementhandelaren mod Kommissionen, Sml. 1972, s. 251, org. ref.: Rec. s. 977). Sådanne aftaler medfører nemlig en opdeling af det fælles marked i flere nationale markeder, som er kendetegnet ved kunstigt forskellige betingelser (jf. Domstolens dom af 11.7.1989, sag 246/86, Belasco m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 2117). Kommissionen anfører, at den ikke kan være forpligtet til at godtgøre, at reglementerne fortrænger de udenlandske entreprenører fra det nederlandske bygge- og anlægsmarked, men blot, som den har godtgjort i beslutningen, at reglementerne medfører en radikal ændring af de konkurrencevilkår, hvorunder de udenlandske entreprenører nødsages til at operere, såvel når de deltager i ordningen, som når de afgiver bud uden for ordningens rammer. Såvel i meddelelsen af klagepunkter som i beslutningen (henholdsvis punkt 98 ff. og

betragtning 106 ff.) har Kommissionen redegjort for, at reglementerne påvirker samhandelen på den anførte måde.

223 Det er Kommissionens opfattelse, at der findes en samhandel mellem medlemsstaterne inden for den i sagen omhandlede sektor, om end den er ringe, og at Hartelust's undersøgelse ikke er repræsentativ, dels fordi den ikke tager hensyn til den samhandel, som har fundet sted uden for rammerne af reglementerne, dels fordi det ikke præciseres i undersøgelsen, om den var baseret på mødereferaterne for samtlige de møder, som blev afholdt i medfør af reglementerne, og endelig fordi undersøgelsen kun vedrørte en begrænset periode, nemlig fra den 1. januar 1986 til den 1. oktober 1988.

224 Endvidere anfører Kommissionen, at reglementerne på grund af ordningen med godtgørelse af udregningsomkostninger tilskynder bygherrerne til at undgå offentlige licitationer. Den offentlige licitation er nemlig det bedste middel for de udenlandske entreprenører til at få adgang til det nederlandske marked, da kredsen af tilbudsgivere ved denne form for licitation ikke afgøres af bygherren. Som bevis herfor henviser Kommissionen til den klage, som Rotterdam kommune har indgivet.

225 Af det anførte slutter Kommissionen, at reglementerne er egnet til at påvirke samhandelen mellem medlemsstater. Den tilføjer, at det ikke har noget formål, som sagsøgerne har gjort, at skelne efter, inden for hvilke perioder reglementerne fandt anvendelse, og om de var harmoniserede, da indholdet af de reglementer, som gjaldt før den 1. april 1987, var endnu mere kritisabelt ud fra traktatens artikel 85, stk. 1, end de nugældende reglementer. De var blevet indført og harmoniseret i SPO's regi og under dennes kontrol og var fra 1980 blevet udstyret med den ensartede sanktionsordning, som er fastsat i de etiske regler. Det afgørende spørgsmål var altså ikke, om der inden for visse sektorer bestod en samhandel mellem medlemsstaterne, men om reglementerne som helhed er egnet til at påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne (jf. ovenfor om anbringendets første led).

Rettens bemærkninger

226 Vedrørende det anførte bemærkes, at Kommissionen har lagt til grund i beslutningen, at reglementerne påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne på tre forskellige måder, nemlig dels ved, at de påvirker tilbudsgivningen fra andre medlemsstater (betragtning 103-111), dels påvirker efterspørgslen fra andre medlemsstater (betragtning 112) og endelig ved, at de påvirker de deltagende entreprenørers stilling på markedet i de øvrige medlemsstater (betragtning 113).

227 Indledningsvis bemærkes, at formålet med betingelsen i traktatens artikel 85 og 86 vedrørende påvirkningen af samhandelen mellem medlemsstaterne er at afgrænse fællesskabsrettens anvendelsesområde i forhold til anvendelsesområdet for medlemsstaternes nationale ret (jf. Domstolens dom af 13.7.1966, forenede sager 56/64 og 58/64, Consten og Grundig mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 245, org. ref.: Rec. s. 429).

228 Det er derfor tilstrækkeligt for, at traktatens artikel 85 kan finde anvendelse på de af sagsøgerne vedtagne reglementer, at det er godtgjort, at der er indtruffet blot én af disse tre forskellige former for begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne, således som Kommissionen har anført i beslutningens betragtning 103-113.

229 Det bemærkes endvidere, at det fremgår af fast retspraksis, at en aftale, som omfatter hele området i en medlemsstat ifølge selve sin natur styrker opdelingen i nationale markeder, hvorved den hæmmer den økonomiske integration, som tilstræbes med traktaten (jf. Domstolens førnævnte dom i sagen Vereniging van Cementhandelaren mod Kommissionen, præmis 29, og dom af 11.7.1985, sag 42/84, Remia m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 2545, præmis 22).

230 Det er ubestridt i den foreliggende sag, at de reglementer, som blev indført i 1987, finder anvendelse inden for hele Nederlandenes område. Hvad angår de gamle reglementer bemærkes, at der er indbyrdes overensstemmelse mellem dem, og at de som helhed omfatter hele Nederlandenes område og hele bygge- og anlægsmarke-

det (jf. ovenfor, præmis 81). Følgelig bør ingen af disse reglementer bedømmes isoleret fra de øvrige inden for den sammenhæng, hvori de indgår, så meget mere som der siden 1980 har været indført ensartede sanktionsprocedurer for disse reglementer inden for rammerne af en fælles organisation. De gamle reglementer bør derfor ligestilles med de i 1987 indførte reglementer (jf. ovenfor, præmis 206-212). Alle reglementerne er derfor efter selve deres karakter egnet til at påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne, da de ændrer konkurrencevilkårene i Nederlandene ved kunstigt at skabe andre vilkår end dem, som gælder i andre medlemsstater, og dermed bevirker en opdeling af det fælles marked.

231 Under alle omstændigheder finder Retten, at Kommissionen med føje har fastslået, at reglementerne mærkbart kan påvirke tilbudsgivningen fra andre medlemsstater og tilbudsgivningen i de andre medlemsstater fra de entreprenører, som er medlemmer af SPO.

232 Hvad angår reglementernes indvirkning på tilbudsgivning fra andre medlemsstater har Kommissionen ret i, at sagsøgerne selv har oplyst, at ordningen med godtgørelse af udregningsomkostninger navnlig har til formål at tilskynde bygherren til at afveje fordele og ulemper ved at rette sin opfordring til et større eller mindre antal tilbudsgivere, da bygherren ved, at han kommer til at betale transaktionsomkostningerne, idet disse er gjort synlige. En sådan ordning vil som helhed medføre lavere transaktionsomkostninger. Med henblik herpå tilskynder ordningen bygherrerne til bedre at afgrænse målgruppen for deres opfordring til afgivelse af tilbud og dermed til at rette henvendelse til et mindre antal tilbudsgivere ved at lade bygherrerne selv betale udregningsomkostningerne for samtlige de tilbudsgivere, som de har rettet henvendelse til. Da det kun er muligt at begrænse antallet af de entreprenører, som bygherrerne har rettet henvendelse til, under en begrænset licitation, virker ordningen fremmende for afholdelse af begrænsede frem for offentlige licitationer og tilskynder til at gøre de begrænsede licitationer endnu mere begrænsede, således som det er anført i klagen fra Rotterdam kommune (se klagens punkt 19 og 34).

233 Kommissionen har således med føje antaget, at en offentlig licitation er det bedst egnede middel for udenlandske entreprenører til at trænge ind på det nederlandske marked.

234 Reglementerne er altså af denne grund egnet til at have en direkte eller indirekte virkning på tilbud, der afgives fra de andre medlemsstater.

235 Som anført af Kommissionen kan sagsøgerne ikke med rette over for denne opfattelse anføre, at samhandelen mellem medlemsstaterne er ringe, da de ikke har bestridt de tal, som Kommissionen har angivet i beslutningen, og hvoraf fremgår, at der findes en samhandel mellem medlemsstaterne, om end den endnu er ringe. Således har sagsøgerne ikke bestridt, at der findes omkring 150 virksomheder i de andre medlemsstater, som mere eller mindre varigt følger UPR. De fleste af disse virksomheder er etableret i Tyskland og Belgien — heriblandt alle de store tyske og belgiske virksomheder — mens de øvrige virksomheder er franske, luxembourgske eller italienske. Som det fremgår af Domstolens praksis, er det ikke nogen betingelse for at forbyde aftaler i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1, at de mærkbart påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne, men blot at de er egnede hertil (jf. førnævnte dom i sagen Miller mod Kommissionen, præmis 15). Når det er tilstrækkeligt, at en aftale kan have en sådan virkning, kan der ved vurderingen af aftalens virkning for handelen mellem medlemsstaterne tages hensyn til den fremtidige udvikling i samhandelen, uanset om denne er forudsigelig eller ej. Hvad endelig angår virkningens mærkbare karakter må det medgives Kommissionen, at jo ringere samhandelen er, desto mere kan aftalen påvirke den.

236 Endvidere finder Retten, at sagsøgerne ikke har grundlag for at påberåbe sig den grænse på 5 mio. ECU, som er fastsat i direktiv 71/305. Som Kommissionen har anført i beslutningen (betragtning 105), er formålet med traktatens artikel 85 og med direktivet for forskelligt til, at den i direktivet fastsatte grænse kan anvendes som kriterium for anvendelsen af traktatens artikel 85. I den forbindelse bemærkes endvidere, at direktivet ikke har hjemmel i traktatens artikel 85, og at denne traktatbestemmelse ikke er nævnt i nogen af dets betragtninger. Det kan derfor ikke

med rette hævdes, at Kommissionen ved anvendelsen af traktatens artikel 85 skal lade sig vejlede af den i direktivet fastsatte grænse.

237 Hvad angår reglementernes virkning for det tilbud, som de virksomheder, der er medlemmer af SPO, afgiver i de andre medlemsstater, er det ubestrideligt, at disse virksomheder, når de med hensyn til et bestemt bygge- og anlægsarbejde opererer uden for rammerne af reglementernes anvendelsesområde — således som det er tilfældet, når de opererer uden for Nederlandene — har visse fordele frem for de virksomheder, som ikke er medlemmer.

238 I den forbindelse bemærkes, at den af sagsøgerne påberåbte sammenligning har karakter af en helhedssammenligning, hvorimod de fordele, som nederlandske virksomheder har, når de opererer i udlandet, bør bedømmes for det enkelte bygge- og anlægsarbejde. På dette punkt er det ubestrideligt, at de virksomheder, som er medlemmer af SPO, i kraft af ordningen med tilskrivningen af udregningsomkostningerne, herunder ordningen med garantifonde, har mulighed for at holde de udregningsomkostninger, som de har haft i forbindelse med afgivelse af tilbud for licitationer, som de ikke har fået tildelt, ude fra deres generalomkostninger, hvorimod de udenlandske entreprenører bliver nødt til at medtage disse udgifter i deres generalomkostninger. Således skal de virksomheder, som er medlemmer af SPO, og som afgiver tilbud på et bestemt arbejde uden for Nederlandene, kun medtage de udregningsomkostninger i deres tilbud, som de har haft i forbindelse med det pågældende arbejde, hvorimod de øvrige entreprenører må medtage en del af de udregningsomkostninger heri, som de har afholdt på foranledning af samtlige de licitationer, de har deltaget i uden at få tildelt kontrakten. Hermed opnår de en kunstig konkurrencefordel i forhold til de konkurrerende entreprenører, som udøver hovedparten af deres virksomhed i andre medlemsstater. Dette påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne.

239 Sagsøgerne har ikke kunnet gendrive de fremførte forhold og afkræfte deres bevismæssige værdi ved at henvise til de nederlandske bygge- og anlægsvirksomheders ringe fortjenstmargen, som ifølge sagsøgerne fremgår ved en sammenligning mellem, på den ene side, generalomkostningerne i Nederlandene med tillæg af godtgørelserne af udregningsomkostninger, og på den anden side, den procent, som generalomkostningerne udgør i fire andre medlemsstater. De nederlandske virksomheders lave rentabilitet kan nemlig skyldes mange andre faktorer end ordningen med tilskrivning af udregningsomkostningerne.

240 Følgelig er reglementerne egnet til at påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne mærkbart, hvorfor dette led af anbringendet må forkastes.

241 Af samtlige de fremførte betragtninger følger, at det første anbringende ikke kan tages til følge.

Andet anbringende: tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 3

Første led: de særlige forhold på det pågældende marked er ikke taget i betragtning, og bevisbyrderegler er tilsidesat

1) De særlige forhold på det pågældende marked

Parternes argumenter

242 Sagsøgerne har gjort gældende, at det fremgår af Domstolens dom af 27. januar 1987, sag 45/85, Verband der Sachversicherer mod Kommissionen (Sml. s. 405, præmis 14 og 15), at selv om Fællesskabets konkurrenceregler finder fuldt ud anvendelse på den nederlandske bygge- og anlægsbranche, er dette på ingen måde ensbetydende med, at man efter konkurrencereglerne er afskåret fra at tage hensyn til særlige forhold, der måtte gøre sig gældende inden for visse erhvervsgrene. Kommissionen er nemlig, når den udøver sin beføjelse i medfør af traktatens artikel 85, stk. 3, til at indrømme fritagelse fra forbuddene i artikel 85 forpligtet til at tage hensyn til særlige forhold, der måtte gøre sig gældende inden for de forskellige erhvervsgrene og til vanskeligheder, som er særegne for disse erhvervsgrene. Sagsøgerne anfører, at Kommissionen har forsømt at tage hensyn til de særlige forhold inden for bygge- og anlægsbranchen, som f.eks. at denne typisk er en branche for små og mellemstore virksomheder, og til de vanskeligheder, som er særegne for sektoren, og som har begrundet vedtagelsen af de anmeldte reglementer, der typisk er sektorbestemte.

243 Som sådanne særlige forhold fremhæver sagsøgerne navnlig, at hver enkelt bygherre selv definerer det produkt, han ønsker, og at dette produkt derfor kun kan anvendes en gang. Endvidere henviser sagsøgerne til bygge- og anlægsvirksomhedernes særlige karakter (som er kendetegnet ved følgende: et usymmetrisk forhold mellem virksomhedens og byggepladsens størrelse, kontinuitetsproblemer, ingen masseproduktion, de udstrakte muligheder for indbyrdes substitution mellem bygge- og anlægsvirksomhederne inden for samme produktmarked, samt at der ikke er nogen tærskel for mindre erhvervsdrivendes adgang til markedet). Hertil kommer, at prisen på arbejdet skal fastsættes på forhånd, at det er forbundet med høje transaktionsomkostninger at udfærdige et tilbud, og endelig, at anvendelsen af licitation som middel til indgåelse af kontrakter indebærer en risiko for økonomisk uberettigede priser.

244 Sagsøgerne anfører, at disse særlige forhold i en række henseender fører til en strukturbetinget uligevægt på det pågældende marked mellem, på den ene side, efterspørgerne — for hvem markedet er fuldstændig gennemskueligt, og som har mulighed for at bestemme kredsen af de entreprenører, som skal have adgang til markedet, samt mulighed for at sammenligne de forskellige tilbud, som de modtager — og, på den anden side, udbyderne, for hvem markedet ikke er gennemskueligt, men afhænger af bygherrernes valg, og som må betale høje transaktionsomkostninger for at komme ind på markedet. Denne strukturelle uligevægt medfører økonomisk uberettigede priser og en ruinerende konkurrence.

245 Ifølge sagsøgerne er denne strukturelle uligevægt mellem efterspørgsel og udbud, som bekræftes af talrige videnskabelige undersøgelser, særlig fremtrædende i Nederlandene, dels fordi hovedentreprenøren her er ansvarlig over for bygherren for, at arbejdet udføres korrekt — herunder det arbejde, som udføres af underentreprenørerne — dels fordi den nederlandske lovgivning ikke indeholder et lige så strengt forbud for bygherren, som det er tilfældet med lovgivningen i de andre medlemsstater, mod at spille de enkelte entreprenørers tilbud ud mod hinanden, dvs. den praksis, som benævnes tingning om priserne.

246 Sagsøgerne anfører, at de påtalte reglementer udelukkende har til formål at rette op på denne strukturelle uligevægt, nemlig hovedsagelig ved at formindske de transaktionsomkostninger, som afholdes af entreprenørerne og ved at forhindre tingning

om priserne. Den ringe fortjenstmargen, som er observeret på det nederlandske bygge- og anlægsmarked, bekræfter denne opfattelse. Dette formål er i samtlige markedsdeltageres og de nederlandske myndigheders interesse, idet afskaffelsen af reglementerne enten ville medføre en ruinerende konkurrence eller medføre indgåelse af hemmelige aftaler med henblik på at rette op på de anførte skævheder.

247 I replikken har sagsøgerne anført, at ingen af de påstande, som Kommissionen har fremført om, hvorledes andre markeder for tjenesteydelser eller markedet for bygge- og anlægsarbejder i de andre medlemsstater fungerer, har grundlag i nogen analyse eller undersøgelse, som Kommissionen har foretaget, og er derfor ikke underbygget. Kommissionen har begrænset sig til at foretage en mikroøkonomisk undersøgelse af, i hvilket omfang de erhvervsdrivendes handlefrihed indskrænkes, og Kommissionen opfatter enhver indskrænkning i handlefriheden som en konkurrencebegrænsning i stedet for, som den burde have gjort, at undersøge reglementerne ud fra et makroøkonomisk synspunkt.

248 Heroverfor har Kommissionen anført, at der ganske vist bør tages hensyn til bygge- og anlægsbranchens særlige forhold i det omfang, de er bestemmende for den økonomiske og retlige sammenhæng, som de anfægtede reglementer må bedømmes ud fra. Disse særlige forhold kan dog ikke medføre, at reglementerne helt eller delvis undtages fra artikel 85's anvendelsesområde. Af disse grunde er det irrelevant at føre en sådan abstrakt diskussion om markedets særlige forhold, som sagsøgerne gør.

249 Kommissionen anfører videre, at bygge- og anlægsbranchen i Nederlandene ikke adskiller sig så meget fra andre tjenesteydelsessektorer eller bygge- og anlægsbranchen i andre medlemsstater, at den bør bedømmes væsentligt anderledes efter traktatens artikel 85. Den omstændighed, at markedet for disse forskellige sektorer fungerer korrekt, selv om der ikke er udstedt reglementer af den påtalte art, afkræfter helt og holdent den opfattelse, at de anfægtede reglementer udgør et nødvendigt korrektiv til de strukturelle skævheder inden for den nederlandske bygge- og anlægssektor.

250 I øvrigt henviser Kommissionen til beslutningens betragtning 71-77, hvor den allerede har taget stilling til sagsøgerens argumenter.

251 Som svar på argumentet om, at anvendelsen af licitationer som middel til indgåelse af kontrakter medfører et økonomisk set uberettiget prisniveau, anfører Kommissionen navnlig, at der ikke findes noget økonomisk set berettiget prisniveau, eftersom den samlede kostpris for hver enkelt virksomhed er forskellig og varierer efter de pågældende omstændigheder. Under visse omstændigheder kan det nemlig være økonomisk set berettiget at anvende lavere priser end de gennemsnitlige omkostninger for at dække de faste omkostninger.

252 Endelig anfører Kommissionen, at man ikke med rette kan kritisere den for at have forsømt at tage hensyn til reglementernes makroøkonomiske side. For at opnå fritagelse måtte sagsøgerne nemlig navnlig godtgøre, at reglementerne bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varer eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling. Det er i denne forbindelse ikke tilstrækkeligt at påberåbe sig makroøkonomiske fremskridt, som ingenlunde er godtgjort at være en følge af reglementerne.

Rettens bemærkninger

253 Det bemærkes, at det fremgår af Domstolens praksis, at Kommissionen ved udøvelsen af sin kompetence efter traktatens artikel 85, stk. 3, til at indrømme fritagelse fra forbuddene i artikel 85, stk. 1, skal tage hensyn til særlige forhold, der måtte gøre sig gældende inden for forskellige erhvervsgrene, og til vanskeligheder, som er særegne for disse erhvervsgrene (jf. førnævnte dom i sagen Verband der Sachversicherer mod Kommissionen, præmis 15).

254 I den foreliggende sag kritiserer sagsøgerne Kommissionen for at have foretaget en mikroøkonomisk analyse af reglementerne, uanset at disses formål er at rette op på den manglende makroøkonomiske balance mellem udbud og efterspørgsel, som beror dels på de særlige forhold hos virksomhederne inden for denne sektor, dels på de pågældende produkters karakteristika og endelig på visse mangler i den nederlandske lovgivning, hvorefter ansvaret lægges over på hovedentreprenøren, og som ikke giver mulighed for en effektiv bekæmpelse af tingning om priserne.

255 Hertil bemærkes, at Kommissionen i sin beslutning har taget sagsøgernes beskrivelse af markedets kendetegn til efterretning (betragtning 71-77), men har ment, at de anførte forhold ikke begrundede en fritagelse (betragtning 115-128). Følgelig må sagsøgernes argumentation vedrørende markedets kendetegn behandles i forbindelse med gennemgangen af afslaget på den anmodning om fritagelse af de anfægtede reglementer, som sagsøgerne indgav i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3.

256 Desuden bemærkes, at Kommissionen med føje, uden at blive modsagt på dette punkt af sagsøgerne, har henvist til, at man ikke andetsteds genfinder tilsvarende reglementer som de her i sagen foreliggende, hverken inden for andre tjenesteydelsessektorer, hvis forhold ligner forholdene på bygge- og anlægsmarkedet, eller inden for de øvrige medlemsstaters bygge- og anlægsbranche. Det er ligeledes med føje, at Kommissionen har afslået at anerkende, at aftalerne inden for bygge- og anlægsbranchen var uundgåelige, således som det hævdes af sagsøgerne. Der er ikke grundlag for at indrømme fritagelse i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, med den begrundelse, at der ville blive indgået endnu mere konkurrencebegrænsende aftaler, såfremt man undlod at fritage den anmeldte aftale. Det kan heller ikke accepteres, at virksomheder afbøder virkninger af en lovgivning, som de betragter som urimeligt gunstig for forbrugerne, ved at indgå aftaler med det formål at svække de fordele, som lovgivningen indrømmer forbrugerne, under påskud af, at lovgivningen indebærer skævheder til skade for dem.

257 Af det anførte følger, at sagsøgernes argumentation om, at Kommissionen ikke har taget tilstrækkeligt hensyn til de særlige forhold på markedet, må forkastes i det

omfang, sagsøgerne tillægger deres argumentation en selvstændig betydning i forhold til det andet anbringendes andet led.

2) Bevisbyrden

Parternes argumenter

258 Indledningsvis har sagsøgerne anført, at Kommissionen i betragtning af alle de faktiske omstændigheder, som sagsøgerne havde bragt til Kommissionens kundskab for at opnå fritagelse, ikke kunne nøjes med at tilbagevise deres argumenter, men selv måtte påvise, at det var økonomisk ubegrundet at indrømme fritagelse. Ifølge sagsøgerne burde Kommissionen altså have godtgjort, at den nederlandske bygge- og anlægsbranche ville fungere bedre uden reglementerne, eller den burde have angivet, hvad den anså for acceptabelt i reglementerne.

259 Desuden anfører sagsøgerne, at Kommissionen burde have drøftet reglementernes økonomiske fordele og ulemper med sagsøgerne i stedet for a priori at afvise enhver økonomisk retfærdiggørelse af dem. Kommissionen har ikke i den foreliggende sag opfyldt sin forpligtelse efter retspraksis til at medvirke aktivt til en fritagelse (jf. førnævnte dom i sagen Consten og Grundig mod Kommissionen).

260 Heroverfor har Kommissionen anført, at virksomhederne efter Domstolens faste praksis navnlig er forpligtet til ved fremlæggelse af den fornødne dokumentation at godtgøre over for Kommissionen, at en fritagelse er berettiget. Den aktive medvirken, som virksomhederne kan gøre krav på fra Kommissionens side, består i, at denne gennemgår de argumenter, som virksomhederne har anført til støtte for deres anmodning om fritagelse (jf. førnævnte dom i sagen Consten og Grundig mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 259 og 272, org. ref.: Rec. s. 449 og 521).

Det indebærer ikke, at Kommissionen er forpligtet til at foreslå andre løsninger. Man kan derfor så meget mindre kræve af Kommissionen, at den beviser, at en fritagelse er uberettiget, eller at den angiver, hvad den anser for acceptabelt.

261 Endelig fremhæver Kommissionen, at reglementerne udgør en helhed, således som sagsøgerne selv til stadighed har gjort gældende, hvorfor Kommissionen, selv om visse elementer i de anfægtede reglementer måtte have opfyldt betingelserne i traktatens artikel 85, stk. 3, ikke ville have kunnet fritage dem enkeltvis. Under disse forhold kunne det ikke komme på tale at indrømme betinget fritagelse.

Rettens bemærkninger

262 Vedrørende det anførte bemærkes indledningsvis, at det fremgår af fast retspraksis, at det er de virksomheder, som anmoder om fritagelse efter traktatens artikel 85, stk. 3, som ved fremlæggelse af fornøden dokumentation må godtgøre, at en fritagelse er berettiget. Kommissionen kan derfor ikke kritiseres for, at den ikke har foreslået andre løsninger eller ikke har angivet de forhold, som ifølge den kunne begrunde en fritagelse (jf. Domstolens dom af 17.1.1984, forenede sager 43/82 og 63/82, VBVB og VBBB mod Kommissionen, Sml. s. 19, præmis 52). Kommissionen er i sin begrundelse alene forpligtet til at anføre de faktiske og retlige omstændigheder samt de betragtninger, som har ført den til at afslå anmodningen om fritagelse, uden at sagsøgerne kan rejse krav om, at Kommissionen drøfter alle de faktiske og retlige omstændigheder, som sagsøgerne har fremdraget under den administrative procedure (jf. førnævnte dom i sagen Remia m.fl. mod Kommissionen, præmis 26 og 44).

263 Følgelig påhviler det i denne sag sagsøgerne at godtgøre, at Kommissionen har handlet ud fra en retlig eller faktisk vildfarelse ved at nægte dem fritagelse i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3.

264 Det skal i den forbindelse understreges, at sagsøgerne under den administrative procedure gentagne gange har anført, at reglementerne udgjorde et samlet hele, der burde fritages som sådan. Det er under disse omstændigheder med føje, at Kommissionen i beslutningen nøjedes med at undersøge, hvorvidt de to elementer, der er de væsentlige i reglementerne, og hvis formål særligt er at udligne de påståede makroøkonomiske skævheder på markedet — nemlig beskyttelsen af den forhandlingsberettigede og godtgørelsen af udregningsomkostninger — opfyldte de fire fritagelsesbetingelser ifølge traktatens artikel 85, stk. 3.

265 Heraf følger, at første led af det andet anbringende må forkastes.

Andet led: misfortolkning af betingelserne for at indrømme fritagelse

266 Retten finder, at det for at prøve, om Kommissionen med føje har nægtet at fritage reglementerne i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, for det første må undersøges, om reglementerne bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, samtidig med at de sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelen herved, og dernæst, om reglementerne pålægger de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål, og om de giver virksomhederne mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.

267 Herom bemærkes indledningsvis, at de fire betingelser for at indrømme fritagelse efter traktatens artikel 85, stk. 3, er kumulative (se hertil navnlig førnævnte dom i sagen Consten og Grundig og Rettens dom af 23.2.1994, forenede sager T-39/92 og T-40/92, CB og Europay mod Kommissionen, Sml. II, s. 49, præmis 110), hvorfor beslutningen om at afslå sagsøgernes ansøgning om fritagelse må stadfæstes, blot én af disse betingelser ikke er opfyldt. Dette er grunden til, at Retten navnlig må undersøge, om Kommissionen med føje har antaget, at reglementerne ikke sikrede

forbrugerne en rimelig andel af fordelen ved reglementerne, og at de konkurrencebegrænsninger, som reglementerne pålagde entreprenørerne, ikke var nødvendige for at nå de pågældende mål.

1) Reglementernes bidrag til at forbedre varernes fordeling eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling samtidig med, at de sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelen

Parternes argumenter

268 Vedrørende spørgsmålet om reglementernes bidrag til at forbedre varernes fordeling eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling anfører sagsøgerne, at de påtalte reglementer i det væsentlige har to formål, nemlig for det første at bekæmpe den tingning om priserne, som beror på udbudssidens strukturelt svage stilling i forhold til efterspørgselssiden — og som kan medføre en ruinerende konkurrence — og for det andet, at forbedre markedets transaktionsstruktur ved i videst muligt omfang at lade de transaktionsomkostninger, som et bestemt bygge- og anlægsarbejde har medført, bære af dette. Den ordning med godtgørelse af udregningsomkostningerne, som er indført i dette øjemed, tilskynder ifølge sagsøgerne den enkelte bygherre til at afveje fordele og ulemper ved at rette sin opfordring til et større eller mindre antal tilbudsgivere og dermed til bedre at afgrænse målgruppen for opfordringen samt at afveje fordele og ulemper ved en mere eller mindre strikte formulering af licitationsbetingelserne, idet bygherren ved, at han selv kommer til at betale transaktionsomkostningerne, da disse er blevet gjort synlige. Ifølge sagsøgerne vil en sådan ordning som helhed medføre lavere handelsomkostninger og sikre en rimeligere fordeling heraf end efter en ordning, hvor entreprenørerne afholder de transaktionsomkostninger, som bygherrerne påfører dem, over deres generalomkostninger, og hvor entreprenørerne overvælter disse omkostninger blindt på deres priser med den følge, at samtlige bygherrer kommer til at bære de forhøjede transaktionsomkostninger, som enkelte af dem forvolder. Samtlige markedsdeltagere og de nederlandske myndigheder har erklæret at samtykke i reglementernes formål, fordi der uden dem ville finde en ruinerende konkurrence sted eller ville blive indgået hemmelige karteller for at rette op på disse misforhold.

269 Sagsøgerne anfører videre, at Kommissionen har begået en fejl ved kun at undersøge virkningerne af ordningen med godtgørelse af udregningsomkostningerne særskilt for hvert enkelt bygge- og anlægsarbejde uden at tage hensyn til, at ordningen fører til at nedbringe transaktionsomkostningerne og dermed priserne på makroøkonomisk niveau. Videnskabelige undersøgelser bekræfter, at det er nødvendigt at foretage en makroøkonomisk analyse, idet disse undersøgelser godtgør dels, at ordningen ikke afskrækker bygherrerne fra at afholde offentlige licitationer — hvilket bekræftes af, at den udsættelse af ordningen, som blev anordnet ved kendelsen afsagt af Rettens præsident den 16. juli 1992, ikke medførte en forøgelse af denne slags licitationer — dels, at generalomkostningerne i flere af de omliggende medlemsstaterne — inkl. omkostningerne i forbindelse med afgivelse af tilbud — svarer til eller er større end generalomkostningerne i Nederlandene, forhøjet med godtgørelsen af udregningsomkostningerne og med bidraget til brancheorganisationernes drift.

270 Efter sagsøgernes opfattelse bekræfter den måde, den nederlandske bygge- og anlægsbranche fungerer på, at reglementerne har haft gunstige virkninger for produktionen samt for den tekniske og økonomiske udvikling. De foretagne økonomiske analyser viser nemlig, at den nederlandske bygge- og anlægsbranche relativt set fungerer meget effektivt, og at denne sektor har haft en af de største produktivitetsstigninger inden for Europa samtidig med, at sektorens omkostninger, priser og fortjenstmargener har været blandt de laveste i Europa.

271 Sagsøgerne anfører, at Kommissionen har givet en fordrejet fremstilling af de enkelte elementer i reglementerne og på dette grundlag antaget, at de ikke opfyldte den første fritagelsesbetingelse. De henviser i den forbindelse til den kritik, som de har fremført i forbindelse med det andet led af deres første anbringende.

272 Hvad angår spørgsmålet, om der er sikret forbrugerne en rimelig andel af fordelen, anfører sagsøgerne, at Kommissionen har misfortolket denne betingelse, hvilket fremgår af, at bygherrerne er tilfredse med den måde, hvorpå markedet fungerer, og at den eneste bygherre, som har fremført kritik (Rotterdam kommune), foretrækker, at reglementerne revideres, frem for at de helt og holdent forbydes. Kriteriet »rimelig andel af fordelen« er i sagens natur ikke noget helt fast kriterium, hvorfor der sjældent vil kunne siges at være ført tvingende bevis for, om kriteriet er

opfyldt eller ej. Sagsøgerne anfører, at de førnævnte forhold af denne grund har stor betydning. I replikken har sagsøgerne anført, at de store bygherrer ikke, i modsætning til, hvad der måske gælder for private, har interesse i en maksimal udnyttelse af markedets transaktionsstruktur, som blot skaffer dem en fordel på kort sigt, men interesse i sunde markedsforhold. Det er derfor, at de enstemmigt er tilhængere af reglementerne.

273 Sagsøgerne anfører, at PRC-undersøgelsen, i modsætning til det af Kommissionen hævdede, har vist, at en ordning med godtgørelse af udregningsomkostningerne absolut ikke er mindre effektiv end en ordning, hvorefter de udgifter, som afholdes af en tilbudsgivende entreprenør, der ikke har fået kontrakten tildelt, bæres over dennes generalomkostninger.

274 Sagsøgerne tilføjer, at Kommissionen har overset, at også bygherren selv i sidste ende drager fordel af en licitationsordning, som fører til entydige og klare resultater. Desuden bidrager ordningen til bekæmpelse af tingning om priserne til at åbne det nederlandske marked, da den gør det vanskeligere for bygherrerne at favorisere de nederlandske entreprenører til skade for de udenlandske.

275 Sagsøgerne henviser herved endvidere til, hvad de har fremført i forbindelse med det andet led af deres første anbringende.

276 Sagsøgerne konkluderer, at deres analyse bekræftes af de nederlandske entreprenørers ringe fortjenstmargener, som viser, at udbyttet af deres høje produktivitet fordeles ligeligt mellem entreprenørerne og bygherrerne.

277 Over for det anførte gør Kommissionen vedrørende den første betingelse gældende, at den allerede i forbindelse med sin behandling af andet led af sagsøgernes første anbringende har modbevist deres argumentation vedrørende reglementernes indhold.

278 Den anfører nærmere, at eftersom bygherren ikke har indseende med godtgørelsen af udregningsomkostningerne, kan han ikke, som sagsøgerne har udtrykt det, »foretage en effektiv afvejning af fordele og ulemper« ved at anvende den ene eller den anden licitationsform. Desuden er der kun angivet maksimumsbeløb i de tariffer, der er indeholdt i UPR's bilag, som ikke giver bygherrerne mulighed for at vurdere omfanget af de reelt påførte transaktionsomkostninger.

279 Kommissionen gør desuden gældende, at godtgørelsen af udregningsomkostningerne kan tilskynde bygherren til at afstå fra at benytte en offentlig licitation. Den omstændighed, som sagsøgerne har fremført, at kendelsen afsagt af Rettens præsident den 16. juli 1992 ikke har medført en forøgelse af de offentlige licitationers antal, kan ikke tillægges nogen betydning under hensyn til længden af den periode, som er taget i betragtning.

280 Hvad angår fordelingen af godtgørelserne af udregningsomkostninger anfører Kommissionen, at forskellen mellem på den ene side de beløb, der oppebæres af de entreprenører, som har fået tildelt kontrakten, og på den anden side de beløb, som betales tilbage til de øvrige entreprenører, medvirker til at styrke stillingen for de førstnævnte i forhold til de sidstnævnte.

281 Kommissionen tilføjer, at PRC-rapporten ikke godtgør, hvorledes ordningen med godtgørelse af udregningsomkostningerne skulle gøre licitationsproceduren mere effektiv, idet rapporten vedrører størrelsen af generalomkostningerne, der afhænger af så mange faktorer, at det er umuligt at drage nogen konklusioner heraf.

282 Endvidere anfører Kommissionen, at sagsøgerne ikke har godtgjort, at de gode resultater, som den nederlandske bygge- og anlægsbranche ifølge sagsøgerne som helhed udviser, skyldes reglementerne, og bestrider, at disse fungerer til samtlige berørte parters tilfredshed. Som bevis herfor henviser Kommissionen navnlig til den klage, som er indgivet af Rotterdam kommune, og til selskabet Dennendael BV's intervention under den foreliggende sag.

283 Vedrørende den anden betingelse anfører Kommissionen, at den omstændighed, at visse bygherrer foretrækker, at reglementerne ændres, frem for at de helt og holdent forbydes, ikke er tilstrækkelig til godtgørelse af, at denne betingelse er opfyldt. Også Dennendael BV's intervention viser, at visse bygherrer er meget kritiske over for reglementerne, som medfører betydelige og unødvendige udgifter for dem.

284 Kommissionen tilføjer, at fortjenstmargenernes størrelse inden for den nederlandske bygge- og anlægsbranche som helhed afhænger af så mange faktorer, at det er umuligt at drage nogen konklusioner heraf for så vidt angår spørgsmålet, om der er sikret forbrugerne en rimelig andel af den påståede fordel.

285 I øvrigt henviser Kommissionen til sin besvarelse af det første anbringendes andet led.

Rettens bemærkninger

286 Da de fire betingelser i traktatens artikel 85, stk. 3, for at indrømme fritagelse er kumulative, skal Retten navnlig koncentrere sin undersøgelse om den betingelse, at der skal sikres forbrugerne en rimelig andel af den pågældende fordel.

287 De argumenter, som sagsøgerne og Kommissionen har fremført på dette punkt, er baseret på et forskelligt grundlag. Sagsøgerne har baseret deres argumentation på en makroøkonomisk analyse af de fordele, som reglementerne efter deres opfattelse indebærer. De anfører herom med henvisning til en række makroøkonomiske analyser — i lighed med den, som er foretaget af PRC — at resultaterne i den nederlandske bygge- og anlægsbranche, hvor priserne er meget lave og fortjenstmargenen stærkt begrænset, bekræfter, at reglementerne har en gunstig virkning. Ifølge sagsøgerne må de bedste af disse resultater tilskrives reglementerne, navnlig fordi de gør det muligt at forhindre, at der indgås hemmelige aftaler i Nederlandene, således som tilfældet er i andre af Fællesskabets medlemsstater. Kommissionen derimod har baseret sin argumentation på en række mikroøkonomiske analyser, hvor den tager udgangspunkt i den enkelte bygherres synspunkt og analyserer de virkninger, som reglementerne har for hans situation. Ifølge Kommissionen er den mikroøkonomiske betragtningsmåde den eneste gyldige, fordi Kommissionen i modsætning til sagsøgerne kategorisk nægter at anerkende, at hemmelige karteller mellem entreprenørerne inden for bygge- og anlægssektoren er uundgåelige, og ikke mener, at reglementerne kan tillægges den virkning, at de forhindrer sådanne karteller. Desuden finder Kommissionen, at sagsøgerne ikke har været i stand til at godtgøre, at der består nogen forbindelse mellem reglementerne og resultaterne i den nederlandske bygge- og anlægsbranche, som kan skyldes andre faktorer.

288 Vedrørende disse forskellige opfattelser af reglementerne, som fører til en forskellig bedømmelse af, om de kan fritages i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, bemærkes, at Rettens efterprøvelse af de komplicerede økonomiske vurderinger, som Kommissionen har foretaget som led i sin skønsbeføjelse i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, vedrørende hver af de heri indeholdte fire betingelser, skal begrænse sig til kontrol af, om de nødvendige formforskrifter er overholdt, om begrundelsen er tilstrækkelig, om de faktiske omstændigheder er materielt rigtige, samt om der foreligger et åbenbart fejlskøn eller magtfordrejning (se Domstolens dom af 17.11.1987, forenede sager 142/84 og 156/84, BAT og Reynolds mod Kommissionen, Sml. s. 4487, præmis 62, og Rettens førnævnte dom i sagen CB og Europay mod Kommissionen, præmis 109).

289 I den foreliggende sag må Retten derfor efterprøve, om de faktiske omstændigheder, som Kommissionen har lagt til grund for sit afslag på anmodningen om fritagelse, er materielt korrekte, og om Kommissionen har foretaget et åbenbart fejl-

skøn ved at afvise den makroøkonomiske betragtningsmåde, som sagsøgerne har anlagt, og i stedet foretaget en mikroøkonomisk analyse af reglementerne.

290 I så henseende skal Retten for det første fastslå dels, at Kommissionen med føje har ment, at det ikke var et acceptabelt udgangspunkt for analysen af de pågældende reglementers virkninger, at der ville blive begået en række endnu grovere overtrædelser af traktatens artikel 85, stk. 1, inden for den nederlandske bygge- og anlægssektor, hvis ikke reglementerne fandtes, dels, at Kommissionen lovligt har antaget, at indgåelsen af hemmelige karteller ikke var uundgåelig.

291 For det andet må Retten fastslå, at Kommissionen ligeledes med føje har fundet, at sagsøgerne ikke med fremlæggelsen navnlig af en række makroøkonomiske undersøgelser har været i stand til at påvise nogen kausalitetsforbindelse mellem reglementerne og resultaterne inden for den nederlandske bygge- og anlægssektor, som — under den forudsætning, at disse resultater overhovedet kan anses for godtgjort — kan tænkes at bero på mange forskellige faktorer. Således fremgår det af PRC's første undersøgelse (se stævningen, bilag 11, s. 13), at produktiviteten pr. time er meget høj i Nederlandene, og at byggematerialerne her er billigere end i de omliggende lande. I øvrigt fremgår det af undersøgelsen af 22. januar 1993 (se replikken, bilag 2, s. 22-24), at ifølge denne undersøgelse sammenlignes effektiviteten inden for byggeriet formentlig bedst ved at sammenholde transaktionsomkostningerne med entreprenørens produktionsomkostninger. Undersøgelsen viser, at det nederlandske marked på dette punkt ikke er mere effektivt end det franske, og at det er mindre effektivt end det belgiske marked. På ingen af disse to markeder findes der tilsvarende regler som de her i sagen omhandlede reglementer.

292 I betragtning af disse to forhold — hvorved Kommissionen dels har taget sagsøgernes erklæringer til efterretning, hvorefter reglementerne har gunstige virkninger bedømt på baggrund af den makroøkonomiske analyse, som sagsøgerne har foretaget, dels har sammenstillet sagsøgernes analyse med en mikroøkonomisk analyse, som er foretaget på grundlag af en konkret undersøgelse for hver enkelt licitations vedkommende af reglementernes praktiske virkninger for konkurrencen (beslutningens betragtning 76 og 120-123) — findes Kommissionen ikke at have begået et åbenbart fejlskøn.

293 Herved må det særlig fremhæves, at berettigelsen af den opfattelse, som Kommissionen har anlagt, bl.a. godtgøres af, at sagsøgerne gentagne gange har anført, at ordningen til beskyttelse af den forhandlingsberettigede havde til formål at forhindre priserne i at nå op på et urimeligt niveau, hvilket viser, at sagsøgerne selv erkender, at formålet med denne ordning i reglementerne var at fastholde et højere prisniveau, end der ville bestå, såfremt konkurrencen ikke var berørt af reglementerne. Bekæmpelsen af tingning om priserne — forudsat denne i øvrigt kan anses for lovlig — kommer således entreprenørerne til gode. En anden følge af denne ordning er, at bygherren alene har mulighed for at forhandle med den forhandlingsberettigede, hvorimod han, såfremt reglementerne ikke fandtes, havde kunnet forhandle sit tilbud såvel med den forhandlingsberettigede som med de øvrige entreprenører, der deltager i mødet.

294 Heroverfor kan sagsøgerne ikke med føje indvende, at sådanne forhandlinger uvægerligt vil medføre en ruinerende konkurrence, som i sidste ende vil komme bygherren selv til skade. Som Kommissionen har anført, er det ikke muligt at sondre mellem en normal og en ruinerende konkurrence, da enhver konkurrence potentielt er ruinerende for de mindst effektive virksomheder. Derfor fører sagsøgernes bekæmpelse af det, som de betegner som en ruinerende konkurrence, uvægerlig til en konkurrencebegrænsning og til, at forbrugerne berøves de pågældende fordele.

295 Endvidere må det understreges, at den påståede begrænsning af transaktionsomkostningerne udelukkende kommer entreprenørerne til gode. Ved udelukkende at lade bygherren bære disse omkostninger gør den indførte ordning det nemlig muligt at nedsætte de transaktionsomkostninger, som entreprenørerne ellers skulle betale, hvis ikke ordningen fandtes, navnlig i det tilfælde hvor entreprenørerne går glip af en kontrakt. Følgelig er der tale om, at en omkostning for tilbudssiden væltes over på efterspørgselssiden. Selv om denne overvæltning af omkostningerne ikke er helt økonomisk ubegrundet, da transaktionsomkostningernes størrelse bl.a. afhænger af antallet af de entreprenører, som bygherren retter henvendelse til — hvorfor det kun er denne selv, som kan begrænse dem — forudsætter en sådan begrænsning af transaktionsomkostningerne jo altså netop, at bygherren begrænser kredsen af de adspurgte entreprenører, hvilket indebærer en begrænsning af hans valgmuligheder og dermed af konkurrencen. Selv om denne begrænsning kan medføre en nedsættelse af bygherrens transaktionsomkostninger — da han i så fald ikke behøver at gennemgå så mange tilbud — er denne fordel betydningsløs i forhold til de ulemper, han må finde sig i, og i forhold til den fordel, som entreprenørerne har af ordningen.

296 I øvrigt bemærkes, at den formodede fordel for bygherrerne som følge af, at entreprenørerne ikke længere behøver at medtage de udregningsomkostninger i deres generalomkostninger, som de har måttet afholde for alle de kontrakter, som de ikke har fået tildelt, opvejer den ulempe, som påføres dem ved, at de skal betale godtgørelserne for udregningsomkostninger, men kun for de af dem, som regelmæssigt indgår et stort antal kontrakter inden for rammerne af reglementerne. En bygherre, som kun sjældent indgår kontrakter, må således selv betale godtgørelsen af udregningsomkostninger, som da er væsentligt større end hans fordel ved, at den tilslagsmodtagende entreprenør i kraft af ordningen har kunnet reducere sine generalomkostninger og dermed nedsætte sit pristilbud. Desuden medfører ordningen, at de bygherrer, som finder det nødvendigt at rette henvendelse til et stort antal entreprenører, selv må betale en væsentligt større godtgørelse af udregningsomkostninger end de omkostninger, som de skulle have betalt, hvis ikke ordningen fandtes.

297 Det bemærkes endvidere, at Kommissionen med føje har antaget, at ordningen begrænser antallet af de tilfælde, hvor der benyttes offentlige licitationer (se ovenfor, præmis 232), og at den periode, som fulgte efter den af Rettens præsident afsagte kendelse, ikke kan tillægges nogen betydning.

298 Følgelig giver ordningen med godtgørelse af udregningsomkostninger, selv om den måtte medføre en generel nedsættelse af transaktionsomkostningerne på markedet ikke mulighed for en rimelig fordeling mellem entreprenørerne og bygherren af den nævnte omkostningsnedsættelse.

299 Sagsøgernes synspunkt deles ikke, som hævdet af dem, af samtlige markedsdeltagere. Det fremgår nemlig meget klart af den klage, som Rotterdam kommune har indgivet til Kommissionen, at denne kommune er imod at opretholde ordningen med godtgørelse af udregningsomkostningerne, sådan som ordningen er udformet efter reglementerne. Rotterdam kommune fastholder navnlig, at udregningsomkostningsbeløbet er urimeligt højt, og at der ikke findes nogen begrundelse for at beregne det på grundlag af gennemsnittet af de enkelte entreprenørers prisoverslag og ikke på grundlag af det laveste prisoverslag.

300 Af samtlige de anførte betragtninger fremgår, at Kommissionen med føje har antaget, at reglementerne ikke sikrer forbrugerne en rimelig andel af den fordel, som de indebærer, navnlig på grund af den godtgørelse af udregningsomkostningerne, som de foreskriver, at bygherrerne skal betale, og på grund af den beskyttelse, som de sikrer den forhandlingsberettigede mod, at bygherren fører forhandlinger med de øvrige entreprenører, der deltager i mødet.

2) Spørgsmålet, om begrænsningerne er nødvendige, og om det kan udelukkes, at konkurrencen ophæves

Parternes argumenter

301 Vedrørende de anmeldte reglementer anfører sagsøgerne, at konkurrencebegrænsningerne er nødvendige for at opfylde reglementernes formål, som er at bekæmpe tingning om priserne og at forbedre markedets transaktionsstruktur. Sagsøgerne gentager, at Kommissionen ikke har forstået den rette betydning dels af ordningen til beskyttelse af den forhandlingsberettigede, dels af ordningen med godtgørelse af udregningsomkostninger samt Garantifondens rolle. Sagsøgerne betragter det som helt rimeligt og normalt, at den første ordning kun spiller en rolle i forbindelse med sammenlignelige tilbud, hvorfor beslutningens betragtning 125 hviler på et fejlagtigt grundlag. Vedrørende den anden ordning anfører sagsøgerne, at det netop er godtgørelsens faste og globale karakter, som gør det muligt at fremme konkurrencen til forskel fra en individualiseret godtgørelsesordning, som i øvrigt ville være uigennemførlig i praksis, i modsætning til det i beslutningens betragtning 126 hævdede. Heller ikke reglementet om underentreprise bekræfter Kommissionens opfattelse.

302 I øvrigt anfører sagsøgerne, at de over for Kommissionen gav udtryk for, at de var indstillet på at drøfte nødvendigheden af de enkelte elementer i reglementerne, og at de i den forbindelse havde fremsat en række forslag til ændringer vedrørende nogle væsentlige punkter i ordningen. Som svar på disse forslag havde Kommissionen ladet forstå, at den tilsigtede at forbyde reglementerne som helhed, hvorefter enhver drøftelse af, om visse af elementerne i reglementerne var nødvendige, var nytteløs. Med sin nægtelse af at diskutere sagsøgernes forslag begik Kommissio-

nen en fejl ved bedømmelsen af betingelsen om de fastslåede konkurrencebegrænsningers nødvendighed.

303 Modsat Kommissionen fastholder sagsøgerne, at de af SPO fremsatte ændringsforslag kan behandles under nærværende sag. I betragtning af sagens omstændigheder er det den handlemåde som helhed, Kommissionen har fulgt under den administrative procedure, som må underkastes Rettens prøvelse, da sagsøgernes ret til kontradiktion i modsat fald tilsidesættes. Dette er den eneste mulighed for at sikre Rettens prøvelsesadgang med hensyn til spørgsmålet om lovligheden af Kommissionens afvisning af SPO's ændringsforslag, da sagsøgerne ikke havde nogen mulighed for at anlægge sag i henhold til traktatens artikel 173 for at anfægte de enkelte administrative skrivelser, hvori afslaget på disse ændringsforslag var indeholdt (jf. herom Rettens dom af 13.12.1990, sag T-116/89, Vereniging Prodifarma m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 843).

304 Sagsøgerne tilføjer, at det i betragtning af sagens omstændigheder ikke med rette kan bebrejdes dem, at de ikke har gennemført disse ændringer i reglementerne, og at de ikke udtrykkeligt har ændret anmeldelsen af reglementerne. Det var nemlig på grund af disse ændringers betydelige virkninger for SPO's organisation og dens personale hverken rationelt eller muligt at foretage en gennemgribende revision af UPR, før der var opnået godkendelse fra Kommissionen i hvert fald for så vidt angår de store linjer. Desuden fremsatte SPO udtrykkeligt sine ændringsforslag for Kommissionen som led i sin anmeldelse af 13. januar 1988, idet SPO heri meddelte, at den var indstillet på at ændre de anmeldte reglementer i den retning, som den tidligere havde foreslået, såfremt Kommissionen gav grønt lys herfor.

305 Endelig forklarer sagsøgerne, hvorfor deres forslag til ændringer af reglementerne var af en sådan karakter, at de opfyldte betingelserne i traktatens artikel 85, stk. 3.

306 Sagsøgerne konkluderer, at de foreslåede ændringer udelukkede enhver teoretisk mulighed for entreprenørerne for at fordreje konkurrencen.

307 Kommissionen har vedrørende de anmeldte reglementer rejst en række indvendinger og herved dels henvist til beslutningen (betragtning 124-128), dels til sine modargumenter over for det første anbringendes andet led. Den gentager herved navnlig, at en ordning, hvorefter samtlige tilbudsgivere modtager en godtgørelse, som skal betales af bygherren, ikke bidrager til at sikre licitationsprocedurens effektivitet. Den tilføjer, at de tilbudsgivere, som er medlemmer af SPO, i kraft af Garantifondens udbetalinger er sikret en kollektiv beskyttelse mod udenforstående entreprenører, når en udenforstående får kontrakten tildelt.

308 Hvad angår de forslag til ændringer af reglementerne, som blev gjort til genstand for et samråd mellem sagsøgerne og Kommissionens tjenestegrene, anfører Kommissionen, at disse ændringsforslag ikke ændrede grundlaget for de klagepunkter, som Kommissionen havde rettet mod reglementerne. Dette var grunden til, at Kommissionens tjenestegrene havde afvist forslagene.

309 Kommissionen tilføjer, at den ikke havde nogen anledning til at undersøge ændringsforslagene i sin beslutning, da sagsøgerne ikke havde indført de foreslåede ændringer i reglementerne og heller ikke ændret anmeldelsen heraf. Følgelig vedrørte beslutningen alene reglementerne i den form, de havde på tidspunktet for beslutningens vedtagelse, og ikke de af sagsøgeren fremsatte ændringsforslag. De fremsatte ændringsforslag var derfor helt irrelevante for Kommissionens beslutning (jf. Rettens dom af 9.7.1992, sag T-66/89, Publishers Association mod Kommissionen, Sml. II, s. 1995, præmis 90). Ved at indtage denne holdning berøvede Kommissionen ikke sagsøgerne deres søgsmålsret over for afslaget på deres ændringsforslag, da de blot havde behøvet at indføre disse ændringer i reglementerne eller ændre anmeldelsen, for at Kommissionen var forpligtet til at udtale sig herom, hvilket i givet fald kunne håndhæves ved et passivitetssøgsmål (jf. herved Rettens dom af 12.7.1991, sag T-23/90, Peugeot mod Kommissionen, Sml. II, s. 653). Det var nødvendigt at ændre anmeldelsen, fordi der kun kan indrømmes fritagelse for faktisk anmeldte aftaler. Kommissionen præciserer herved, at sagsøgerne havde kunnet nøjes med at ændre anmeldelsen uden straks at gennemføre de foreslåede ændringer, såfremt gennemførelsen heraf var forbundet med praktiske vanskeligheder.

Rettens bemærkninger

310 Vedrørende det anførte må Retten konstatere — selv om det for så vidt er overflødigt under hensyn til, at reglementerne ikke sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelen — at de konkurrencebegrænsninger, som reglementerne medfører, heller ikke er nødvendige for at nå de mål, som sagsøgerne har sat sig, nemlig at forbedre markedets transaktionsstruktur ved at begrænse transaktionsomkostningerne og ved at bekæmpe tingning om priserne, som kan føre til en ruinerende konkurrence. Kommissionen har derfor med føje antaget, at de alvorlige konkurrencebegrænsninger, som den havde konstateret, ikke var nødvendige for at nå de med reglementerne tilstræbte mål.

311 Herved bemærkes for det første, at den omstændighed, at hele proceduren frem til udpegelsen af den forhandlingsberettigede afvikles uden bygherrens tilstedeværelse, ingenlunde forekommer nødvendig for at nå disse mål. Bygherren selv er nemlig den, som bedst er i stand til i samråd med entreprenørerne dels at bedømme sammenligneligheden af disses pristilbud, dels at sikre, at de oplysninger, som udveksles under mødet, ikke skader konkurrencen, og endelig at undgå, at de enkelte entreprenørers priser ikke ændres med det formål at forøge visse entreprenørers stærkere konkurrencestilling eller formindske andres svagere konkurrencestilling.

312 For det andet må det fremhæves, at den omstændighed, at det kun er de underentreprenører, som har afgivet tilbud over for den hovedentreprenør, der har fået kontrakten tildelt, der får udbetalt em godtgørelse af udregningsomkostninger, viser, at sagsøgerne ikke selv anser det for nødvendigt til en forbedring af markedets transaktionsstruktur, at hver enkelt bygherre tvinges til selv at betale alle de udregningsomkostninger, som hans indkaldelse af tilbud har givet anledning til. Desuden har sagsøgerne ikke været i stand til at godtgøre, at udregningsomkostningsbeløbet som helhed svarede til de omkostninger, som faktisk blev afholdt af gennemsnittet af entreprenører. I den forbindelse bemærkes, at de forskellige grundlag for beregningen af denne godtgørelse synes at ligge på et meget højt niveau, således som Rotterdam kommune har anført i sin klage. I øvrigt viser den

omstændighed, at de tariffer, som anvendes ved beregningen af godtgørelsen af udregningsomkostninger, angiver maksimumsbeløb, som ikke altid følges — og at bygherren ikke informeres om den tarif, der anvendes, og ikke har nogen muligheder for at gøre indsigelse mod anvendelsen af maksimumsbeløbet — at der ikke er truffet nogen foranstaltninger i reglementerne til sikring af, at godtgørelsen af udregningsomkostninger ikke overskrider, hvad der er nødvendigt for at dække de enkelte entreprenørers transaktionsomkostninger.

313 Hvad angår beskyttelsen af den forhandlingsberettigede bemærkes, at denne opstår efter, at de entreprenører, som ønsker at afgive bud, har holdt samråd, som bygherren er afskåret fra at deltage i, og hvorved entreprenørerne på egen hånd træffer en række fælles beslutninger i stedet for, at det er bygherren selv, som træffer de pågældende valg.

314 Det fremgår af det anførte, at de konkurrencebegrænsninger, som er forbundet med de af sagsøgerne til Kommissionen anmeldte reglementer, ikke er nødvendige for at nå disses mål.

315 Følgelig må sagsøgernes anbringender på dette punkt forkastes.

316 I øvrigt finder Retten, at Kommissionen i den anfægtede beslutning med føje har undladt at tage stilling til de ændringsforslag, som sagsøgerne fremsatte i forbindelse med deres drøftelser med Kommissionen mellem april 1991 og januar 1992, fordi sagsøgerne ikke havde trukket deres første anmeldelse tilbage eller formelt givet Kommissionen meddelelse om disse ændringer. Følgelig var Kommissionen fortsat forpligtet til at tage stilling til reglementerne i den form, hvori de var anmeldt, og Kommissionen var ikke, så længe der ikke var indgivet nogen udtryk-

kelig anmeldelse, kompetent til at tage stilling til ændringsforslagenes forenelighed med traktatens artikel 85, stk. 3.

317 Sagsøgerne kan derfor ikke med føje kritisere Kommissionen for, at den kun tog stilling til reglementerne, således som de var anmeldt til den.

318 Som Kommissionen med rette har bemærket, er sagsøgerne ikke afskåret fra at få prøvet under et søgsmål, om Kommissionens uformelle afvisning af sagsøgernes ændringsforslag er foreneligt med traktatens artikel 85, stk. 3. Hvis sagsøgerne havde ønsket, at denne afvisning skulle prøves af Retten, havde de nemlig blot behøvet at indføre disse ændringer i reglementerne og anmelde dem på ny eller ændre den første anmeldelse (jf. den førnævnte dom i sagen Peugeot mod Kommissionen).

319 Sagsøgerne kan heller ikke i denne forbindelse med føje gøre gældende, at en omgående ændring af reglementerne ville have haft for indgribende følger for deres virksomheder, og at de af denne grund ikke kunne foretage en sådan ændring uden at have garanti for, at Kommissionen ville indrømme fritagelse. Det er ikke nogen nødvendig betingelse for, at Kommissionen har pligt til at tage stilling til de af sagsøgerne fremsatte ændringsforslag, at disse også faktisk træder i kraft, men blot, at sagsøgerne vedtager dem, og at de formelt anmeldes til Kommissionen.

320 Af det anførte følger, at under hensyn til, at de fire betingelser for at indrømme fritagelse efter traktatens artikel 85, stk. 3, er kumulative, må andet led af det andet anbringende, som sagsøgerne har fremført, forkastes, uden at det er nødvendigt at undersøge, om den fjerde betingelse er opfyldt.

Tredje led: tilsidesættelse af proportionalitets- og subsidiaritetsprincippet

Parternes argumenter

321 Sagsøgerne anfører, at Kommissionen ved at nægte fritagelse for reglementerne i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, har tilsidesat proportionalitets- og subsidiaritetsprincippet.

322 Vedrørende proportionalitetsprincippet gør sagsøgerne gældende, at Kommissionen ved at nægte fritagelse for reglementerne og helt og holdent forbyde dem er gået videre end nødvendigt for at nå traktatens mål og endog har udvirket et resultat, som i betragtning af den pågældende sektors særlige kendetegn er i strid med traktatens mål. Som bevis herfor henviser de til opfattelsen hos de forskellige markedsdeltagere, som alle er imod, at der udstedes et ensidigt forbud mod reglementerne. Kommissionen har ved at anlægge en unuanceret og abstrakt vurdering på konkurrenceforholdene, hvorefter enhver foranstaltning til regulering af konkurrencen på markedet er udelukket, har tilsidesat proportionalitetsprincippet, som indeholder et krav om, at Kommissionen fremmer en »effektiv konkurrence«. Endvidere har Kommissionen tilsidesat proportionalitetsprincippet ved ikke en gang at overveje muligheden for at indrømme fritagelse på visse betingelser eller af en vis begrænset varighed og tillige gjort betinget af, at der aflægges rapport. Kommissionen har endvidere tilsidesat proportionalitetsprincippet ved ikke at begrænse sin beslutning til det, som er strengt nødvendigt for at sikre erhvervsdrivende fra andre medlemsstater fri adgang til det nederlandske bygge- og anlægsmarked. Kommissionen burde i sin beslutning have faret med desto større lempe, som den foreliggende sag drejer sig om et enkelt nationalt marked, for hvilket den konkurrencepolitik, som bør følges, er snævert forbundet med den fysiske planlægning, et område, hvor Kommissionen ikke har nogen kompetence.

323 Vedrørende subsidiaritetsprincippet anfører sagsøgerne, at de nederlandske myndigheder på grund af deres erfaring med det nederlandske bygge- og anlægsmarked bedre end Kommissionen var i stand til at anvende konkurrencereglerne på de

pågældende reglementer. I den forbindelse gør de gældende, at de nederlandske myndigheder ikke med rette kan kritiseres for, at de ikke har grebet ind for at sikre opretholdelse af konkurrencen, eftersom de har forbudt visse dele af reglementerne, som de anså for at være i strid med national konkurrenceret.

324 Endelig tilføjer sagsøgerne, at det tilkommer domstolene at påkende eventuelle spørgsmål om tilsidesættelser af subsidiaritetsprincippet, og at Kommissionen ikke med føje kan hævde, at det er udelukket at efterprøve en beslutning ud fra subsidiaritetsprincippet, med den begrundelse, at beslutningen er truffet, inden traktaten om Den Europæiske Union trådte i kraft, eftersom Kommissionen selv har erklæret, at dette var et uskrevet princip, før det udtrykkeligt blev nedfældet i EF-traktatens artikel 3 B, andet afsnit.

325 Heroverfor anfører Kommissionen, at sagsøgerne med dette anbringende bestrider beslutningens hensigtsmæssighed, hvorfor anbringendet ikke kan behandles, såfremt Kommissionens bedømmelse i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1 og 3, er lovlig.

326 Vedrørende tilsidesættelsen af subsidiaritetsprincippet anfører Kommissionen, at dette princip ikke på fællesskabsrettens nuværende stadium hører til de generelle retsprincipper, på grundlag af hvilke lovligheden af retsakter, vedtaget af Fællesskabets institutioner inden traktaten om Den Europæiske Union trådte i kraft, skal efterprøves.

Rettens bemærkninger

327 Retten finder det udelukket, at proportionalitetsprincippet er tilsidesat, når det er fastslået, at Kommissionen med føje fandt, at de anmeldte reglementer ikke

opfyldte den anden og den tredje betingelse, som er nødvendige for at indrømme fritagelse efter traktatens artikel 85, stk. 3. Det gælder så meget mere, som sagsøgerne under den administrative procedure og sagen ved Retten har fastholdt, at reglementerne udgør et hele, hvori de enkelte dele ikke kan holdes kunstigt ude fra hinanden.

328 I øvrigt er de argumenter, som sagsøgerne har gjort gældende mod beslutningens hensigtsmæssighed, således som Kommissionen har anført, baseret på den fejlagtige opfattelse, at samtlige markedsdeltagere går ind for reglementernes opretholdelse, idet såvel Rotterdam kommune som forbrugerorganisationerne har gjort gældende, at reglementerne burde ændres væsentligt for at kunne fritages i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3.

329 Af det anførte følger, at sagsøgernes anbringende om tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet må forkastes.

330 Hvad angår tilsidesættelsen af subsidiaritetsprincippet må det fastslås, at EF-traktatens artikel 3 B, andet afsnit, endnu ikke var i kraft på tidspunktet for beslutningens vedtagelse, og at den ikke kan tillægges tilbagevirkende gyldighed.

331 Før traktaten som Den Europæiske Union trådte i kraft, udgjorde subsidiaritetsprincippet desuden ikke, som hævdet af sagsøgerne, noget generelt retsprincip, på grundlag af hvilket lovligheden af Fællesskabets retsakter skulle efterprøves.

332 Følgelig må sagsøgernes anbringende om tilsidesættelsen af subsidiaritetsprincippet forkastes.

333 Af samtlige de anførte betragtninger følger, at sagsøgernes andet anbringende vedrørende tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 3, må forkastes.

Tredje anbringende: tilsidesættelse af artikel 4, stk. 2, nr. 1), og artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17

Første led: ingen overtrædelse og bødefritagelse

Parternes argumenter

334 Sagsøgerne anfører, at de med deres første anbringende har bevist ikke at have begået nogen overtrædelse. Hvis dette anbringende tages til følge, må den bøde, der er pålagt dem, følgelig ophæves.

335 Desuden gør de gældende, at Kommissionen ved at anse de gamle reglementer for omfattet af anmeldelsespligten i henhold til artikel 4, stk. 1, i forordning nr. 17 har tilsidesat denne bestemmelses stk. 2, nr. 1). Da reglementerne er vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder, var sagsøgerne fritaget for anmeldelsespligten, eftersom medlemmerne af den omhandlede sammenslutning alle har tilknytning til samme medlemsstat, bortset fra ét medlem (ZNAV), idet der aldrig har været nogen udenlandske entreprenører, som inden for den i sagen omhandlede periode har været tilsluttet en af disse sammenslutninger.

336 Subsidiært anfører sagsøgerne, at hvis kriteriet om at følge reglementerne skal anvendes, således som Kommissionen hævder, har ingen udenlandsk entreprenør fulgt de tre reglementer, i hvert fald ikke inden for den i sagen omhandlede periode, og hvad angår de øvrige reglementer har Kommissionen ikke godtgjort, at det modsatte har været tilfældet og end mindre, at det havde været tilfældet igennem hele perioden.

337 Sagsøgerne gør videre gældende, at i betragtning af, at artikel 4, stk. 2, i forordning nr. 17 fandt anvendelse, kan Kommissionen ikke med rette kritisere sagsøgerne for, at de ikke har anmeldt de gamle reglementer. Sagsøgerne kunne nemlig med føje gå ud fra, at den omstændighed, at reglementerne ikke var anmeldt, ikke udelukkede muligheden for at opnå fritagelse. For at kunne retfærdiggøre pålæggelsen af bøder i henhold til artikel 4, stk. 2, burde Kommissionen i det mindste have bevist, at hver af sagsøgerne igennem mange år burde have været klar over, at der aldrig kunne være opnået fritagelse for de gamle reglementer. Dette har Kommissionen ikke kunnet godtgøre.

338 Kommissionen anfører indledningsvis, at den har fremlagt tilstrækkeligt bevis for overtrædelsen af traktatens artikel 85, stk. 1.

339 Vedrørende tilsidesættelsen af artikel 4, stk. 2, nr. 1), i forordning nr. 17 anfører Kommissionen, at sagsøgernes argumentation er helt irrelevant, da bøderne vedrører perioden mellem den 1. april 1987 og den 13. januar 1988.

340 Kommissionen tilføjer, at selv om det forudsættes, at de gamle reglementer ikke skulle have været anmeldt — hvilket de skulle — indeholder forordning nr. 17 ikke noget grundlag for bødefritagelse, da de gamle reglementer aldrig kunne være kommet i betragtning til en fritagelse, idet de indebar konkurrencebegrænsninger, som var endnu mere graverende end UPR, hvortil der også blev nægtet fritagelse.

341 Endelig anfører Kommissionen, at fritagelsen for anmeldelsespligten i henhold til artikel 4, stk. 2, nr. 1), i forordning nr. 17 ikke indebærer, at det er udelukket at pålægge bøde til sanktion af den pågældende aftale eller vedtagelse.

Rettens bemærkninger

342 Det bemærkes, at det fremgår af Domstolens praksis, at forbuddet i henhold til artikel 15, stk. 5, litra a), i forordning nr. 17 mod pålæggelse af bøde kun gælder for faktisk anmeldte aftaler og ikke for aftaler, som er fritaget for anmeldelse i medfør af samme forordnings artikel 4, stk. 2, nr. 1) (jf. Domstolens dom af 10.12.1985, forenede sager 240/82-242/82, 261/82, 262/82, 268/82 og 269/82, Stichting Sigarettenindustrie m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3831, præmis 73-78).

343 Følgelig kunne Kommissionen, selv om de gamle reglementer var omfattet af artikel 4, stk. 2, i forordning nr. 17, pålægge de sagsøgere bøder, som anvendte disse reglementer, eftersom de ikke var blevet anmeldt.

344 Som det allerede er fastslået af Retten, fandt Kommissionen med føje, at reglementerne var i strid med traktatens artikel 85, stk. 1.

345 Følgelig må dette led af anbringendet forkastes.

Andet led: der foreligger hverken forsæt eller uagtsomhed

Parternes argumenter

346 Sagsøgerne anfører, at Kommissionen i beslutningen har erklæret, at sagsøgerne har begået overtrædelserne »forsætligt eller i det mindste groft uagtsomt«, dvs. ved en til forsæt grænsende uagtsomhed. De gør herved gældende, at bødens størrelse er afpasset efter denne vurdering, men at der ikke er udvist nogen uagtsomhed og end mindre nogen grov uagtsomhed. Det påhvilede Kommissionen at godtgøre, at sagsøgerne vidste eller burde vide, at reglementerne var omfattet af artikel 85, stk. 1, og at de ikke kunne fritages efter artikel 85, stk. 3. Ifølge sagsøgerne fremgår det af deres to første anbringender, at hvis der foreligger en overtrædelse, var den ikke åbenbar, og at det ikke kan betegnes som uagtsomt, at sagsøgerne ikke indså, at der forelå en overtrædelse.

347 De anfører, at flere forskellige forhold bidrog til at befæste deres overbevisning om, at reglementerne var lovlige: For det første, at de nederlandske konkurrencemyndigheder altid havde ført en aktiv politik vedrørende reglementerne, og at dette havde givet sig udtryk i den kongelige anordning af 29. december 1986, hvorved der endnu en gang blev givet en udtrykkelig og rent konkurrenceretlig godkendelse af UPR; for det andet, at de forskere og erhvervsdrivende, hos hvem reglementerne altid havde påkaldt sig opmærksomhed, aldrig havde udtrykt den mindste tvivl om deres forenelighed med Fællesskabets konkurrenceregler — enkelte forskere havde endda givet udtryk for, at reglementerne ikke var konkurrencebegrænsende; for det tredje, at sagsøgerne var blevet bestyrket i deres overbevisning ved den holdning, som flere markedsdeltagere, navnlig på efterspørgselssiden, havde indtaget; for det fjerde, at Kommissionen ikke havde rejst indsigelse mod reglementerne fra før 1987, selv om den formentlig havde været bekendt med dem i meget lang tid på grund af deres offentlige karakter og utvivlsomt havde kendskab til dem siden 1982, hvor de blev omhandlet i en præjudiciel forelæggelse for Domstolen i sagen Peters Bauunternehmung (dom af 22.3.1983, sag 34/82, Sml. s. 987), hvilket også

havde bidraget til at befæste sagsøgernes overbevisning om, at reglementerne var forenelige med fællesskabsretten. I den forbindelse henviser sagsøgerne tillige til en rapport fra OECD fra 1976, som specielt vedrører hemmelige aftaler inden for bygge- og anlægssektoren. Denne rapport, som ikke kan være undgået Kommissionens opmærksomhed, indeholder en fyldig kommentar til de reglementer, som gjaldt før UPR.

348 Sagsøgerne anfører, at den af Kommissionen påståede grovhed ved overtrædelsen stemmer dårligt med den omstændighed, som er kommet frem under den administrative procedure, at Kommissionen i lang tid ikke selv var sikker på, at de europæiske konkurrenceregler fandt anvendelse. Desuden fremgår det af svarskriftet, at Kommissionen selv bevidst udsatte iværksættelsen af en kontrolundersøgelse i længere tid, alt imens den var i kontakt med de nederlandske myndigheder.

349 Sagsøgerne tilføjer, at da Kommissionen selv erkender, at sagsøgerne blev pålagt bøder for de gamle reglementer, har det af sagsøgerne anførte så meget mere gyldighed, som det påhvilede Kommissionen at godtgøre forsæt eller grov uagtsomhed hos hver af de sammenslutninger, som var ansvarlige for de sektorvise eller regionale reglementer. Sammenslutningerne kunne ikke vide, at betingelsen om en begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne var opfyldt, da der praktisk talt ikke var nogen international samhandel på de geografiske markeder eller på de produktmarkeder, som reglementerne vedrørte.

350 Kommissionen anfører heroverfor, at det er uden betydning, hvorvidt sagsøgerne bevidst har overtrådt forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1, eller ej. Det afgørende er, om de vidste eller burde vide, at reglementerne begrænsede konkurrencen, og at de kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne (jf. Domstolens dom i førnævnte sag Miller mod Kommissionen samt domme af 12.7.1979, forenede sager 32/78 og 36/78-82/78, BMW m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 2435, af 8.11.1983,

forenede sager 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 og 110/82, IAZ m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3369, førnævnte dom i sagen Stichting Sigarettenindustrie m.fl. mod Kommissionen, og Rettens dom af 2.7.1992, sag T-61/89, Dansk Pelsdyravlerforening mod Kommissionen, Sml. II, s. 1931, præmis 157). I den foreliggende sag kan Kommissionen vanskeligt se, hvorledes sagsøgerne skulle have kunnet være uvidende om, at en ordning som den her i sagen omhandlede er konkurrencebegrænsende.

351 Kommissionen afviser de af sagsøgerne påberåbte forklaringer på, at de ikke har gjort sig skyldige i grov uagtsomhed. For det første er det urigtigt, når sagsøgerne giver indtryk af, at reglementerne mødte fuld tilslutning hos de nederlandske myndigheder, og til støtte herfor henviser til, at visse af elementerne i de gamle reglementer blev erklæret for retligt uforbindende ved kongelig anordning af 29. december 1986, som blev udstedt i henhold til artikel 10 i Wet economische mededinging (lov om økonomisk konkurrence). Ifølge Kommissionen fremgår det nemlig af denne bestemmelses opbygning, at virkningen af, at en konkurrenceregulerende ordning erklæres for retligt uforbindende, højst er ensbetydende med, at de offentlige myndigheder anser den for ikke at være i strid med almenhedens interesser. Dette betyder ingenlunde, at det pågældende reglement dermed ikke er konkurrencebegrænsende. Dets virkning for samhandelen mellem medlemsstaterne har nemlig ingen betydning efter denne bestemmelse.

352 For det andet anfører Kommissionen, at begge de to forskere, som sagsøgerne har henvist til, er af den opfattelse, at reglementerne er konkurrencebegrænsende. Desuden kunne sagsøgerne ikke tro, at reglementerne ikke påvirkede samhandelen mellem medlemsstaterne, blot fordi deres anvendelsesområde er begrænset til Nederlandene (jf. herved endvidere førnævnte dom i sagen Stichting Sigarettenindustrie m.fl. mod Kommissionen, præmis 65). Selv om de nederlandske myndigheder på den ene eller anden måde måtte have vakt det indtryk, at artikel 85 ikke fandt anvendelse i det foreliggende tilfælde, kunne dette ikke fritage sagsøgerne for deres ansvar.

353 Kommissionen finder, at hvis sagsøgerne virkelig havde været af den opfattelse, at reglementerne kunne fritages i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, ville de have

anmeldt dem til Kommissionen. Dette skete imidlertid først efter, at Kommissionen havde indledt sin undersøgelse.

354 Da de gamle reglementer aldrig var blevet anmeldt til Kommissionen, kunne sagsøgerne ikke med rette påberåbe sig, at Kommissionen undlod at intervenere, eftersom den ikke var bekendt med alle disse reglementers eksistens eller indhold, idet de aldrig var blevet offentliggjort. Vedrørende den af sagsøgerne nævnte dom i sagen Peters Bauunternehmung anfører Kommissionen, at denne dom blev afsagt på foranledning af et præjudicielt spørgsmål fra Nederlandenes Hoge Raad vedrørende fortolkningen af Bruxelles-konventionens artikel 5, nr. 1, i relation til de omtvistede reglementer, hvorfor de konkurrenceretlige aspekter ikke spillede nogen rolle.

355 Kommissionen tilføjer, at det er korrekt, at den rettede en begæring om oplysninger til SPO i 1985, og at Kommissionen efter at have gennemgået besvarelsen af denne begæring havde truffet aftale med SPO om at foretage en kontrolundersøgelse i april 1986. Den underrettede endvidere de nederlandske myndigheder herom. I april 1986 anmodede den nederlandske økonomiminister Kommissionen om at afstå fra den påtænkte kontrolundersøgelse eller i det mindste at udsætte den under hensyn til, at vedtagelsen af den kongelige anordning af 29. december 1986 var umiddelbart forestående. Efter at denne var blevet vedtaget den 29. december 1986, underrettede Kommissionen i marts 1987 på ny økonomiministeren om, at den havde til hensigt at foretage en kontrolundersøgelse hos SPO. Denne kontrolundersøgelse fandt sted i juni 1987 og blev efterfulgt af en kontrolundersøgelse hos en af sagsøgerne i juli 1987. Sagsøgerne kunne umuligt uddrage den konklusion af de af Kommissionen iværksatte foranstaltninger, at denne på daværende tidspunkt skulle være af den opfattelse, at de anfægtede reglementer ikke var omfattet af anvendelsesområdet for traktatens artikel 85, stk. 1. I øvrigt kan sagsøgerne ikke ifølge Kommissionen påberåbe sig den omstændighed, at Kommissionen undlod at gøre brug af sin beføjelse efter artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17, eftersom Kommissionen kunne have pålagt sagsøgerne større bøder i henhold til denne bestemmelse.

Rettens bemærkninger

356 Det bemærkes indledningsvis, som anført af Kommissionen, at ifølge fast retspraksis er det ved bedømmelsen af, om en overtrædelse kan antages at være begået forsætligt, ikke nødvendigt, at en virksomhed vidste, at den overtrådte forbuddet i traktatens artikel 85. Det er tilstrækkeligt, at den ikke kunne være uvidende om, at den påtalte handlemåde havde til formål eller til følge at begrænse konkurrencen inden for det fælles marked (jf. Domstolens dom af 8.2.1990, sag C-279/87, Tipp-Ex mod Kommissionen, Sml. I, s. 261, præmis 29; jf. endvidere førnævnte dom i sagen Dansk Pelsdyravlerforening mod Kommissionen, præmis 157).

357 Under hensyn til grovheden af de konkurrencebegrænsninger, som er forbundet med såvel reglementerne fra 1987 (jf. ovenfor, præmis 116-123, 140-158, 178-187 og 199-205) som de gamle reglementer (jf. ovenfor, præmis 206-212), kunne sagsøgerne ikke være uvidende om, at de karteller, som de deltog i, var konkurrencebegrænsende.

358 Sagsøgerne kunne heller ikke være uvidende om, at såvel de i 1987 indførte som de gamle reglementer kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne. Sagsøgerne kunne nemlig ikke i deres egenskab af sammenslutninger af virksomheder, som er medlemmer af en større sammenslutning, der omfatter hele Nederlandenes område, være uvidende om, at deres egne reglementer — der var godkendt af sidstnævnte sammenslutning — indgik i en større helhed af reglementer, som dækkede hele bygge- og anlægssektoren i Nederlandene, og at disse reglementer i kraft af den virkning, de som helhed havde, var egnet til at påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne (jf. ovenfor, præmis 226-240). I den forbindelse bemærkes, at Kommissionen kun har pålagt en bøde for den periode, hvorunder de gamle, indbyrdes forskellige reglementer var blevet harmoniseret under SPO's tilsyn og

udstyret med en ensartet sanktionsordning (jf. ovenfor, præmis 206), og for den periode, hvori de i 1987 indførte reglementer ikke var blevet anmeldt til Kommissionen.

359 Under disse omstændigheder kunne sagsøgerne ikke være i tvivl om, at deres reglementer var omfattet af traktatens artikel 85, stk. 1. De nederlandske myndigheders forholdsvis positive holdning til reglementerne burde have tilskyndet sagsøgerne til at anmelde dem til Kommissionen for at opnå fritagelse i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, og opnå den bødefritagelse, som kun kan indrømmes for forskriftsmæssigt anmeldte aftaler.

360 Sagsøgerne kan ikke med føje bebrejde Kommissionen, at denne ikke greb ind over for reglementerne på et tidligere tidspunkt. Selv om reglementerne var offentlige og var blevet indgående kommenteret i fagpressen, kunne Kommissionen ikke, så længe der ikke var indgivet en formel klage, være forpligtet til at iværksætte en procedure i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1. Også på dette punkt kritiserer sagsøgerne med deres argumentation Kommissionen for, at den ikke greb ind på et tidligere tidspunkt. Hertil må imidlertid bemærkes, at sagsøgerne selv havde mulighed for at anmelde reglementerne til Kommissionen for at opnå fritagelse for konkurrencereglerne og bødefritagelse.

361 Af det anførte følger, at Kommissionen med føje har fastslået i beslutningens betragtning 136, at sagsøgerne begik overtrædelserne forsætligt eller i det mindste groft uagtsomt, og at Kommissionen derfor har pålagt dem bøderne med rette.

362 Af samtlige de anførte betragtninger følger, at det tredje anbringendes andet led må forkastes.

Tredje led: bøden er urimelig stor

Parternes argumenter

363 Sagsøgerne anfører mere subsidiært, at de pålagte bøder er for høje i betragtning af overtrædelsernes grovhed og varighed og de maksimumsbeløb, som er fastsat i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17.

364 Vedrørende grovheden anfører sagsøgerne, at det fremgår af de anbringender som helhed, som sagsøgerne har fremført til støtte for deres påstande, at selv om Kommissionen måtte antages at have godtgjort, at de i SPO's regi udfærdigede reglementer udgør en overtrædelse, har denne i hvert fald ikke den i beslutningen hævdede grovhed. De gør herved navnlig gældende, for det første, at Kommissionen i betragtning af, at det var dens første tiltag vedrørende bygge- og anlægssektoren, burde have afstået fra at pålægge bøder, således som den, netop med samme begrundelse, afstod fra i sin beslutning 92/521/EØF af 27. oktober 1992 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/33.384 og 33.378 — Salg af pakkerejser i forbindelse med verdensmesterskabet i fodbold i 1990, EFT L 326, s. 31, betragtning 125). For det andet finder sagsøgerne, at Kommissionen med urette har anset det for en skærpende omstændighed, at reglementerne først blev anmeldt i 1988, så meget mere som de før 1987 var fritaget for anmeldelsespligten i henhold til artikel 4, stk. 2, nr. 1), i forordning nr. 17. De tilføjer, at det ved en gennemlæsning af beslutningen er umuligt at se, hvorledes Kommissionen har taget hensyn til de formildende omstændigheder, som den hævder at have taget i betragtning. Efter sagsøgernes opfattelse er der i betragtning af bødernes samlede beløb al mulig grund til at tro, at Kommissionen overhovedet ikke har taget nogen formildende omstændigheder i betragtning.

365 Vedrørende de påståede overtrædelsers varighed anfører sagsøgerne, at de ville have været af kortere varighed, hvis Kommissionen på et tidligere tidspunkt havde grebet ind over for reglementerne, hvilket den burde have gjort, eftersom den var bekendt med deres eksistens. Kommissionen burde ved fastsættelsen af bødernes størrelse have taget hensyn til denne uforklarlige passivitet i overensstemmelse med, hvad Domstolen fastslog i dommen af 6. marts 1974 i sagen Istituto Chemioterapico og Commercial Solvents mod Kommissionen (forenede sager 6/73 og

7/73, Sml. s. 223). I øvrigt anfører sagsøgerne, at Kommissionen ikke har fremlagt noget som helst bevis eller foretaget den mindste undersøgelse vedrørende perioden mellem 1980 og 1982, selv om den tog hensyn til denne periode ved fastsættelsen af bødens størrelse.

366 Endvidere har sagsøgerne anført i replikken, at de gamle reglementer, som er nævnt i punkt IV, V, VI og IX i beslutningens bilag 9, blev ophævet forud for den periode, som Kommissionen har taget hensyn til i den anfægtede beslutning, nemlig før 1980. Kommissionen har derfor med urette inddraget disse reglementer i sagen.

367 Vedrørende fastsættelsen af bøderne anfører sagsøgerne, at Kommissionen har overskredet det gældende maksimumsbeløb på 10% af omsætningen i det sidste regnskabsår for de enkelte sammenslutninger af virksomheder, og at Kommissionen ikke har differentieret disse bøder i forhold til de forskellige markeder.

368 Endelig anfører sagsøgerne under henvisning til en sammenligning mellem den af Kommissionen i den foreliggende sag pålagte bøde og den bøde, som den pålagde ved sin beslutning 88/491/EØF af 26. juli 1988 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/31.379 — Bloemenveilingen Aalsmeer, EFT L 262, s. 27), at Kommissionen har tilsidesat ligebehandlingsprincippet, eftersom den sidstnævnte beslutning vedrørte en ordning, der ligeledes omfattede mere end 4 100 medlemmer, og hvori det syntes mere åbenbart end i det foreliggende tilfælde, at traktatens artikel 85 fandt anvendelse.

369 Kommissionen har i det væsentlige taget til genmæle ved at henvise til beslutningens betragtning 136, 140 og 141. Den anfører, at den ikke har betragtet den sene anmeldelse som en skærpende omstændighed, men har angivet i beslutningen, hvorfor den ikke antog, at anmeldelsen af de omhandlede reglementer var en formildende omstændighed, således som den har antaget i andre tilfælde. Kommissionen tilføjer, at sagsøgerne ikke i deres argumentation har taget hensyn til den afskrækkende virkning, som bøder skal have.

370 Vedrørende overtrædelsens varighed gentager Kommissionen, at den var ubekendt med reglementernes indhold af de førnævnte grunde, og at sagsøgernes henvisning til nævnte dom i sagen Istituto Chemioterapico og Commercial Solvents er irrelevant. Den tilføjer, at den ikke var forpligtet til at foretage en særskilt undersøgelse for perioden 1980-1982, da sagsøgerne ikke havde gjort gældende, at situationen var anderledes i denne periode.

371 I øvrigt gør Kommissionen gældende, at det er et nyt anbringende, når sagsøgerne i replikken fremfører, at de gamle, indbyrdes forskellige reglementer var ophævet inden 1980, og at dette anbringende må afvises i henhold til artikel 48, stk. 2, i Rettens procesreglement.

372 Subsidiært anfører den, at det ikke er korrekt, at de nævnte reglementer blev ophævet inden 1980, hvilket bekræftes af de besvarelser, som de i punkt 3, 5, 6 og 26 i beslutningens artikel 4 nævnte sagsøgere afgav mellem den 12. og den 16. december 1988.

373 Kommissionen finder, at de af sagsøgerne begåede overtrædelser ikke kan betegnes som nye, og at den omstændighed, at det var Kommissionens første tiltag inden for bygge- og anlægssektoren, ikke kunne medføre, at Kommissionen burde afstå fra at pålægge bøde, da i så fald alle de virksomheder, som opererer inden for sektorer, der endnu ikke har været gjort til genstand for nogen beslutning fra Kommissionens side, ustraffet ville kunne overtræde konkurrencereglerne.

374 Vedrørende bødernes fastsættelse anfører Kommissionen, at sagsøgerne med urette har gjort gældende, at bødernes maksimumsbeløb skal fastsættes på grundlag af deres egen omsætning. Det fremgår nemlig af ordlyden af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, at det er omsætningen i de sagsøgende organisationers medlems-

virksomheder, der her bør lægges til grund. I den foreliggende sag lå de af Kommissionen pålagte bøder væsentligt under disse maksimumsbeløb.

375 Ifølge Kommissionen kan de pålagte bøder ikke betegnes som store, da de i alt udgør mindre end 0,5% af de pågældende kontrakters årlige gennemsnitlige værdi og dermed ligger væsentligt under de bøder, der normalt pålægges for denne slags overtrædelser.

376 Endelig anfører Kommissionen, at sagsøgernes henvisning til Kommissionens beslutning 88/491 af 26. juli 1988 i sagen Bloemenveilingen Aalsmeer er helt irrelevant på grund af forskellen mellem de to overtrædelsers karakter og virkning.

Rettens bemærkninger

377 Det bemærkes indledningsvis, at det fremgår af gennemgangen af det første anbringende, at overtrædelsen var af den i beslutningen konstaterede grovhed. I den forbindelse må det betænkes, at den for de gamle reglementer pålagte bøde omfatter en periode på 6 1/2 år, mens bøden for de i 1987 indførte reglementer omfatter en periode på 9 1/2 måned. Herved må navnlig fremhæves den særlig grove karakter af de konkurrencebegrænsninger, som de gamle reglementer indebar, navnlig for så vidt angår den prissamordning, der nævnes i beslutningens betragtning 64. Da Retten har kunnet tiltræde denne betragtning (jf. ovenfor, præmis 206-212), skal den ses som baggrund for beslutningens betragtning 140, hvori det udtales, at »samordning af priser og opdeling af markeder hører blandt de mest alvorlige overtrædelser, som Kommissionen ... gentagne gange er skredet ind over for«.

378 Endvidere bemærkes, at der ved fastsættelsen af bødens størrelse blev taget hensyn til samtlige de formildende omstændigheder, som sagsøgerne har henvist til i deres

skriftlige indlæg, hvilket fremgår af beslutningens betragtning 141 og den omstændighed, at den bøde, som Kommissionen pålagde sagsøgerne, ifølge Kommissionen kun udgør 0,5% af de pågældende kontrakters årlige gennemsnitsværdi, hvilket ikke er blevet modsagt af sagsøgerne.

379 Selv om disse formildende omstændigheder forelå, og selv om de er væsentlige, navnlig på grund af reglementernes offentlige karakter, må det dog ikke overses, at sagsøgerne forsømte at gøre brug af deres mulighed for at anmelde reglementerne til Kommissionen for enten at opnå negativattest eller fritagelse i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3.

380 Endvidere bemærkes, at sagsøgerne ikke med føje kan bebrejde Kommissionen, at den ikke greb ind på et tidligere tidspunkt, eftersom sagsøgerne selv havde mulighed for at tvinge den hertil ved at anmelde reglementerne til den. De faktiske omstændigheder, som lå til grund for dommen i førnævnte sag Istituto Chemioterapico og Commercials Solvents mod Kommissionen afveg meget fra omstændighederne i den foreliggende sag, idet Kommissionen, som den selv har fremhævet, fik forelagt en klage i nævnte sag, men ikke straks besvarede den. I den foreliggende sag derimod modtog Kommissionen først en klage fra Rotterdam kommune, efter at sagsøgerne havde anmeldt reglementerne. Denne forskel er af betydning, fordi Kommissionen, når den modtager en klage, informeres om, hvad den påtalte handlemåde nærmere går ud på, mens Kommissionen i den foreliggende sag først blev informeret om reglementernes reelle indhold, da de blev anmeldt.

381 Følgelig må dette argument forkastes.

382 Hvad angår det forhold, at Kommissionen ikke foretog nogen undersøgelse vedrørende perioden 1980-1982, finder Retten, at Kommissionen med føje har henvist til, at sagsøgerne ikke har gjort gældende, hverken under den administrative procedure eller i deres skriftlige indlæg for Retten, at situationen var anderledes inden for denne periode.

383 Hvad angår anbringendet om ophævelsen af de gamle reglementer, som er nævnt under punkt IV, V, VI og IX i beslutningens bilag 9, finder Retten, at dette er et nyt anbringende, som må afvises i henhold til artikel 48, stk. 2, i Rettens procesreglement.

384 I øvrigt må det konstateres, at baggrunden for, at Kommissionen inddrog disse reglementer i sagen — hvilket var uhjemlet — var de fejltagelser, som visse sagsøgere begik i deres besvarelser af Kommissionens begæring om oplysninger (jf. herved svaret af 12.12.1988 fra Aannemersvereniging van Boorondernemers en Buizenleggers, af 16.12.1988 fra Aannemers Vereniging Haarlem-Bollenstreek, af 15.12.1988 fra Aannemersvereniging Veluwe en Zuidelijke IJsselmeerpolders, og af 12.12.1988 fra Utrechtse Aannemers Vereniging). Disse sagsøgere kan derfor ikke påberåbe sig en fejl, som beror på deres egne fejltagelser.

385 Endelig finder Retten, at det er urigtigt, når sagsøgerne gør gældende, at bøden overstiger det i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 fastsatte maksimumsbeløb på 10% af omsætningen inden for det sidste regnskabsår. Begrebet »overtrædelse« i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 omfatter nemlig uden forskel aftaler, samordnet praksis og vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder, og at det fremgår af den måde, begrebet anvendes på, at de i bestemmelsen fastsatte maksimumsbeløb gælder ens for aftaler og samordnet praksis såvel som for vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder. Heraf følger, at maksimumsbeløbet på 10% af omsætningen skal beregnes på grundlag af omsætningen for hver af de virksomheder, som har deltaget i aftalerne eller den samordnede praksis, eller for samtlige de virksomheder, som er medlemmer af de pågældende sammenslutninger af virksomheder, i hvert fald når sammenslutningen efter sine interne regler kan handle med bindende virkning for sine medlemmer. Rigtigheden af denne opfattelse bekræftes af, at man ved fastsættelsen af bødebeløbet bl.a. kan tage hensyn til den indflydelse, som virksomheden har kunnet udøve på markedet, navnlig på grund af dens størrelse og økonomiske styrke, hvilke faktorer virksomhedens omsætning er et udtryk for (jf. Domstolens dom af 7.6.1983, forenede sager 100/80-103/80, Musique diffusion française m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1825, præmis 120 og 121), samt til den præventive virkning, som bøderne skal have (jf. Rettens dom af 10.3.1992, sag T-12/89, Solvay mod Kommissionen, Sml. II, s. 907, præmis 309). Den indflydelse, som en sammenslutning af virksomheder har kunnet udøve på markedet, beror nemlig i sagens natur ikke på dens egen »omsætning«, som hverken er udtryk for dens størrelse eller dens økonomiske styrke, men på

medlemsvirksomhedernes årsomsætning, hvilket er et udtryk for dens størrelse og økonomiske styrke (jf. Rettens førnævnte dom i sagen CB og Europay mod Kommissionen, præmis 136 og 137).

386 Endvidere kan sagsøgerne ikke påberåbe sig, at Kommissionen fastsatte lavere bøder i sin beslutning 88/491 af 26. juli 1988 i sagen Bloemenveilingen Aalsmeer end i den foreliggende sag, da overtrædelsernes karakter og virkninger, som anført af Kommissionen, var helt forskellige.

387 Af det anførte følger, at dette led af anbringendet må forkastes.

388 Af samtlige de anførte betragtninger følger, at anbringendet om tilsidesættelse af forordning nr. 17 må forkastes.

Fjerde anbringende: tilsidesættelse af traktatens artikel 190

Parternes argumenter

389 Sagsøgerne anfører, at Kommissionen har tilsidesat sin pligt til at begrunde sine beslutninger. I medfør af denne forpligtelse burde Kommissionen ikke blot i beslutningen have gengivet de vigtigste af de anbringender, som sagsøgerne fremførte under den administrative procedure, men også have givet et begrundet svar på hvert af de fremførte anbringender. Det fremgår nemlig af førnævnte dom i sagen SIV m.fl. mod Kommissionen (præmis 159), at »selv om Kommissionen ikke i sine beslutninger behøver at tage alle virksomhedernes argumenter op, ... [burde] Kommissionen i betragtning af sagsøgernes anbringender ... have foretaget en

grundigere undersøgelse ... for at påvise, hvorfor sagsøgernes konklusioner er grundløse«.

390 Sagsøgerne gør gældende, at Kommissionen i den foreliggende sag endog ikke i beslutningen har gengivet de væsentligste af de argumenter, som sagsøgerne fremførte i deres svar på meddelelsen af klagepunkter og under høringen.

391 Endvidere gør sagsøgerne gældende i replikken, at i det omfang, der i beslutningens konklusion henvises til de etiske regler som sådan, alle SPO's vedtægter samt alle de gamle reglementer, har konklusionen ikke støtte i beslutningens betragtninger. Om de etiske regler anfører sagsøgerne, at i det omfang, det fastslås i artikel 1, stk. 2, i den anfægtede beslutnings konklusion, at de etiske regler (bortset fra artikel 10) — i den form, hvori disse regler ved SPO's beslutning af 3. juni 1980 blev gjort bindende for alle virksomheder, der er tilsluttet SPO's medlemsorganisationer — udgør en overtrædelse af traktatens artikel 85, stk. 1, har nævnte artikel 1, stk. 2, et videre anvendelsesområde end beslutningens betragtning 1. Ifølge betragtning 1 vedrørte Kommissionens procedure nemlig SPO's beslutning af 3. juni 1980 om at gøre de etiske regler, med tilhørende bilag, bindende for alle virksomheder tilsluttet SPO's medlemsorganisationer. Følgelig er der ikke anført nogen begrundelse for konstateringen af, at de etiske regler som sådan udgør en overtrædelse.

392 Vedrørende SPO's vedtægter anfører sagsøgerne, at i det omfang, det fastslås i artikel 1, stk. 1, i beslutningens konklusion, at SPO's vedtægter af 10. december 1963 med senere ændringer udgør en overtrædelse af traktatens artikel 85, stk. 1, har beslutningens artikel 1, stk. 1, et videre anvendelsesområde end beslutningens betragtninger, som kun vedrører artikel 3 i SPO's vedtægter. Hovedparten af bestemmelserne i SPO's vedtægter omhandler nemlig slet ikke konkurrencespørgsmål, men vedrører udelukkende SPO's interne organisation. Kommissionen har derfor efter sagsøgernes opfattelse forvekslet SPO's vedtægter med de beslutninger, som er truffet i henhold til vedtægterne, med den følge, at den uden begrundelse har udstedt et forbud mod SPO som sådan.

393 Hvad endelig angår de gamle reglementer anfører sagsøgerne, at der findes betydeligt flere af dem end dem, som er nævnt i beslutningens bilag 9, og at det ikke, som angivet i beslutningen, er SPO, der har vedtaget UPR vedrørende »Burger- & Utiliteitsbouw Openbaar«, men en individuel sammenslutning af entreprenører. Desuden kritiserer sagsøgerne Kommissionen for, at den har foretaget en udifferentieret helhedsvurdering af de gamle reglementer som sådan uden at tage hensyn til deres indbyrdes forskelle og særlige kendetegn. Endelig anfører sagsøgerne, at en række af de gamle reglementer blev ophævet før 1980.

394 Heroverfor har Kommissionen anført, at beslutningen er tilstrækkeligt begrundet, og at den ikke var forpligtet til at fremlægge nogen videnskabelige undersøgelser for at afvise de undersøgelser, som sagsøgerne havde fremlagt, da disse var helt uden relevans.

395 Hvad særligt angår den i beslutningen indeholdte begrundelse for afslaget på sagsøgernes anmodning om fritagelse anfører Kommissionen, at det ville være ensbetydende med at vende bevisbyrden om, såfremt det, som hævdet af sagsøgerne, skulle påhvile Kommissionen at godtgøre, at reglementerne ikke kunne fritages efter konkurrencereglerne.

396 Endvidere anfører Kommissionen, at de argumenter, hvormed sagsøgerne anfægter Kommissionens forkastelse af de etiske regler som sådan, af SPO's vedtægter som helhed og de gamle reglementer, ikke er gengivet på samme måde i stævningen og i hvert fald delvis baseres på klagepunkter, som ikke er blevet fremført. Der er derfor tale om et nyt anbringende, som må afvises i henhold til artikel 48, stk. 2, i Rettens procesreglement. Subsidiært anfører Kommissionen, at erklæringen i beslutningens betragtning 1 om, at Kommissionens procedure vedrørte SPO's beslutning af 3. juni 1980 i det omfang, hvori de etiske regler, med tilhørende bilag, ved beslutningen blev gjort bindende for de virksomheder, som er tilsluttet SPO's medlemsorganisationer, alene kan sigte til de etiske regler som sådan, da SPO's beslutning af 3. juni 1980 ikke har nogen selvstændig betydning efter konkurrenceretten.

397 Vedrørende SPO's vedtægter erkender Kommissionen, at det kun er vedtægternes artikel 3, der medfører problemer efter konkurrenceretten, idet de øvrige bestemmelser i vedtægterne ikke har nogen selvstændig betydning i konkurrenceretlig henseende. De øvrige bestemmelser i vedtægten bør dog efter Kommissionens opfattelse anses for omfattet af Kommissionens beslutning i det omfang, de har til formål at give SPO mulighed for at opfylde dens formål i henhold til artikel 3. Kommissionen anfører, at den med sin beslutning ikke tilsigter at forbyde SPO som sådan, men udelukkende at forbyde SPO i det omfang, denne har et konkurrencebegrænsende formål.

398 Hvad angår de gamle reglementer erklærer Kommissionen, at den har baseret sig på sagsøgernes svar på de begæringer om oplysninger, som Kommissionen fremsendte for at bestemme antallet af de eksisterende reglementer og SPO's rolle i forhold til UPR »Burger-& Utiliteitsbouw Openbaar«. Begrundelsen for, at Kommissionen i beslutningen nøjedes med at henvise generelt til de gamle reglementer, er, at disse alle sammen var mere konkurrencebegrænsende end UPR. Endelig anfører Kommissionen, at det ikke er rigtigt, at visse af de gamle reglementer blev ophævet før 1980.

Rettens bemærkninger

399 Retten finder, at Kommissionen ikke kan kritiseres for at have tilsidesat begrundelsespligten i traktatens artikel 190. Kommissionen har nemlig besvaret alle de relevante argumenter, som sagsøgerne fremførte under den administrative procedure, såvel vedrørende anvendelsen af traktatens artikel 85, stk. 1, som artikel 85, stk. 3.

400 Hvad særlig angår den sidste traktatbestemmelse er det Rettens opfattelse, at Kommissionen med føje har koncentreret sin analyse af de anfægtede reglementer om beskyttelsen af den forhandlingsberettigede og om godtgørelsen af udregningsomkostningerne. Det er nemlig disse to centrale elementer i reglementerne, som gør

det muligt at nå de mål, der tilstræbes med dem, som er at bekæmpe tingning om priserne og at begrænse transaktionsomkostningerne. Da sagsøgerne under hele den administrative procedure har gjort gældende, at reglementerne udgjorde en helhed, og da Kommissionen nåede til den konklusion, at disse to elementer, som udgjorde kernen i denne helhed, ikke kunne fritages i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3, var det ikke længere nødvendigt, at Kommissionen undersøgte de eventuelle fordele, som måtte være forbundet med den ene eller anden af bestemmelserne i de anfægtede reglementer.

401 Hvad angår spørgsmålet om den manglende begrundelse for Kommissionens afvisning af sagsøgernes ændringsforslag til reglementerne, er det tilstrækkeligt at henvise til, at Retten har forkastet det andet anbringendes andet led og herved fastslået, at Kommissionen ikke var forpligtet til at tage stilling til ændringsforslag, som ikke var blevet anmeldt til den.

402 Endelig finder Retten, at der er tale om et nyt anbringende, som må afvises i henhold til procesreglementets artikel 48, stk. 2, når sagsøgerne i replikken gør gældende, at beslutningens konklusion ikke har nogen støtte i betragtningerne i det omfang, hvori den vedrører de etiske regler som sådan, SPO's vedtægter og alle de gamle reglementer. Desuden bør det fremhæves, at konklusionen må ses på baggrund af betragtningerne i øvrigt, og at artikel 1, stk. 2, i den anfægtede beslutnings konklusion ikke skal forstås som et forbud mod SPO som sådan. Omtalen i beslutningens første betragtning af »SPO's beslutning af 3. juni 1980 om at gøre 'Erecode voor ondernemers in het Bouwbedrijf' med bilag ... bindende for alle virksomheder tilsluttet SPO's medlemsorganisationer« sigter desuden heller ikke til beslutningen af 3. juni 1980 som sådan, men til de etiske regler, som blev gjort bindende ved beslutningen. Det samme gælder den tilsvarende omtale i den anfægtede beslutnings konklusion.

403 Endelig finder Retten, at det er med føje, når Kommissionen i beslutningen nøjedes med at henvise generelt til de gamle reglementer. Den fastslår nemlig i beslutningen, at de gamle reglementer havde samme formål som de reglementer, der blev

indført i 1987, og at de gamle reglementer var mindst lige så konkurrencebegrænsende som de nye på de punkter, hvor de adskilte sig fra dem (jf. beslutningens betragtning 62-65 og 114 og ovenfor, præmis 206-212).

404 Det må herved fremhæves, at sagsøgerne ikke under den administrative procedure har fremført særlige omstændigheder til godtgørelse af, at de gamle reglementer på væsentlige punkter adskilte sig fra de i 1987 indførte reglementer, eller at de var mindre konkurrencebegrænsende end dem.

405 Følgelig er det med føje, når Kommissionen selv, hvad angår de gamle reglementer, nøjedes med at henvise til hovedpunkterne i beslutningens betragtninger vedrørende de i 1987 indførte reglementer.

406 Følgelig må dette anbringende forkastes.

Femte anbringende: tilsidesættelse af kontradiktionsprincippet

Parternes argumenter

407 I replikken har sagsøgerne i det væsentlige gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat kontradiktionsprincippet dels ved at antage, at de etiske regler var i strid med traktatens artikel 85, stk. 1, selv om de ikke som sådan havde været behandlet under den administrative procedure (se replikken, s. 19) — idet denne procedure

udelukkende vedrørte SPO's bindende beslutning af 3. juni 1980, hvorved de etiske regler blev gjort bindende for de virksomheder, der er tilsluttet SPO's medlemsorganisationer — dels ved at basere sig på en række »leading questions«, som blev stillet de udenlandske entreprenører vedrørende deres motiver for at være tilsluttet SPO, og på dette grundlag konkludere i beslutningen, at de påtalte foranstaltninger berørte samhandelen mellem medlemsstaterne.

408 Heroverfor anfører Kommissionen, at der er tale om et nyt anbringende, som må afvises fra realitetsbehandling i henhold til artikel 48, stk. 2, i Rettens procesreglement. Subsidiært bestrider Kommissionen anbringendet.

Rettens bemærkninger

409 Retten finder, at sagsøgernes anbringende om tilsidesættelse af kontradiktionsprincippet er et nyt anbringende, som må afvises i henhold til procesreglementets artikel 48, stk. 2, og som under alle omstændigheder er ubegrundet.

410 Det bemærkes i den forbindelse, at sagsøgerne ikke under den mundtlige forhandling har modsagt Kommissionens udsagn i duplikken om, at de af den over for de etiske regler fremførte klagepunkter havde været omtalt i punkt 18, 33-35, 41, 42, 44 og 46-48 i meddelelsen af klagepunkter. Hertil kommer, at Kommissionens konstatering af, at de omhandlede foranstaltninger berørte samhandelen mellem medlemsstaterne, ikke er baseret på besvarelserne af de af sagsøgerne kritiserede spørgsmål.

411 Af samtlige de anførte betragtninger følger, at sagsøgte må frifindes.

Sagens omkostninger

412 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at afholde sagens omkostninger, såfremt der er nedlagt påstand herom. Sagsøgerne har tabt sagen, hvorfor de i overensstemmelse med Kommissionens påstand herom bør dømmes til at betale sagens omkostninger in solidum, herunder omkostningerne i forbindelse med begæringen om foreløbige forholdsregler.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Første Afdeling)

1) Sagsøgte frifindes.

2) Sagsøgerne tilpligtes at betale omkostningerne in solidum, herunder omkostningerne i sagen om foreløbige forholdsregler.

Schintgen Kirschner Vesterdorf

Lenaerts Bellamy

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 21. februar 1995.

H. Jung R. Schintgen

Justitssekretær Afdelingsformand

Indhold

Faktiske omstændigheder ..... II - 299

Retsforhandlinger ..... II - 304

Parternes påstande ..... II - 308

Parternes anbringender og argumenter ..... II - 309

Den principale påstand ..... II - 309

Parternes argumenter ..... II - 309

Rettens bemærkninger ..... II - 311

Den subsidiære påstand ..... II - 314

Første anbringende: tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 1 ..... II - 315

— Første led: fejlagtig afgrænsning af det relevante marked ..... II - 315

Parternes argumenter ..... II - 315

Rettens bemærkninger ..... II - 317

— Andet led: misfortolkning af de omtvistede reglementers indhold og rækkevidde . II - 321

I — Generelle forhold ..... II - 321

Parternes argumenter ..... II - 321

Rettens bemærkninger ..... II - 322

II — Samråd mellem entreprenører, som påtænker at afgive bud ..... II - 326

Parternes argumenter ..... II - 326

1) Pligt til forhåndsanmeldelse før afgivelse af bud (betragtning 24 og 79) ..... II - 326

2) Møderne i henhold til UPR (betragtning 25-58 og betragtning 80-92) ..... II - 326

a) Beslutning om udpegelse af en forhandlingsberettiget (betragtning 26 og 80) ..... II - 326

b) Sammenligning af kontraktens omkostningselementer (betragtning 27 og 81) ..... II - 327

c) Fremlæggelse af prisoverslag (betragtning 28 og 82) ..... II - 329

d) Mulighed for tilbagetrækning efter prissammenligningen (betragtning 29, 83 og 84) ..... II - 329

Rettens bemærkninger ..... II - 330

III — Samordnet fastsættelse af priser eller dele af priser ..... II - 334

Parternes argumenter ..... II - 334

1) Pristillæg i tilfælde af samtidige tilbud (betragtning 31-34, 42-46, 86, 87 og 96) ..... II - 334

2) Pristillæg for kontrakter under hånden (betragtning 60-61 og 100) ..... II - 336

3) Pristillæg for kontrakter i underentreprise (betragtning 55-59 og betragtning 100, tredje afsnit) ..... II - 338

Rettens bemærkninger ..... II - 339

IV — Begrænsning af entreprenørernes og bygherrens frie forhandlingsret ..... II - 345

Parternes argumenter ..... II - 345

a) Forrang (betragtning 30 og 85) ..... II - 345

2) Beskyttelse af den forhandlingsberettigede (betragtning 39-41, 52-54 og 93-95) ..... II - 346

3) Underentrepriser (betragtning 55-59 og betragtning 100, tredje afsnit) ..... II - 350

Rettens bemærkninger ..... II - 350

V — SPO's handlemåde over for udenforstående entreprenører (betragtning 49-51, 98 og 99) ..... II - 354

Parternes argumenter ..... II - 354

Rettens bemærkninger ..... II - 356

— Tredje led: ingen påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne ..... II - 361

Parternes argumenter ..... II - 361

Rettens bemærkninger ..... II - 365

Andet anbringende: tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 3 ..... II - 369

Første led: de særlige forhold på det pågældende marked er ikke taget i betragtning, og bevisbyrderegler er tilsidesat ..... II - 369

1) De særlige forhold på det pågældende marked ..... II - 369

Parternes argumenter ..... II - 369

Rettens bemærkninger ..... II - 372

2) Bevisbyrden ..... II - 374

Parternes argumenter ..... II - 374

Rettens bemærkninger ..... II - 375

Andet led: misfortolkning af betingelserne for at indrømme fritagelse ..... II - 376

1) Reglementernes bidrag til at forbedre varernes fordeling eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling samtidig med, at de sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelen ..... II - 377

Parternes argumenter ..... II - 377

Rettens bemærkninger ..... II - 381

2) Spørgsmålet, om begrænsningerne er nødvendige, og om det kan udelukkes, at konkurrencen ophæves ..... II - 386

Parternes argumenter ..... II - 386

Rettens bemærkninger ..... II - 389

Tredje led: tilsidesættelse af proportionalitets- og subsidiaritetsprincippet ..... II - 392

Parternes argumenter ..... II - 392

Rettens bemærkninger ..... II - 393

Tredje anbringende: tilsidesættelse af artikel 4, stk. 2, nr. 1), og artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 ..... II - 395

Første led: ingen overtrædelse og bødefritagelse ..... II - 395

Parternes argumenter ..... II - 395

Rettens bemærkninger ..... II - 397

Andet led: der foreligger hverken forsæt eller uagtsomhed ..... II - 398

Parternes argumenter ..... II - 398

Rettens bemærkninger ..... II - 402

Tredje led: bøden er urimelig stor ..... II - 404

Parternes argumenter ..... II - 404

Rettens bemærkninger ..... II - 407

Fjerde anbringende: tilsidesættelse af traktatens artikel 190 ..... II - 410

Parternes argumenter ..... II - 410

Rettens bemærkninger ..... II - 413

Femte anbringende: tilsidesættelse af kontradiktionsprincippet ..... II - 415

Parternes argumenter ..... II - 415

Rettens bemærkninger ..... II - 416

Sagens omkostninger ..... II - 417