

KENDELSE AFSAGT AF RETTENS PRÆSIDENT
16. juli 1992 *

I sag T-29/92 R,

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)

Combinatie van Aannemers in het Noorden, Leeuwarden (Nederlandene)

Vereniging Centrale Prijsregeling Kabelwerken, Leeuwarden (Nederlandene)

Delftse Aannemers Vereniging, Delft (Nederlanden)

* Processprog: nederlandsk.

Economisch Nationaal Verbond van Aannemers van Sloopwerken, Utrecht (Nederlandene)

Aannemersvereniging »Gouda en Omstreken«, Rotterdam (Nederlandene)

Gelderse Aannemers Vereniging in zake 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 (Nederlandene)

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

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

Rotterdamse Aannemersvereniging, Rotterdam (Nederlandene)

Aannemersvereniging »de Rijnstreek«, Rotterdam (Nederlandene)

Stichting Aanbestedingsregeling van de Samenwerkende Bouwbedrijven in Frieland, Leeuwarden (Nederlandene)

Samenwerkende Prijsregelende Vereniging Nijmegen en Omstreken, Nijmegen
(Nederlandene)

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

Utrechtse Aannemers Vereniging, Utrecht (Nederlandene)

Vereniging Wegenbouw Aannemers Combinatie Nederland, Zeist (Nederlandene)

Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging, Heeze (Nederlandene),

ved advokat L. H. van Lennep, Haag, og advokat E. H. Pijnacker Hordijk, Amsterdam, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat Luc Frieden, 62, avenue Guillaume,

sagsøgere,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved B. J. Drijber, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtiget, bistået af advokat P. Glazener, Rotterdam, og med valgt adresse i Luxembourg hos Roberto Hayder, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Wagner-Centret, Kirchberg,

sagsøgt,

angående en begæring om udsættelse af gennemførelsen af 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, EFT L 92, s. 1),

har

PRÆSIDENTEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I
FØRSTE INSTANS

afsagt følgende

Kendelse

Faktiske omstændigheder

- 1 Ved stævning indgivet til Rettens Justitskontor den 13. april 1992 har Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid samt 28 andre sammenslutninger (herefter benævnt »SPO m.fl.«) i medfør af EØF-traktatens artikel 173, stk. 2, anlagt sag med påstand om, at 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) erklæres ugyldig eller annulleres.
- 2 I beslutningens artikel 1 fastslås det, at SPO's vedtægter af 10. december 1963, som senere ændret, de *Uniforme Prijsregelende Reglementen* (herefter benævnt »UPR«), som blev vedtaget den 9. oktober 1986, samt de tidligere tilsvarende UPR, som de erstattede, samt *Erecode voor ondernemers in het Bouwbedrijf* (herefter benævnt »de etiske regler«), bortset fra artikel 10, udgør overtrædelser af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1.
- 3 Kommissionen har i beslutningens artikel 2 afvist anmodningen om fritagelse i medfør af EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, af de den 9. oktober 1986 vedtagne UPR og af de etiske regler.
- 4 I henhold til beslutningens artikel 3, stk. 1 og 2, skal SPO og organisationens medlemsforeninger omgående bringe de konstaterede overtrædelser til ophør og give de berørte virksomheder skriftlig meddelelse om den omtvistede beslutning og 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. Desuden skal SPO og dens medlemsforeninger senest to måneder efter at have fået meddelelsen om beslutningen meddele Kommissionen de oplysninger, der i henhold til artiklens stk. 2 er fremsendt til medlemmerne.

- 5 Ved artikel 4 pålægges de 28 berørte sammenslutninger bøder på i alt 22 498 000 ECU. Ifølge artikel 5 skal de i artikel 4 omhandlede bøder indbetales senest tre måneder efter meddelelsen af den omtvistede beslutning.
- 6 Ved særskilt akt, som blev registreret på Rettens Justitskontor samme dag, har sagsøgerne ligeledes indgivet begæring om foreløbige forholdsregler i medfør af EØF-traktatens artikel 185, 186 og 105, stk. 2, i Rettens procesreglement med henblik på dels principalt at opnå fuldstændig udsættelse af gennemførelsen af den omtvistede beslutning og subsidiært udsættelse af gennemførelsen af nævnte beslutnings artikel 1, stk. 1 og 2, og artikel 2, 3 og 5, dels, uden at afvente Kommissionens bemærkninger, at opnå udsættelse af gennemførelsen af beslutningens artikel 3, stk. 3, og artikel 5, indtil der afsiges kendelse om begæringen om foreløbige forholdsregler.
- 7 Fristen for Kommissionens fremsættelse af skriftlige bemærkninger til begæringen om foreløbige forholdsregler blev sat til den 27. april 1992. Efter anmodning fra Kommissionen blev denne frist forlænget til den 15. maj 1992.
- 8 Ved kendelse af 4. maj 1992 bestemte Rettens præsident, at den i den omtvistede beslutnings artikel 3, stk. 3, fastsatte frist først skulle udløbe på datoen for afsigelsen af den kendelse, hvorved proceduren vedrørende foreløbige forholdsregler blev afsluttet. Ved samme kendelse afslog Rettens præsident begæringen om udsættelse af gennemførelsen af beslutningens artikel 5 indtil datoen for afsigelsen af den kendelse, hvorved proceduren vedrørende foreløbige forholdsregler blev afsluttet.

- 9 Ved skrivelse af 4. juni 1992 trak sagsøgerne deres begæring om udsættelse af gennemførelsen af den omtvistede beslutnings artikel 5 tilbage.

- 10 Kommissionen fremsatte sine bemærkninger til begæringen om foreløbige forholdsregler den 15. maj 1992. Parterne afgav mundtlige indlæg den 18. juni 1992. I retsmødet anmodede Rettens præsident om visse supplerende skriftlige oplysninger inden en uge. Ved skrivelser, der blev registreret på Rettens Justitskontor henholdsvis den 25. og den 26. juni, fremsendte Kommissionen samt sagsøgerne de nævnte oplysninger til Rettens Justitskontor.

- 11 Inden der tages stilling til, om denne begæring om foreløbige forholdsregler er berettiget, skal baggrunden for og indholdet af de aftaler, beslutninger og regler, der er genstand for den anfægtede beslutning, kort gennemgås.

- 12 SPO er en forening af virksomhedssammenslutninger inden for bygge- og anlægsbranchen, hvis formål ifølge artikel 3 i dens vedtægter er »at arbejde for en loyal konkurrence, at forhindre og bekæmpe utilbørlig adfærd ved tilbudsgivning og at fremme en sund prisdannelse«. Med henblik herpå sørger SPO for udarbejdelse af de såkaldte »institutionaliserede pris- og konkurrenceregulerende reglementer« og er bemyndiget til at iværksætte sanktioner mod virksomheder, der er tilsluttet SPO's medlemsorganisationer i tilfælde af tilsidesættelse af forpligtelserne i henhold til disse reglementer. Håndhævelsen af disse reglementer varetages af otte »kontorer«, hvis drift kontrolleres af SPO. SPO har nu 28 medlemsorganisationer, som i alt tæller over 4 000 bygge- og anlægsvirksomheder, etableret i Nederlandene.

- 13 De den 9. oktober 1986 vedtagne UPR-reglementer som ændret den 23. juni 1988 har til formål at fastlægge de procedurer, der skal regulere udøvelsen af konkurren-

cen mellem de entreprenører, der deltager i licitationer vedrørende bygge- og anlægsarbejder. Der findes to UPR, et om tilbudsgivning ved bunden licitation (UPRB) og et om tilbudsgivning ved offentlig licitation (UPRO). De to reglementer, som har samme opbygning, indeholder meget præcise og detaljerede bestemmelser, dels om de forpligtelser, som påhviler de tilsluttede virksomheder, dels om selve UPR-systemet. Disse UPR er igen suppleret med fire reglementer og tre bilag.

- 14 Den omtvistede beslutning vedrører fem forskellige typer aftaler, beslutninger og reglementer, nemlig SPO's vedtægter, de to UPR, der blev vedtaget den 9. oktober 1986, som ændret den 23. juni 1988, de etiske regler, supplerende reglementer samt tidligere reglementer fra tiden før de nuværende UPR.
- 15 Bestemmelserne i de aftaler, beslutninger og reglementer, der er genstand for den omtvistede beslutning, vedrører anmeldelsespligten over for det kompetente SPO-bureau forud for afgivelse af bud, møder mellem entreprenørerne, beskyttelse af den forhandlingsberettigede entreprenør, overførelse af pristillæg, tilsyn med overholdelse af forpligtelserne i forbindelse med UPR, SPO's adfærd over for udenforstående entreprenører, regler om ikke samtidige bud, reglerne om bud på underentrepriser og behandling af underhåndsbud.
- 16 Ifølge den omtvistede beslutning falder ovennævnte aftaler, beslutninger og reglementer ind under forbuddet i EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, i det omfang de har til formål at regulere udbuddet på markedet og ændre vilkårene for indgåelse af kommercielle transaktioner på et grundlag, der ikke er en følge af den frie konkurrences indvirkninger. Ud over SPO's vedtægter, som påtvinger de tilsluttede organisationer og deres medlemmer reglementer, der har til formål eller til følge at

indskrænke og fordreje konkurrencen, udgør følgende forhold ifølge beslutningen konkurrencefordrejninger:

- anmeldelsespligten forud for afgivelse af bud
- møderne mellem de entreprenører, der har anmeldt bud
- principaftalen om udpegelse af en forhandlingsberettiget entreprenør samt beskyttelse af denne
- sammenligningen af omkostningselementer under entreprenørernes møde
- indleveringen af hver enkelt mødedeltagers prisoverslag til formanden for mødet
- adgangen til at trække sig tilbage efter at have fået kendskab til konkurrenternes prisoverslag
- adgangen til at ændre den oprindelige rækkefølge for budsummerne, således at den lavestbydende i »første omgang« erstattes med den virksomhed, der har fået tillagt forrang
- den fælles fastsættelse af pristillæg
- den samordnede fastsættelse af den endelige budsum

— udbetalingen af godtgørelse for udregningsvederlag og organisationsbidrag, og

— adgangen til at iværksætte sanktioner i tilfælde af tilsidesættelse af forpligtelserne i medfør af reglementerne.

- 17 Kommissionen har i sin beslutning ligeledes betragtet den systematiske udveksling af oplysninger inden for SPO om entreprenører, der ikke er medlemmer, de samordnede svar på disses bud samt afgivelsen af enslydende bud i behandlingen af underhåndsaftaler, som konkurrencebegrænsende.

Retlig vurdering

- 18 I medfør af bestemmelserne i EØF-traktatens artikel 185 sammenholdt med artikel 4 i Rådets afgørelse af 24. oktober 1988 om oprettelse af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans kan Retten, hvis den skønner, at forholdene kræver det, udsætte gennemførelsen af den anfægtede retsakt.
- 19 Artikel 104, stk. 2, i Rettens procesreglement bestemmer, at en begæring, der vedrører en af de foreløbige forholdsregler, som er omhandlet i EØF-traktatens artikel 185, skal angive de omstændigheder, der medfører uopsættelighed, og de faktiske og retlige grunde til, at den begærede foreløbige forholdsregel umiddelbart forekommer berettiget. De krævede forholdsregler skal endvidere være foreløbige således at forstå, at de ikke må foregribe den afgørelse, der træffes om realiteten.

Parternes argumenter

- 20 Efter sagsøgernes opfattelse er de retlige betingelser for indrømmelsen af de begærede foreløbige forholdsregler opfyldt i den foreliggende sag. Med hensyn til faren for alvorlige og uerstattelige tab har sagsøgerne gjort gældende, at en øjeblikkelig gennemførelse af den omtvistede beslutning ikke alene vil ødelægge SPO's organi-

sation, men ligeledes vil have alvorlig og uoprettelig skade for konkurrenceforholdene på bygge- og anlægsmarkedet. Ifølge sagsøgerne vil en opgivelse af reglerne, indtil der træffes afgørelse i hovedsagen, føre til en definitiv afskedigelse af de 170 ansatte, der er berørt, og til opløsning af hele organisationen, hvilket vil umuliggøre en genoprettelse af forholdene mellem de forskellige deltagere i de omtvistede aftaler i tilfælde af, at sagsøgerne får medhold i hovedsagen (jf. kendelse afsagt af Domstolen præsident den 31.3.1982, VBVB og VBBB mod Kommissionen, sag 43/82 R og 62/82 R, Sml. s. 1241). Sagsøgerne har ligeledes anført, at en afskaffelse af de omtvistede regler vil medføre en alvorlig forstyrrelse af den relative ligevægt, der er opnået på bygge- og anlægsmarkedet, og således tilskynde ordregivere og entreprenører til at følge en praksis, der er til skade for konkurrenceforholdene.

- 21 For så vidt angår betingelsen om *fumus boni juris* finder sagsøgerne, at det i betragtning af deres argumentation vedrørende sagens realitet ikke med rimelighed kan hævdes, at deres sag er uberettiget (jf. kendelse afsagt af Domstolens præsident den 11.5.1989, sag 76/89 R, 77/89 R og 91/89 R, Radio Telefis Eireann m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1141, og af 13.6.1989, sag 56/89 R, Publishers Association mod Kommissionen, Sml. s. 1693). I denne forbindelse har sagsøgerne principalt gjort gældende, at den omtvistede beslutning er klart ugyldig eller i hvert fald ugyldig på grund af tilsidesættelse af væsentlige formkrav, idet de udgaver af beslutningen, som blev meddelt dem, ikke er blevet vedtaget i deres autentiske nederlandske udgave af den samlede Kommission på dens møde den 5. februar 1992. Dette bekræftes af, at den første udgave af beslutningen, som blev meddelt dem, indeholdt alvorlige mangler. Disse mangler er ifølge sagsøgerne først blevet rettet i udgave nr. 2, som blev meddelt dem den 2. marts 1992, men som ikke er blevet forelagt den samlede Kommission.
- 22 Sagsøgerne har subsidiært gjort gældende, at den omtvistede beslutning bør annulleres på grund af tilsidesættelse af traktatens artikel 85, stk. 1 og 3, bestemmelserne 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«), og almindelige retsgrundsætninger, samt på grund af magtfordrejning. De har fremført ni anbringender til støtte for deres påstand. Sagsøgerne har i deres begæring om foreløbige forholdsregler indskrænket sig til at fremføre de anbringender, de har fremsat i hovedsagen. De nævnte anbringender vedrører i det væsentlige tilsidesættelsen af artikel 85 og manglende begrundelse for

så vidt angår den nederlandske bygge- og anlægssektors særlige karakter, fastsættelsen af de berørte markeder, underkendelsen af de anmeldte reglementers formål og virkninger, den mærkbare påvirkning af handelen mellem medlemsstater, nægtelse af at indrømme fritagelse og manglende hensyntagen til de af SPO foreslåede ændringer.

- 23 Sagsøgerne har endelig gjort gældende, at fællesskabsinteresser ikke er til hinder for den begærede opsættelse, idet Kommissionen indtil 1987 aldrig havde vist den mindste interesse for de omtvistede reglementer, som den måtte have haft kendskab til, ikke har overvejet at vedtage foreløbige forholdsregler eller at trække bødefritagelsen i medfør af artikel 15, stk. 6, i forordning nr. 17 tilbage, og der ikke er indgivet klage til Kommissionen, samt at de nederlandske myndigheder hele tiden har anerkendt de anmeldte reglementer.
- 24 Kommissionen har for sit vedkommende bestridt, at der foreligger *fumus boni juris* eller fare for et alvorligt og uerstatteligt tab for sagsøgerne, der kan berettige til at udsætte gennemførelsen af den omtvistede beslutning.
- 25 Med hensyn til faren for alvorligt og uerstatteligt tab finder Kommissionen i modsætning til sagsøgerne ikke, at beslutningen tvinger dem til at »afvikle« SPO eller afskedige dens personale. Ifølge Kommissionen er der intet til hinder for, at SPO's kontorer genoptager deres virksomhed i forbindelse med anvendelsen af de omtvistede reglementer, såfremt beslutningen skulle blive helt eller delvis annulleret. Kommissionen har herved anført, at sagsøgerne ikke med rette kan henvise til kendelserne afsagt af Domstolens præsident i ovennævnte sager VBVB og Publishers Association, da de ordninger, der er tale om i disse to beslutninger, er vertikale ordninger vedrørende flere led i distributionskæden, og ikke en horisontalt ordning, som helt domineres af medlemmerne, således som det er tilfældet i den foreliggende sag. Sagsøgte har i øvrigt understreget, at for så vidt beslutningen ikke er rettet mod andre af SPO's aktiviteter, og for så vidt disse i givet fald kan finansieres gennem medlemsbidrag under hele hovedsagen, er der intet, der tvinger sagsøgerne til at afskedige deres personale. Efter Kommissionens opfattelse har sagsøgerne

heller ikke godtgjort, at en afskaffelse af de omtvistede reglementer nødvendigvis må føre til, at ordregiverne begynder at anvende »skadelige former for handelspraksis«, der kan forstyrre ligevægten på det nederlandske bygge- og anlægsmarked.

- 26 Med hensyn til *fumus boni juris* har Kommissionen betvivlet, at en simpel henvisning til den principale påstand er forenelig med artikel 104, stk. 2, i Rettens procesreglement, og derefter grundigt gennemgået de forskellige anbringender, der påberåbes af sagsøgerne til støtte for deres sag. Kommissionens argumenter kan sammenfattes som følger. Kommissionen har for det første gjort gældende, at det anbringende, sagsøgerne principalt har påberåbt sig, nemlig at beslutningen er klart ugyldig, ikke støttes af noget bevis på, at den tekst, der er meddelt sagsøgerne, afviger fra den tekst, der er vedtaget af den samlede Kommission. Kommissionen har i denne forbindelse tilføjet, at den manglende side i den første tekst, der er meddelt de virksomheder, beslutningen er rettet imod, skyldtes en teknisk fejl i den interne elektroniske posttjeneste. Det er denne tekniske mangel samt ændringen af en række virksomheders adresse, der foranledigede en ny meddelelse.
- 27 For så vidt angår de anbringender, der er påberåbt subsidiært, har Kommissionen for det første gjort gældende, at i mangel af en traktatfæstet undtagelse finder artikel 85 fuldt ud anvendelse på bygge- og anlægssektoren, og at det ikke kan lægges den til last, at den har underkendt de væsentligste karakteristika i den nederlandske bygge- og anlægssektor — hvilken sektor i øvrigt ikke afviger grundlæggende fra den tilsvarende sektor i de øvrige medlemsstater — eller at den ikke har fastlagt de pågældende markeder. Kommissionen har som svar på klagepunktet om underkendelse af de anmeldte reglementers formål og deres følger for konkurrenceforholdene gjort gældende, at den i detaljer har undersøgt de forskellige elementer i ordningen, således som de fremgår af de omtvistede reglementer, og at den i beslutningen har anført grundene til, at disse elementer alene og i fællesskab indebærer en mærkbar begrænsning af konkurrencen. I denne forbindelse har Kommissionen påpeget, at de omtvistede reglementer bl.a. indeholder bestemmelser om udveksling af oplysninger forud for licitationen, samordning af buddene og hel eller delvis, direkte eller indirekte fastsættelse af priserne og de øvrige betingelser for transaktionerne, samt om fordelingen af efterspørgslen mellem de berørte virksomheder, idet så godt som alle de licitationskontrakter, der indgås i Nederlandene, er underkastet nævnte reglementer. Da sagsøgerne i denne forbindelse har anført,

at reglerne om beskyttelse af den forhandlingsberettigede, systemet med erstatning for udregningsvederlag og muligheden for at trække sig tilbage efter at have sammenlignet priserne er de væsentligste elementer, er det disse tre elementer, der er genstand for en grundigere analyse fra Kommissionens side. Hvad disse tre elementer angår har Kommissionen foreholdt sagsøgerne, at de søger at skjule det væsentlige i sagen ved at betegne det, der i virkeligheden er en finmasket aftale, som mærkbart begrænser tilbudsgivernes forhandlings- og valgfrihed samt konkurrencen mellem deltagerne indbyrdes og mellem deltagerne og tredjemand, som en »(af dem selv indført) begrænsning af procedurefriheden«. Kommissionen har ligeledes efter at have forkastet sagsøgernes argumenter i hovedsagen om, at handelen mellem medlemsstater ikke er mærkbart påvirket, bestridt, at betingelsen om fumus boni juris kan være opfyldt for så vidt angår afslaget på fritagelse, da sagsøgerne overhovedet ikke har godtgjort, at Kommissionen har taget fejl af grundene til — hvilket den grundigt har beskrevet i den omstridte beslutning — at ingen af de fire betingelser i artikel 85, stk. 3, er opfyldt i den foreliggende sag. Kommissionen finder endelig ikke, at den kan kritiseres for, at den ikke i sin beslutning har gennemgået SPO's forslag til ændring af reglementerne, idet der ikke formelt er vedtaget eller gennemført sådanne ændringer, og idet afvisningen af de nævnte ændringer er blevet meddelt sagsøgernes advokater ved skrivelser fra Generaldirektoratet for Konkurrence.

- 28 Kommissionen har endelig anført, at afvejningen af de pågældende interesser ikke berettiger til at udsætte gennemførelsen af beslutningen. Den har herved understreget, at de omtvistede reglementer indeholder væsentlige konkurrencebegrænsninger og forhindrer samarbejde mellem medlemsstaternes nationale bygge- og anlægssektorer, som allerede befinder sig i en ret sårbar situation på grund af strukturproblemer. Sagsøgte har ligeledes påpeget, at omstændighederne i den foreliggende sag afviger grundlæggende fra forholdene i (ovennævnte) sager mod VBVB og Publishers Association, hvor der var tale om aftaler, der var anmeldt til Kommissionen lang tid i forvejen, mens der i den foreliggende sag er tale om en ordning, som først blev offentliggjort den 1. april 1987 og anmeldt i 1988, hvorefter den blev indgående efterprøvet af Kommissionen. Kommissionen har anført, at den kendsgerning, at den ikke har vedtaget foreløbige forholdsregler eller besluttet at trække bødefritagelsen tilbage, ikke gør beslutningen mindre betydningsfuld. Kommissionen har ligeledes fremhævet, at i modsætning til, hvad sagsøgerne synes at påstå, har Rotterdam kommune samt tre forbrugerorganisationer, der repræsenterer en stor del af de nederlandske forbrugere, erklæret sig modstandere af de omtvistede reglementer under den afhøring, der blev gennemført i henhold til Kommissionens forordning nr. 99/63/EØF af 25. juli 1963 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i Rådets forordning nr. 17 (EFT 1963-1964, s. 42).

- 29 Under henvisning til kendelsen afsagt af Domstolens præsident den 30. oktober 1978 (sag 209/78 R — 215/78 R og 218/78 R, Van Landewyck m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 2111) og kendelsen af 31. marts 1982 (ovennævnte sag VBVB og VBBB mod Kommissionen), har Kommissionen endelig subsidiært nedlagt påstand om, at såfremt gennemførelsen af artikel 3 i den omtvistede beslutning udsættes, skal udsættelsen være betinget af, at de entreprenører, der er tilsluttet SPO's medlemsorganisationer, skal have mulighed for at ophæve reglementerne, uden at der kan træffes disciplinære foranstaltninger eller iværksættes andre sanktioner over for dem.

Præsidentens bemærkninger

- 30 Det bemærkes indledningsvis, at den beslutning, hvis gennemførelse i denne sag om foreløbige forholdsregler påstås udsat, vedrører et komplekst sæt privatretlige reglementer, der er vedtaget ved en afgørelse truffet af en sammenslutning af virksomheder, og som har til formål at organisere konkurrencen mellem entreprenører, der deltager i bygge- og anlægsglicitationer i Nederlandene. Kommissionen har nemlig i den omtvistede beslutning påvist en række konkurrencebegrænsninger (jf. grund 14, 15 og 16 i denne kendelse), som er resultatet af hvert enkelt element i de forskellige reglementer og af hele det system, der er indført af SPO. Som det fremgår af den dispositive del af den omtvistede beslutning, og navnlig af dens artikel 1, er det hele ordningen — bestående af vedtægterne, UPR, herunder de reglementer og bilag, der indgår i disse, de etiske regler, bortset fra deres artikel 10, samt reglementer, der ligger forud for og svarer til UPR, der betegnes som en overtrædelse af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1.
- 31 For så vidt angår eksistensen af en fare for et alvorligt og uopretteligt tab bemærkes, at en gennemgang af parternes anbringender og argumenter imidlertid viser, at en øjeblikkelig gennemførelse af den omtvistede beslutning, som indebærer en ophævelse af den proceduremæssige ramme omkring konkurrencen på markedet, vil kunne fremkalde en udvikling på det omhandlede marked, som det antageligt senere vil være meget vanskeligt, endog umuligt, at rette op på (jf. senest kendelse afsagt af Rettens præsident den 16.6.1992, sag T-24/92 R og T-28/92 R, Langnese-Iglo og Schöller mod Kommissionen, Sml. II, s. 1839, præmis 29). Det må nemlig under-

streges, at den ordning for regulering af priserne og konkurrencen, der er erklæret i strid med EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, længe har udgjort den proceduremæssige ramme for virksomheden på det nederlandske bygge- og anlægsmarked. Gennemføres beslutningen straks, vil de grundlæggende ændringer, dette vil indebære, allerede inden Retten har taget stilling til sagens realitet, uopretteligt ødelægge sagsøgernes mulighed for på ny at indføre de omstridte reglementer, såfremt Retten annullerer den omtvistede beslutning.

32 For så vidt angår *fumus boni juris* bemærkes, at sagsøgerne i deres begæring om udsættelse af gennemførelsen alene principalt har gjort gældende, at den omtvistede beslutning er klart ugyldig eller i det mindste ugyldig på grund af tilsidesættelse af væsentlige formkrav, og subsidiært har opregnet de ni anbringender, de har fremsat i hovedsagen, og hvortil de har henvist.

33 Med hensyn til klagepunktet om, at den omtvistede beslutning er klart ugyldig, bemærkes på grundlag af Kommissionens argumenter, der er uimodsigt af sagsøgerne, at sagsøgerne ikke har fremført noget alvorligt og konkret indicium, som umiddelbart kan begrunde antagelsen om, at der foreligger tilsidesættelse af princippet om, at der ikke efterfølgende må ændres i udstedte retsakter, hvilket skulle være sket efter vedtagelsen af den anfægtede beslutning, og at denne således har mistet den legalitetsformodning, som den må tillægges efter sin fremtræden (jf. Rettens dom af 10.3.1992, sag T-10/89, Hoechst mod Kommissionen, Sml. II, s. 629).

34 Med hensyn til sagsøgernes subsidiære anbringender bemærkes, at en procedure vedrørende foreløbige forholdsregler ifølge sin natur ikke kan medføre en grundig gennemgang af alle de omstridte reglementer, så meget desto mindre som sagsøgerne alene har fremført de anbringender, de har påberåbt sig i hovedsagen, og gjort gældende, at det i betragtning af de i hovedsagen fremførte argumenter ikke med rimelighed kan hævdes, at deres sag savner enhver berettigelse. Selv om retten i en sag om foreløbige forholdsregler således ikke kan gennemgå samtlige de anbringender og argumenter, der er fremført i hovedsagen — og da slet ikke når stævningen er på næsten 400 sider — skal den dog tage hensyn de argumenter,

sagsøgerne har fremført i deres begæring om foreløbige forholdsregler samt i deres mundtlige indlæg, således at den kan undersøge, om der foreligger forhold, der kan rejse tvivl om Kommissionens konklusioner.

- 35 Det bemærkes ligeledes, at sagsøgerne under den administrative procedure for Kommissionen har fremlagt en række forslag til ændring af de omtvistede regler, som efter deres opfattelse kan ændre de forhold, der især kritiseres af Kommissionen. Da Retten i sager om foreløbige forholdsregler ikke kan sætte sin vurdering i stedet for Kommissionens (jf. ovennævnte kendelse afsagt af Domstolens præsident den 30.10.1978, Van Landewyck mod Kommissionen), kan der ikke tages hensyn til sådanne forslag under undersøgelsen af fumus boni juris i denne sag om udsættelse af gennemførelsen.
- 36 Ved læsningen af den omtvistede beslutning fremgår det imidlertid, at en række elementer i det ved de omtvistede regler indførte system er klart konkurrencebegrænsende i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1. Det drejer sig navnlig om selve princippet i, at entreprenører, der har anmeldt bud, mødes, i entreprenørernes sammenligning af omkostningselementer og i muligheden for at udpege en forhandlingsberettiget under dette møde, muligheden for at udlevere prisoverslag til de øvrige bydende virksomheder, de bydendes adgang til at trække deres forslag tilbage efter at have fået kendskab til de øvrige bydende virksomheders prisoverslag, tillæggelsen af forrang og endelig i udbetalingen af godtgørelse af udregningsvederlag og organisationsbidrag, idet disse vederlag og bidrag væltes direkte over på ordregiverne. Det er rigtigt, at visse af disse elementer udgør selve kernen i de omtvistede regler — og ifølge sagsøgerne selv udgør en forudsætning for, at hele systemet fungerer — men det kan dog ikke på dette stadium udelukkes, at andre elementer i ordningen i dens nuværende udformning kan være i overensstemmelse med Fællesskabets konkurrenceregler eller i givet fald være undtaget i henhold til traktatens artikel 85, stk. 3.
- 37 Den omstændighed, at Retten i sin afgørelse i hovedsagen kan betragte visse dele af en indviklet ordning som den, der er tale om i den foreliggende sag, som værende

i overensstemmelse med Fællesskabets konkurrenceregler, er normalt ikke tilstrækkelig til, at det fastslås, at der foreligger fumus boni juris. Under de foreliggende omstændigheder må det dog som tidligere nævnt understreges, at de grundlæggende ændringer, der i mellemtiden måtte være sket i de proceduremæssige rammer, inden for hvilke konkurrencen på bygge- og anlægsmarkedet udøves, ved en øjeblikkelig gennemførelse af beslutningen uopretteligt kan ødelægge sagsøgernes mulighed for atter at anvende de omtvistede reglementer, hvorved en eventuel, endog delvis, annullation af den anfægtede beslutning bliver formålsløs.

38 Under sådanne faktiske og retlige omstændigheder må der foretages en afvejning af hensynet til en ordentlig retspleje og hensynet til parterne, herunder den interesse, Kommissionen har i omgående at bringe de af den konstaterede overtrædelser af traktatens konkurrenceregler til ophør, således at det både undgås, at der skabes en situation, som ikke kan ændres, og at der opstår et alvorligt og uopretteligt tab for en af sagens parter eller offentligheden (jf. kendelse afsagt af Domstolens præsident den 16.2.1987, sag 45/87 R, Kommissionen mod Irland, Sml. s. 783, og ovennævnte kendelse af 13.6.1989, Publishers Association mod Kommissionen, samt ovennævnte kendelse afsagt af Rettens præsident den 26.6.1992, Langnese-Iglo og Schöller mod Kommissionen).

39 Under disse omstændigheder forekommer det hensigtsmæssigt at træffe afgørelse om en delvis udsættelse af gennemførelsen af den omtvistede beslutning i det omfang, det er nødvendigt for at begrænse det alvorlige og uoprettelige tab, som en øjeblikkelig gennemførelse af beslutningen kan have for sagsøgerne. Da beskyttelsen af sagsøgernes interesser ikke kræver udsættelse af gennemførelsen af beslutningen, for så vidt angår de reglementer, der erklæres uforenelige med traktatens artikel 85, stk. 1, eller ikke omfattes af en fritagelse, bør udsættelsen begrænses til beslutningens artikel 3 og til de dele af reglementerne, hvis iværksættelse ikke klart er konkurrencefordrejende.

40 I denne forbindelse bemærkes, at den klart konkurrencebegrænsende karakter af visse dele af de omtvistede reglementer, som er angivet i kendelsens grund 36, beror

på den foreskrevne samordning (dvs. under entreprenørernes møder) samt på udvekslingen af oplysninger mellem entreprenørerne (som f.eks. oplysningerne om de øvrige anmeldelser, omkostningsstrukturerne og prisoverslagene fra de øvrige bydende virksomheder); begge forhold, som ikke er strengt nødvendige for ordningens funktion. Denne funktion kan nemlig for så vidt angår dens bestemmelser om anmeldelse af bud, udlevering af prisoverslag, sammenligning af markedets omkostningselementer, udpegning af en forhandlingsberettiget, såfremt buddene er sammenlignelige, samt beskyttelse af denne, sikres af kontoret eller formanden, uden at der foreligger denne form for samordning og udveksling af disse oplysninger mellem entreprenørerne. Dette kan bl.a. ske, såfremt virksomhederne i stedet for som krævet at anmelde deres hensigt om at afgive bud skal anmelde selve dette bud og i givet fald deres anmodning om udpegning af en forhandlingsberettiget, og såfremt disse oplysninger kun er tilgængelige for kontoret, som derefter selv sammenligner omkostninger og udpeger den lavestbydende som forhandlingsberettiget, såfremt buddene er sammenlignelige og et flertal af de anmeldende virksomheder har udtalt sig i denne retning.

41 Derimod afhænger den konkurrencebegrænsende karakter af andre elementer i ordningen ikke af, om der er sket samordning eller udveksling af oplysninger mellem entreprenørerne. Dette er tilfældet med tildelingen af forrangen og udbetalningen af godtgørelse af udregningsvederlag og organisationsbidrag. For så vidt angår tildeling af forrang bemærkes, at sagsøgerne for Rettens præsident har erklæret sig rede til ikke at anvende reglerne herom. Med hensyn til godtgørelsen af udregningsvederlag og organisationsbidrag kan de klart konkurrencebegrænsende elementer i ordningen fjernes derved, at de samlede vederlag og bidrag ikke væltes over på ordregiverne.

42 I betragtning af det ovenfor anførte bestemmes det, at gennemførelsen af artikel 3 i Kommissionens beslutning skal 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 entreprenørerne, reglerne om tildeling af forrang og om overvæltning på licitationsudbyderne af vederlaget for udregningsomkostninger og organisationsbidrag.

- 43 Endvidere bestemmes det, at sagsøgerne senest den 1. oktober 1992 skal give Kommissionen og Retten meddelelse om de forholdsregler, de har truffet, for at ordningen opfylder de i nærværende kendelse fastsatte krav.

Af disse grunde

bestemmer

RETTENS PRÆSIDENT

- 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.

Således bestemt i Luxembourg, den 16. juli 1992.

H. Jung
Justitssekretær

J. L. Cruz Vilaça
Præsident