

ARREST VAN HET GERECHT (Eerste kamer)  
21 februari 1995<sup>\*</sup>

In zaak T-29/92,

**Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid**, vereniging naar Nederlands recht, gevestigd te Amersfoort,

**Amsterdamse Aannemers Vereniging**, vereniging naar Nederlands recht, gevestigd te Amsterdam,

**Algemene Aannemersvereniging voor Waterbouwkundige Werken**, vereniging naar Nederlands recht, gevestigd te Utrecht,

**Aannemersvereniging van Boorondernemers en Buizenleggers**, vereniging naar Nederlands recht, gevestigd te Soest,

**Aannemersvereniging Velsen, Beverwijk en Omstreken**, vereniging naar Nederlands recht, gevestigd te Velsen,

**Aannemers Vereniging Haarlem-Bollenstreek**, vereniging naar Nederlands recht, gevestigd te Heemstede,

**Aannemersvereniging Veluwe en Zuidelijke IJsselmeerpolders**, vereniging naar Nederlands recht, gevestigd te Apeldoorn,

<sup>\*</sup> Procestaal: Nederlands.

**Combinatie van Aannemers in het Noorden**, vereniging naar Nederlands recht, gevestigd te Leeuwarden,

**Vereniging Centrale Prijsregeling Kabelwerken**, vereniging naar Nederlands recht, gevestigd te Leeuwarden,

**Delftse Aannemers Vereniging**, vereniging naar Nederlands recht, gevestigd te Rotterdam,

**Economisch Nationaal Verbond van Aannemers van Sloopwerken**, vereniging naar Nederlands recht, gevestigd te Utrecht,

**Aannemersvereniging „Gouda en Omstreken”**, vereniging naar Nederlands recht, gevestigd te Rotterdam,

**Gelderse Aannemers Vereniging inzake Aanbestedingen**, vereniging naar Nederlands recht, gevestigd te Arnhem,

**Gooise Aannemers Vereniging**, vereniging naar Nederlands recht, gevestigd te Huizen,

**'s-Gravenhaagse Aannemers Vereniging**, vereniging naar Nederlands recht, gevestigd te 's-Gravenhage,

**Leidse Aannemersvereniging**, vereniging naar Nederlands recht, gevestigd te Leiden,

**Vereniging Markeer Aannemers Combinatie**, vereniging naar Nederlands recht, gevestigd te Tilburg,

**Nederlandse Aannemers- en Patroonsbond voor de Bouwbedrijven**, vereniging naar Nederlands recht, gevestigd te Dordrecht,

**Noordhollandse Aannemers Vereniging voor Waterbouwkundige Werken**, vereniging naar Nederlands recht, gevestigd te Amsterdam,

**Oostnederlandse-Vereniging-Aanbestedings-Regeling**, vereniging naar Nederlands recht, gevestigd te Delden,

**Provinciale Vereniging van Bouwbedrijven in Groningen en Drenthe**, vereniging naar Nederlands recht, gevestigd te Groningen,

**Rotterdamse Aannemersvereniging**, vereniging naar Nederlands recht, gevestigd te Rotterdam,

**Aannemersvereniging „de Rijnstreek”**, vereniging naar Nederlands recht, gevestigd te Rotterdam,

**Stichting Aanbestedingsregeling van de Samenwerkende Bouwbedrijven in Friesland**, stichting naar Nederlands recht, gevestigd te Leeuwarden,

**Samenwerkende Prijsregelende Vereniging Nijmegen en Omstreken**, vereniging naar Nederlands recht, gevestigd te Nijmegen,

**Samenwerkende Patroons Verenigingen in de Bouwbedrijven Noord-Holland-Noord**, vereniging naar Nederlands recht, gevestigd te Alkmaar,

**Utrechtse Aannemers Vereniging**, vereniging naar Nederlands recht, gevestigd te Utrecht,

**Vereniging Wegenbouw Aannemers Combinatie Nederland**, vereniging naar Nederlands recht, gevestigd te Zeist, en

**Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging**, vereniging naar Nederlands recht, gevestigd te Heeze,

vertegenwoordigd door L. H. van Lennep, advocaat te 's-Gravenhage, en E. H. Pijnacker Hordijk, advocaat te Amsterdam, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van L. Frieden, advocaat aldaar, Avenue Guillaume 6,

verzoeksters,

tegen

**Commissie van de Europese Gemeenschappen**, vertegenwoordigd door B. J. Drijber, lid van haar juridische dienst, als gemachtigde, bijgestaan door P. Glazener, advocaat te Rotterdam, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij G. Kremelis, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster,

betreffende een verzoek om vaststelling van de non-existentie en, subsidiair, tot nietigverklaring van beschikking 92/204/EEG van de Commissie van 5 februari 1992 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/31.572 en IV/32.571 — Bouwnijverheid in Nederland) (PB 1992, L 92, blz. 1),

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: R. Schintgen, kamerpresident, H. Kirschner, B. Vesterdof, K. Lenaerts en C. W. Bellamy, rechters,

griffier: H. Jung

gezien de stukken en na de mondelinge behandeling op 11 juli 1994,

het navolgende

**Arrest**

**De feiten ten grondslag aan het beroep**

- 1 Vanaf 1952 zijn op de Nederlandse bouwmarkt verschillende verenigingen opgericht, waarin de aannemers per sector of regio zijn georganiseerd. Deze verenigingen hebben voor hun leden regelingen opgesteld betreffende de organisatie van de mededinging.
  
- 2 In 1963 hebben deze verenigingen de Vereniging van Samenwerkende Prijsregulende Organisaties in de Bouwnijverheid (hierna: „SPO”) opgericht, die volgens artikel 3 van haar Statuten tot doel heeft: „het bevorderen en behartigen van een

ordelijke mededinging, het tegengaan van niet-behoorlijke gedragingen bij prijsaanbiedingen en het bevorderen van de totstandkoming van economisch verantwoorde prijzen". Daartoe is de SPO belast met de vaststelling van regelingen, genoemd „geïstitutionaliseerde prijsregeling en concurrentieregeling”, en is zij bevoegd aannemers die bij haar lid-organisaties zijn aangesloten, sancties op te leggen indien zij hun uit deze regelingen voortvloeiende verplichtingen niet naleven. De tenuitvoerlegging van deze regelingen is opgedragen aan acht Uitvoeringsbureaus (hierna: „Bureau”), die onder toezicht staan van de SPO. Thans kent de SPO 28 lid-organisaties, die te zamen meer dan 4 000 in Nederland gevestigde bouwondernemingen verenigen.

- 3 In 1969 zijn de meeste sectoriële of regionale verenigingen toegetreden tot de SPO.
- 4 Tussen 1973 en 1979 hebben de verschillende verenigingen onder toezicht van de SPO hun reglementen (hierna: „oude regelingen”) geüniformeerd.
- 5 Op 3 juni 1980 heeft de Algemene Vergadering van de SPO de Erecode voor ondernemers in het Bouwbedrijf (hierna: „Erecode”) vastgesteld en bindend voorgeschreven voor alle bij de lid-organisaties van SPO aangesloten ondernemingen. Deze Erecode bevat een uniform stelsel van sancties voor overtredingen van de tussen 1973 en 1979 geüniformeerde reglementen, alsmede enige materiële bepalingen die nodig zijn voor de toepassing van deze reglementen. De Erecode is op 1 oktober 1980 in werking getreden.
- 6 Op 16 augustus 1985 verzocht de Commissie de SPO krachtens artikel 11 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, blz. 204; hierna: „verordening nr. 17”) om inlichtingen betreffende de deelneming van buitenlandse aannemers in de SPO.

- 7 Bij ministerieel besluit van 2 juni 1986 heeft de Nederlandse overheid het „Uniform Aanbestedingsreglement” (hierna: „UAR”) vastgesteld, dat bepalingen betreffende openbare aanbestedingen bevat en op 1 november 1986 in werking is getreden.
  
- 8 Op 9 oktober 1986 stelde de Algemene Vergadering van de SPO twee Uniforme Prijsregelende Reglementen vast (hierna: „UPR”), die een procedureel kader beogen te scheppen voor de mededinging tussen aannemers die deelnemen aan aanbesteding van werken. Het eerste UPR betreft de onderhandse prijsaanbieding (hierna: „UPRO”), en het andere betreft de prijsaanbieding bij openbare aanbesteding (hierna: „UPROP”). De beide reglementen hebben dezelfde structuur en bevatten nauwkeurige en gedetailleerde bepalingen, waarin de verplichtingen van deelnemers in de organisatie en de wijze van werking van de UPR worden omschreven. Deze UPR zijn zelf aangevuld door vier reglementen en drie bijlagen. Alle reglementen zijn op 1 april 1987 in werking getreden.
  
- 9 Bij koninklijk besluit van 29 december 1986 heeft de Nederlandse regering deze reglementen generiek onverbindend verklaard, behoudens voor zover zij aan bepaalde voorwaarden voldeden. Dit koninklijk besluit is op 1 april 1987 in werking getreden. De UPR voldeden aan de voorwaarden van het koninklijk besluit.
  
- 10 Op 15 juni 1987 verrichtte de Commissie krachtens artikel 14 van verordening nr. 17 verificaties bij de SPO. In juli en november van hetzelfde jaar deed zij dit ook bij de Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging (hierna: „ZNAV”). Doel van deze verificaties was, te onderzoeken of de SPO-reglementen de handel tussen Lid-Staten ongunstig konden beïnvloeden.
  
- 11 Op 13 januari 1988 meldde de SPO de UPR en de Erecode bij de Commissie aan, primair met het oog op een negatieve verklaring en subsidiair met het oog op een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, van het EEG-Verdrag.

- 12 De UPR zijn op 23 juni 1988 gewijzigd. Deze wijziging is op 1 juli 1988 in werking getreden.
- 13 Op 13 juli 1989 vulde de SPO haar aanmelding van 13 januari 1988 aan.
- 14 Op 26 juli 1989 diende de gemeente Rotterdam bij de Commissie een klacht in tegen bepaalde onderdelen van de reglementen.
- 15 Op 7 november 1989 besloot de Commissie de procedure in te leiden en op 5 december 1989 deed zij de SPO een mededeling van de punten van bezwaar toekomen.
- 16 Op 5 april 1990 antwoordde de SPO op de mededeling van de punten van bezwaar.
- 17 Op 12 juni 1990 vond de in artikel 19 van verordening nr. 17 voorziene hoorzitting plaats.
- 18 Op 15 maart 1991 voerde de SPO met de Commissie overleg om te onderzoeken of de aangemelde reglementen niet in aanmerking konden komen voor een onthefing, indien zij werden gewijzigd. Tussen 12 april 1991 en 15 januari 1992 werden hierover brieven gewisseld tussen de SPO en de Commissie.
- 19 Op 5 februari 1992 gaf de Commissie de bestreden beschikking.



- 20 Op 12 februari 1992 werd verzoekster een beschikking toegezonden, die op 5 februari 1992 was gedateerd en het kenmerk C (92) 66 def. droeg. Zij is betekend op 17 februari 1992. In deze beschikking ontbrak een passage en waren de in het dispositief van de beschikking vermelde adressen van verschillende ondernemersverenigingen onjuist.
- 21 Op 26 februari 1992 werd verzoekster een beschikking toegezonden die op 5 februari 1992 was gedateerd en het kenmerk C (92) 66 def. rev. droeg (deze beschikking heeft de SPO op 2 maart 1992 ontvangen). Deze tekst bevatte de passage die in de op 17 februari 1992 betekende tekst ontbrak, en die dus was toegevoegd. Ook waren de onjuiste adressen van verschillende ondernemersverenigingen gecorrigeerd.
- 22 In artikel 1 van de beschikking stelt de Commissie vast, dat de Statuten van de SPO van 10 december 1963, zoals die sindsdien zijn gewijzigd, de beide UPR, met inbegrip van de regelingen en bijlagen bij de UPR, vastgesteld op 9 oktober 1986, alsmede de aan de UPR voorafgaande en soortgelijke regelingen, die door de UPR zijn vervangen, en de Erecode, met uitsluiting van artikel 10, inbreuken op artikel 85, lid 1, van het Verdrag vormen, respectievelijk vormden.
- 23 In artikel 2 van haar beschikking wijst de Commissie het op 13 januari 1988 ingediende verzoek tot ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag betreffende de op 9 oktober 1986 vastgestelde UPR en de Erecode af.
- 24 Bij artikel 3, leden 1 en 2, van de beschikking gelast de Commissie de SPO en haar lid-organisaties onverwijld een einde te maken aan de vastgestelde inbreuken en de betrokken ondernemingen schriftelijk in kennis te stellen van de inhoud van de beschikking en van het feit dat de inbreuken zijn beëindigd, onder uiteenzetting van de praktische gevolgen die deze beëindiging heeft, zoals de vrijheid voor elk van deze ondernemingen om zich op elk gewenst moment aan de werking van de regelingen te onttrekken. Verder dienen de SPO en haar lid-organisaties de Commissie binnen twee maanden na ontvangst van de beschikking op de hoogte te stellen van de informatie die zij overeenkomstig lid 2 van dit artikel aan de ondernemingen hebben verstrekt.

- 25 Bij artikel 4 van de beschikking legt de Commissie de betrokken 28 verenigingen een geldboete op van in totaal 22 498 000 ECU.

## Procesverloop

- 26 Bij op 13 april 1992 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift hebben de SPO alsmede de 28 lid-organisaties krachtens artikel 173, tweede alinea, van het Verdrag beroep ingesteld, waarin zij concluderen dat het het Gerecht behage, beschikking 92/204/EEG van de Commissie van 5 februari 1992 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/31.572 en IV/32.571 — Bouwnijverheid in Nederland) (PB 1992, L 92, blz. 1) non-existent althans nietig te verklaren.
- 27 Bij op dezelfde dag ter griffie van het Gerecht ingeschreven afzonderlijke akte hebben verzoeksters tevens krachtens de artikelen 185 en 186 van het Verdrag en artikel 105, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht een verzoek ingediend tot opschorting van de tenuitvoerlegging van de litigieuze beschikking.
- 28 Partijen zijn in hun mondelinge opmerkingen gehoord op 18 juni 1992.
- 29 Op 16 juli 1992 heeft de president van het Gerecht een beschikking gegeven, waarvan het dictum luidt als volgt:

- 1) De tenuitvoerlegging van artikel 3 van de beschikking van de Commissie inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/31.572 en IV/32.571 — Bouwnijverheid in Nederland) wordt opgeschort, voor zover zij betrekking heeft op elementen van de litigieuze regelingen die geen verband houden met een onderlinge afstemming en een onderlinge informatie-

uitwisseling tussen de aannemers, met de verlening van preferentie en met het rechtstreeks doorberekenen van de bedragen betreffende rekenvergoeding en organisatiebijdragen aan de aanbesteders.

2) Verzoeksters delen de Commissie en het Gerecht uiterlijk op 1 oktober 1992 mee, welke maatregelen zij hebben genomen om de werking van het stelsel in overeenstemming met de onderhavige beschikking te brengen.

3) Het verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging wordt afgewezen voor het overige.

4) De beslissing omtrent de kosten wordt aangehouden.

30 Bij op 14 augustus 1992 ter griffie van het Gerecht neergelegde brief hebben verzoeksters de „voorlopige uitvoeringsinstructie vanaf 20 juli 1992”, die de eerste verzoekster ter uitvoering van de beschikking van de president van het Gerecht van 16 juli 1992 aan de andere verzoeksters had gezonden, aan de president van het Gerecht doen toekomen.

31 Op 27 augustus 1992 heeft Dennendael BV overeenkomstig artikel 37 van 's Hofs Statuut-EEG verzocht om toelating tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van verweerster.

32 Bij beschikking van 12 januari 1993 heeft het Gerecht deze interventie ter ondersteuning van de conclusies van verweerster toegelaten.

33 Op 21 januari 1993 heeft interveniënte haar memorie in interventie neergelegd.

- 34 Bij brief van 17 november 1993 heeft interveniënte het Gerecht meegedeeld, dat zij haar interventie introk, waarvan het Gerecht bij beschikking van 4 mei 1994 akte heeft genomen.
- 35 Het Gerecht (Eerste kamer) heeft op rapport van de rechter-rapporteur besloten, zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan. Het Gerecht heeft partijen evenwel verzocht, vóór de terechtzitting schriftelijk op enige vragen te antwoorden.
- 36 Na het op 15 juni 1994 door het Hof gewezen arrest (zaak C-137/92 P, Commissie/BASF e. a., Jurispr. 1994, blz. I-2555) heeft het Gerecht de Commissie bij beschikking van 27 juni 1994 gelast, „de beschikking over te leggen die de Commissie tijdens haar vergadering van 5 februari 1992 heeft aangenomen inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/31.572 en IV/32.571 — Bouwnijverheidsindustrie in Nederland) zoals die destijds geauthentiseerd werd, in de taal waarin zij authentiek is, door de ondertekening van de Voorzitter en van de Algemeen Secretaris in toepassing van artikel 12, eerste alinea, van het destijds toepasselijke reglement van orde”. Deze overlegging aan het Gerecht diende te geschieden „uiterlijk op 6 juli 1994”.
- 37 Naar aanleiding van deze beschikking heeft de Commissie bij brief van 4 juli 1994 een exemplaar van de beschikking van de Commissie van 5 februari 1992 neergelegd, dat het kenmerk C(92)66 def. rev. droeg en was ondertekend door de voorzitter van de Commissie en haar secretaris-generaal, vooraf gegaan door de vermelding: „La présente décision a été adoptée par la Commission lors de sa 1 092<sup>ème</sup> réunion tenue à Bruxelles le 5 février 1992. Elle comprend 92 pages + annexes.” Zij heeft ook een aantal andere documenten neergelegd.
- 38 Het eerste document is een brief van 19 februari 1992 van een van verzoeksters' raadslieden aan de bevoegde ambtenaar van het directoraat-generaal Concurrentie (DG IV), waarin hij hem erop attent maakte dat in de aan deze raadsman betekende beschikking iets ontbrak in de overgang van blz. 86 naar blz. 87. Hij verzocht de

betrokken ambtenaar een en ander te verifiëren en de nodige maatregelen te nemen om de vereiste correcties aan te brengen.

- 39 Het tweede document is een eveneens op 19 februari 1992 gedateerde telefax, die de betrokken ambtenaar aan een ambtenaar van het secretariaat-generaal van de Commissie heeft toegestuurd, met het verzoek, te doen verifiëren „of de door de Commissie vastgestelde en aan de adressaten betekende versie volledig overeenstemt met het ontwerp en, zo nodig, het daarheen te leiden dat de adressaten alsnog formeel op de hoogte worden gesteld van de volledige tekst van de beschikking”.
- 40 Het derde document is een brief van 21 februari 1992 aan de bevoegde ambtenaar van DG IV van een van verzoeksters' raadslieden, waarin hij de Commissie verzoekt, de exemplaren van de gecorrigeerde versie enkel aan de SPO te willen betekenen, omdat de adressen van enige van haar lid-organisaties onjuist waren.
- 41 Het vierde document is een eveneens op 21 februari 1992 gedateerde brief van de bevoegde ambtenaar van DG IV aan verzoeksters' raadslieden, waarin hij naar aanleiding van een telefoongesprek met een van hen meedeelde dat het secretariaat-generaal van de Commissie verschillende modaliteiten van (her)betekening overwoog, waarbij de beschikking aan alle organisaties, die adressaat van de beschikking waren, zou worden betekend (in voorkomend geval op hun gecorrigeerde adres).
- 42 Ter terechtzitting van 11 juli 1994 zijn partijen in hun pleidooien en antwoorden op de vragen van het Gerecht gehoord. In de loop van de terechtzitting is op verzoek van verzoeksters een film betreffende de in de onderhavige procedure aan de orde zijnde reglementen vertoond en is hun deskundige gehoord.

## Conclusies van partijen

43 Verzoeksters concluderen dat het het Gerecht behage:

- 1) primair, te verklaren voor recht dat de handeling van verweerster, getiteld 'Beschikking van de Commissie van 5 februari 1992 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/31.572 en IV/32.571 — Bouwnijverheid in Nederland)' niet bestaand is;
- 2) subsidiair, de beschikking van de Commissie van 5 februari 1992 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/31.572 en IV/32.571 — Bouwnijverheid in Nederland) nietig te verklaren;
- 3) zodanige verdere maatregelen te nemen als het Gerecht zal vermenen te behoren;
- 4) verweerster te veroordelen in de kosten van het geding, met inbegrip van de kosten verband houdende met het verzoek om voorlopige maatregelen ingevolge de artikelen 185 en 186 van het Verdrag.

De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

- 1) de vorderingen van verzoeksters af te wijzen;
- 2) verzoeksters te veroordelen in de kosten van de procedure, met inbegrip van de kosten die in het kort geding zijn gevallen.

## Middelen en argumenten van partijen

- 44 Verzoeksters voeren in hun verzoekschrift twee vorderingen aan: de eerste, primaire, vordering strekt tot vaststelling dat de bestreden beschikking niet-bestaande, althans nietig is wegens schending van wezenlijke vormvoorschriften; de tweede, subsidiaire, vordering strekt tot nietigverklaring van deze beschikking.

### *De primaire vordering*

#### *Argumenten van partijen*

- 45 Verzoeksters betogen primair dat de bestreden beschikking ingevolge de rechtspraak van het Gerecht (arrest van 27 februari 1992, gevoegde zaken 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 en T-104/89, BASF e. a., Jurispr. 1992, blz. II-315) non-existent is wegens schending van het beginsel van de onaantastbaarheid van een eenmaal aangenomen handeling en wegens onbevoegdheid — in de beschikking is volgens hen een bladzijde toegevoegd zonder dat deze door het college van Commissieleden was goedgekeurd —, alsmede wegens schending van het talenregime, omdat het college van Commissieleden volgens hen de beschikking niet heeft vastgesteld in de enige authentieke taal. In beschikking C (92) 66 def. van 5 februari 1992, die op 12 februari 1992 aan verzoeksters is toegezonden en hun op 17 februari 1992 is betekend, ontbrak namelijk een passage en waren de in het dispositief van de beschikking genoemde adressen van verschillende ondernemersverenigingen onjuist.
- 46 Op 26 februari 1992 is een op 5 februari 1992 gedateerde beschikking met het kenmerk C (92) 66 def. rev. aan verzoeksters toegezonden (en door SPO op 2 maart 1992 ontvangen). Deze tekst bevatte de passage die in de op 17 februari 1992 betekende tekst ontbrak, en die dus was toegevoegd. Ook waren de onjuiste adressen van verschillende ondernemersverenigingen gecorrigeerd.

- 47 Ook merken zij op, dat het document met kenmerk C (92) 66 def. eerst bij brief van 12 februari 1992 van de secretaris-generaal van de Commissie aan elk der verzoeksters is toegezonden en omstreeks 17 februari 1992 aan hen is betekend. Het feit dat de tekst van de beroepen beschikking niet daags na 5 februari 1992 beschikbaar was, bevestigt, dat de aan verzoeksters betekende tekst niet dezelfde tekst is als die welke aan het college van Commissieleden is voorgelegd. Het feit dat het herziene document een nieuw kenmerk heeft gekregen [nl. C (92) 66 def. rev.] veroorlooft dezelfde conclusie. De Commissie zou overigens niet betwisten dat document C (92) 66 def. rev. nooit als zodanig aan het college van Commissieleden is voorgelegd.
- 48 Op grond hiervan nodigen verzoeksters de Commissie uit, aan de hand van een geauthentiseerd uittreksel van de notulen van de Commissievergadering van 5 februari 1992 aan te tonen, dat daadwerkelijk ter vergadering de Nederlandstalige versie van de beroepen beschikking is onderzocht en dat zij deze tekst heeft aanvaard.
- 49 In antwoord hierop stelt de Commissie, dat verzoeksters niets hebben aangevoerd dat erop wijst dat na de vaststelling van de beschikking het beginsel van de onaanvaardbaarheid van een vastgestelde handeling is geschonden. Zonder dergelijke aanwijzingen moet van de wettigheid van de beschikking worden uitgegaan (vgl. arrest Gerecht van 10 maart 1992, zaak T-10/89, Hoechst, Jurispr. 1992, blz. II-629, r. o. 375).
- 50 De beschikking is een tweede maal aan verzoeksters toegezonden, omdat in de op 12 februari 1992 verzonden tekst een bladzijde was weggevallen en deze tekst in het geval van een aantal verzoeksters naar een adres was gezonden dat niet meer juist bleek te zijn. Het wegvallen van de bladzijde was te wijten aan een na de vaststelling van de beschikking opgetreden technische fout in het interne systeem van „electronic mailing” van de Commissie.



- 51 Overigens beschikte het college van Commissieleden op 5 februari 1992 over de tekst van de ontwerp-beschikking in alle talen van de Gemeenschap, waaronder het Nederlands. Dit ontwerp is in deze vergadering aangenomen.

*Beoordeling door het Gerecht*

- 52 In de eerste plaats stelt het Gerecht vast, dat uit het arrest van het Hof van 15 juni 1994 (Commissie/BASF e. a., reeds aangehaald, r. o. 52) volgt dat de door verzoeksters aangevoerde onregelmatigheden, die betrekking hebben op de wijze waarop de beschikking van de Commissie tot stand is gekomen, niet van een dermate klaarblijkelijke ernst zijn, dat de beschikking als juridisch non-existent moet worden beschouwd.
- 53 Bijgevolg dient verzoeksters' primaire vordering te worden afgewezen, voor zover zij betrekking heeft op de vaststelling dat de bestreden beschikking niet bestaat is.
- 54 In de tweede plaats moet evenwel worden onderzocht, of de door verzoeksters aangevoerde onregelmatigheden niet van dien aard zijn dat de bestreden beschikking, zoals zij subsidiair hebben betoogd, nietig moet worden verklaard wegens schending van het beginsel van de onaantastbaarheid van een eenmaal vastgestelde handeling en schending van het talenregime.
- 55 Wat de onaantastbaarheid van de handeling betreft, is het Gerecht van mening dat uit het arrest van het Hof van 15 juni 1994, Commissie/BASF e. a. (reeds aangehaald, r. o. 59) volgt, dat het Gerecht slechts bij een betwisting in het kader waarvan serieuze en overtuigende aanwijzingen van een inbreuk op het beginsel van de onaantastbaarheid van de handeling zijn verstrekt, de overlegging van de beschikking kan gelasten in de authentieke ta(a)l(en), die is geauthentiseerd door de handtekeningen van de voorzitter en de secretaris-generaal, teneinde te verifiëren of de betekende teksten volledig in overeenstemming zijn met de door het college van Commissieleden vastgestelde tekst.

- 56 In casu was het Gerecht op grond van de gegevens waarover het destijds beschikte, van oordeel dat het feit dat de op 17 februari 1992 betekende tekst van de beschikking niet overeenkwam met de op 26 februari 1992 betekende tekst, op het eerste gezicht een serieuze en overtuigende aanwijzing vormde dat de in de eerste tekst aangebrachte wijzigingen niet door het college van Commissieleden waren vastgesteld. Daarom heeft het op 27 juni 1994 de overlegging van de door de Commissie tijdens haar vergadering van 5 februari 1992 vastgestelde beschikking gelast, zoals die destijds werd geauthentiseerd in de taal waarin zij authentiek is, door de ondertekening van de voorzitter en de secretaris-generaal krachtens artikel 12, eerste alinea, van het destijds toepasselijke reglement van orde van de Commissie.
- 57 Het Gerecht stelt evenwel vast dat de door de Commissie in antwoord op zijn beschikking van 27 juni 1994 overgelegde documenten bevestigen dat het verschil tussen de eerste betekende tekst en de tweede te wijten was aan een technische fout in de werking van haar systeem van „electronic mailing”, waardoor een bladzijde was weggevallen, en dat bijgevolg de op 26 februari 1992 betekende tekst volledig overeenstemde met de tekst die het college van Commissieleden tijdens zijn vergadering van 5 februari 1992 had vastgesteld. Verzoeksters' raadslieden hebben reeds op 19 februari 1992 het volgende aan de Commissie gesignaleerd: „In de beschikking in de zaak SPO ontbreekt iets in de overgang van p. 86 naar p. 87. Ik verzoek U een en ander te verifiëren en de nodige maatregelen te nemen om een correctie aan te brengen. Mocht er inderdaad een onjuistheid in de tekst zijn geslopen, verzoek ik U de rectificatie aan alle geadresseerden te zenden.” De bevoegde ambtenaar van DG IV, aan wie deze brief was geadresseerd, heeft nog dezelfde dag een nota ter attentie van het secretariaat-generaal van de Commissie verstuurd, opdat het een en ander zou worden nagegaan. In deze nota staat te lezen: „Recentelijk ontving ik van Uw dienst de tekst van de hierboven bedoelde beschikking, in de Nederlandse taal. In dat document ontbreekt een passage die wel voorkomt in het ontwerp dat aan de Commissie werd voorgelegd. Mag ik U verzoeken, te doen verifiëren of de door de Commissie vastgestelde en aan de adressaten betekende versie volledig overeenstemt met het ontwerp en, zo nodig, het daarheen te leiden dat de adressaten alsnog formeel op de hoogte worden gesteld van de volledige tekst van de beschikking? Als bijlage 1 bij dit schrijven treft U aan: titelblad van document C (92) 66 def., [...] pags. 86 en 87 van dat document. Als bijlage 2 bij dit schrijven treft U aan: pags. 85, 86 en 87 van het ontwerp van de desbetreffende beschikking (versie in de Nederlandse taal) zoals dat aan de Commissie was voorgelegd; de in het document C (92) 66 def. ontbrekende passage is duidelijk aangegeven.”

- 58 Gelet op deze gegevens, waarvan verzoeksters de door de Commissie aangevoerde uitlegging niet hebben betwist, kunnen de door verzoeksters verstrekte aanwijzingen niet meer als serieus en overtuigend worden beschouwd.
- 59 Bijgevolg is aangetoond dat de op 26 februari 1992 aan verzoeksters betekende tekst van de beschikking volledig in overeenstemming is met de tekst die op 5 februari 1992 door het college van Commissieleden is aangenomen.
- 60 Met betrekking tot de eerbiediging van het talenregime is het Gerecht van mening dat uit de door de ambtenaar van DG IV aan het secretariaat-generaal gezonden brief blijkt dat het ontwerp van de beschikking in de versie in de Nederlandse taal aan de Commissie is voorgelegd, hetgeen eveneens wordt bevestigd door het feit dat het dispositief van de beschikking reeds op 5 februari 1992 in het Nederlands ter telefax ter kennis van verzoeksters is gebracht.
- 61 Bijgevolg kan in casu geen sprake zijn van schending van het talenregime.
- 62 Bovendien merkt het Gerecht op dat de Commissie in antwoord op zijn beschikking van 27 juni 1994 de tekst van haar beschikking van 5 februari 1992 heeft overgelegd, die het kenmerk C (92) 66 def. rev. droeg en door de voorzitter van de Commissie en haar secretaris-generaal was ondertekend, vooraf gegaan door de vermelding: „La présente décision a été adoptée par la Commission lors de sa 1 092<sup>ème</sup> réunion tenue à Bruxelles le 5 février 1992. Elle comprend 92 pages + annexes.” Ter terechtzitting hebben verzoeksters kritiek geuit op het feit dat in dit document niet wordt verklaard, op welke datum de voorzitter en de secretaris-generaal hebben ondertekend. In zijn begeleidend schrijven van 4 juli 1994 en ter terechtzitting heeft de gemachtigde van de Commissie verklaard dat dit document de tekst van de beschikking is, zoals deze op 5 februari 1992 door het college van Commissieleden is goedgekeurd en zoals deze destijds is geauthentiseerd. In antwoord op een vraag van het Gerecht heeft de gemachtigde van de Commissie gepreciseerd, dat zijn verklaring op dit punt wordt bevestigd door het feit dat de Commissie op het tijdstip van de vaststelling van de beschikking reeds attent was gemaakt op de eventuele consequenties die het Gerecht zou kunnen verbinden aan

het ontbreken van een authenticering van haar handelingen, omdat op dat moment in de zaak BASF e. a./Commissie reeds de terechtzitting voor het Gerecht had plaatsgevonden, dat al de overlegging van de tekst van de in die zaak aan de orde zijnde beschikking had gelast, zoals deze door de ondertekening van de voorzitter en de secretaris-generaal krachtens artikel 12, eerste alinea, van het destijds toepasselijke reglement van orde van de Commissie was geauthentiseerd. Het Gerecht merkt op dat verzoeksters geen enkel bezwaar hebben aangevoerd tegen de uitleg van de gemachtigde van de Commissie.

- 63 Op basis van deze documenten en de door de gemachtigde van de Commissie verstrekte inlichtingen stelt het Gerecht vast, dat het door de Commissie overgelegde document met kenmerk C (92) 66. rev. de tekst van de beschikking is, zoals deze op 5 februari 1992 door het college van Commissieleden is vastgesteld en destijds is geauthentiseerd.
- 64 Uit het voorgaande volgt dat de primaire vordering van verzoeksters moet worden afgewezen.

### *De subsidiaire vordering*

- 65 Tot staving van hun subsidiaire vordering voeren verzoeksters in hun verzoekschrift negen beroepsgronden aan, die kunnen worden samengevat in vijf middelen. Het eerste middel is ontleend aan schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, doordat de Commissie de relevante markt onjuist zou hebben afgebakend, de strekking van de betrokken regelingen zou hebben miskend en op onjuiste gronden zou hebben aangenomen dat de regelingen de handel tussen Lid-Staten merkbaar ongunstig beïnvloedden. Het tweede middel is ontleend aan schending van artikel 85, lid 3, van het Verdrag, doordat de Commissie in de eerste plaats geen rekening zou hebben gehouden met de bijzondere aard van de bouwsector in Nederland en de bewijslast zou hebben omgekeerd, in de tweede plaats de strekking van de onderhavige regelingen onjuist zou hebben beoordeeld in het licht van de vier voorwaarden voor de verlening van een ontheffing, in het bijzonder door geen rekening te houden met de door verzoeksters „in het kader van de aanmelding” ingediende wijzigingsvoorstellen, en in de derde plaats het evenredigheidsbeginsel en het subsidiariteitsbeginsel zou hebben geschonden door de gevraagde

onthefing te weigeren. Het derde middel is ontleend aan schending van de artikelen 4, lid 2, sub 1, en 15, lid 2, van verordening nr. 17, doordat de Commissie een geldboete zou hebben opgelegd terwijl de inbreuk niet was bewezen of ter zake althans aanspraak bestond op immuniteit, zich ten onrechte op het standpunt zou hebben gesteld dat de inbreuk opzettelijk of uit onachtzaamheid was begaan en een te hoge geldboete zou hebben opgelegd. Het vierde middel is ontleend aan schending van artikel 190 van het Verdrag, doordat de Commissie noch de inbreuk op artikel 85, lid 1, van het Verdrag, noch de afwijzing van de krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag gevraagde onthefing rechtens genoegzaam zou hebben gemotiveerd. Het vijfde middel is ontleend aan schending van de rechten van de verdediging van verzoeksters.

*Eerste middel: schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag*

Eerste onderdeel: onjuiste afbakening van de relevante markt

Argumenten van partijen

66 Verzoeksters merken op, dat blijkt de rechtspraak van het Gerecht een adequate afbakening van de relevante markt een noodzakelijke voorwaarde vooraf is om een oordeel te kunnen geven over gedrag dat vermeend in strijd is met de mededingingsregels (arrest Gerecht van 10 maart 1992, gevoegde zaken T-68/89, T-77/89 en T-78/89, SIV e. a., Jurispr. 1992, blz. II-1403), en dat de Commissie in het onderhavige geval de relevante produktmarkt en geografische markt niet heeft gedefinieerd.

67 Wat de produktmarkt betreft, stellen zij dat de acht sectoren van de bouwnijverheid waarop de onderhavige regelingen betrekking hebben, niet een enkele produktmarkt vormen maar ten minste even zovele — zo niet meer — afzonderlijke produktmarkten, die noch vanuit de vraagzijde, noch vanuit de aanbodzijde substitueerbaar zijn.

- 68 Indien zij in hun aanmelding het standpunt hebben ingenomen dat de Nederlandse bouwmarkt één enkele produktmarkt vormt, is dit geschied vanuit het perspectief van een aanvraag tot een negatieve verklaring/ontheffing ten gunste van de in 1987 ingevoerde UPR, die voor het eerst gelijkelijk van toepassing waren in alle relevante produktmarkten. Het perspectief van de beroepen beschikking is echter totaal anders, omdat zij zich niet alleen tegen de UPR van 1987 richt, maar ook tegen de diverse aan de UPR voorafgaande regelingen die voor elk van de sectoren van de bouwnijverheid verschillend waren. Bijgevolg had de Commissie moeten differentiëren naar relevante produktmarkt, althans voor zover zij de vóór 1 april 1987 geldende regelingen wilde veroordelen.
- 69 Wat de relevante geografische markt betreft, merken zij op dat de Commissie in punt 23 van haar beschikking heeft vastgesteld dat er verschillende relevante geografische markten bestaan binnen de markt van bouwwerken waarop de regelingen van toepassing zijn. Zo heeft zij zelf erkend dat de relevante geografische markt in omvang kan verschillen naargelang de sector en de aard van de betrokken werkzaamheden. Aangezien de geografische markt voor kleinere werken een beperktere omvang heeft, had de Commissie moeten vaststellen dat alle regelingen buiten de werkingssfeer van artikel 85 van het Verdrag vallen, voor zover zij op die kleinere werken betrekking hebben, omdat zij de handel tussen Lid-Staten niet ongunstig kunnen beïnvloeden (zie hierna, derde onderdeel van het middel).
- 70 Wat de produktmarkt betreft antwoordt de Commissie enerzijds dat de relevante markt niet moet worden afgebakend op basis van de substitueerbaarheid van de betrokken produkten, doch veeleer aan de hand van de werkzaamheden die de aannemers uitvoeren en de werkingssfeer van de regelingen. De UPR en de Erecode zijn namelijk zonder onderscheid naar aard, omvang of plaats van het werk van toepassing op de diverse door verzoeksters genoemde sectoren. Deze benadering is geheel in overeenstemming met het standpunt dat verzoeksters in de administratieve procedure hebben ingenomen.
- 71 Verder betoogt de Commissie dat het onjuist is, tussen de regelingen van vóór 1987 en de UPR te onderscheiden vanuit het oogpunt van de definitie van de relevante

produktmarkt, omdat de in de verschillende sectoren toepasselijke oude regelingen tussen 1973 en 1979 onder auspiciën van de SPO zijn geüniformeerd.

- 72 Met betrekking tot de geografische markt antwoordt de Commissie dat de regelmatige wisselingen in de vraag, de actieradius van de grote en middelgrote ondernemingen en het feit dat zelfs bepaalde kleine ondernemingen soms dingen naar werken buiten de regio waar zij gevestigd zijn, aantonen dat er binnen de markt voor het aannemen van werken waarop de gewraakte regelingen betrekking hebben, geen afzonderlijke relevante geografische markten bestaan. Verder hebben onderzoeksters in de administratieve procedure nimmer gewezen op het bestaan van afzonderlijke geografische markten, noch voor de afbakening van zulke markten gegevens aangedragen.

#### Beoordeling door het Gerecht

- 73 Het Gerecht is van oordeel, dat om te beginnen moet worden bepaald, welke strekking de verplichting van de Commissie heeft, om vóór de vaststelling van een inbreuk op de artikelen 85 en 86 van het Verdrag de relevante markt af te bakenen.
- 74 De afbakening van de relevante markt speelt bij de toepassing van artikel 85 niet dezelfde rol als bij de toepassing van artikel 86 van het Verdrag. In het kader van de toepassing van artikel 86 is een adequate omschrijving van de relevante markt een noodzakelijke voorwaarde vooraf om een oordeel te kunnen geven over gedrag dat vermeend in strijd is met de mededingingsregels (arrest SIV e. a., reeds aangehaald, r. o. 159): voordat een misbruik van een machtspositie kan worden vastgesteld, moet het bestaan van een machtspositie op een bepaalde markt worden vastgesteld, waarvoor deze markt eerst moet zijn afgebakend. In het kader van de toepassing van artikel 85 moet de relevante markt daarentegen worden afgebakend om te bepalen of de overeenkomst, het besluit van een ondernemersvereniging of

de onderling afgestemde feitelijke gedraging in geding de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden en ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

75 Daarom kunnen verzoeksters' grieven tegen de door de Commissie in aanmerking genomen afbakening van de markt in het kader van de toepassing van artikel 85 niet een zelfstandig belang hebben, los van de grieven betreffende de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten en de verstoring van de mededinging. De juistheid van deze benadering wordt bevestigd door het feit dat verzoeksters het vraagstuk van de afbakening van de markt in hun verzoek om een negatieve verklaring of een ontheffing uitsluitend hebben aangesneden in het gedeelte betreffende de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten.

76 Door als relevante markt de bouwmarkt in Nederland in zijn totaliteit aan te houden, heeft de Commissie zich slechts geconformeerd aan de benadering die verzoeksters zelf hadden gevolgd bij hun aanmelding van de UPR met het oog op hun negatieve verklaring of hun ontheffing en in hun antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar. Tijdens de administratieve procedure hebben verzoeksters nooit gesteld dat de acht sectoren van de bouwnijverheid voor de toepassing van de communautaire mededingingsregels afzonderlijke markten vormden, noch dat er verschillende geografische markten bestonden. Integendeel, in hun aanmelding (blz. 19, punt 2.2.1) hebben zij verklaard:

„Naar het oordeel van de SPO dient als de relevante produktmarkt vanuit een macro-perspectief te worden aangemerkt de markt voor het aannemen van bouw-



werken. 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 Europees 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 niet 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.” [dat wil zeggen alle categorieën waarop, naar de Commissie stelt, de UPR van toepassing zijn].

77 De Commissie heeft terecht ingestemd met deze afbakening van de markt, voor zover de in 1987 ingevoerde regelingen zonder onderscheid van toepassing zijn op alle betrokken acht sectoren. In het stadium van de repliek hebben verzoeksters overigens deze benadering, wat de beoordeling van de in 1987 ingevoerde UPR betreft, aanvaard.

78 Zij handhaven evenwel hun kritiek betreffende de afbakening van de markt ten aanzien van de oude regelingen en verklaren dat het door hen tijdens de administratieve procedure ingenomen standpunt was ingegeven door het feit dat hun verzoek om een negatieve verklaring of een ontheffing betrekking had op de in 1987

ingevoerde regelingen, terwijl in de bestreden beschikking ook de oude regelingen, die voor elke sector verschillend waren, werden gelaakt.

- 79 Ter zake dient te worden opgemerkt dat de beschouwingen in de aanmelding weliswaar enkel betrekking hadden op de in 1987 ingevoerde regelingen, doch dat in de mededeling van de punten van bezwaar eveneens de oude regelingen werden gelaakt. Bijgevolg had verzoeksters' antwoord op deze mededeling (zie de blz. 23-71 en in het bijzonder hoofdstuk 3, getiteld: „De relevante markt: de bouwmarkt in Nederland”), waarin zij met betrekking tot de afbakening van de markt hetzelfde standpunt hebben gehandhaafd, eveneens betrekking op de oude regelingen.
- 80 Daaruit volgt dat verzoeksters tijdens de administratieve procedure niet van mening waren, dat met betrekking tot de afbakening van de markt voor de oude regelingen een andere benadering diende te worden gevolgd.
- 81 Bovendien is het Gerecht van oordeel, dat de Commissie ook ten aanzien van de oude regelingen terecht met deze afbakening van de markt heeft ingestemd. Enerzijds hebben verzoeksters namelijk niet kunnen aangeven, in hoevere er wezenlijke verschillen bestonden tussen de oude regelingen en de in 1987 ingevoerde regelingen, alsmede tussen de verschillende oude regelingen onderling, op grond waarvan moet worden geconcludeerd dat de verschillende oude regelingen gelijkelijk van toepassing waren op elk van de sectoren en op elk van de geografische gebieden die zij bestreken. Anderzijds hebben verzoeksters ter terechtzitting verklaard dat alle bouwproducten in geheel Nederland werden gedekt door de verschillende oude regelingen, en wel hetzij door een regionale regeling die voor verschillende producten gold, hetzij door een specifieke regeling voor bepaalde producten, die evenwel voor het gehele Nederlandse grondgebied gold.

- 82 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie met betrekking tot zowel de oude regelingen als de in 1987 ingevoerde regelingen terecht de Nederlandse bouwmarkt als relevante markt in aanmerking heeft genomen om te beoordelen of zij de handel tussen Lid-Staten ongunstig beïnvloedden of de mededinging verstoorden.
- 83 Dit onderdeel van dit middel moet derhalve worden afgewezen, voor zover het niet samenvalt met de beide andere onderdelen van dit middel, en moet voor het overige te zamen met deze onderdelen worden onderzocht.

Tweede onderdeel: miskenning van de inhoud en de strekking van de onderhavige regelingen

## I — Algemene presentatie

### Argumenten van partijen

- 84 Volgens verzoeksters is het van wezenlijk belang om bij de beoordeling van de verenigbaarheid van de onderhavige regelingen met het communautaire mededingingsrecht het doel van deze regelingen voor ogen te houden: het voorkomen van „leuren” door een dwingende regeling op te stellen waarbij de concurrentie op één enkel tijdstip speelt, en het verbeteren van de transactionele structuur van de markt, door toerekening van de studiekosten aan elk aanbesteed bouwwerk waarvoor zij zijn gemaakt.
- 85 De Commissie heeft volgens hen artikel 85, lid 1, van het Verdrag miskend, door zich op het standpunt te stellen dat de regelingen in vergaande mate in strijd zijn met deze bepaling. Deze miskenning is het gevolg van de zuiver theoretische en abstracte notie die de Commissie heeft van de mededinging die door deze bepaling moet worden gehandhaafd; deze notie verzet zich a priori tegen elke marktregeling.

- 86 De Commissie antwoordt hierop, dat in het kader van artikel 85, lid 1, van het Verdrag uitsluitend relevant is of de mededinging wordt beperkt, en niet of een beperking van de mededinging al dan niet aanvaardbaar is. Om deze vraag te beantwoorden heeft de Commissie de economische en juridische context van de inbreuk onderzocht. Bij haar beoordeling heeft zij dan ook de bouwmarkt in aanmerking genomen en niet de „ideaal-typisch functionerende markt”. Zij heeft echter niet willen aanvaarden dat kartelvorming op de bouwmarkt onvermijdelijk is en zij ziet een onvervalste mededinging als een concreet middel om de doelstellingen van het Verdrag te verwezenlijken.

### Beoordeling door het Gerecht

- 87 Het Gerecht merkt op dat volgens de beschikking het systeem dat is opgezet door de in 1987 ingevoerde regelingen, kan worden voorgesteld als volgt. Deze regelingen hebben ten doel een procedure in te voeren waaraan verzoeksters' leden zich moeten onderwerpen wanneer zij voornemens zijn een prijsaanbieding te doen voor een bepaald werk. Deze procedure heeft volgens verzoeksters een tweeledig doel: het voorkomen van „leuren”, waartoe de aanbesteders geneigd zouden zijn, en het corrigeren van het gebrek aan evenwicht tussen aanbod en vraag als gevolg van het gebrek aan transparantie van de markt voor de aanbodzijde en van de aan de aanbodzijde gemaakte hoge transactiekosten.
- 88 Daartoe hebben verzoeksters een infrastructuur aan materieel en mankracht opgezet voor de toepassing van de bij de regelingen ingevoerde procedure. Deze procedure, die enigszins verschilt naargelang de aanbestedingen openbaar of onderhands zijn of naargelang zij al dan niet gelijktijdig zijn, omvat verschillende etappes tussen de melding aan het bevoegde Bureau van de SPO van het voornemen om een prijsaanbieding te doen voor een bepaald werk en het sluiten van de overeenkomst tussen de aanbesteder en de aannemer aan wie het werk wordt gegund.
- 89 Deze etappes kunnen worden geresumeerd als volgt: elke bij verzoeksters aangesloten aannemer die een prijsaanbieding wil doen voor een bepaald werk, moet dit

melden bij het bevoegde Bureau van de SPO, opdat het de regelingen kan toepassen (beschikking, punt 24).

90 Indien er meerdere meldingen zijn, belegt het Bureau een vergadering van de meldende ondernemingen. Deze zijn verplicht aan de vergadering deel te nemen; op niet-deelneming staat een sanctie. Tijdens deze vergadering, die wordt voorgezeten door een functionaris van het Bureau, worden verschillende besluiten genomen met gewone meerderheid, dan wel met éénparigheid van stemmen (beschikking, punt 25). Het eerste besluit is, of een rechthebbende zal worden vastgesteld, dat wil zeggen een van de aan de vergadering deelnemende aannemers die als enige het recht heeft om contact op te nemen met de aanbesteder en over de inhoud en prijs van zijn aanbieding te onderhandelen (beschikking, punten 26 en 39-41). Indien wordt besloten een rechthebbende aan te wijzen, stelt de vergadering vervolgens vast, op basis van welke gegevens de verschillende prijsaanbiedingen zullen worden vergeleken. Aldus beslist de vergadering, volgens verzoeksters, of de offerteaanvragen vergelijkbaar zijn of kunnen worden gemaakt, en, volgens de Commissie, of de prijsaanbiedingen van de verschillende aannemers vergelijkbaar zijn of kunnen worden gemaakt (beschikking, punt 27). Indien het antwoord bevestigend luidt, zal door de vergadering een rechthebbende kunnen worden aangewezen. Alvorens de rechthebbende wordt aangewezen, besluit de vergadering, volgens welke modaliteiten prijsverhogingen zullen worden bepaald. Deze verhogingen, die door de aanbesteder zullen worden gedragen, zijn voornamelijk van tweeërlei aard: de rekenvergoedingen en de organisatiebijdragen ten behoeve van onder meer de SPO en haar Bureaus (beschikking, punten 31-33). Zodra dit besluit is genomen, bepaalt elke aannemer zijn inschrijvingscijfer (blankcijfer genaamd) en dient hij dit in bij de voorzitter (beschikking, punt 28). Dit cijfer omvat nog niet de prijsverhogingen. Op dat moment kan een aannemer de vergadering vragen, hem preferentie te verlenen, dat wil zeggen hem als rechthebbende aan te wijzen, op voorwaarde dat hij zal inschrijven voor een prijs die gelijk is aan het laagste blankcijfer (beschikking, punt 30). Vervolgens neemt de voorzitter kennis van deze blankcijfers en kan hij deze aan alle deelnemers bekendmaken, indien de vergadering zulks besluit (beschikking, punt 28). Iedere aannemer kan, na kennisneming van de blankcijfers van de anderen, besluiten zijn blankcijfer in te trekken, waarbij hij bepaalde rechten verliest (beschikking, punt 29). In beginsel wordt de aannemer die het laagste blankcijfer heeft ingediend, als rechthebbende aangewezen (beschikking, punt 39). Daarna verhoogt elke aannemer zijn blankcijfer met de prijsverhogingen die zijn berekend overeenkomstig de voordien door de vergadering vastgestelde modaliteiten. Deze prijsverhogingen zijn voor elke aannemer gelijk en zijn in het bijzonder bedoeld om alle calculatiekosten van alle deelnemers aan de vergadering te dekken. Zij worden gedragen door de aanbesteder, indien hij het werk aan een van de leden

van de SPO gunt (beschikking, punten 31-33). De desbetreffende aannemer aan wie zij zullen worden betaald, draagt deze over aan het Bureau, dat deze bedragen voornamelijk weer doorbetaalt: aan de aannemers voor de calculatiekosten en aan de verenigingen voor de bijdragen die hun verschuldigd zijn (beschikking, punten 42-46). Ten slotte kunnen de verschillen tussen de inschrijvingsprijzen van de verschillende aannemers door de vergadering worden vergroot of verkleind (beschikking, punt 38).

- 91 Indien het Bureau slechts één melding voor een werk ontvangt, wordt deze beschouwd als één-op-één-verkeer en geniet enkel de meldende aannemer de hoedanigheid van rechthebbende, dat wil zeggen dat de bij verzoeksters aangesloten aannemers die later worden uitgenodigd, slechts met zijn toestemming of, in geval van betwisting, met die van een arbitragecommissie een aanbieding kunnen doen (beschikking, punten 41, 52-53). Het is evenwel mogelijk dat de aanbesteder tussen het tijdstip van melding van de eerste aannemer en de gunning van het werk aan deze laatste andere bij verzoeksters aangesloten aannemers uitnodigt, wier melding afkomt nadat het werk is gegund. In dat geval is de aannemer aan wie het werk is gegund, verplicht aan het Bureau bij wege van prijsverhogingen een bedrag te betalen, gelijk aan 3 % van de prijs (beschikking, punt 60).
- 92 Er bestaat eveneens een regeling betreffende een procedure voor prijsaanbiedingen door onderaannemers, waarin hoofdzakelijk de regels betreffende de andere prijsaanbiedingen worden overgenomen, zij het dat zij worden aangepast aan de bijzondere kenmerken van de onderaanneming (beschikking, punten 55-59).
- 93 Het Gerecht stelt vast dat in de beschikking in wezen vier soorten bezwaren tegen de door verzoeksters opgestelde regelingen worden geformuleerd. Het eerste soort van bezwaar heeft betrekking op het feit dat zij een afstemming tussen aannemers in het leven roepen, tijdens welke informatie wordt uitgewisseld over de kostenelementen van het werk, de kenmerken van de aanbiedingen en de door ieder voorgestelde prijzen. Het tweede soort van bezwaar is gericht tegen het feit dat tijdens deze afstemming prijsonderdelen worden bepaald, de voorgestelde prijzen soms worden gewijzigd en eveneens deelprijzen worden bepaald. Het derde soort van bezwaar heeft betrekking op het feit dat na deze afstemming één van de aannemers — de rechthebbende — wordt beschermd tegen de andere deelnemers aan de afstemming, omdat zij het recht verliezen om over hun aanbieding te onderhande-

len met de opdrachtgever. De rechthebbende geniet ook bescherming tegen de andere bij verzoeksters aangesloten aannemers, voor zover zij, indien zij later worden uitgenodigd, slechts met zijn toestemming of met toestemming van een commissie van aannemers een aanbieding mogen doen en wel op voorwaarde dat deze aanbieding een bepaald percentage lager is dan die van de rechthebbende. Het vierde soort van bezwaar heeft betrekking op het feit dat de regelingen de leden van verzoeksters voordelen verlenen bij hun concurrentie met derden.

- 94 Op deze verschillende soorten van bezwaren antwoorden verzoeksters vanuit verschillende gezichtspunten: zij vestigen de aandacht op de gunstige effecten van de regelingen voor de mededinging en dus voor de consumenten, zij betwisten de feitelijke juistheid van de bezwaren, of zij verwerpen de juridische kwalificatie van de feiten in het licht van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.
- 95 Het Gerecht stelt om te beginnen vast, dat de Commissie de regelingen van verzoeksters terecht als een geheel beschouwt, waarvan de verschillende bestanddelen niet kunstmatig kunnen worden geïsoleerd.
- 96 Vervolgens merkt het Gerecht op, dat de door verzoeksters aangevoerde gunstige effecten van de regelingen niet in aanmerking kunnen worden genomen voor de toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, doch enkel voor de toepassing van de in artikel 85, lid 3, van het Verdrag vastgestelde criteria. Bijgevolg zullen deze verschillende argumenten in het kader van het tweede middel moeten worden onderzocht.
- 97 Uit het voorgaande volgt dat in het kader van het onderhavige middel enkel de argumenten van verzoeksters moeten worden onderzocht, die betrekking hebben op de juistheid van de feiten en op hun beoordeling in het licht van artikel 85, lid 1, van het Verdrag. Daartoe zal het Gerecht achtereenvolgens de argumenten betreffende de afstemming tussen aannemers die het voornemen hebben om een prijsaanbieding te doen, de onderling afgestemde vaststelling van prijzen of prijsonderdelen, de beperking van de onderhandelingsautonomie van de aannemers en het gedrag van de SPO jegens niet aangesloten aannemers onderzoeken.

II — De onderlinge afstemming tussen aannemers die het voornemen hebben om een prijsaanbieding te doen

### Argumenten van partijen

1) Verplichte melding van het voornemen om een prijsaanbieding te doen (punten 24 en 79 van de beschikking)

98 Verzoeksters betwisten niet de voorstelling van dit onderdeel van de regelingen in punt 24 van de beschikking, doch zij betogen dat de meldingsplicht en de melding zelf als zodanig mededingingsrechtelijk geen eigen betekenis hebben. Volgens hen is dit in het bijzonder het geval voor de derde alinea van punt 79 van de beschikking, voor zover het feit wordt gelaakt, dat het Bureau desgevraagd aan de meldende aannemer kan meedelen, hoeveel aannemers zich reeds hebben gemeld.

99 De Commissie stelt in antwoord hierop, dat de meldingsplicht niet op zichzelf moet worden beoordeeld, maar als onderdeel van de regelingen. De op grond van de meldingsplicht verkregen informatie stelt de aannemers die zich hebben gemeld, tevens in staat op de intensiteit van de concurrentie en dus indirect op het te verwachten niveau van de eindaanbieding te anticiperen.

2) De overeenkomstig de UPR gehouden vergaderingen (punten 25-58 en 80-92 van de beschikking)

a) Overeenkomst over het beginsel van de vaststelling van een rechthebbende (punten 26 en 80 van de beschikking)

100 Verzoeksters betwisten de verklaring in punt 80 van de beschikking, dat het aantal gevallen waarin de vergadering afziet van de vaststelling van een rechthebbende,



klein is, en verklaren dat uit hun onderzoek is gebleken dat slechts in 39 % van de gevallen een rechthebbende wordt vastgesteld.

- 101 De Commissie antwoordt dat punt 80 betrekking heeft op het aantal gevallen waarin bij voorbaat, dat wil zeggen voordat wordt uitgemaakt of de aanbestedingsgegevens vergelijkbaar zijn, wordt afgezien van de vaststelling van een rechthebbende, en niet op het aantal gevallen waarin, zonder dat daarvan bij voorbaat wordt afgezien, de vergadering geen rechthebbende aanwijst, meestal omdat zij heeft vastgesteld dat de aanbestedingsgegevens niet vergelijkbaar zijn.

b) Confrontatie van kostenelementen van het werk (punten 27 en 81 van de beschikking)

- 102 Verzoeksters stellen dat in de beschikking een onjuist beeld wordt gegeven van het karakter van de tijdens de vergadering uitgewisselde gegevens. Deze informatie hebben uitsluitend betrekking op de inhoud van de door de aanbesteder geformuleerde aanbestedingsgegevens. De uitwisseling van deze informatie is onontbeerlijk om te verifiëren of de offerteaanvragen waarop de deelnemers aan de vergadering hebben gereageerd, vergelijkbaar zijn, en om aldus te voorkomen dat vervolgens blankcijfers worden vergeleken die in antwoord op verschillende aanvragen zijn ingediend. Ook bevordert deze uitwisseling de kwaliteit van de concurrentie, tot zeer grote tevredenheid van de aanbesteders.

- 103 Overigens moeten volgens verzoeksters de informatie ook betrekking hebben op bepaalde aanbestedingsvoorwaarden, wanneer deze onredelijk zijn, zulks om te voorkomen dat de aanbesteders de aannemers met onvoorzienbare risico's opzadelen. Zonder deze afstemming zouden de aannemers individueel voor het volgende dilemma komen te staan: ofwel toegeven aan de ruïneuze voorwaarden — en dus in de uitvoeringsfase in de problemen raken —, ofwel aan hun prijsaanbieding nadere voorwaarden verbinden en dus zien dat een concurrent de voorkeur krijgt. Nadere afspraken over de bouwtijd zullen dan ook alleen voorkomen, indien de door de aanbesteders opgegeven bouwtijd irreëel is.

- 104 Verder zullen de aannemers naar aanleiding van de informatie-uitwisselingen scherpere prijzen indienen, omdat de risico's beter overzienbaar zijn, hetgeen uiteindelijk in het voordeel van de aanbesteders is.
- 105 Het feit dat de uitwisseling van informatie betreffende de aanvraag van de aanbesteder wordt gelaakt, berust niet alleen op een onjuist begrip van de inhoud van deze informatie, maar ook op een manke vergelijking tussen een aanbesteding en een oligopolie, op grond waarvan de Commissie elke informatie-uitwisseling betreffende een aanbesteding in strijd met het Verdrag acht.
- 106 Ten slotte verwijten verzoeksters de Commissie, dat zij iedere uitwisseling van informatie tussen concurrenten, die de onzekerheden van een volledig intransparante markt zou kunnen verminderen, op zichzelf als een mededingingsbeperking aanmerkt.
- 107 Volgens de Commissie geven verzoeksters een fout beeld van de inhoud van de uitgewisselde informatie. Het is namelijk onmogelijk te verifiëren of de gevraagde prijsaanbiedingen vergelijkbaar zijn of kunnen worden gemaakt, zonder te weten hoe de deelnemers aan de vergadering van plan zijn op de offerteaanvraag te reageren. Aldus hebben de uitgewisselde gegevens betrekking op bijzonderheden van het werk waarmee slechts een of enkele van de deelnemers vertrouwd zijn, die aldus een concurrentievoorsprong prijsgeven. Niet een betere concurrentie is daarvan het gevolg, maar eerder een beknotte concurrentie. Tot staving van haar verklaringen heeft de Commissie verschillende verslagen van vergaderingen van aannemers overgelegd.
- 108 De aannemers behoren niet met elkaar uit te maken, of zij bepaalde voorwaarden van de offerteaanvraag, zoals de bouwtijd of de omvang van de funderingen, onredelijk vinden en zeker niet, indien zulks het geval is, hun voorwaarden onderling af te stemmen.

- 109 De informatie-uitwisseling tijdens de vergadering doet in schadelijkheid niet onder voor een informatie-uitwisseling tussen concurrenten in een oligopolistische markt.

c) Inlevering van de blankcijfers (punten 28 en 82 van de beschikking)

- 110 Verzoeksters verklaren dat de inlevering van blankcijfers die niet meer kunnen worden gewijzigd, bij de voorzitter van het Bureau niet de mededinging beperkt, doch slechts het tijdstip vervroegt, waarop de concurrentie speelt. In plaats dat de prijsaanbiedingen bij de aanbesteder worden ingeleverd, worden blankcijfers ingeleverd bij de onafhankelijke voorzitter van het betrokken SPO-bureau. De omstandigheid dat de blankcijfers na inlevering niet meer kunnen worden gewijzigd, waarborgt dat de mededinging niet wordt vervalst, doch enkel een ronde wordt vervroegd, om „leuren” te voorkomen.
- 111 De Commissie is niet van mening dat de inlevering van blankcijfers die niet meer kunnen worden gewijzigd, op zichzelf een inbreuk vormt, doch zij is van oordeel dat de inbreuk is gelegen in het feit dat de ingeleverde blankcijfers zijn bepaald op basis van tijdens de vergadering uitgewisselde gegevens. Bovendien maakt de inlevering van de blankcijfers een integraal onderdeel uit van een procedure waarin een praktische samenwerking tussen aannemers in de plaats wordt gesteld van de aan de mededinging verbonden risico's, en moet zij als zodanig worden beoordeeld.

d) Mogelijkheid van terugtrekking na vergelijking van de prijzen (punten 29, 83 en 84 van de beschikking)

- 112 Verzoeksters stellen dat de mogelijkheid van terugtrekking na prijsvergelijking niet betekent dat de mededinging in enig opzicht wordt beperkt; zij bevordert deze mededinging juist, waar zij de aannemers in staat stelt, hun prijsaanbiedingen scherper te calculeren, omdat zij weten dat zij bij een rekenfout die tot economisch onverantwoorde prijzen kan leiden, hun aanbieding zullen kunnen terugtrekken. Van deze mogelijkheid wordt overigens slechts gebruik gemaakt, wanneer een van de aannemers die een blankcijfer heeft ingeleverd, een berekeningsfout heeft gemaakt in de prijsaanbieding.

- 113 Aangezien de prijzen worden vergeleken na inlevering van de blankcijfers, kan daarvan bovendien geen mededingingsbeperkend effect uitgaan, omdat de blankcijfers niet meer kunnen worden gewijzigd. Bovendien kunnen de door deze vergelijking verkregen inlichtingen, zoals het prijsverschil tussen de aanbieding van de rechthebbende en die van zijn concurrenten, niet door de rechthebbende in zijn onderhandelingen met de aanbesteder worden gebruikt, omdat de blankcijfers definitieve cijfers zijn.
- 114 De Commissie antwoordt, dat zelfs indien de mogelijkheid van terugtrekking slechts wordt gebruikt bij een rekenfout die tot een economisch onverantwoorde prijs kan leiden — quod non —, de aannemers niet eenzijdig mogen beoordelen of een prijs economisch verantwoord is en de aanbesteder een voordelige prijsaanbieding onthouden, vooral wanneer deze aannemers, die concurrenten zijn, dit oordeel uitspreken nadat zij informatie over de prijzen hebben uitgewisseld.
- 115 Verder kan de rechthebbende de informatie betreffende de prijzen van de andere inschrijvers, waarover hij beschikt, in zijn onderhandelingen met de aanbesteder gebruiken, omdat het verschil tussen zijn prijs en die van de anderen de marge vormt waarbinnen hij wordt beschermd, daar deze laatsten niet een lagere prijs kunnen indienen (zie hierna de rechtsoverwegingen betreffende de bescherming van de rechthebbende). In dit opzicht beperkt ook de vergelijking van de prijzen de concurrentie.

#### Beoordeling door het Gerecht

- 116 Het Gerecht stelt vast dat de verplichting van de leden van verzoeksters om hun voornemen om een prijsaanbieding te doen, bij het bevoegde Bureau van de SPO te melden, het uitgangspunt van de afstemming vormt. Met de Commissie moet worden vastgesteld, dat het feit dat het bevoegde Bureau aan de meldende aannemers die daarom verzoeken, kan meedelen, hoeveel andere ondernemingen een voornemen hebben gemeld, de mededinging kan beperken, voor zover de meldende aannemers hierdoor kunnen anticiperen op de intensiteit van de onderlinge concurrentie en hun gedrag daaraan kunnen aanpassen, alsmede kunnen beschikken over inlichtingen waarover de niet bij de SPO aangesloten aannemers in dat stadium nog niet beschikken.

- 117 Vervolgens dient te worden opgemerkt, dat de in de beschikking gewraakte onderlinge afstemming tussen aannemers slechts speelt wanneer de vergadering niet bij voorbaat afziet van de vaststelling van een rechthebbende. Wanneer daarvan niet wordt afgezien, wisselen de deelnemers informaties uit. Er is dus sprake van een onderlinge afstemming, ook al wordt uiteindelijk geconcludeerd dat de prijsaanbiedingen niet vergelijkbaar zijn noch vergelijkbaar kunnen worden gemaakt, zodat geen rechthebbende zal kunnen worden vastgesteld. Met betrekking tot verzoeksters' verklaring, dat slechts in 39 % van de gevallen een rechthebbende wordt vastgesteld, moet enerzijds worden opgemerkt dat op zijn minst in deze gevallen de in de beschikking gewraakte onderlinge afstemming tussen aannemers haar volle werking kan ontplooiën, en anderzijds dat verzoeksters, wat de andere gevallen betreft, niet hebben gesteld of bewezen, dat de vergadering bij voorbaat afziet van de vaststelling van een rechthebbende, waardoor dus iedere latere afstemming overbodig wordt. Verzoeksters zijn er dus niet in geslaagd om de verklaring in punt 80 van de beschikking te weerleggen, dat „het aantal gevallen waarin de vergadering afziet van de vaststelling van een rechthebbende en daardoor de volledige werking van vrije mededinging toelaat, klein is”. Deze verklaring heeft namelijk betrekking op het aantal gevallen waarin de vergadering bij voorbaat besluit om af te zien van de vaststelling van een rechthebbende, terwijl verzoeksters' verklaring betrekking heeft op het aantal gevallen waarin geen rechthebbende kan worden vastgesteld, hetzij omdat daarvan bij voorbaat is afgezien, hetzij omdat de prijsaanbiedingen niet vergelijkbaar waren en niet vergelijkbaar konden worden gemaakt.
- 118 Wanneer de vergadering niet bij voorbaat afziet van de vaststelling van een rechthebbende, moeten de deelnemers besluiten op basis van welke technische en economische gegevens zij de prijzen zullen vergelijken, daar slechts op basis van vergelijkbare prijsaanbiedingen een rechthebbende kan worden vastgesteld. Ter zake verschillen partijen van mening over de aard van de inlichtingen die worden uitgewisseld om de vergelijkbaarheid van de prijsaanbiedingen te beoordelen: verzoeksters stellen dat deze inlichtingen enkel betrekking hebben op de offerteaanvragen van de aanbesteder en enkel ten doel hebben om te verifiëren of alle deelnemers uitgaan van dezelfde gegevens. Zij geven evenwel toe, dat de uitgewisselde gegevens eveneens betrekking kunnen hebben op de houding die dient te worden aangenomen ten opzichte van bepaalde door de aanbesteder gestelde voorwaarden, wanneer deze onredelijk zijn. De Commissie verklaart dat de uitwisseling van gegevens veel verder gaat en betrekking heeft op de manier waarop de verschillende aannemers van plan zijn op de offerteaanvraag te reageren.
- 119 Ter zake stelt het Gerecht om te beginnen vast, dat het onverenigbaar is met artikel 85, lid 1, van het Verdrag, wanneer aannemers de wijze waarop zij van plan zijn

op een offerteaanvraag te reageren, onderling afstemmen, zelfs wanneer daarin onredelijke voorwaarden worden gesteld. Elke aannemer dient immers autonoom te bepalen wat hij als redelijk en als onredelijk beschouwt, alsmede daaruit de consequenties voor zijn eigen optreden te trekken.

- 120 Vervolgens dient te worden opgemerkt dat, anders dan verzoeksters verklaren, de uitgewisselde informatie niet enkel betrekking hebben op de offerteaanvraag. Uit artikel 1, sub b, junctis artikel 6.2 van de UPROP en artikel 6.3 van de UPRO, blijkt namelijk dat deze inlichtingen betrekking hebben op andere gegevens dan de offerteaanvraag. In de artikelen 6.2 en 6.3 van de UPR wordt namelijk bepaald:

„Voordat de blankformulieren zullen worden ingevuld, wordt aan de hand van de door de aanbestedder verstrekte *aanbestedingsgegevens alsmede andere gegevens welke van belang kunnen zijn voor een verantwoorde prijsvergelijking*, door de vergadering besloten op basis van welke gegevens het blankformulier zal worden ingevuld, respectievelijk welk(e) cijfer(s) en eventuele omschrijvingen daarvan het blankformulier zal moeten bevatten.”

Artikel 1, sub b, bepaalt dat onder „aanbestedingsgegevens” wordt verstaan:

„Alle bescheiden, waaronder bestek, tekeningen, offerte-aanvraag, inschrijfbiljet en dergelijke, alsmede alle aanwijzingen of mededelingen, welke van belang zijn voor de prijsaanbieding.”

Dit toont aan dat onder de „andere gegevens welke van belang kunnen zijn voor een verantwoorde prijsvergelijking” gegevens voorkomen, die niet aan de dag komen in de aanbestedingsgegevens. Anderzijds blijkt uit de verslagen van bepaalde vergaderingen van aannemers duidelijk, dat zij daarin bespreken, op welke wijze zij van plan zijn hun aanbiedingen te formuleren, door de bijzonderheden van het werk die zij van plan zijn voor te stellen, en dus elementen die bijdragen tot het bepalen van de prijzen, te vergelijken. Zo zijn de deelnemers tijdens

een vergadering op 14 maart 1988 tot de conclusie gekomen, dat de aanbiedingen niet vergelijkbaar waren, omdat één van de aannemers een ronde silo voorstelde en de andere een vierkante (bijlage 1 bij dupliek). Niet alleen vergelijken de aannemers de technische bijzonderheden van de aanbiedingen die zij van plan zijn te doen, doch het gebeurt ook dat zij de verschillende bestanddelen van elk van de prijsaanbiedingen vergelijken. Zo staat bij voorbeeld in het verslag van vergadering 040388 betreffende een werk te Tilburg te lezen, dat één van de aan de vergadering deelnemende aannemers „wil blanken maar geen inzicht geven in samenstelling prijsaanbieding. Prijsvergelijking daarom niet mogelijk. VH stapt kwaad op. Verliest rechten.” De vermelding dat „prijsvergelijking daarom niet mogelijk” is, duidt erop dat wat verzoeksters een onderzoek van de vergelijkbaarheid van de aanbestedingsgegevens noemen, in werkelijkheid veronderstelt dat de deelnemers aan de vergadering bereid zijn om de uitsplitsing van hun prijsaanbiedingen aan elkaar mee te delen.

121 Daaruit volgt dat de Commissie rechtens genoegzaam heeft aangetoond dat de aannemers tijdens de vergaderingen die zij houden ter uitvoering van de regelingen, informaties uitwisselen die in het bijzonder betrekking hebben op de kosten van het aangeboden produkt, de bijzonderheden daarvan en de uitsplitsing van de prijsaanbiedingen, terwijl het gaat om gegevens die een onafhankelijke ondernemer koste wat kost als „zakengeheim” voor zich zal houden (arrest Gerecht van 17 december 1991, zaak T-7/89, Hercules Chemicals, Jurispr. 1991, blz. II-1711, r. o. 217).

122 Bovendien moet worden opgemerkt, dat de deelnemers tijdens deze vergaderingen gegevens over de prijzen uitwisselen. In de artikelen 6.4 en 7 van de UPR wordt namelijk de mogelijkheid voorzien om de blankcijfers aan alle deelnemers van de vergadering bekend te maken. Weliswaar heeft deze uitwisseling van informaties, zoals verzoeksters hebben opgemerkt, in beginsel plaats op een tijdstip waarop deze cijfers niet meer kunnen worden gewijzigd (zie evenwel hierna r. o. 157), doch verzoeksters kunnen hiervoor niet als rechtvaardiging aanvoeren, dat de regelingen het moment waarop de concurrentie speelt, slechts in de tijd verplaatsen door het van de indiening van de aanbiedingen bij de aanbesteder naar de indiening van de blankcijfers bij de voorzitter van het Bureau te verplaatsen, en dat bijgevolg de uitwisseling van inlichtingen betreffende de prijzen plaats heeft nadat de mededinging reeds heeft gespeeld. Vastgesteld moet namelijk worden dat, zoals verzoeksters onder meer ter terechtzitting hebben opgemerkt, de indiening van de blankcijfers geen einde maakt aan de concurrentie, omdat er mogelijkheden voor onderhandeling tussen de aanbesteder en de rechthebbende alsmede tussen de aanbesteder en

de aannemers die niet aan de vergadering hebben deelgenomen, blijven bestaan. In het kader van deze onderhandelingen zal de rechthebbende over inlichtingen beschikken betreffende met name de bijzonderheden van het produkt en de prijzen waartegen de deelnemers aan de vergadering hun aanbieding mogen doen of niet bereid zijn een aanbieding te doen wanneer zij zich krachtens artikel 10 van de UPR hebben teruggetrokken, zodat de aanbesteder een interessante aanbieding wordt onthouden, waarvan hij in rechte de uitvoering had kunnen afdwingen, indien zij aan hem was voorgelegd buiten enige onderlinge afstemming van de aannemers om.

- 123 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie zich terecht in haar beschikking (punt 81) op het standpunt heeft gesteld dat deze afstemming tussen aannemers, waar zij in het bijzonder ten doel en ten gevolge heeft dat het gedrag dat elke aannemer met betrekking tot het werk heeft besloten of van plan is te volgen, aan zijn concurrenten wordt bekendgemaakt (arrest Hof van 16 december 1975, gevoegde zaken 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Suiker Unie e. a., Jurispr. 1975, blz. 1663, r. o. 173 en 174; zie eveneens arrest Gerecht, Hercules Chemicals, reeds aangehaald, r. o. 260), en voor zover zij er toe kan leiden dat bepaalde condities van de transactie worden vastgesteld, welbewust een feitelijke samenwerking tussen aannemers in de plaats stelt voor de risico's van de concurrentie (arrest Suiker Unie e. a., reeds aangehaald, r. o. 191) en dus een schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag oplevert.

### III — De onderling afgestemde vaststelling van prijzen of prijsonderdelen

#### Argumenten van partijen

1) Prijsverhogingen bij gelijktijdige aanbiedingen (punten 31-34, 42-46, 86, 87 en 96 van de beschikking)

- 124 Verzoeksters betogen in de eerste plaats dat het stelsel van rekenvergoedingen in geen enkel opzicht de concurrentie tussen de aannemers schaadt, omdat elke



aannemer bij de inlevering van zijn blankcijfer kan anticiperen op het bedrag van de vergoeding dat hij zal ontvangen, aangezien de vergoeding in beginsel wordt berekend op basis van het gemiddelde van de door de aannemers ingediende blankcijfers en op dit gemiddelde wegens de geringe verschillen tussen de diverse ingeleverde blankcijfers kan worden geanticipeerd. Op de vergoeding kan eveneens worden geanticipeerd wanneer zij op een andere grondslag wordt berekend. In het kader van het UPRO kan elke inschrijver dit doen door toepassing van de geldende vergoedingstabellen (voor kleinere werken), door anticipatie van de inschrijving van elke aannemer waarvan de vergoeding een percentage uitmaakt (wanneer geen blankcijfer is ingediend), of door ervan uit te gaan dat hij de laagste inschrijver zal zijn (wanneer het bedrag van de vergoeding wordt vastgesteld door degene die het laagste blankcijfer heeft ingediend). Bovendien staat het feit dat in het kader van de UPROP de uitbetaling van de vergoedingen jaarlijks geschiedt door tussenkomst van de calculatiekas, niet in de weg aan een anticipatie van de uitbetaalde bedragen, omdat elke aannemer kan anticiperen op het aantal punten dat hij als laagste inschrijver kan verdienen, alsmede op de geldwaarde van deze punten, die van het ene jaar op het andere nauwelijks verschilt. Ten slotte staat het feit dat voor de berekening van de vergoeding de waarde van de directieleveringen of van werkzaamheden van de aanbesteder of derden in aanmerking wordt genomen, evenmin in de weg aan anticipatie, aangezien deze waarde bekend is of bij benadering kan worden geschat.

- 125 In de tweede plaats heeft het stelsel van rekenvergoedingen volgens verzoeksters ten doel en tot gevolg dat de transactiestructuur van de markt wordt verbeterd, omdat de transactiekosten kunnen worden toegerekend aan elk werk met het oog waarop die kosten zijn gemaakt.
- 126 De Commissie antwoordt in de eerste plaats, dat het stelsel van rekenvergoedingen de mededinging schaadt op grond van de in de beschikking vermelde redenen. Anders dan verzoeksters verklaren, kan op het bedrag van de vergoedingen niet zo precies worden geanticipeerd, dat het stelsel wordt geneutraliseerd, omdat de hoogte van de rekenvergoeding altijd afhankelijk is van factoren die niet met een voldoende mate van zekerheid bekend zijn bij de inlevering van blankcijfers. Derhalve zullen alle aannemers geneigd zijn, de vastgestelde rekenvergoedingen gewoonweg in hun prijsaanbieding te verdisconteren, zonder deze prijsaanbieding aan te passen. Dat is de reden waarom deze vergoedingen door de Nederlandse overheid worden aangemerkt als „opzetten”. Ook wanneer anticipatie wel regel-

matig zou voorkomen, zou er ten aanzien van het stelsel van vergoedingen niettemin sprake zijn van een rechtstreekse bepaling van een gedeelte van de verkoopprijzen, als bedoeld in artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

- 127 In de tweede plaats bestrijdt de Commissie dat het stelsel van rekenvergoedingen de efficiëntie van de markt vergroot door de transactiekosten te beperken, omdat de aanbesteders geen inzage hebben in de rekenvergoedingen.

2) De prijsverhogingen in het één-op-één-verkeer (punten 60, 61 en 100 van de beschikking)

- 128 Verzoeksters hebben bezwaar tegen punt 61 van de beschikking, volgens hetwelk de regelingen een algemene verhoging van de prijzen met 3 % tot resultaat hebben voor alle werken waarvoor geen aanbesteding wordt gehouden, omdat de eerste inschrijver in het geval waarin de opdrachtgever andere aannemers benadert na de aanbieding van de eerste inschrijver te hebben ontvangen, en het werk niettemin aan deze laatste gunt nadat hij de later gevraagde prijsaanbiedingen heeft ontvangen, verplicht is een bedrag gelijk aan maximaal 3 % van de aanneemsom te betalen als door de regelingen voorziene prijsverhogingen.
- 129 Zij stellen dat de Commissie hier een verplichting om 3 % van de prijs aan het SPO-bureau af te dragen en een verplichting om deze 3 % in de prijsaanbieding in te rekenen door elkaar haalt. Bovendien vormt deze 3 % een maximum, dat slechts zelden wordt gehaald. Verder laat de Commissie geheel buiten beschouwing dat ingeval gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid die de aannemers hebben om bij voorbaat afstand te doen van de rechten die voortvloeien uit de hoedanigheid van rechthebbende, de 3 % in het geheel niet hoeft te worden betaald, en dat indien een aanbesteder werkelijk de intentie heeft om het werk aan de eerst gevraagde aannemer te gunnen en daartoe met open begroting of in bouwteamverband met de betrokken aannemer onderhandelt, hij er inzicht in zal hebben of in de prijs een zekere risico-voorziening is verdisconteerd, die bij gunning zonder latere aanvragen kan worden geschrapt.

- 130 Verzoeksters wijzen verder op twee mogelijkheden die de eerst gevraagde aannemer heeft om het risico in zijn prijsaanbieding te verdisconteren zonder dat zulks leidt tot een verhoging van het prijspeil in het één-op-één-verkeer. Hij kan zich het recht voorbehouden om zijn prijsaanbieding met een bedrag van niet meer dan 3 % te verhogen, indien de aanbesteder in een later stadium alsnog anderen een prijsaanbieding laat verrichten. Verder kan hij bij de indiening van zijn prijsaanbieding aan de aanbesteder te kennen geven dat in deze aanbieding een risico-voorziening is verdisconteerd, die kan worden geschrapt wanneer de aanbesteder niet in een later stadium anderen aanbiedingen laat verrichten. Meestal wordt door de aannemer geen risico-voorziening verdisconteerd.
- 131 De sterke concurrentie tussen de aannemers en het marktoverwicht van de vraagzijde staan er ten slotte borg voor, dat deze 3 % uiteindelijk wordt terugbetaald aan de aanbesteders wanneer het verdisconteerde risico zich vervolgens niet heeft gematerialiseerd.
- 132 De Commissie antwoordt om te beginnen, dat zij heeft vastgesteld dat de aannemers regelmatig op grond van de 3 %-regel een bedrag aan het Bureau afdragen.
- 133 Het ligt volgens haar niet voor de hand dat aannemers gebruik maken van de door verzoeksters genoemde mogelijkheden om het aan de 3 %-regel verbonden risico te verdisconteren, omdat de aannemers er zonder gevaar mee kunnen volstaan om in hun prijsaanbieding een voorziening op te nemen die deze 3 % dekt.
- 134 Het verdisconteren van een dergelijke voorziening levert de aannemer geen concurrentienadeel op, omdat de later gevraagde andere aannemers dit evenzeer moeten doen, behalve wanneer buitenstaanders worden uitgenodigd, doch dit gebeurt nogal zelden.

135 Wat uiteindelijk telt is, dat zonder de 3 %-regel de aannemers het risico om deze 3 % alsnog te moeten afdragen, niet in hun prijsaanbieding behoeven te verdisconteren.

3) De prijsverhogingen bij onderaanneming (punten 55-59 en 100, derde alinea, van de beschikking)

136 Verzoeksters stellen dat het feit dat aan de hoofdaannemer slechts de inschrijvingskosten in rekening kunnen worden gebracht die zijn gemaakt door de onderaannemers die bij hem een prijsaanbieding hebben ingediend, dus niet de kosten die zijn gemaakt door de onderaannemers die andere hoofdaannemers prijsaanbiedingen hebben gedaan, in geen enkel opzicht in tegenspraak is met de algemene filosofie van de regeling betreffende de kosten van inschrijving, aangezien die erop is gericht dat de transactiekosten worden toegerekend aan elk werk waarvoor zij zijn gemaakt. Een hoofdaannemer kan namelijk niet aansprakelijk worden gesteld voor inschrijvingskosten die hij niet mede heeft veroorzaakt. Bovendien kan met dit stelsel van specifieke toerekening worden voorkomen dat onderaannemers die in het kader van eenzelfde aanbesteding bij verschillende hoofdaannemers prijsaanbiedingen hebben ingediend, dubbel of zelfs drie keer kunnen worden vergoed.

137 Ten slotte verklaren zij dat de Commissie niet kan stellen dat de regeling betreffende onderaanneming ertoe leidt dat het bedrag van de prijsaanbiedingen stelselmatig met 3 % wordt verhoogd in de gevallen waarin de hoofdaannemer in het één-op-één-verkeer een prijsaanbieding vraagt. Ter zake verwijzen zij naar hetgeen zij hebben gezegd met betrekking tot het één-op-één-verkeer.

138 De Commissie betoogt dat het in het kader van de regeling betreffende onderaanneming ingevoerde stelsel inconsistent is met de algemene filosofie van het stelsel van vergoeding voor inschrijvingskosten, zoals deze door verzoeksters wordt voorgesteld. In het kader van de onderaanneming worden namelijk niet alle op een werk betrekking hebbende inschrijvingskosten aan dit werk toegerekend, omdat de onderaannemers van een hoofdaannemer aan wie het werk niet is gegund, geen

enkele vergoeding ontvangen en derhalve hun inschrijvingskosten in hun algemene kosten moeten verdisconteren. Bijgevolg moet de aanbesteder in het kader van latere aanbestedingen buiten de rekenvergoedingen ook de algemene kosten dragen die worden veroorzaakt door het feit dat in het kader van vroegere aanbestedingen gemaakte inschrijvingskosten niet zijn vergoed.

- 139 Bovendien leidt dit systeem tot een prijsverhoging van 3 % van het bedrag van de prijsaanbiedingen, evenals in het kader van het één-op-één-verkeer.

### Beoordeling door het Gerecht

- 140 Het Gerecht merkt om te beginnen op dat verzoeksters' argumenten betreffende de verbetering van de transactiestructuur van de markt in het kader van een middel, ontleend aan schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, niet relevant zijn en dat zij zullen worden onderzocht in het kader van het middel, ontleend aan schending van artikel 85, lid 3, van het Verdrag.
- 141 De regelingen voorzien in de vaststelling van twee soorten van prijsverhogingen die op uniforme wijze bovenop de prijsaanbiedingen van de verschillende aan de vergadering deelnemende aannemers komen, en die dus worden gedragen door de aanbesteder, te weten: de rekenvergoeding (beschikking, punten 32, 33 en 86, 87) en de organisatiebijdragen (beschikking, punten 34-37).
- 142 Verzoeksters' grieven hebben in wezen betrekking op de wijze waarop de Commissie de eerste prijsverhogingen heeft onderzocht. De prijsaanbiedingen van de verschillende aannemers worden met eenzelfde bedrag verhoogd, dat wordt geacht overeen te komen met de som van de calculatiekosten die alle aan de vergadering

deelnemende aannemers hebben gemaakt. Deze prijsverhogingen worden berekend met toepassing van per sector vastgestelde tarieftabellen die als bijlagen bij de UPR zijn gevoegd. Deze tarieftabellen, waarin de maximum vergoedingen zijn vastgesteld, worden, naargelang van het geval, toegepast op het gemiddelde van de blankcijfers of van de geraamde bouwsom (voor nadere details, zie de punten 32 en 33 van de beschikking die door verzoeksters niet worden betwist). Dit systeem heeft ten gevolge, dat de aanbesteder het forfaitair begrote totaal van de calculatiekosten welke zijn offerteaanvraag heeft meegebracht, met inbegrip van de kosten van de aannemers aan wie het werk niet is gegund, moet dragen. Het heeft ten doel er voor te zorgen dat de aanbesteders een afweging maken van de baten en de kosten van het uitnodigen van een kleiner of groter aantal aannemers. Deze prijsverhogingen, die in de prijsaanbieding worden verdisconteerd, worden geïnd door de aannemer aan wie het werk wordt gegund, die het grootste deel daarvan moet afdragen aan het Bureau dat dit vervolgens over de verschillende aannemers en zichzelf verdeelt. Deze afdracht geschiedt bij de UPRO per werk en bij de UPROP per kalenderjaar. Er bestaat bovendien een gelijkaardig systeem van prijsverhogingen in het één-op-één-verkeer en bij werk in onderaanneming. In het kader van deze aanbestedingen moet de uitgenodigde aannemer zich namelijk indekken tegen het risico dat de aanbesteder of de hoofdaannemer andere aannemers uitnodigt, en dat hij in dat geval een bedrag van 3 % van de aanneemsom aan het Bureau moet afdragen teneinde de calculatiekosten van de later uitgenodigde aannemers aan wie het werk niet is gegund, te dekken (voor nadere details, zie beschikking, punten 55-59).

143 Verzoeksters, die de beschrijving van het systeem van prijsverhogingen in de beschikking niet betwisten, stellen dat het de mededinging niet beperkt, omdat de aan een aanbesteding deelnemende aannemers kunnen anticiperen op het bedrag van de vergoeding dat zij voor hun calculatiekosten zullen ontvangen. Door het forfaitaire karakter van het systeem zou het dus vanuit concurrentieoogpunt neutraal zijn, omdat de aannemers die op het punt van de berekeningen het meest efficiënt zijn, en die weten dat zij een hogere vergoeding zullen ontvangen dan de gemaakte kosten, hun prijsaanbieding even veel zouden kunnen verlagen. De Commissie antwoordt dat de anticipatiemogelijkheden niet zodanig zijn dat het systeem wordt geneutraliseerd en dat het gemeenschappelijk vaststellen van deze vergoedingen in elk geval is aan te merken als het bepalen van een onderdeel van de prijs.

144 Het Gerecht merkt op dat in de beschikking in wezen drie bezwaren tegen het systeem van prijsverhogingen worden geformuleerd. In de eerste plaats zou het gaan

om het bepalen van een onderdeel van de prijs; in de tweede plaats om een niet-mededingingsbeding met betrekking tot de rekenvergoedingen (beschikking, punt 86, tweede alinea), en in de derde plaats zou dit systeem leiden tot een verhoging van het prijsniveau voor de aanbesteders die een groot aantal aannemers uitnodigen, alsmede voor het één-op-één-verkeer en werk in onderaanneming (beschikking, punten 57, 87 en 100).

- 145 In de eerste plaats dient te worden vastgesteld, dat verzoeksters geen enkel argument aanvoeren waarmee zou kunnen worden weerlegd, dat het gemeenschappelijk vaststellen van prijsverhogingen die op gelijke wijze bovenop de prijsaanbiedingen van de verschillende aannemers komen, is aan te merken als het bepalen van een onderdeel van de prijzen in de zin van artikel 85, lid 1, sub a, van het Verdrag. Verzoeksters' betoog betreffende de mogelijkheid van anticipatie op het bedrag van de prijsverhogingen is op dit punt namelijk in het geheel niet relevant en heeft uitsluitend betrekking op de vraag of het systeem van prijsverhogingen ertoe leidt dat de mededinging tussen aannemers op het niveau van hun calculatiekosten wordt uitgeschakeld, hetgeen een afzonderlijk bezwaar vormt.
- 146 Bijgevolg heeft de Commissie zich terecht op het standpunt gesteld dat het gemeenschappelijk vaststellen van prijsverhogingen moet worden aangemerkt als het bepalen van een onderdeel van de prijs, dat verboden is bij artikel 85, lid 1, sub a, van het Verdrag.
- 147 Wat in de tweede plaats de vraag betreft, of dit bepalen van een onderdeel van de prijs ertoe leidt dat de concurrentie tussen aannemers op het niveau van de calculatiekosten wordt uitgeschakeld en de wat dit aangaat minst efficiënte aannemers worden bevoordeeld ten opzichte van de meer efficiënte, dient te worden onderzocht of de aannemers, zoals verzoeksters stellen, volledig kunnen anticiperen op het bedrag van de vergoeding dat zij voor de calculatiekosten zullen ontvangen, en, zo ja, of het systeem dankzij het forfaitaire karakter ervan geheel neutraal is, omdat elke aannemer zijn prijsaanbieding zou kunnen verminderen met een bedrag dat gelijk is aan het verschil tussen de werkelijk door hem gemaakte calculatiekosten en de te ontvangen vergoeding.
- 148 Ter zake volstaat de vaststelling, dat de mogelijkheid van anticipatie op het bedrag van de vergoeding verre van volledig is. Een volledige anticipatie is namelijk onmo-

gelijk, voor zover de prijsaanbieding moet worden berekend op een tijdstip waarop de factoren die onontbeerlijk zijn voor een dergelijke anticipatie, nog niet bekend zijn (gemiddelde blankcijfers, begrote bouwsom, laagste prijsaanbieding).

- 149 In het kader van de UPROP is een ook maar enigszins nauwkeurige anticipatie onmogelijk wegens het systeem van jaarlijkse vergoedingsafdrachten en de moeilijkheid om het aantal punten en de geldwaarde ervan te voorzien.
- 150 De anticipatie lijkt het best te functioneren in het kader van de UPRO, waarin de vergadering het aan de aannemer die het laagste blankcijfer heeft ingediend, overlaat om de prijsverhogingen vast te stellen. In dat geval gaat elke aannemer namelijk ervan uit, dat hij de laagste inschrijver zal zijn en dat hij zelf de vergoeding zal kunnen vaststellen. Evenwel moet worden opgemerkt, dat in een dergelijk geval de aannemer rekening moet houden met het risico, dat hij niet de laagste inschrijver zal zijn, en in zijn prijsaanbieding het door de laagste inschrijver vastgestelde bedrag zal moeten verdisconteren, dat hoger of lager kan zijn dan zijn eigen calculatiekosten. Ofschoon elke aannemer zijn blankcijfer heeft kunnen aanpassen op basis van het bedrag van de vergoeding dat hij zelf zal vaststellen, moet hij, ten einde het uiteindelijk vastgestelde bedrag van de vergoeding op juiste wijze in zijn blankcijfer te kunnen doorberekenen, weten wat al zijn concurrenten op dit punt van plan zijn, van wie ieder de laagste inschrijver kan zijn en op grond daarvan het bedrag van de vergoeding op basis van zijn eigen calculatiekosten zal kunnen vaststellen. De aannemers kunnen evenwel niet over dergelijke inlichtingen beschikken, die voor elk van hen een zakengeheim vormen.
- 151 Bovendien kan dit systeem ten gevolge hebben, dat de aanbesteder het voordeel van de grootste efficiëntie van een bepaalde aannemer op het punt van zijn calculatiekosten verliest. Wanneer bij voorbeeld aannemer A, die zeer efficiënt is op het punt van zijn calculatiekosten, van plan is het bedrag van de vergoeding op 12 te stellen ingeval hij met zijn blankcijfer van 105 de laagste inschrijver is, terwijl aannemer B, die minder efficiënt is, van plan is het bedrag daarvan op 20 vast te stellen, ingeval hij met zijn blankcijfer van 100 de laagste inschrijver is, bestaat het



risico van de navolgende situatie: wanneer B de laagste inschrijver blijkt, besluit hij de vergoeding op 20 te stellen. Bijgevolg zal het bedrag van de prijsaanbieding die hij aan de aanbesteder zal doen, 120 zijn, terwijl het bedrag van de aanbieding van A 125 zal zijn. Indien er vrije mededinging was geweest, zou A een prijsaanbieding van 117 hebben gedaan en B een prijsaanbieding van 120. B wordt dus in de plaats van A als laagste inschrijver voor de definitieve aanbieding aan de aanbesteder voorgesteld, en dit tegen een hogere prijs dan hij zou hebben verkregen na een niet vervalste mededinging. Indien A had geweten, dat B het bedrag van de vergoeding op 20 zou bepalen, had hij zijn blankcijfer van 105 tot 97 kunnen verlagen, in de wetenschap dat hij in totaal nog steeds op de voor hem noodzakelijke 117 zou uitkomen, en aldus de laagste inschrijver kunnen worden. A zou evenwel het bedrag waarop B zijn vergoeding zou vaststellen, slechts kunnen achterhalen na een verboden onderlinge afstemming met B, hetgeen niets meer van doen heeft met de objectieve transparantie van het systeem en met de mogelijkheid van een volledige anticipatie op het bedrag van de vergoeding, die verzoeksters hebben gesteld.

- 152 Daaruit volgt dat in alle gevallen de mededinging tussen de aannemers op het punt van hun calculatiekosten wordt beperkt door het systeem van rekenvergoedingen en dat de aanbesteder het voordeel van een dergelijke mededinging aldus wordt onthouden.
- 153 In de derde plaats moet worden onderzocht, of het systeem van rekenvergoedingen, evenals het systeem van organisatiebijdragen, tot een algemene verhoging van de prijzen leidt. Hierbij dient een onderscheid te worden gemaakt tussen drie niveaus: gelijktijdige aanbiedingen, één-op-één-verkeer en onderaanbesteding.
- 154 Op het eerste niveau kan niet worden betwist dat het systeem voor de aanbesteders die hun offerteaanvragen tot een groot aantal aannemers richten, tot een prijsverhoging leidt, omdat zij de calculatiekosten van eenieder van hen zullen moeten dragen. Eveneens onthoudt dit systeem de aanbesteders voordeligere aanbiedingen dan die van de rechthebbende, wanneer de grotere efficiëntie van een aannemer op het punt van de calculatiekosten zijn geringere efficiëntie op andere punten ruimschoots compenseert en deze aannemer, die de mate van zijn grotere efficiëntie niet

kent, deze niet geheel in zijn blankcijfer heeft kunnen doorberekenen (zie hiervoor r. o. 151). Ten slotte leidt de organisatiebijdrage eveneens tot een prijsverhoging.

- 155 Op het tweede en het derde niveau staat tussen partijen vast, dat de aannemers die in het één-op-één-verkeer of in het kader van een onderaanbesteding inschrijven, het risico lopen dat zij aan het SPO-bureau een bedrag, gelijk aan 3 % van de bouwsom moeten betalen wanneer de aanbesteder of de hoofdaannemer nog andere aannemers uitnodigt voor de gunning van het betrokken werk. Zoals verzoeksters opmerken, kunnen de aanbesteder of de hoofdaannemer met de aannemers onderhandelen opdat zij dit risico niet verdisconteren en het niet in de prijs doorberekenen, doch vastgesteld moet worden dat het systeem als zodanig de aannemers ertoe aanzet om dit risico af te wentelen op hun cliënten en dat deze cliënten, indien zij dit risico willen ontlopen, gedwongen zijn te onderhandelen. Daaruit volgt dat dit systeem op dit niveau eveneens een prijsverhoging ten gevolge kan hebben.
- 156 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie zich terecht op het standpunt heeft gesteld, dat het systeem van prijsverhogingen moet worden aangemerkt als het bepalen van een onderdeel van de prijs, dat de mededinging tussen aannemers op het punt van de calculatiekosten beperkt en tot een prijsverhoging leidt die, wat de UPR betreft, hoger uitvalt naarmate de aanbesteder een groter aantal aannemers met elkaar wil laten concurreren.
- 157 Bovendien merkt het Gerecht op, dat verzoeksters niet betwisten dat de inschrijvingsprijzen van de andere aannemers dan de rechthebbende, nadat de prijsverhogingen bij de blankcijfers zijn opgeteld, kunnen worden verlaagd, mits de volgorde van de blankcijfers niet wordt aangetast, zodat de prijsverschillen tussen de aan de opdrachtgever gedane prijsaanbiedingen niet te groot lijken. Evenmin betwisten verzoeksters dat de inschrijvingsprijzen kunnen worden verhoogd wanneer de preferentie is verleend teneinde de rechthebbende een preferentiële positie te waarborgen, en dat deel- of eenheidsprijzen kunnen worden vastgesteld om te voorkomen dat de aanbesteder het werk per onderdeel gunt.

- 158 Dergelijke prijsmanipulaties moeten ontegenzegglijk als onderling afgestemde prijsbepalingen in de zin van artikel 85, lid 1, sub a, van het Verdrag worden aangemerkt, omdat het, zoals verzoeksters herhaaldelijk hebben verklaard, mogelijk blijft dat de aanbesteder het werk aan een andere aannemer dan de laagste inschrijver gunt.

#### IV — De beperking van de onderhandelingsautonomie van de aannemers en de opdrachtgever

##### Argumenten van partijen

##### 1) Preferentie (punten 30 en 85 van de beschikking)

- 159 Verzoeksters stellen dat de preferentieverlening niet tot marktverdeling leidt, omdat elke aanbesteding als een „ad hoc” markt moet worden beschouwd waarop de identiteit van de aanbieders wordt bepaald door de aanbesteders. De aannemers kunnen elkaar niet over en weer werken toewijzen, omdat geen enkele aannemer enige zekerheid heeft dat hij later opnieuw zal concurreren met de aannemer aan wie hij de preferentie heeft verleend, en dat hij van deze laatste dus een compensatie kan krijgen.
- 160 Bovendien is voor verlening van de preferentie in beginsel unanimitieit van alle deelnemers aan de vergadering vereist. Preferentieverlening is dus zeldzaam (0,3 % van de gevallen in 1988).
- 161 Ten slotte is degene die preferentie verkrijgt, verplicht een aanbieding te doen die gelijk is aan de laagste aanbieding, hetgeen de risico's voor hem vergroot. Dit risico is evenredig aan het belang dat hij aan het werk hecht.

- 162 De Commissie antwoordt dat het belang dat een aannemer aan een werk hecht, tot uitdrukking moet komen in zijn inschrijvingsprijs en niet in het bekomen van een preferentie van zijn concurrenten.
- 163 De preferentieverlening aan een van de inschrijvers vormt een verdeling van de relevante markt, omdat de concurrenten onderling uitmaken, wie tegen concurrentie van de anderen zal worden beschermd.

2) De bescherming van de rechthebbende (punten 39-41, 52-54 en 93-95 van de beschikking)

- 164 Verzoeksters, die de theoretische beschrijving van de werking van het stelsel in de beschikking niet betwisten, voeren als bezwaar tegen de beschikking aan, dat daarin geen aandacht is besteed aan het doel van het stelsel, namelijk de bescherming tegen „leuren”, en dat de praktische gevolgen van het stelsel voor de mededinging niet juist zijn onderzocht.
- 165 De bescherming tegen „leuren”, dat hierin bestaat dat de opdrachtgever de aanbiedingen die hij gelijktijdig of achtereenvolgens bij verschillende aannemers heeft ingewonnen, tegen elkaar uitspeelt om een lagere prijs te verkrijgen, wordt door alle marktdeelnemers gewenst en is onontbeerlijk ter bestrijding van het risico van een economisch onverantwoorde prijsvorming als gevolg van het feit dat de vraagzijde sterker is dan de aanbodzijde, de aantasting van de efficiëntie van de transactiestructuur van de markt als gevolg van het feit dat in de eerste prijsaanbiedingen wordt geanticipeerd op het „leuren”, en de aantasting van het objectieve karakter van de aanbesteding als gevolg van het feit dat de aanbesteders tijdens de onderhandelingen in het kader van het „leuren” subjectieve preferenties kunnen doen gelden in plaats van de laagste prijs. Het onderhavige stelsel gaat niet verder dan hetgeen noodzakelijk is om het hoofd te bieden aan het „leuren” en is minder strikt dan de nationale en communautaire wettelijke regelingen die hetzelfde doel nastreven.

- 166 Vanuit dit perspectief is de bescherming van de rechthebbende een uitvloeisel van een objectieve procedure waarbij de laagste inschrijver automatisch als rechthebbende wordt vastgesteld en dus in plaats dat de mededinging wordt beperkt, slechts het tijdstip wordt veranderd waarop de mededinging werkt. Ook kan de Commissie tegen de regelingen niet als bezwaar aanvoeren, dat zij de aanbesteder beletten om andere aspecten dan de prijs bij zijn onderhandelingen met de aannemers doorslaggevend te laten zijn, aangezien de aanbesteder door vergelijkbare aanbiedingen in te winnen, te kennen geeft, de concurrentie te concentreren op de prijs.
- 167 De regeling betreffende niet-gelijktijdige prijsaanbiedingen en de aanbiedingen van deelprijzen is volgens hen onontbeerlijk om te voorkomen dat de regeling betreffende gelijktijdige prijsaanbiedingen wordt omzeild door achtereenvolgende prijsaanbiedingen of aanbiedingen van deelprijzen tegen elkaar uit te spelen.
- 168 Wat de praktische consequenties van het stelsel betreft, stellen verzoeksters dat het niet zo is dat het stelsel in feite voor de rechthebbende een tijdelijke monopoliepositie voor een bepaald werk creëert. Enerzijds staat het systeem er niet aan in de weg, dat de aanbesteder bij gelijktijdige aanbiedingen het werk aan een andere inschrijver dan de rechthebbende gunt. Anderzijds belet het stelsel bij niet-gelijktijdige aanbiedingen niet dat de aannemers die na de rechthebbende inschrijven, een prijsaanbieding doen, doch stelt het de indiening van latere prijsaanbiedingen bij vergelijkbare offerteaanvragen afhankelijk van de toestemming van de rechthebbende, of van een ad hoc commissie, om te controleren dat deze aanbiedingen niet het gevolg zijn van „leuren”. Deze toestemming wordt in feite zelden geweigerd en kan niet worden geweigerd indien de nieuwe aanbieding een bepaald percentage lager is dan de aanbieding van de rechthebbende. Dit percentage, dat varieert naar de betrokken sector, is evenredig aan de voorsprong waarover de opsteller van de nieuwe aanbieding kan beschikken, indien hij de oude aanbieding kent. Indien de nieuwe aanbiedingen worden gedaan in antwoord op een aanvraag die niet vergelijkbaar is met de aanvraag in antwoord waarop de oude aanbiedingen zijn gedaan, wordt blijkens de empirische studie van Hartelust, getiteld: „De ontmoeting van vraag en aanbod op de Nederlandse bouwmarkt in de periode 1975-1979”, de rechthebbende nimmer beschermd. Uiteindelijk biedt het stelsel de rechthebbende bij niet-gelijktijdige aanbiedingen slechts in 10,5 % van de gevallen bescherming.

- 169 De Commissie antwoordt dat het stelsel van bescherming van de rechthebbende er niet enkel toe leidt dat de aannemers tegen „leuren” en ruïneuze concurrentie als gevolg daarvan worden beschermd, maar ook tegen elke vorm van concurrentie, omdat het andere inschrijvers dan de rechthebbende uitsluit van onderhandelingen met de aanbesteder, of althans de deelneming aan deze onderhandelingen afhankelijk stelt van de toestemming van de rechthebbende of van een commissie van aannemers.
- 170 Verzoeksters kunnen haars inziens het stelsel van bescherming van de rechthebbende niet vergelijken met de publiekrechtelijke regelingen die in andere Lid-Staten worden toegepast, en met de regelingen die zijn ingevoerd bij richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB 1971, L 185, blz. 5, hierna: „richtlijn 71/305”). Deze regelingen zien namelijk alleen op overheidsaanbestedingen en hebben een ander doel dan de onderhavige, omdat zij dienen zeker te stellen dat de aannemers in hun betrekkingen met de overheid gelijke kansen hebben. Voorts beperken de onderhavige regelingen niet enkel de onderhandelingsvrijheid van de aanbesteder, zoals het geval is bij de communautaire en nationale regelingen, maar daaraan gaan ook een informatie-uitwisseling en een onderlinge afstemming van prijsaanbiedingen vooraf. Ten slotte biedt ook de Nederlandse wetgeving de aannemers een zekere bescherming bij de onderhandelingen na het inwinnen van prijsaanbiedingen, zodat het systeem van de regelingen dus niet zo onmisbaar is als verzoeksters het doen voorkomen.
- 171 Ook kunnen verzoeksters volgens haar niet stellen dat de bescherming van de rechthebbende slechts plaatsvindt nadat de mededinging reeds heeft gewerkt. Met betrekking tot de gelijktijdige aanbiedingen is de procedure tot vaststelling van een rechthebbende namelijk niet zo objectief als verzoeksters het doen voorkomen, in het bijzonder wanneer de aannemers zelf de vergelijkbaarheid van de aanbiedingen dienen te beoordelen. De redenering van verzoeksters is gebaseerd op de onjuiste veronderstelling dat de aanbesteder die meerdere prijsaanbiedingen inwint, daarmee heeft besloten dat hij zijn keuze op basis van de prijs zal bepalen. Een aanbesteder kan er namelijk behoefte aan hebben om ook met anderen dan de laagste bidder te onderhandelen en het valt op geen enkele wijze te rechtvaardigen dat de aanbesteder deze mogelijkheden door een dictaat van aannemerszijde worden ontnomen.

- 172 Het stelsel van bescherming van de rechthebbende is nog minder te verdedigen wat de niet-gelijktijdige prijsaanbiedingen betreft. In dat geval treedt de bescherming van de rechthebbende reeds in werking op het moment dat een aanbesteder, na aanvankelijk één prijsaanbieding te hebben ingewonnen, besluit nog een of meer andere prijsaanbiedingen in te winnen, dat wil zeggen op een moment waarop van concurrentie nog in het geheel geen sprake is geweest. Deze bescherming van de rechthebbende heeft tot gevolg, dat de later gevraagde aannemers, indien de aanvraag van een prijsaanbieding vergelijkbaar is met die waarop de rechthebbende heeft gereageerd, hun prijsaanbieding slechts bij de aanbesteder kunnen indienen, indien zij een bepaald percentage lager is dan de prijsaanbieding van de rechthebbende. Dit percentage is veel hoger dan noodzakelijk is om de eerste inschrijver ertegen te beschermen dat de inhoud van zijn aanbieding door de latere inschrijvers wordt gebruikt.
- 173 Ook betoogt de Commissie nog dat het stelsel van deel- of eenheidsprijzen niet noodzakelijk is om de aannemers te beschermen tegen het „leuren”, omdat zij, in tegenstelling tot hetgeen verzoeksters verklaren, de mogelijkheid hebben om bij hun aanbiedingen van deelprijzen als voorwaarde te stellen, dat hun het hele werk wordt gegund.
- 174 Zij merkt op dat verzoeksters in elk geval hebben erkend dat in 10,5 % van de gevallen de rechthebbende zijn status van rechthebbende behoudt dank zij het in de regeling niet-gelijktijdige prijsaanbiedingen belichaamde voorsprongsrecht. Bij deze 10,5 % gaat het nu juist om gevallen waarin de status van rechthebbende deze laatste de mogelijkheid heeft geboden om te verhinderen dat latere prijsaanbiedingen werden ingediend, die lager waren dan de zijne.
- 175 Wat de doorzichtigheid van de markt betreft, het door verzoeksters ingevoerde stelsel maakt haars inziens de markt voor de incidentele aanbesteders volstrekt ondoorzichtig. In dat geval beschikken de aannemers over een marktoverwicht en niet omgekeerd.

## 3) De onderaanneming (punten 55-59 en 100, derde alinea, van de beschikking)

- 176 Verzoeksters stellen dat de regeling betreffende onderaanneming ten doel heeft, te voorkomen dat de hoofdaannemers „leuren” op basis van de aanbiedingen die bij hen door de verschillende onderaannemers worden ingediend. Daartoe is de algemene regeling aangepast aan de bijzonderheden van de onderaanneming, waarbij de relatie opdrachtgever-inschrijver is overgedragen op de relatie hoofdaannemer-onderaannemer.
- 177 De Commissie verwijst met betrekking tot de noodzaak om onderaannemers tegen het risico van „leuren” te beschermen naar hetgeen zij heeft gezegd over de bescherming van de rechthebbende.

## Beoordeling door het Gerecht

- 178 Om te beginnen herinnert het Gerecht eraan dat de argumenten die verzoeksters hebben aangevoerd om aan te tonen dat de bescherming van de rechthebbende onontbeerlijk is ter voorkoming van „leuren”, hetgeen tot een ruïneuze concurrentie zou leiden, niet relevant zijn in het kader van een middel, ontleend aan schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, en dat zij zullen worden onderzocht in het kader van het middel, ontleend aan schending van artikel 85, lid 3, van het Verdrag.
- 179 Zodra de prijsaanbiedingen van de verschillende deelnemers aan de vergadering als vergelijkbaar zijn beoordeeld of door de vergadering vergelijkbaar zijn gemaakt, dient de ingevoerde procedure ervoor te zorgen dat een rechthebbende wordt vastgesteld. Hier dient te worden herinnerd aan het doel van de bescherming welke de rechthebbende geniet. Enkel de rechthebbende mag met de opdrachtgever over zijn prijsaanbieding onderhandelen. De anderen die een prijsaanbieding hebben verriicht, wordt het recht ontzegd om met de opdrachtgever van het werk contact op te nemen om over de prijs van de prestaties of de elementen van het betrokken werk te onderhandelen (artikel 28 van de UPRO en artikel 30 van de UPROP,



juncto artikel 5, lid 2, van de Erecode). Zij kunnen de opdracht dus slechts in de wacht slepen door het overeenkomstig hun prijsaanbieding en het bestek aan te nemen. In geval van niet-gelijktijdige prijsaanbiedingen omvat de bescherming van de rechthebbende ook latere prijsaanbiedingen (artikel 28 van de UPRO, artikel 30 van de UPROP, alsmede de regeling niet-gelijktijdige prijsaanbiedingen, juncto artikel 5, lid 3, van de Erecode). Het is de aannemer die later door een aanbesteder wordt uitgenodigd om een prijsaanbieding te doen, verboden een prijsaanbieding te doen zonder uitdrukkelijke toestemming van de rechthebbende of, in geval van diens weigering, van een daartoe door het betrokken Bureau benoemde commissie ad hoc. De commissie ad hoc kan slechts toestemming geven, indien de in de latere prijsaanbieding voorgestelde prijs aanzienlijk lager blijkt te zijn (2,5 % tot 10 % naargelang de betrokken sector) dan de door de rechthebbende aangeboden prijs. Deze bescherming van de rechthebbende heeft een geldigheidsduur van twee of vijf jaar (afhankelijk van de waarde van het betrokken werk).

- 180 De regelingen voorzien drie manieren om de rechthebbende vast te stellen. Dit is ofwel de aannemer die tijdens de vergadering het laagst heeft ingeschreven, de aannemer die het eerst is uitgenodigd — bij niet-gelijktijdige prijsaanbiedingen —, of ten slotte de aannemer die op grond van de preferentieregeling bij voorbaat als zodanig wordt aangewezen door de vergadering.
- 181 Bij gelijktijdige prijsaanbiedingen zonder terugtrekking en preferentie is de aannemer wiens blankcijfer het laagst is, de rechthebbende. Men dient zich eventueel af te vragen, of deze bescherming buiten het feit dat zij wordt geboden na een met de mededingingsregels strijdige uitwisseling van informatie en volgt op de vaststelling van prijsonderdelen, niet eveneens ertoe leidt, dat zij als zodanig de mededinging beperkt.
- 182 Het systeem van bescherming van de rechthebbende heeft ten doel, de aannemer die tijdens de vergadering het laagste blankcijfer heeft ingediend (dat wil zeggen de laagste prijsaanbieding waarvan de prijsverhoging is afgetrokken) op het punt van zowel de inhoud als de prijs van zijn aanbidding bescherming te verlenen tegen onderhandelingen die zouden kunnen plaatsvinden tussen de aanbesteder en andere leden van de SPO, zowel degenen die aan de vergadering hebben deelgenomen als degenen die dat niet hebben gedaan, waarbij de eersten niet over hun aanbidding

kunnen onderhandelen, terwijl de anderen de toestemming van de rechthebbende of van een ad hoc commissie nodig hebben om te kunnen inschrijven. Te dien einde beginnen de deelnemers aan de vergadering met onderling te bepalen, op welke wijze zij met elkaar zullen concurreren. Zo bepalen zij welke inhoud de verschillende aanbiedingen moeten hebben opdat zij voor de aanbesteder gelijkwaardige alternatieven kunnen vormen, waartussen nog slechts op basis van de prijs hoeft te worden beslist.

183 Ook al is het tijdens de vergadering gegeven oordeel over de vergelijkbaarheid van de aanbiedingen zo objectief als mogelijk, het is onaanvaardbaar dat de aannemers hun oordeel eenzijdig in de plaats stellen van dat van de aanbesteder, die het recht moet hebben om subjectieve voorkeuren te doen gelden, zoals de reputatie van de aannemer, zijn beschikbaarheid en zijn nabijheid, en om als toekomstig gebruiker zelf te beoordelen of de verschillende aanbiedingen vanuit zijn eigen standpunt gelijkwaardig zijn.

184 Met betrekking tot de niet-gelijktijdige prijsaanbiedingen dient te worden opgemerkt dat verzoeksters zich ertoe beperken te beklemtonen dat de vaststelling van de eerst uitgenodigde aannemer als rechthebbende onontbeerlijk is om te voorkomen dat de regeling betreffende gelijktijdige prijsaanbiedingen wordt omzeild, doch zij betwisten niet dat op dit niveau een bescherming wordt verleend zonder dat er sprake is geweest van mededinging. Daaruit volgt dat het mededingingsbeperkende karakter van de bescherming die de rechthebbende geniet wanneer niet-gelijktijdige prijsaanbiedingen worden gevraagd, niet wordt betwist. Evenwel zal moeten worden onderzocht of deze regeling, als onontbeerlijke aanvulling op de regeling inzake gelijktijdige prijsaanbiedingen, aan de noodzakelijke voorwaarde voor een ontheffing uit hoofde van artikel 85, lid 3, van het Verdrag voldoet (zie hierna, tweede middel).

185 Met betrekking tot de preferentie zij opgemerkt, dat op grond hiervan diegene aan wie de preferentie wordt verleend, door de deelnemers aan de vergadering als rechthebbende kan worden vastgesteld, ongeacht het blankcijfer dat hij zal indienen, doch op voorwaarde dat hij het laagste blankcijfer, vermeerderd met de toepasselijke vergoedingen, als definitief inschrijvingscijfer aanvaardt. Zoals de Com-

missie heeft opgemerkt (beschikking, punt 85) wordt met deze preferentieregels de markt verdeeld, in die zin dat de deelnemers aan de vergadering op een tijdstip waarop de concurrentie nog niet heeft gewerkt, uitmaken wie onder hen de bescherming van de rechthebbende zal genieten. Aldus verdelen zij de markt onder elkaar en tasten zij de vrijheid van de verbruikers in de keuze van hun leverancier aan (arrest Suiker Unie e. a., reeds aangehaald, r. o. 180). In dit verband is het van weinig belang dat de deelnemers aan de vergadering niet permanent en structureel met elkaar concurreren als gevolg van de bijzonderheden van elk werk. Het is namelijk in het geheel niet nodig om te onderzoeken uit welke motieven ondernemingen een markt onder elkaar verdelen, om te bepalen of een dergelijke verdeling van de markt onder de werkingsfeer van het in artikel 85, lid 1, van het Verdrag neergelegde verbod valt.

- 186 Stellig maakt het stelsel van bescherming van de rechthebbende geen volstrekt einde aan de keuzemogelijkheden van de aanbesteder, die het werk nog kan gunnen aan een andere deelnemer aan de vergadering dan de rechthebbende (doch zonder over zijn aanbieding te kunnen onderhandelen) of aan een andere aannemer (na toestemming van de rechthebbende of een ad hoc commissie, indien hij is aangesloten bij de SPO). Evenwel moet worden opgemerkt dat deze keuzemogelijkheden door de aan de rechthebbende verleende bescherming uitermate worden beperkt, omdat de andere deelnemers aan de vergadering het werk slechts zullen kunnen aannemen in de vorm waarin het in hun prijsaanbieding was opgenomen. Aldus zal de aanbesteder het recht worden ontnomen om zijn voorkeur op het gebied van de inhoud en de prijs binnen elk van deze aanbiedingen te doen gelden en zal zijn keuze dus worden beperkt tot een keuze uit aanbiedingen in hun geheel. Bovendien zal zijn mogelijkheid om keuzes te maken binnen de aanbieding van de rechthebbende zelf sterk worden beperkt, omdat deze laatste zich beschermd weet en de omvang van de bescherming kent, die hij op het gebied van de prijzen geniet ten opzichte van de bij de SPO aangesloten aannemers, omdat hij op de hoogte is van de inschrijvingscijfers van de andere deelnemers aan de vergadering en van de tabellen die gelden voor de niet-gelijktijdige prijsaanbiedingen.

- 187 Uit het voorgaande volgt dat de bescherming die de rechthebbende geniet, de mededinging beperkt, doch dat in het kader van het tweede middel zal moeten worden onderzocht of deze bescherming, die de aannemers voor „leuren” dient te behoeden, in aanmerking dient te komen voor een ontheffing uit hoofde van artikel 85, lid 3, van het Verdrag.

V — Gedraglijn van de SPO tegenover niet-deelnemende aannemers (punten 49-51, 98 en 99 van de beschikking)

Argumenten van partijen

- 188 Verzoeksters stellen dat het de aannemers geheel vrijstaat om zich al dan niet op permanente basis bij de SPO aan te sluiten of voor een bepaalde aanbesteding aan haar regelingen te onderwerpen. Op de niet aangesloten aannemers wordt geen enkele druk uitgeoefend om zich aan te sluiten. Om evenwel te voorkomen dat bepaalde aannemers het systeem misbruiken, door zich nu eens niet te onderwerpen en dan weer wel, moeten sancties worden voorzien. Daar het stelsel van regelingen één geheel vormt, moet namelijk worden voorkomen dat sommigen de voordelen hiervan plukken zonder de lasten ervan te dragen.
- 189 Stellig hebben de SPO-bureaus contacten met niet aangesloten aannemers, doch deze vinden in specifieke gevallen plaats en kunnen in ieder geval niet worden gelijkgesteld met druk. Hooguit worden enige niet-leden van tijd tot tijd uitgenodigd om aan een vergadering deel te nemen.
- 190 Verder betwisten verzoeksters de juistheid van de verklaring in punt 99, tweede volzin, van de beschikking, dat een buitenlandse aannemer, om aan de Nederlandse bouwmarkt deel te nemen, een samenwerkingsverband moet aangaan met een aan de regelingen onderworpen Nederlandse aannemer. Deze verklaring wordt weersproken door de door verzoeksters overgelegde cijfers betreffende zowel het aantal gesloten samenwerkingscontracten als het aantal werken dat aan buitenlandse aannemers is gegund zonder dat zij aan de regelingen hebben deelgenomen.
- 191 Natuurlijk probeert men tijdens de vergaderingen te weten te komen of buiten de deelnemers ook nog derden zijn uitgenodigd om in te schrijven, doch deze informatie-uitwisseling beperkt niet de concurrentie. De uitgewisselde inlichtingen zijn namelijk niet erg belangrijk en stellen de deelnemers niet in staat om hun

gedragslijn aan te passen, in het bijzonder voor het vaststellen van hun blankcijfers, omdat deze door andere economische factoren worden bepaald.

- 192 Zij betogen dat het onjuist is, dat de regelingen de bij de SPO aangesloten aannemers de mogelijkheid bieden om effectief weerstand te bieden aan de concurrentie van derden. Met deze opvatting houdt de Commissie geen rekening met het feit dat de bij de SPO aangesloten aannemers concurrenten blijven die zowel onder elkaar als met derden concurreren. Het is dus niet waar dat de deelnemers met betrekking tot de aanwijzing van een rechthebbende of de vaststelling van vergoedingen voor calculatiekosten een verschillende gedragslijn bepalen, al naar gelang er wel of niet sprake is van concurrentie van buitenstaanders. De Commissie heeft geen enkel verband tussen deze twee factoren aangetoond en de door haar genoemde cijfers zijn niet van belang of relevant. In het bijzonder geeft het in punt 51 van de beschikking genoemde cijfer van 80 % geen indicatie dat de kans dat een deelnemer aan de vergadering het werk gegund krijgt, groter is dan die van een niet-deelnemer, en zeker niet dat deze grotere kans het resultaat is van samenspanning.
- 193 Verzoeksters concluderen dat de beschuldigingen die de Commissie heeft geuit zonder onderzoek te hebben verricht, elke grond ontberen. Het bewijs hiervan is wel, dat indien de niet aangesloten aannemers inderdaad slachtoffer waren van de gedragslijn van de leden van de SPO, zij ofwel een klacht tegen deze gedragslijn hadden ingediend, ofwel lid zouden zijn geworden van de SPO. Bovendien mag niet uit het oog worden verloren dat het in de meeste gevallen de aanbesteder is die bepaalt hoeveel, respectievelijk welke aannemers hij voor het werk laat concurreren, door tot een onderhandse aanbesteding over te gaan.
- 194 De Commissie antwoordt dat het in de regelingen voorziene stelsel van sancties de niet-leden ertoe kan aanzetten om zich op min of meer permanente basis aan de regelingen te onderwerpen, ook al heeft dit stelsel ten doel misbruik van de regelingen te voorkomen.

- 195 Verzoeksters ontkennen niet dat de niet aangesloten aannemers door de Bureaus worden benaderd, en haar onderzoek heeft uitgewezen dat deze contacten verder gaan dan het alleen vragen of deze aannemers aan de regelingen willen deelnemen.
- 196 De Commissie betoogt dat de vrijheid om zich al dan niet bij de regelingen aan te sluiten voor de buitenlandse aannemers nogal betrekkelijk is, omdat zij meestal alleen in een samenwerkingsverband met een Nederlandse aannemer op de markt kunnen penetreren, zoals blijkt uit een aanbeveling van de Nederlands-Duitse Kamer van Koophandel. Het merendeel van de aannemers waarmee een samenwerking mogelijk is, is aangesloten bij de SPO. Bij de door verzoeksters overgelegde cijfers gaat het om gedeeltelijke cijfers, omdat zij enkel betrekking hebben op formele aannemersverenigingen.
- 197 Als gevolg van de aard van de tijdens de vergaderingen uitgewisselde informatie genieten de deelnemers aan deze vergadering een voordeel ten opzichte van de buitenstaanders, zoals is aangetoond door de beschikking (punten 49-51, 98 en 99).
- 198 De Commissie concludeert dat er sprake is van een mededingingsbeperking, omdat een buitenstaander voor het navolgende dilemma wordt geplaatst: ofwel als eenling het gesloten front van de deelnemers aan de vergadering bestrijden, ofwel aan dit gesloten front deelnemen en aldus zijn mogelijkheden om met andere aannemers te concurreren te beperken.

#### Beoordeling door het Gerecht

- 199 Het Gerecht is van mening dat, onafhankelijk van een door verzoeksters in specifieke gevallen op niet-leden uitgeoefende druk om lid te worden van de SPO, het systeem van de regelingen als zodanig, waar het aan de deelnemende aannemers aanzienlijke voordelen biedt in de vorm van informatie-uitwisseling en rekenver-

goedingen, door zijn bestaan zelf moet worden aangemerkt als druk die op niet-leden wordt uitgeoefend om lid te worden (zie beschikking, punt 98).

- 200 Bovendien kan het systeem van de regelingen uiteraard zijn doelstellingen beter bereiken naarmate daaraan een groter aantal aannemers deelneemt. De beperking van de transactiekosten en het tegengaan van „leuren” zijn nog doeltreffender, naarmate het aantal gevallen waarin werken aan niet-leden van de SPO worden gegund, geringer is. In deze optiek wordt de gunning van een werk aan een niet-lid als een risico beschouwd, waartegen men zich moet beschermen, door een gedeelte van de prijsverhogingen af te dragen aan een garantiefonds dat onder meer dit risico dient af te dekken (beschikking, punt 43).
- 201 Hiermee is bijgevolg aan de voorwaarden voldaan om druk op de niet-leden uit te oefenen, dat zij zich bij het systeem aansluiten. Onder deze omstandigheden kan het door verzoeksters erkende feit dat de Bureaus van de SPO contact opnemen met niet aangesloten aannemers, reeds met druk worden gelijkgesteld.
- 202 Bovendien staat tussen partijen vast, dat de regelingen de mogelijkheid voorzien, dat de vergadering bij voorbaat afziet van de vaststelling van een rechthebbende (zie hiervoor, r. o. 100, 101 en 117) en van de toepassing van prijsverhogingen. Deze mogelijkheden stellen de deelnemers aan de vergadering in staat om hun marktgedrag aan te passen aan de intensiteit van de concurrentie van buitenstaanders. Zij kunnen dus aan deze concurrentie deelnemen met het voordeel dat zij voordien aan het stelsel van rekenvergoedingen hebben ontleend, dat hen in het specifieke geval in staat stelt om geen calculatiekosten te verdisconteren met betrekking tot het werk waarvoor zij concurreren met de niet bij verzoeksters aangesloten aannemers. Ook stelt het bij voorbaat afzien van de vaststelling van een rechthebbende hen in staat om in voorkomend geval in te gaan op „leuren”, wanneer zij met niet aangesloten aannemers zouden worden geconfronteerd, en aldus de kans te vergroten dat het werk aan één van hen zal worden gegund.

- 203 Verder dient te worden opgemerkt, dat het feit dat verzoeksters' leden zich gedwongen zien om in onderlinge overeenstemming een verdedigende houding aan te nemen, wanneer zij worden geconfronteerd met een concurrentie van buitenstaanders, het belang bevestigt dat zij hebben bij een verhoging van het aantal leden en een vermindering van het aantal concurrerende buitenstaanders die hen ertoe zouden kunnen brengen om afstand te doen van de voordelen van hun aansluiting bij verzoeksters.
- 204 Uit al het voorgaande volgt dat de Commissie zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat het systeem van de in 1987 ingevoerde regelingen in feite de vrijheid van de aannemers om zich al dan niet daarbij aan te sluiten beperkt, voor zover zij, door zich niet aan te sluiten, een aantal aan dit systeem verbonden voordelen verliezen en zij niet moeten concurreren met een groot aantal aannemers die onafhankelijk van elkaar optreden, doch met een bepaald aantal aannemers die gemeenschappelijke belangen hebben en over dezelfde informatie beschikken en dus een overeenkomstige gedragslijn volgen.
- 205 Bijgevolg leveren de in 1987 ingevoerde regelingen een inbreuk op artikel 85, lid 1, van het Verdrag op.
- 206 Met betrekking tot de oude regelingen merkt het Gerecht op dat de Commissie, na te hebben vastgesteld dat zij in enige wezenlijke opzichten van de in 1987 ingevoerde regelingen verschilden, zoals het bestaan van een procedure van „contractmelding”, een mogelijkheid van prijsverbetering en prijscorrectie en een mechanisme van preferentie, dat leidde tot een verhoging van de prijzen van alle deelnemers, in de beschikking (punten 62-65) heeft overwogen, dat de in 1987 ingevoerde regelingen in wezen slechts de voortzetting waren van daaraan voorafgaande regelingen en dat haar juridische beoordeling van eerstgenoemde regelingen mutatis mutandis ook voor de laatstgenoemde gold (punt 114). De Commissie is verder van mening (beschikking, punt 138) dat de verschillende oude regelingen enerzijds voldoende waren geüniformeerd, omdat zij door de SPO waren goedgekeurd (punten 15, 62 en 138) en anderzijds dat ter zake een uniform stelsel van sancties was vastgesteld in de Erecode, dat bij op 1 oktober 1980 in werking getreden besluit van de algemene vergadering van de SPO bindend was voorgeschreven voor haar leden (punten 12, 13 en 138).



- 207 Het Gerecht stelt vast dat verzoeksters met betrekking tot deze verklaringen enerzijds stellen dat de in 1987 ingevoerde regelingen niet zozeer „de voortzetting zijn van soortgelijke eerdere mededingingsregelingen”, als wel „een kentering” ten opzichte van deze (verzoekschrift, juridisch gedeelte, punt 3.14) en anderzijds dat de SPO nooit de tekst van een UPR „Burger- & Utiliteitsbouw Openbaar”, die op 1 januari 1973 zou zijn ingegaan, heeft vastgesteld, omdat de diverse verenigingen ieder voor zich tot 1987 hun eigen reglementen zijn blijven toepassen (replik, blz. 23).
- 208 In de eerste plaats zij opgemerkt, dat de door verzoeksters aangevoerde redenering de punten 62 en 65 van de beschikking niet weerspreekt, doch integendeel in feite erop neerkomt dat wordt erkend dat de daarin door de Commissie gegeven analyse juist is. Om aan te tonen dat de in 1987 ingevoerde regelingen een „kentering” vormen ten opzichte van soortgelijke eerdere mededingingsregelingen, stellen zij dat in deze regelingen bepaalde mogelijkheden, zoals de „contra-melding” of de „prijsverbeteringen” en „prijscorrecties”, niet meer voorkomen. Met betrekking tot de eerste geven zij toe dat „de contra-melding de betrokken aannemers een aanknopingspunt zou kunnen bieden voor ongeoorloofde concertatie” en met betrekking tot de tweede, dat de prijsverbetering werd verboden „omdat zij niet alleen in een situatie van desastreuze concurrentie werd toegepast, en omdat een systeem ter meting van de prijsdrukkende werking onvermijdelijk arbitraire elementen zal bevatten” (verzoekschrift, juridisch gedeelte, punt 3.14). Met hun verklaringen dat de in 1987 ingevoerde regelingen de mededinging minder beperken dan de daaraan voorafgaande regelingen en dat er bij deze regelingen sprake is van een kentering ten opzichte van de oude regelingen, hebben verzoeksters dus te kennen gegeven, dat deze regelingen de voortzetting van de oude regelingen vormden.
- 209 Bijgevolg heeft de Commissie zich terecht op het standpunt gesteld dat de in 1987 ingevoerde regelingen de voortzetting vormden van de oude regelingen en dat laatstgenoemde op bepaalde punten op zijn minst even belangrijke mededingingsbeperkingen inhielden als de eerstgenoemde.
- 210 In de tweede plaats moet worden vastgesteld, dat in tegenstelling tot de mening die verzoeksters in hun repliek lijken te zijn toegedaan, in de beschikking niet wordt

verklaard dat de diverse oude regelingen met ingang van 1 oktober 1980 door de SPO zijn vastgesteld. In de beschikking wordt enkel verklaard dat de betrokken reglementen vanaf die datum door de SPO moesten worden goedgekeurd, hetgeen niet is weersproken door verzoeksters die enkel hebben uiteengezet, dat deze regelingen tot 1987 door de verschillende verenigingen werden vastgesteld. Overigens moet, evenals de Commissie heeft gedaan, worden opgemerkt dat met betrekking tot deze punten in de beschikking slechts de gegevens worden overgenomen die verzoeksters haar hadden verstrekt in de antwoorden die zij op 19 december 1988 hadden gegeven op door de Commissie aan hen gedane verzoeken om inlichtingen (dupliek, bijlage 2). Bovendien moet worden opgemerkt dat verzoeksters niet hebben betwist dat artikel 4 van het Besluit Algemene Bepalingen met ingang van 25 november 1980 de goedkeuring van de SPO verlangde voor de vaststelling en de uitvoering van de reglementen van de verschillende verzoeksters.

- 211 In de derde plaats moet worden opgemerkt, dat met ingang van 1 oktober 1980 ter zake van de diverse oude regelingen een uniform stelsel van sancties was vastgesteld in de Erecode, dat bij op 1 oktober 1980 in werking getreden besluit van de algemene vergadering van de SPO bindend was voorgeschreven voor haar leden.
- 212 Daaruit volgt dat in de omstandigheden van het onderhavige geval de inhoud van de oude regelingen in de beschikking terecht niet afzonderlijk wordt onderzocht en dat daarin terecht wordt overwogen, dat zij de mededinging ten minste evenveel beperkten als de in 1987 ingevoerde regelingen die daarvan de voortzetting vormden. Eveneens wordt terecht in de beschikking overwogen dat vanaf 1 oktober 1980 de verschillende regelingen door het systeem van goedkeuring door de SPO en door het uniforme stelsel van sancties voldoende waren geüniformeerd om als een homogeen geheel te kunnen worden behandeld.
- 213 Uit al het voorgaande volgt dat het tweede onderdeel van het eerste middel moet worden afgewezen.

Derde onderdeel: ontbreken van ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten

### Argumenten van partijen

- 214 Verzoeksters stellen dat artikel 85 van het Verdrag slechts op tot het grondgebied van één enkele Lid-Staat beperkte overeenkomsten van toepassing is, indien deze de handel tussen Lid-Staten merkbaar ongunstig beïnvloeden. Dit onderstelt enerzijds dat er in de betrokken markt handelsverkeer tussen Lid-Staten bestaat (arrest Hof van 31 mei 1979, zaak 22/78, Hugin, Jurispr. 1979, blz. 1869) en anderzijds dat er sprake is van een merkbare negatieve beïnvloeding door de betrokken overeenkomsten (arrest Hof van 12 mei 1989, zaak 320/87, Ottung, Jurispr. 1989, blz. 1177, r. o. 19). In casu is aan geen van deze vereisten voldaan en is artikel 85 van het Verdrag dus niet van toepassing.
- 215 Met betrekking tot het eerste vereiste volgt in het bijzonder uit de studie van Hartelust, dat er nagenoeg geen sprake is van handelsverkeer tussen Lid-Staten op de bouwmarkt, ongeacht of men dit beziet vanuit de invalshoek van het aantal bouwwerken, dan wel vanuit die van de waarde ervan, en dat in sommige produktmarkten, zoals die van sloop- en markeerwerken, in het geheel geen sprake is van handelsverkeer. In repliek voegen verzoeksters hieraan toe, dat de Commissie niet onder verwijzing naar het arrest van het Hof van 1 februari 1978 (zaak 19/77, Miller, Jurispr. 1978, blz. 131) kan stellen dat niet alleen van het bestaande handelsverkeer moet worden uitgegaan, maar ook van de toekomstige evolutie van dit handelsverkeer als gevolg van wijzigingen in wettelijke regelingen of van andere factoren. De wijzigingen in de wettelijke regelingen waarnaar de Commissie verwijst, waren op het tijdstip waarop verzoeksters hun respectieve regelingen hebben vastgesteld en toegepast, namelijk niet voorzienbaar.
- 216 Aangaande het tweede vereiste zijn verzoeksters in wezen van mening dat wanneer er geen handelsverkeer is, dit niet op merkbare negatieve wijze kan worden beïnvloed, tenzij de Commissie aantoonst dat het ontbreken van enig handelsverkeer van betekenis is toe te schrijven aan de regelingen. In casu heeft de Commissie hiervan niet het bewijs geleverd, om de eenvoudige reden dat het ontbreken van handelsverkeer te wijten is aan structurele factoren, zoals de beperkte geografische actieradius van het bouwbedrijf, de hoge kosten van verplaatsing, de rol van de

hoofdaannemer, de problemen in verband met de uiteenlopende (standaard)bestekken, cultuurverschillen, talen, enzovoort, alsmede het feit dat de aanbesteder bepaalt hoeveel en welk soort aannemers hij uitnodigt. Voorts heeft de Commissie niet voor elk van de aan het UPR voorafgaande regelingen aangetoond, dat op de door elk van die regelingen afzonderlijk bestreken geografische en produktmarkten sprake is geweest van grensoverschrijdend verkeer. Ter zake mag de Commissie niet de „bundeltheorie” toepassen, waar deze onderstelt dat de verschillende overeenkomsten op dezelfde produktmarkt en op dezelfde geografische markt betrekking hebben. Zij hebben echter aangetoond dat elke sector een afzonderlijke markt vormde (zie hierboven, eerste onderdeel van het middel). Ten slotte dient een parallel te worden getrokken met de wetgeving van de Gemeenschap inzake overheidsopdrachten voor werken. Door een drempelwaarde van 5 miljoen ECU te hantieren (hetgeen veel hoger is dan de drempelwaarde van 200 000 ECU van de richtlijn inzake overheidsopdrachten voor leveringen), heeft de gemeenschapswetgever zelf te kennen gegeven dat er slechts relevant grensoverschrijdend verkeer mogelijk is met betrekking tot zeer grote bouwwerken.

- 217 Zij betogen verder dat de regelingen in elk geval niet een compartimentering van de Nederlandse markt tot gevolg hebben, waar de regelingen zonder onderscheid van toepassing zijn op buitenlandse en op Nederlandse aannemers, die het beiden vrij staat om zich al dan niet aan de regelingen te onderwerpen.
- 218 Huns inziens is het onjuist dat door de regelingen minder gebruik wordt gemaakt van openbare aanbesteding en aldus buitenlandse aannemers worden benadeeld. Het aantal openbare aanbestedingen is in Nederland namelijk niet kleiner dan elders en buitenlandse aannemers nemen daaraan niet meer deel dan aan onderhandse aanbestedingen.
- 219 Bovendien heeft de invloed die de regelingen zouden hebben op de vraag in Nederland die afkomstig is van in andere Lid-Staten gevestigde opdrachtgevers, niets van doen met het begrip handel tussen Lid-Staten in de zin van artikel 85 van het Verdrag en in ieder geval berust de redenering van de Commissie op de onjuiste opvatting dat de regelingen een uniforme prijsverhoging in Nederland veroorzaken.

- 220 Ten slotte verklaren verzoeksters dat de stelling dat de Nederlandse aannemers, wanneer zij op de markt van andere Lid-Staten actief zijn, een concurrentie-„voordeel” zouden ontlenen aan de regelingen en meer in het bijzonder aan het stelsel van toerekening van de calculatiekosten, wordt weerlegd door de geringe rentabiliteit van de bouwondernemingen in Nederland, alsmede door de vergelijking die is uitgevoerd door PRC BV Management Consultants (hierna: „PRC”) tussen de hoogte van de in Nederland in rekening gebrachte algemene kosten plus rekenvergoedingen met het in vier andere Lid-Staten toegepaste percentage voor algemene kosten.
- 221 In haar antwoord verwijst de Commissie naar de punten 103-108 van de beschikking. Zij voegt daaraan toe dat volgens vaste rechtspraak van het Hof niet wordt vereist, dat de regelingen de buitenlandse aannemers van de Nederlandse markt uitsluiten, doch enkel dat de regelingen de handel tussen Lid-Staten merkbaar kunnen beïnvloeden. Er moet derhalve niet alleen worden gelet op het tussenstaatse handelsverkeer dat heeft plaatsgevonden, maar ook op het tussenstaatse handelsverkeer dat zou kunnen plaatsvinden (arrest Miller, reeds aangehaald).
- 222 Volgens de Commissie wordt ten onrechte een beroep gedaan op het arrest van het Hof in de zaak Hugin (reeds aangehaald), omdat dit verstoringen van de mededinging betrof die niet het gehele grondgebied van een Lid-Staat bestreken, doch slechts een klein gedeelte daarvan, dan wel van een geheel andere orde waren dan de onderhavige regelingen. Het is evenwel kenmerkend voor overeenkomsten die het gehele grondgebied van een Lid-Staat bestrijken, zoals in casu het geval is, dat zij naar hun aard tot een afgrenzing van de nationale markt kunnen leiden die de in het Verdrag beoogde economische vervlechting doorkruist (arrest Hof van 17 oktober 1972, zaak 8/72, Cementhandelaren, Jurispr. 1972, blz. 977). Dergelijke overeenkomsten brengen namelijk een verbrokkeling van de gemeenschappelijke markt in verschillende nationale markten met kunstmatig gedifferentieerde markt-omstandigheden teweeg (arrest Hof van 11 juli 1989, zaak 246/86, Belasco e. a., Jurispr. 1989, blz. 2117). De Commissie behoeft niet aan te tonen dat de regelingen buitenlandse aannemers buitensluiten, doch, zoals zij in de beschikking heeft gedaan, dat zij de concurrentievoorwaarden waaronder de buitenlandse aannemers moeten opereren, radicaal wijzigen, zowel wanneer zij aan het systeem deelnemen als wanneer zij buiten het systeem om inschrijven. Deze vorm van ongunstige beïn-

vloeding van de handel tussen Lid-Staten wordt gedekt door de mededeling van de punten van bezwaar (punten 98 e. v.) en door de beschikking (punten 106 e. v.).

- 223 In casu is het handelsverkeer tussen Lid-Staten weliswaar zwak, doch het bestaat, en de studie van Hartelust is niet van belang, omdat daarin geen rekening is gehouden met het handelsverkeer dat buiten de regelingen om heeft plaatsgevonden, daarin niet wordt verklaard of zij betrekking heeft op de verslagen van alle op grond van de regelingen gehouden vergaderingen en zij slechts betrekking heeft op de beperkte periode van 1 januari 1986 tot 1 oktober 1988.
- 224 Volgens de Commissie hebben de regelingen door het stelsel van rekenvergoedingen verder tot gevolg, dat aanbesteders ervan worden afgehouden, openbaar aan te besteden. De openbare aanbesteding is voor buitenlandse aannemers evenwel het beste middel om toegang te hebben tot de Nederlandse markt, omdat in dat geval de identiteit van de aanbieders niet door de aanbesteder wordt bepaald. Een bewijs hiervoor wordt geleverd door de klacht die de gemeente Rotterdam heeft ingediend.
- 225 Bijgevolg kunnen de regelingen de handel tussen Lid-Staten wel degelijk beïnvloeden. Tevergeefs maken verzoeksters onderscheid naargelang de tijdvakken en het al dan niet geüniformeerde karakter van de regelingen, omdat de regelingen van vóór 1 april 1987 vanuit het oogpunt van artikel 85, lid 1, van het Verdrag een nog laakbaarder inhoud hadden dan de thans geldende regelingen. Zij waren onder leiding en onder toezicht van de SPO vastgesteld en geüniformeerd en zij waren vanaf 1980 aan een uniform stelsel van sancties (de Erecode) gebonden. Bijgevolg was het niet van belang of er in bepaalde sectoren geen of nagenoeg geen sprake was van handelsverkeer tussen Lid-Staten, maar of de regelingen als geheel de handel tussen Lid-Staten kunnen beïnvloeden (zie hiervoor, eerste onderdeel van het middel).

## Beoordeling door het Gerecht

- 226 Het Gerecht stelt vast dat de Commissie van oordeel is, dat de regelingen de handel tussen Lid-Staten op drie verschillende manieren ongunstig beïnvloedden: door de invloed op het aanbod uit andere Lid-Staten (punten 103-111 van de beschikking), op de vraag vanuit andere Lid-Staten (punt 112) en op het aanbod van in de SPO-organisatie deelnemende bouwondernemingen in andere Lid-Staten (punt 113).
- 227 Om te beginnen brengt het Gerecht in herinnering, dat de voorwaarde betreffende de invloed op de handel tussen Lid-Staten in de artikelen 85 en 86 van het Verdrag ten doel heeft, het gebied van het gemeenschapsrecht af te bakenen van dat van het recht van de Lid-Staten (arrest Hof van 13 juli 1966, gevoegde zaken 56/64 en 58/64, Consten en Grundig, Jurispr. 1966, blz. 450).
- 228 Voor de toepasselijkheid van artikel 85 van het Verdrag op de door verzoeksters vastgestelde regelingen is het dus voldoende dat één van de drie door de Commissie in de punten 103 tot en met 113 van de beschikking vermelde manieren van ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen Lid-Staten wordt bewezen.
- 229 Eveneens dient in herinnering te worden gebracht dat volgens vaste rechtspraak een mededingingsregeling die het gehele grondgebied van een Lid-Staat bestrijkt, naar haar aard een versterking van de nationale drempelvorming tot gevolg heeft, hetgeen de in het Verdrag beoogde economische vervlechting doorkruist (arresten Hof van 17 oktober 1972, Cementhandelaren, reeds aangehaald, r. o. 29, en 11 juli 1985, zaak 42/84, Remia, Jurispr. 1985, blz. 2545, r. o. 22).
- 230 In casu wordt niet betwist dat de in 1987 ingevoerde regelingen van toepassing zijn op het gehele Nederlandse grondgebied. Met betrekking tot de oude regelingen zij opgemerkt, dat zij onderling met elkaar overeenstemmen en dat zij in hun totaliteit het gehele Nederlandse grondgebied bestrijken, alsmede de gehele bouwmarkt (zie

hiervoor, r. o. 81). Bijgevolg kan geen van deze regelingen los van de andere worden onderzocht, waarmee zij een geheel vormen, te meer daar sedert 1980 ten aanzien van deze regelingen geüniformeerde sanctieprocedures golden binnen het kader van een enkele vereniging. De oude regelingen moeten dus gelijk worden gesteld met de in 1987 ingevoerde regelingen (zie hiervoor, r. o. 206-212). Al deze regelingen kunnen dus naar hun aard de handel tussen Lid-Staten ongunstig beïnvloeden, omdat zij de concurrentievoorwaarden in Nederland wijzigen, door deze kunstmatig te differentiëren van die welke in de andere Lid-Staten heersen, en monden uit in een verbrokkeling van de gemeenschappelijke markt.

231 In elk geval is het Gerecht van oordeel, dat de Commissie terecht heeft vastgesteld dat de regelingen een merkbare invloed kunnen hebben op het aanbod uit andere Lid-Staten en op het aanbod van in de SPO-organisatie deelnemende bouwondernemingen in andere Lid-Staten.

232 Met betrekking tot de invloed van de regelingen op het aanbod uit andere Lid-Staten moet worden opgemerkt, evenals de Commissie heeft gedaan, dat verzoekers zelf te kennen hebben gegeven, dat het stelsel van rekenvergoedingen in het bijzonder ten doel heeft, de aanbesteders ertoe aan te zetten een afweging te maken van de baten en de kosten van het uitnodigen van een kleiner of groter aantal aanbidders, omdat de aanbesteder, daar de transactiekosten zichtbaar zijn gemaakt, weet dat hij de kosten daarvan moet dragen. In zijn totaliteit zou een dergelijk stelsel tot lagere transactiekosten leiden. Om dit doel te bereiken zet het stelsel de aanbesteders ertoe aan, de doelgroep van hun offerteaanvragen beter te bepalen en dus een kleiner aantal inschrijvers uit te nodigen, door de aanbesteders de calculatiekosten van alle door hen uitgenodigde inschrijvers te laten dragen. Omdat het aantal door de aanbesteders uitgenodigde inschrijvers enkel in het kader van de onderhandse procedure kan worden beperkt, begunstigt het stelsel de onderhandse aanbestedingen boven de openbare en bij de onderhandse aanbestedingen de meest beperkte, zoals blijkt uit de klacht van de gemeente Rotterdam (punten 19 en 34 van deze klacht).



- 233 Terecht stelt de Commissie zich evenwel op het standpunt dat de openbare procedure voor de buitenlandse aannemers het middel bij uitstek is om op de Nederlandse markt door te dringen.
- 234 Hieruit volgt dat om deze reden de regelingen een rechtstreekse of indirecte invloed kunnen hebben op het aanbod uit andere Lid-Statens.
- 235 Zoals de Commissie beklemtoont, kunnen verzoeksters tegen deze analyse niet het geringe handelsverkeer tussen Lid-Statens inbrengen, omdat zij niet de door de Commissie in de beschikking opgenomen cijfers betwisten, die laten zien dat er tussen de Lid-Statens een echt, zij het nog gering handelsverkeer bestaat. Zo betwisten verzoeksters bij voorbeeld niet, dat ongeveer 150 in andere Lid-Statens gevestigde aannemers zich min of meer permanent aan de UPR onderwerpen. Deze aannemers zijn vooral in Duitsland en België gevestigd en alle grote aannemers uit die landen behoren daartoe, terwijl de andere aannemers zijn gevestigd in Frankrijk, Luxemburg of Italië. Opdat mededingingsregelingen onder het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen, wordt blijkens de rechtspraak van het Hof niet verlangd dat zij het handelsverkeer merkbaar beïnvloeden, doch enkel dat zij een dergelijke invloed kunnen hebben (arrest Miller, reeds aangehaald, r. o. 15). Wanneer een potentiële invloed volstaat, kan de toekomstige evolutie van het handelsverkeer in aanmerking worden genomen om de invloed van de mededingingsregeling op het handelsverkeer tussen Lid-Statens te beoordelen, ongeacht of deze al dan niet voorzienbaar was. Wat ten slotte de merkbaarheid van deze invloed betreft, moet met de Commissie worden vastgesteld dat naarmate het handelsverkeer geringer is, het sterker door de mededingingsregeling kan worden beïnvloed.
- 236 Het Gerecht is eveneens van mening, dat verzoeksters zich niet op de bij richtlijn 71/305 vastgestelde drempel van 5 miljoen ECU kunnen beroepen. Zoals de Commissie in haar beschikking (punt 105) heeft opgemerkt, verschillen de doelstellingen van artikel 85 van het Verdrag en die van deze richtlijn te veel, zodat de bij deze richtlijn vastgestelde drempel niet als referentie kan dienen bij de toepassing van artikel 85. Overigens heeft deze richtlijn een andere rechtsgrondslag dan artikel 85 van het Verdrag en wordt deze bepaling in geen enkele van haar over-

wegingen genoemd. Niemand kan dus stellen dat de Commissie zich door de in deze richtlijn voorziene drempel moet laten leiden, wanneer zij artikel 85 van het Verdrag toepast.

- 237 Wat de invloed van de regelingen op het aanbod van in de SPO-organisatie deelnemende bouwondernemingen in andere Lid-Statens betreft, kan niet worden betwist dat de bij verzoeksters aangesloten aannemers, wanneer zij met betrekking tot een bepaald werk buiten de werkingssfeer van de regelingen opereren, zoals het geval is buiten Nederland, ten opzichte van de niet-aangesloten aannemers over voordelen beschikken.
- 238 De in dit verband door verzoeksters aangevoerde vergelijking is een algemene vergelijking, terwijl het voordeel waarover de Nederlandse aannemers beschikken wanneer zij in het buitenland opereren, voor elk werk moet worden beoordeeld. Niet kan worden betwist dat het stelsel van toerekening van de calculatiekosten, met inbegrip van het Garantiefonds, de leden van verzoeksters de mogelijkheid biedt om de calculatiekosten voor inschrijvingen in het kader waarvan het werk niet aan hen is gegund, niet in hun algemene kosten te verdisconteren, terwijl de buitenlandse aannemers deze kosten wel in hun algemene kosten moeten verdisconteren. Zo behoeven de leden van verzoeksters voor een bepaald werk dat buiten Nederland wordt aanbesteed, slechts de voor dit werk gemaakte calculatiekosten in hun aanbieding te verdisconteren, terwijl de andere aannemers daarin een gedeelte van de calculatiekosten die zijn gemaakt voor alle aanbestedingen waaraan zij zonder succes hebben deelgenomen, moeten verdisconteren. Aldus beschikken zij over een kunstmatig concurrentievoordeel ten opzichte van de concurrerende aannemers die grotendeels in andere Lid-Statens opereren. Het handelsverkeer tussen Lid-Statens wordt daardoor dus ongunstig beïnvloed.
- 239 Verzoeksters kunnen de bewijskracht van deze factoren niet weerleggen met een beroep op de lage winstmarges van de Nederlandse bouwondernemingen, die zouden worden bewezen door een vergelijking tussen het bedrag van de algemene kosten, verhoogd met de rekenvergoedingen, in Nederland enerzijds en het in vier andere Lid-Statens gehanteerde percentage voor algemene kosten anderzijds. De geringe rentabiliteit van de Nederlandse aannemers kan namelijk aan vele andere factoren dan het stelsel van toerekening van de calculatiekosten worden toegeschreven.

240 Hieruit volgt dat de regelingen het handelsverkeer tussen Lid-Staten merkbaar ongunstig kunnen beïnvloeden en dat dit onderdeel van het middel dus moet worden afgewezen.

241 Uit al het voorgaande volgt, dat het eerste middel niet kan worden aanvaard.

*Tweede middel: schending van artikel 85, lid 3, van het Verdrag*

Eerste onderdeel: miskenning van de bijzondere kenmerken van de markt en de regels inzake de bewijslast

1) De bijzondere kenmerken van de markt

Argumenten van partijen

242 Verzoeksters betogen dat uit het arrest van het Hof van 27 januari 1987 (zaak 45/85, Verband der Sachversicherer, Jurispr. 1987, blz. 405, r. o. 14 en 15) volgt dat de communautaire mededingingsregels weliswaar onbeperkt gelden voor de Nederlandse bouwsector, doch dat dit geenszins betekent, dat volgens het communautaire mededingingsrecht geen rekening mag worden gehouden met de bijzondere kenmerken van bepaalde economische sectoren. In het kader van haar bevoegdheid om krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag vrijstellingen te verlenen van het verbod van artikel 85, is het juist de taak van de Commissie, rekening te houden met de bijzondere aard van bepaalde economische sectoren en de aldaar optredende moeilijkheden. In casu heeft de Commissie volgens hen geen rekening gehouden met de bijzondere kenmerken van de bouwsector, zoals het feit dat de bouwsector een typische midden- en kleinbedrijfsector is, en met de aldaar optredende moeilijkheden, die de verklaring en rechtvaardiging vormen voor de vaststelling van de typische sectorregelingen die de aangemelde regelingen zijn.

- 243 Als bijzondere kenmerken moeten vooral worden genoemd: de opdrachtgever definieert het produkt en dit produkt kan dus slechts een keer worden aangeboden; de aard van het bouwbedrijf (a-symmetrische verhouding tussen omvang bedrijf en omvang werk, continuïteitsproblemen, ontbreken van schaalvoordelen, grote mate van onderlinge substitueerbaarheid van bouwbedrijven binnen eenzelfde produktmarkt en ontbreken van toetredingsdrempels aan de onderzijde van de markt); de prijs van het werk moet op voorhand worden gefixeerd; de opstelling van een prijsaanbieding brengt aanzienlijke transactiekosten met zich mee, en ten slotte, de aanbesteding als methode voor het plaatsen van opdrachten heeft als risico dat zij tot economisch onverantwoorde prijzen leidt.
- 244 Deze verschillende bijzondere kenmerken leiden tot structurele onevenwichtigheden op de markt tussen enerzijds de vraag waarvoor de markttransparantie volledig is, die de identiteit van de aannemers kan bepalen die in aanmerking kunnen komen voor de opdracht, en die de verschillende bij haar ingediende aanbiedingen tegen elkaar kan uitspelen, en anderzijds het aanbod, waarvoor de markttransparantie niet bestaat, dat afhankelijk is van de keuze van de aanbesteders en dat hoge transactiekosten moet maken om in aanmerking te kunnen komen voor de opdracht. Dit structurele gebrek aan evenwicht heeft economisch onverantwoorde prijzen en een ruïneuze concurrentie ten gevolge.
- 245 In Nederland is dit structurele gebrek aan evenwicht tussen het aanbod en de vraag, dat in talrijke wetenschappelijke studies is aangetoond, volgens verzoeksters extra pregnant, enerzijds omdat de hoofdaannemer aldaar tegenover de opdrachtgever verantwoordelijk is voor de goede uitvoering van de werken, met inbegrip van die welke door onderaannemers worden verricht, en anderzijds omdat in de Nederlandse wetgeving niet zo strikt als in de wetgeving van andere Lid-Staten wordt verboden, dat de aanbesteder de door de verschillende inschrijvers ingediende prijsaanbiedingen tegen elkaar uitspeelt, een praktijk die zij als „leuren” kwalificeren.
- 246 De gewraakte regelingen hebben enkel ten doel dit structurele gebrek aan evenwicht te corrigeren, voornamelijk door de aan de prijsaanbieding verbonden transactiekosten te verlagen en het „leuren” tegen te gaan. Deze analyse wordt

bevestigd door de op de Nederlandse bouwmarkt vastgestelde lage winstmarges. Deze doelstelling wordt onderschreven door alle marktpartijen en de Nederlandse overheid zelf, omdat men zonder de verboden regelingen zou worden geconfronteerd met een ruïneuze concurrentie, dan wel met ondergrondse kartels om deze onevenwichtigheden te neutraliseren.

247 In repliek stellen verzoeksters dat alle verklaringen van de Commissie betreffende het functioneren van andere dienstenmarkten of betreffende de bouwsector in andere Lid-Staten zijn gedaan zonder dat ter zake door de Commissie enig onderzoek is verricht, en dat zij dus uit de lucht zijn gegrepen. De Commissie beperkt zich tot een beoordeling van de vraag in hoeverre op micro-niveau (in individuele gevallen) de handelingsvrijheid van marktpartijen wordt beperkt en identificeert iedere beperking van de handelingsvrijheid met een mededingingsbeperking, terwijl zij de regelingen op het macro-niveau had moeten beoordelen.

248 De Commissie geeft weliswaar toe, dat de kenmerken van de bouwsector in aanmerking dienen te worden genomen, voor zover zij bepalend zijn voor de economische en juridische context waarin de onderhavige regelingen moeten worden beoordeeld. Deze kenmerken kunnen echter niet tot gevolg hebben dat deze regelingen geheel of gedeeltelijk van het toepassingsgebied van artikel 85 zijn uitgezonderd. Onder deze omstandigheden is een abstracte discussie over de bijzondere kenmerken van de markt, zoals deze door verzoeksters wordt gevoerd, zinloos.

249 Tussen de Nederlandse bouwsector en andere dienstensectoren of de bouwsector in andere Lid-Staten bestaan haars inziens niet zodanige verschillen, dat de Nederlandse bouwsector voor de toepassing van artikel 85 van het Verdrag wezenlijk anders moet worden beoordeeld. Het feit dat de markt van deze verschillende sectoren naar behoren functioneert zonder dat daar soortgelijke regelingen gelden als de verboden regelingen, ontnemt elke grondslag aan de stelling dat de onderhavige regelingen een noodzakelijke correctie vormen op structurele onevenwichtigheden in de Nederlandse bouwsector.

250 Voor het overige verwijst de Commissie naar de punten 71 tot en met 77 van de beschikking, waarin zij reeds op verzoeksters' argumenten heeft geantwoord.

251 In het bijzonder merkt de Commissie, in antwoord op de verklaring dat het gebruik van de aanbesteding als methode voor het plaatsen van opdrachten tot een economisch onverantwoord prijsniveau leidt, op dat er niet zoiets als een economisch verantwoord prijsniveau bestaat, omdat de integrale kostprijs voor iedere onderneming anders is en naargelang de omstandigheden varieert. Onder bepaalde omstandigheden kan het namelijk economisch verantwoord zijn om prijzen toe te passen die onder de gemiddelde kosten liggen, om de vaste kosten goed te maken.

252 Ten slotte kan haar niet worden verweten dat zij geen aandacht heeft besteed aan de wijdere economische dimensie van de regelingen. Om een ontheffing te kunnen verkrijgen moeten verzoeksters onder meer aantonen dat de regelingen een concrete bijdrage leveren aan de verbetering van de produktie en/of de distributie en/of de technische en economische vooruitgang. In dit verband is een beroep op macro-economische vooruitgang, waarvan niet is aangetoond dat hij is toe te schrijven aan de regelingen, niet toereikend.

### Beoordeling door het Gerecht

253 Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat het in het kader van de bevoegdheid van de Commissie om krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag ontheffingen te verlenen van het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, haar taak is om rekening te houden met de bijzondere aard van de verschillende economische sectoren en de aldaar optredende moeilijkheden (arrest Verband der Sachversicherer, reeds aangehaald, r. o. 15).

- 254 In casu verwijten verzoeksters de Commissie, dat zij de regelingen op micro-niveau heeft onderzocht, terwijl deze regelingen ten doel zouden hebben om het op macro-niveau bestaande gebrek aan evenwicht tussen vraag en aanbod als gevolg van de bijzondere kenmerken van de in deze sector opererende ondernemingen, de bijzondere kenmerken van de relevante produkten en tekortkomingen in de Nederlandse wetgeving die de hoofdaannemer verantwoordelijk zou maken en niet de mogelijkheid zou bieden om het „leuren” doeltreffend tegen te gaan, te corrigeren.
- 255 Het Gerecht stelt vast, dat de Commissie in haar beschikking akte heeft genomen van de door verzoeksters beschreven bijzondere kenmerken van de markt (punten 71-77), doch dat zij van oordeel was dat deze bijzondere kenmerken geen grond opleverden om een ontheffing te verlenen (punten 115-128). Hun argumenten betreffende de bijzondere kenmerken van de markt moeten dus in aanmerking worden genomen bij het onderzoek van de afwijzing van het verzoek om ontheffing dat verzoeksters krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag voor de onderhavige regelingen hadden ingediend.
- 256 Bovendien zij opgemerkt dat de Commissie terecht, zonder ter zake door verzoeksters te zijn weersproken, verwijst naar het feit dat noch in andere dienstensectoren waarvan de kenmerken overeenkomst vertonen met die van de bouwmarkt, noch in de bouwsector in andere Lid-Statens soortgelijke regelingen bestaan als in de onderhavige procedure aan de orde zijn. Eveneens heeft de Commissie terecht geweigerd om te erkennen, zoals verzoeksters wilden, dat mededingingsregelingen in de bouwsector onvermijdelijk zijn. De verlening van een ontheffing uit hoofde van artikel 85, lid 3, van het Verdrag kan namelijk niet worden gerechtvaardigd met de verklaring dat indien voor de aangemelde mededingingsregeling geen ontheffing wordt verleend, andere, nog ernstigere mededingingsregelingen in het leven zouden worden geroepen. Ook kan niet worden aanvaard, dat ondernemingen de gevolgen van een wettelijke regeling, die zij veel te gunstig achten voor de verbruikers, neutraliseren door mededingingsregelingen vast te stellen die ten doel hebben de door deze wettelijke regeling aan de verbruikers verleende voordelen te corrigeren, met het voorwendsel dat deze regeling een onevenwichtigheid in hun nadeel veroorzaakt.
- 257 Uit het voorgaande volgt dat verzoeksters' argumenten betreffende het feit dat de Commissie ontoereikend rekening zou hebben gehouden met de bijzondere ken-

merken van de markt, moeten worden afgewezen, voor zover verzoeksters daaraan een zelfstandige betekenis toekennen ten opzichte van het tweede onderdeel van dit middel.

## 2) De bewijslast

### Argumenten van partijen

- 258 Om te beginnen betogen verzoeksters dat de Commissie in het licht van al hetgeen verzoeksters hebben aangevoerd om in aanmerking te kunnen komen voor de gevraagde ontheffing, niet mocht volstaan met een simpele afwijzing van hun argumenten en moest aantonen dat een ontheffing economisch niet gerechtvaardigd was. Zo had zij in het bijzonder moeten aantonen dat de Nederlandse bouwmarkt zonder de regelingen beter zou functioneren, of moeten aangeven wat zij in de regelingen aanvaardbaar acht.
- 259 Verder had de Commissie het economische voor en tegen van de regelingen met verzoeksters moeten bespreken, in plaats van iedere economische rechtvaardiging a priori af te wijzen. Aldus heeft de Commissie niet voldaan aan de krachtens de rechtspraak op haar rustende verplichting om actief mee te werken aan het verkrijgen van een ontheffing (arrest Consten en Grundig, reeds aangehaald).
- 260 De Commissie antwoordt dat het volgens vaste rechtspraak van het Hof in de eerste plaats aan de ondernemingen staat, de Commissie met bewijsmateriaal te overtuigen dat een ontheffing gerechtvaardigd is. De medewerking die de ondernemingen van de Commissie mogen verlangen, bestaat hierin dat de Commissie de argumenten onderzoekt die de ondernemingen ter ondersteuning van hun verzoek om een ontheffing hebben aangevoerd (vgl. arrest Consten en Grundig, inz. blz. 521). Deze medewerking gaat niet zover, dat de Commissie gehouden is



alternatieve oplossingen aan te dragen. Nog minder kan van de Commissie worden verlangd, dat zij aantoont dat een ontheffing niet gerechtvaardigd is, noch dat zij aangeeft wat zij aanvaardbaar acht.

- 261 De regelingen vormen, zoals verzoeksters zelf altijd hebben benadrukt, één geheel. Zelfs indien ten aanzien van bepaalde aspecten van de onderhavige regelingen aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, van het Verdrag was voldaan, had de Commissie dus niet voor deze onderdelen afzonderlijk een ontheffing kunnen verlenen. Onder deze omstandigheden kwam een voorwaardelijke ontheffing evenmin in aanmerking.

#### Beoordeling door het Gerecht

- 262 Het is vaste rechtspraak dat de onderneming die om een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag verzoekt, op basis van bewijsstukken moet aantonen dat een ontheffing gerechtvaardigd is. Zo gezien, kan de Commissie niet worden verweten, dat zij geen alternatieve oplossingen heeft aangedragen, noch dat zij niet heeft aangegeven wat haars inziens de verlening van een ontheffing zou rechtvaardigen (zie arrest Hof van 17 januari 1984, gevoegde zaken 43/82 en 63/82, VBVB en VBBB, Jurispr. 1984, blz. 19, r. o. 52). De Commissie is uit hoofde van haar motiveringsverplichting enkel gehouden de gegevens, feitelijk en rechtens, te vermelden alsmede de overwegingen naar aanleiding waarvan zij haar beschikking heeft gegeven waarbij het verzoek om ontheffing wordt afgewezen, zonder dat verzoeksters kunnen verlangen dat zij ingaat op alle punten feitelijk en rechtens die zij in de loop van de administratieve procedure hebben aangevoerd (arrest Remia, reeds aangehaald, r. o. 26 en 44).
- 263 Bijgevolg dienen verzoeksters in casu aan te tonen dat de Commissie rechtens of feitelijk heeft gedwaald door te weigeren hun een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag te verlenen.

264 In dit verband moet worden beklemtoond, dat verzoeksters tijdens de administratieve procedure herhaaldelijk erop hebben gewezen, dat de regelingen een samenhangend geheel vormden, waarvoor als zodanig een ontheffing moest worden verleend. Zo gezien heeft de Commissie zich in haar beschikking terecht beperkt tot het onderzoek, of de beide onderdelen die de kern van de regelingen uitmaken en die specifiek ten doel hebben, de gestelde onevenwichtigheden van de markt op macro-niveau te corrigeren, namelijk de bescherming van de rechthebbende en de rekenvergoeding, al dan niet aan de in artikel 85, lid 3, van het Verdrag vastgestelde voorwaarden voor het verlenen van een ontheffing voldeden.

265 Bijgevolg dient het eerste onderdeel van het tweede middel te worden afgewezen.

Tweede onderdeel: miskennis van de voorwaarden voor de verlening van een ontheffing

266 Het Gerecht is van mening dat in de eerste plaats moet worden onderzocht, of de regelingen bijdragen tot verbetering van de produktie of van de verdeling der produkten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en in de tweede plaats of de regelingen de betrokken ondernemingen beperkingen opleggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn, en of zij deze ondernemingen de mogelijkheid geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken produkten de mededinging uit te schakelen, teneinde na te gaan of de Commissie terecht heeft geweigerd voor de regelingen een ontheffing te verlenen uit hoofde van artikel 85, lid 3, van het Verdrag.

267 Om te beginnen zij opgemerkt dat de vier voorwaarden voor de verlening van een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag cumulatieve voorwaarden zijn (zie in het bijzonder arrest Consten en Grundig, reeds aangehaald, en arrest Gerecht van 23 februari 1994, gevoegde zaken T-39/92 en T-40/92, CB en Euro-pay, Jurispr. 1994, blz. II-49, r. o. 110), en dat bijgevolg, reeds wanneer aan een van deze voorwaarden niet is voldaan, de beschikking tot afwijzing van verzoeksters verzoek om ontheffing, moet worden bevestigd. Om die reden zal het Gerecht meer in het bijzonder onderzoeken, of de Commissie terecht heeft geoordeeld, dat de regelingen niet een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen aan de

gebruikers ten goede lieten komen en dat de door de regelingen aan de aannemers opgelegde mededingingsbeperkingen voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar waren.

1) Bijdrage van de regelingen tot verbetering van de verdeling der produkten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang en het billijk aandeel in het voordeel voor de gebruikers

### Argumenten van partijen

268 Met betrekking tot de bijdrage van de regelingen tot verbetering van de verdeling der produkten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang brengen verzoeksters in herinnering, dat de gewraakte regelingen in hoofdzaak een tweeledig doel hebben: enerzijds het tegengaan van het „leuren” dat het gevolg is van de structureel zwakkere positie van de aanbodzijde dan van de vraagzijde en die tot een ruïneuze concurrentie kan leiden, en anderzijds het verbeteren van de transactiestructuur van de markt, door de transactiekosten zoveel mogelijk toe te rekenen aan het werk met het oog waarop zij zijn gemaakt. Het daartoe ingevoerde stelsel van rekenvergoedingen zet de aanbesteders ertoe aan, een afweging te maken van de baten en de kosten van het uitnodigen van een kleiner of groter aantal aanbidders, en dus de doelgroep van zijn uitnodigingen beter te bepalen, respectievelijk van de baten en de kosten van het al dan niet nauwkeurig specificeren van de vraagstelling, omdat de aanbesteder, daar de transactiekosten zichtbaar zijn gemaakt, weet dat hij de kosten daarvan moet dragen. Een dergelijk systeem leidt tot lagere totale transactiekosten die billijker zijn verdeeld, dan een systeem waarbij de door de aanbesteder veroorzaakte transactiekosten worden toegerekend aan de algemene kosten van de aannemers, die deze laatsten blind in al hun prijzen doorberekenen, waardoor zij de door enkelen veroorzaakte hoge transactiekosten laten dragen door alle aanbesteders. De doelstellingen van deze regelingen worden onderschreven door alle marktpartijen en de Nederlandse overheid zelf, omdat men zonder de verboden regelingen zou worden geconfronteerd met een ruïneuze concurrentie, dan wel met ondergrondse kartels om deze onevenwichtigheden te neutraliseren.

- 269 De Commissie heeft volgens hen een fout gemaakt, door enkel de gevolgen van het stelsel van rekenvergoedingen voor elke aanbesteding afzonderlijk te onderzoeken, zonder rekening te houden met het feit dat door dit stelsel de transactiekosten en dus de prijzen op macro-niveau worden verlaagd. De noodzaak van een onderzoek op macro-niveau wordt bevestigd door wetenschappelijke studies die enerzijds aantonen dat het stelsel de aanbesteders niet ervan afhoudt openbare inschrijvingen te organiseren — hetgeen wordt bevestigd door het feit dat de opschorting van het stelsel ten gevolge op de beschikking van de president van het Gerecht van 16 juli 1992 niet tot een toename van dit soort aanbestedingen heeft geleid — en anderzijds dat de algemene kosten, met inbegrip van de inschrijvingskosten, in een aantal omliggende Lid-Staten op hetzelfde niveau of hoger liggen dan de algemene kosten, vermeerderd met de rekenvergoedingen en organisatiebijdragen, in Nederland.
- 270 De Nederlandse bouwmarkt bewijst dat de gunstige effecten van de regelingen op de produktie en de technische en economische vooruitgang reëel zijn. De economische onderzoeken wijzen namelijk uit, dat de Nederlandse bouwmarkt verhoudingsgewijs zeer efficiënt functioneert en dat de arbeidsproductiviteit van deze sector tot de snelst stijgende in Europa behoort, terwijl de bouwkosten en -prijzen, alsook de winstmarges van deze sector juist tot de laagste in Europa behoren.
- 271 Zij betogen dat de Commissie, omdat zij een verkeerde voorstelling geeft van deze bij de regeling ingevoerde stelsels, van mening was dat zij niet voldeden aan de eerste voorwaarde voor de verlening van een ontheffing. Ter zake verwijzen zij naar de kritiek die zij hebben geuit in het kader van het tweede onderdeel van het eerste middel.
- 272 Met betrekking tot het billijk aandeel in het voordeel voor de gebruikers stellen verzoeksters dat de onjuiste beoordeling van de Commissie van deze voorwaarden wordt aangetoond door het feit dat de aanbesteders tevreden zijn met het functioneren van de markt en dat de enige aanbesteder die kritiek had (de gemeente Rotterdam) de voorkeur geeft aan aanpassing van de regelingen boven een integraal verbod ervan. Het criterium „billijk aandeel” is naar zijn aard geen „hard” criterium, zodat van een dwingende bewijsvoering vóór of tegen zelden sprake kan zijn.

Juist in dat licht zijn de zojuist genoemde factoren van groot belang. In repliek verklaren zij dat de grote aanbesteders, anders dan wellicht de particulieren, geen belang hebben bij het maximaal uitbuiten van de transactiestructuur van de bouwmarkt, wat hun een korte-termijn-voordeel zou opleveren, maar wel bij gezonde marktverhoudingen, en daarom unaniem voorstander van de regelingen zijn.

273 Anders dan de Commissie verklaart, is volgens verzoeksters door de studie van PRC aangetoond dat een stelsel van rekenvergoedingen geenszins onvoordeliger uitwerkt dan een stelsel waarbij de kosten voor gemiste werken door de inschrijver in zijn overhead worden verdisconteerd.

274 Bovendien miskent de Commissie, dat ook de opdrachtgever per saldo gediend is bij een aanbestedingsstelsel dat tot eenduidige en duidelijke uitkomsten leidt. Daar komt nog bij dat het anti-leurmechanisme bijdraagt tot het openen van de Nederlandse markt, omdat dit mechanisme het de aanbesteders moeilijker maakt, de Nederlandse aannemers ten nadele van de buitenlandse te bevoordelen.

275 Hier verwijzen verzoeksters ook nog naar hetgeen zij hebben verklaard in het kader van het tweede onderdeel van het eerste middel.

276 Concluderend stellen verzoeksters dat deze gehele analyse wordt bevestigd door de lage winstmarges van de Nederlandse aannemers, hetgeen bewijst dat de opbrengst van hun grote arbeidsproduktiviteit billijk tussen de aannemers en de aanbesteders wordt verdeeld.

- 277 Met betrekking tot de eerste voorwaarde antwoordt de Commissie, dat zij verzoeksters' argumenten betreffende de inhoud van de regelingen reeds in het kader van het tweede onderdeel van het eerste middel heeft weerlegd.
- 278 Zij preciseert dat zonder inzage in de rekenvergoedingen de aanbesteder, in de terminologie van verzoeksters, niet een „efficiënte afweging van baten en lasten” kan maken van de ene of andere vorm van aanbesteding. Verder geven de bij de UPR behorende tarieftabellen slechts maxima aan, zodat de aanbesteders op basis daarvan niet kunnen ramen, welke transactiekosten in feite daarmee gemoeid zullen zijn.
- 279 Verder kunnen de rekenvergoedingen volgens de Commissie opdrachtgevers ervan doen afzien om openbaar aan te besteden. In dit verband heeft verzoeksters' beroep op het feit dat het aantal openbare aanbestedingen als vervolg op de beschikking van de president van het Gerecht van 16 juli 1992 niet is toegenomen, niet veel betekenis, gelet op de duur van de betrokken periode.
- 280 Met betrekking tot de verdeling van de rekenvergoedingen merkt de Commissie nog op dat het verschil tussen het bedrag dat de aannemer ontvangt aan wie het werk wordt gegund, en de bedragen die aan de overige aannemers worden uitbetaald, ertoe leidt dat de positie van de aannemers aan wie werken zijn gegund, wordt versterkt ten opzichte van degene aan wie zij niet zijn gegund.
- 281 Bovendien is met het PRC-rapport niet aangetoond, hoe het stelsel van rekenvergoedingen de efficiëntie van het aanbestedingsproces bevordert, voor zover het betrekking heeft op het niveau van de algemene kosten, dat van zoveel verschillende factoren afhankelijk is dat een dergelijke conclusie onmogelijk uit dit rapport getrokken kan worden.

- 282 Verzoeksters hebben haars inziens overigens niet aangetoond dat de goede prestaties die kenmerkend zijn voor de Nederlandse bouwsector als geheel, kunnen worden toegeschreven aan de regelingen, en zij betwist dat de regelingen tot tevredenheid van alle betrokken partijen functioneren. Dit laatste wordt in het bijzonder bewezen door de klacht van de gemeente Rotterdam en de interventie van Dennendael BV in onderhavige procedure.
- 283 Met betrekking tot de tweede voorwaarde is de Commissie van mening dat het feit dat sommige aanbesteders de voorkeur geven aan aanpassingen van de regelingen boven een integraal verbod, nog geen reden is om te stellen dat aan deze voorwaarde is voldaan. De interventie van Dennendael BV toont nog eens aan, dat bepaalde aanbesteders zeer kritisch staan ten opzichte van de regelingen, die voor hen aanzienlijke en onnodige kostenverhogingen meebrengen.
- 284 Bovendien is het niveau van de winstmarges van de Nederlandse bouwsector als geheel van zoveel factoren afhankelijk, dat daaruit onmogelijk conclusies kunnen worden getrokken met betrekking tot de vraag of een billijk aandeel in de beweerde voordelen de gebruikers ten goede komt.
- 285 Voor het overige verwijst de Commissie naar haar antwoord op het tweede onderdeel van het eerste middel.

### Beoordeling door het Gerecht

- 286 Het Gerecht brengt in herinnering dat het gelet op het cumulatieve karakter van de vier voorwaarden welke in artikel 85, lid 3, van het Verdrag voor de verlening van een ontheffing worden gesteld, zijn onderzoek meer in het bijzonder zal richten op de voorwaarde betreffende het billijke aandeel in het voordeel voor de gebruikers.

287 De argumenten van verzoeksters en van de Commissie liggen op verschillende niveaus. Verzoeksters baseren hun argumenten op een onderzoek op macro-niveau van de voordelen die volgens hen uit de regelingen kunnen voortvloeien. Zij verwijzen naar onderzoeken op macro-niveau, zoals dat van PRC. Zij zijn van mening dat de prestaties van de Nederlandse bouwsector met zijn lage prijzen en zeer geringe winstmarges het gunstige effect van de regelingen bewijst. Volgens hen zijn deze betere prestaties het gevolg van de regelingen, vooral omdat daardoor kan worden voorkomen dat in Nederland ondergrondse kartels worden overeengekomen, zoals wel zou gebeuren in andere Lid-Staten van de Gemeenschap. Daarentegen liggen de argumenten van de Commissie op micro-niveau, omdat zij elke aanbesteder als uitgangspunt neemt en de effecten van de regelingen voor zijn positie onderzoekt. Zij is van mening dat deze micro-benadering de enig mogelijke benadering is, omdat zij categorisch weigert te aanvaarden, zulks anders dan verzoeksters, dat ondergrondse kartels tussen de aannemers in de bouwsector onvermijdelijk zijn en dat de regelingen de verdienste hebben dat zij dergelijke kartels verhinderen. Bovendien is zij van mening, dat verzoeksters niet erin zijn geslaagd, om een verband tussen de regelingen en de prestaties van de Nederlandse bouwsector aan te tonen, omdat deze aan andere factoren kunnen worden toegeschreven.

288 Gelet op deze verschillen in benadering van de regelingen, die tot uiteenlopende oordelen leiden omtrent de vraag of deze regelingen in aanmerking kunnen komen voor een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag, zij eraan herinnerd dat de toetsing door het Gerecht van ingewikkelde economische beoordelingen door de Commissie in het kader van de haar bij artikel 85, lid 3, van het Verdrag toegekende beoordelingsmarge met betrekking tot elk van de daarin genoemde vier voorwaarden, dient te worden beperkt tot de vraag of de procedurevoorschriften in acht zijn genomen, of de motivering afdoende is, of de feiten juist zijn weergegeven en of er geen sprake is van een kennelijk onjuiste beoordeling dan wel van misbruik van bevoegdheid (zie arrest Hof van 17 november 1987, gevoegde zaken 142/84 en 156/84, BAT en Reynolds, Jurispr. 1987, blz. 4487, en arrest CB en Europay, reeds aangehaald, r. o. 109).

289 In casu dient het Gerecht dus na te gaan, of de feiten waarop de Commissie haar beschikking tot afwijzing van het verzoek om ontheffing heeft gebaseerd, materieel juist zijn en of de beoordeling van de Commissie niet kennelijk onjuist is, waar zij



de regelingen niet op macro-niveau heeft onderzocht, zoals verzoeksters hebben voorgesteld, doch op micro-niveau.

290 Ter zake stelt het Gerecht in de eerste plaats vast, dat de Commissie terecht van mening was dat voor het onderzoek van de effecten van de onderhavige regelingen niet als uitgangspunt diende te worden genomen dat zonder deze regelingen op de Nederlandse bouwmarkt nog ernstigere inbreuken op artikel 85, lid 1, van het Verdrag zouden worden begaan, en dat zij zich op het standpunt mocht stellen dat het overeenkomen van ondergrondse kartels niet onvermijdelijk was.

291 In de tweede plaats stelt het Gerecht vast, dat de Commissie eveneens terecht van oordeel was dat verzoeksters niet erin zijn geslaagd, onder meer met behulp van de door hen overgelegde rapporten op macro-niveau, om een oorzakelijk verband tussen de regelingen en de prestaties van de Nederlandse bouwsector aan te tonen, die, zo deze prestaties al zijn aangetoond, aan een groot aantal andere factoren kunnen worden toegeschreven. Zo blijkt uit het eerste rapport van PRC (verzoekschrift, bijlage 11, blz. 13), dat in Nederland de productie per productief uur zeer hoog is en bouwmaterialen er goedkoper zijn dan in de omliggende landen. Bovendien blijkt uit het rapport van 22 januari 1993 (bijlage 2 bij de repliek, blz. 22-24), dat volgens dit rapport de beste maat voor vergelijking van de efficiëntie van de organisatie van het bouwproces wellicht is de transactiekosten te betrekken op de „productiekosten” van de aannemer. Welnu dit rapport laat zien, dat de Nederlandse markt vanuit dit oogpunt niet efficiënter is dan de Franse markt en minder efficiënt dan de Belgische markt, op welke markten niet een soortgelijke regeling bestaat als de regelingen waarop deze procedure betrekking heeft.

292 Gelet op deze twee factoren heeft de Commissie, door akte te nemen van verzoeksters' verklaring op basis van de door hen voorgestelde analyse op macro-niveau, dat de regelingen gunstige effecten hebben gehad, en door hun analyse te vergelijken met een analyse op micro-niveau, waarbij concreet per aanbesteding werd onderzocht welke praktische gevolgen de regelingen voor de mededinging hadden (beschikking, punten 76 en 120-123), zich niet schuldig gemaakt aan een kennelijk onjuiste beoordeling.

- 293 In het bijzonder dient te worden beklemtoond dat de juistheid van de benadering van de Commissie onder meer blijkt uit het feit dat verzoeksters herhaaldelijk te kennen hebben gegeven, dat het stelsel van bescherming van de rechthebbende diende te verhinderen dat de prijzen een onverantwoord niveau zouden bereiken, hetgeen erop duidt dat verzoeksters zelf erkennen dat dit aspect van de regelingen ten doel heeft de prijzen op een hoger niveau te handhaven dan het niveau dat zou ontstaan na een niet door de regelingen beïnvloede mededinging. Het voordeel van het tegengaan van „leuren” komt dus, zo dit al geoorloofd is, ten goede aan de aannemers. Bovendien kan de aanbesteder ten gevolge van dit stelsel enkel met de rechthebbende onderhandelen, terwijl hij zonder deze regelingen zowel met de rechthebbende als met de andere aan de vergadering deelnemende aannemers over hun aanbieding had kunnen onderhandelen.
- 294 Verzoeksters kunnen hiertegen niet inbrengen dat dergelijke onderhandelingen noodzakelijkerwijze zouden leiden tot een ruïneuze concurrentie die zich uiteindelijk tegen de aanbesteders zelf zou keren. Zoals de Commissie namelijk heeft opgemerkt, kan de normale concurrentie onmogelijk worden onderscheiden van de ruïneuze concurrentie. Elke concurrentie is potentieel ruïneus voor de minst efficiënte ondernemingen. Daarom moet verzoeksters' bestrijding van wat zij als ruïneuze concurrentie kwalificeren, noodzakelijkerwijze de mededinging beperken en dus de gebruikers de voordelen van die mededinging ontnemen.
- 295 Eveneens dient te worden beklemtoond, dat de gestelde beperking van de transactiekosten nagenoeg uitsluitend ten goede komt aan de aannemers. Door deze transactiekosten volledig te laten dragen door de aanbesteder, maakt het ingevoerde systeem namelijk een vermindering van de transactiekosten mogelijk die zonder dit systeem zouden moeten worden gedragen door de aannemers, in het bijzonder wanneer een werk hun niet wordt gegund. Bijgevolg worden hier kosten van de aanbodzijde naar de vraagzijde overgedragen. Weliswaar ontbeert deze kostenoverdracht niet elke economische rechtvaardiging, voor zover de hoogte van de transactiekosten onder meer verband houdt met het aantal aannemers dat wordt gevraagd door de aanbesteder, die deze kosten dus als enige kan beperken, doch dat neemt niet weg dat een dergelijke beperking van de transactiekosten veronderstelt dat de aanbesteder het aantal aannemers dat hij vraagt, beperkt, hetgeen een beperking van zijn keuze en dus van de mededinging oplevert. Ook al kan deze beperking tot een verlaging van de transactiekosten van de aanbesteder leiden, voor zover hij een geringer aantal aanbiedingen moet onderzoeken, dit voordeel is zeer gering vergeleken met de nadelen die hij moet dragen en met het voordeel dat de aannemers aan dit systeem ontnemen.

- 296 Bovendien kan het voordeel dat de aanbesteders worden geacht te ontlene n aan het feit dat de aannemers de calculatiekosten die zij hebben moeten dragen voor alle werken die niet aan hen zijn gegund, niet meer in hun algemene kosten behoeven te verdisconteren, het nadeel dat zij lijden ten gevolge van het feit dat zij de kosten voor de rekenvergoedingen moeten betalen, enkel voor die opdrachtgevers compenseren, die regelmatig een groot aantal werken in het kader van de regelingen aanbesteden. De opdrachtgever die slechts zelden werken aanbesteedt, moet noodzakelijkerwijze rekenvergoedingen betalen die veel hoger zijn dan het voordeel dat hij kan ontlene n aan het feit dat de aannemer aan wie het werk wordt gegund, dankzij dit systeem zijn algemene kosten en dus het bedrag van zijn prijsaanbieding heeft kunnen verlagen. Bovendien heeft dit systeem tot gevolg, dat de aanbesteders die het nodig vinden om een groot aantal aannemers te vragen, noodzakelijkerwijze rekenvergoedingen moeten betalen die veel hoger zijn dan de kosten die zij zonder dit systeem zouden hebben moeten dragen.
- 297 Bovendien zij in herinnering gebracht, dat de Commissie terecht van oordeel was, dat dit systeem tot minder openbare aanbestedingen leidt (zie hiervoor, r. o. 232) en dat de periode na de beschikking van de president van het Gerecht niet veel betekenis had.
- 298 Bijgevolg maakt het stelsel van rekenvergoedingen, zelfs indien het tot een algemene verlaging van de transactiekosten op de markten zou leiden, niet een billijke verdeling van deze verlaging tussen de aannemers en de aanbesteder mogelijk.
- 299 In tegenstelling tot hetgeen verzoeksters verklaren, wordt hun standpunt niet door alle marktpartijen gedeeld. Uit de klacht die de gemeente Rotterdam bij de Commissie heeft ingediend, blijkt duidelijk dat eerstgenoemde zich verzet tegen de handhaving van het stelsel van rekenvergoedingen, zoals dat door verzoeksters wordt gehanteerd. Zij houdt in het bijzonder staande, dat het bedrag van de rekenvergoedingen buitensporig is en dat er geen enkele rechtvaardiging is voor het feit dat deze vergoedingen niet op basis van het laagste blankcijfer worden berekend, doch op basis van het gemiddelde van de door de verschillende aannemers ingediende blankcijfers.

300 Uit het voorgaande volgt, dat de Commissie terecht van oordeel was, dat de regelingen, in het bijzonder voor zover daarin een door de aanbesteders gedragen rekenvergoeding en een bescherming van de rechthebbende tegen onderhandelingen die de aanbesteder zou kunnen voeren met andere aan de vergadering deelnemende aannemers worden voorzien, niet een billijk aandeel van de voordelen die daaruit kunnen voortvloeien, de gebruikers ten goede laten komen.

2) Onmisbaarheid van de beperkingen en ontbreken van mogelijkheid de mededinging uit te schakelen

### Argumenten van partijen

301 Met betrekking tot de aangemelde regelingen stellen verzoeksters, dat de mededingingsbeperkingen onmisbaar zijn om de doelstellingen daarvan te bereiken, namelijk het „leuren” tegen te gaan en de efficiëntie van de transactiestructuur van de markt te verbeteren. De Commissie kent niet het juiste gewicht toe aan het stelsel van bescherming van de rechthebbende en dat van de rekenvergoedingen, terwijl zij ook geen juist beeld heeft van de rol van het Garantiefonds. Met betrekking tot het eerste stelsel achten zij het normaal, dat het slechts een rol speelt bij vergelijkbare aanbiedingen en achten zij punt 125 van de beschikking dus onjuist. Met betrekking tot het tweede stelsel verklaren verzoeksters dat juist het forfaitaire en globale karakter van de vergoeding de mogelijkheid biedt om de mededinging te bevorderen, anders dan een systeem van individualisering van de vergoedingen, dat, in tegenstelling tot hetgeen in punt 126 van de beschikking wordt verklaard, onuitvoerbaar is. De regeling betreffende onderaanneming bevestigt de stelling van de Commissie evenmin.

302 Verzoeksters herinneren eraan, dat zij de Commissie hebben laten weten dat zij bereid waren tot overleg over de noodzakelijkheid van de verschillende onderdelen van de regelingen, en dat zij in dit kader een aantal wijzigingen hadden voorgesteld die betrekking hadden op de hoofdbestanddelen van het systeem. In antwoord op deze voorstellen heeft de Commissie te verstaan gegeven dat zij van plan was de regelingen integraal te verbieden, waardoor iedere discussie over de onmisbaarheid van bepaalde aspecten van de regelingen zinloos werd. Door te weigeren omtrent deze wijzigingsvoorstellen in discussie te treden, heeft de Commissie de voor-

waarde betreffende de onmisbaarheid van de vastgestelde mededingingsbeperkingen onjuist beoordeeld.

- 303 De Commissie kan volgens hen niet stellen dat de door de SPO ingediende wijzigingsvoorstellen in de onderhavige procedure niet aan de orde kunnen komen. Gelet op de omstandigheden van het onderhavige geval, moet het handelen van de Commissie in het kader van de administratieve procedure in zijn totaliteit aan de beoordeling van het Gerecht worden onderworpen, zonder hetwelk verzoeksters' rechten van de verdediging zouden worden geschonden. Dit zou namelijk de enige mogelijkheid zijn om de afwijzing van de door de SPO ingediende wijzigingsvoorstellen door het Gerecht te laten toetsen, omdat verzoeksters tegen de verschillende administratieve brieven waarbij deze voorstellen werden afgewezen, geen beroep ex artikel 173 van het Verdrag konden instellen (zie arrest Gerecht van 13 december 1990, zaak T-116/89, Vereniging Prodifarma e. a., Jurispr. 1990, blz. II-843).
- 304 Gegeven de omstandigheden van het onderhavige geval kan hun niet worden verweten dat zij de wijzigingsvoorstellen niet in de regelingen hebben ingevoerd, noch dat zij de aanmelding van de regelingen niet formeel hebben gewijzigd. Gelet op de verstrekkende gevolgen van deze wijzigingen voor de SPO-organisatie en het aldaar werkzame personeel, was het namelijk zinvol noch mogelijk om een geheel gewijzigd UPR te ontwerpen, alvorens althans op hoofdlijnen het fiat van de Commissie te hebben verkregen. Bovendien heeft de SPO deze voorstellen uitdrukkelijk aan de Commissie voorgelegd in het kader van haar op 13 januari 1988 verzichte aanmelding, waarbij zij te kennen gaf dat zij bereid was de aangemelde regelingen te wijzigen conform de aan de Commissie voorgelegde voorstellen, zodra de Commissie daarvoor het groene licht zou geven.
- 305 Vervolgens verklaren zij, waarom hun voorstellen tot wijziging van de regelingen van dien aard waren dat zij voldeden aan de eisen van artikel 85, lid 3, van het Verdrag.
- 306 Verzoeksters concluderen dat deze wijzigingen de aannemers iedere — theoretische — mogelijkheid tot vervalsing van de mededinging ontnamen.

- 307 In antwoord hierop verwijst de Commissie naar de inhoud van de beschikking (punten 124-128) en de weerlegging van het tweede onderdeel van het eerste middel. Zij herhaalt in het bijzonder dat een systeem waarin alle aannemers die een aanbidding hebben ingediend, een vergoeding ten laste van de opdrachtgever ontvangen, niet bijdraagt tot de efficiëntie van het aanbestedingsproces. De door het Garantiefonds verrichte betalingen wanneer het werk aan een buitenstaander wordt gegund, bieden de bij de SPO aangesloten inschrijvers een collectieve verweermogelijkheid tegen buitenstaanders.
- 308 De Commissie antwoordt dat naar aanleiding van de door verzoeksters gedane voorstellen tot wijziging van de regelingen overleg met haar diensten heeft plaatsgevonden, doch dat zij haar bezwaren tegen de regelingen niet hebben kunnen wegnemen. Daarom zijn deze voorstellen door de diensten van de Commissie verworpen.
- 309 De Commissie voegt hieraan toe, dat verzoeksters de voorgestelde wijzigingen niet in de regelingen hebben ingevoerd en evenmin de aanmelding van de regelingen hebben gewijzigd, zodat er voor de Commissie geen reden bestond om in de beschikking op de wijzigingsvoorstellen in te gaan. De beschikking heeft dan ook uitsluitend betrekking op de regelingen zoals deze luiden ten tijde van de beschikking, en niet op de wijzigingsvoorstellen van verzoeksters. In dat kader waren de wijzigingsvoorstellen niet relevant (vgl. arrest Gerecht van 9 juli 1992, zaak T-66/89, Publishers Association, Jurispr. 1992, blz. II-1995, r. o. 90). Aldus heeft de Commissie verzoeksters niet een rechtsmiddel tegen de weigering van hun wijzigingsvoorstellen onthouden, omdat de invoering van deze wijzigingen in de regelingen of de wijziging van de aanmelding hadden volstaan om de Commissie te dwingen zich hierover uit te spreken, op straffe dat zij hiertoe zou worden gedwongen door een beroep wegens nalaten (vgl. arrest Gerecht van 12 juli 1991, zaak T-23/90, Peugeot, Jurispr. 1991, blz. II-653). Wijziging van de aanmelding was noodzakelijk, omdat enkel voor daadwerkelijk aangemelde overeenkomsten een ontheffing kan worden verleend. Verzoeksters hadden kunnen volstaan met een wijziging van de aanmelding zonder de voorgestelde wijzigingen onmiddellijk in werking te laten treden, wanneer invoering ervan op praktische moeilijkheden zou stuiten.

## Beoordeling door het Gerecht

- 310 Het Gerecht stelt vast — zulks ten overvloede, waar de regelingen niet een billijk aandeel van de voordelen ten goede laten komen aan de gebruikers — dat de door de regelingen teweeggebrachte mededingingsbeperkingen evenmin onmisbaar zijn voor het bereiken van de doelstellingen die zij volgens verzoeksters hebben, namelijk het verbeteren van de transactiestructuur van de markt door de transactiekosten te beperken, en het tegengaan van „leuren”, dat een ruïneuze concurrentie zou veroorzaken. De Commissie was namelijk terecht van oordeel, dat de door haar vastgestelde ernstige concurrentiebeperkingen niet onmisbaar waren om de door de regelingen nagestreefde doelstellingen te bereiken.
- 311 In dit verband zij in de eerste plaats opgemerkt, dat het feit dat de gehele procedure die moet leiden tot de vaststelling van een rechthebbende, buiten de aanbesteder om wordt afgewikkeld, in geen enkel opzicht onmisbaar lijkt om de doelstellingen ervan te bereiken. Immers, de aanbesteder zelf is het best in staat met de aannemers een oordeel te vellen over de vergelijkbaarheid van hun prijsaanbiedingen, zich ervan te vergewissen dat de tijdens de vergadering uitgewisselde informatie de mededinging niet aantasten en te voorkomen dat de prijzen waartegen de verschillende aannemers hebben ingeschreven, worden gewijzigd om het concurrentievoordeel van sommigen te vergroten of het concurrentienadeel van anderen te verminderen.
- 312 In de tweede plaats zij opgemerkt dat het feit dat in het kader van het reglement betreffende de onderaanneming enkel de onderaannemers die een aanbieding hebben ingediend bij de hoofdaannemer aan wie het werk wordt gegund, in aanmerking komen voor een rekenvergoeding, erop duidt dat verzoeksters zelf niet van mening zijn, dat het voor de verbetering van de transactiestructuur van de markt onmisbaar is om bij iedere opdrachtgever alle calculatiekosten die in verband met zijn offerteaanvraag zijn gemaakt, in rekening te brengen. Bovendien hebben verzoeksters niet kunnen aantonen, dat het bedrag van de rekenvergoedingen globaal overeenkwam met het gemiddelde van de door de aannemers werkelijk gemaakte kosten. In dit verband zij opgemerkt, dat de verschillende berekeningsgrondslagen van deze vergoedingen zeer hoog lijken, zoals de gemeente Rotterdam in haar

klacht heeft beklemtoond. Het feit dat de voor de berekening van de rekenvergoeding toegepaste tarieftabellen maxima aangeven die niet altijd worden bereikt, terwijl de aanbesteder niet wordt meegedeeld welk tarief is toegepast en hij geen enkel verweermiddel heeft tegen de toepassing van het maximumtarief, toont bovendien aan dat in de regelingen geen enkele voorziening is getroffen om te verzekeren dat de rekenvergoeding niet hoger uitvalt dan noodzakelijk is om de transactiekosten van de verschillende aannemers te dekken.

- 313 Er zij aan herinnerd dat de bescherming van de rechthebbende speelt na een onderlinge afstemming tussen de aannemers die een aanbieding wensen te doen, waarvan de aanbesteder is uitgesloten, en die gemeenschappelijke besluiten van uitsluitend de aannemers in de plaats stellen van de keuze van de aanbesteder.
- 314 Uit het voorgaande volgt dat de beperkingen van de mededinging, die zijn vervat in de door verzoeksters bij de Commissie aangemelde regelingen, niet onmisbaar zijn voor het bereiken van de door die regelingen nagestreefde doelstellingen.
- 315 Bijgevolg dienen de ter zake door verzoeksters aangevoerde grieven te worden afgewezen.
- 316 Voorts is het Gerecht van mening, dat de Commissie in de bestreden beschikking terecht geen uitspraak heeft gedaan over de wijzigingsvoorstellen die verzoeksters in het kader van hun overleg met de Commissie tussen april 1991 en januari 1992 hebben ingediend, voor zover verzoeksters hun eerste aanmelding niet hadden ingetrokken, noch deze wijzigingen formeel bij de Commissie hadden aangemeld. Bijgevolg bleef de Commissie verplicht, zich uit te spreken omtrent de regelingen zoals zij waren aangemeld, en was zij bij gebreke van een formele aanmelding niet



bevoegd om uitspraak te doen over de verenigbaarheid van de wijzigingsvoorstellen met artikel 85, lid 3, van het Verdrag.

- 317 Bijgevolg kunnen verzoeksters de Commissie niet verwijten dat zij zich slechts heeft uitgesproken over de regelingen, zoals zij zijn aangemeld.
- 318 Zoals de Commissie heeft opgemerkt, wordt door deze oplossing verzoeksters niet een rechtsmiddel onthouden om de informele afwijzing van hun wijzigingsvoorstellen door de Commissie te laten toetsen aan artikel 85, lid 3, van het Verdrag. Indien verzoeksters deze afwijzing door het Gerecht hadden willen laten beoordelen, was het voldoende geweest om deze wijzigingen in de regelingen op te nemen en deze opnieuw aan te melden dan wel de aanmelding te wijzigen. Indien de Commissie ten aanzien van dergelijke aanmeldingen geen uitspraak deed, zouden verzoeksters haar hebben kunnen dwingen om haar stilzwijgen te beëindigen door een beroep wegens nalaten in te stellen (arrest Peugeot, reeds aangehaald).
- 319 Verzoeksters kunnen zich evenmin beroepen op het feit dat een onmiddellijke wijziging van de regelingen te ingrijpende consequenties zou hebben gehad voor de werking ervan en dat zij een dergelijke wijziging dus niet konden aanbrengen zonder garantie dat zij een ontheffing van de Commissie zouden verkrijgen. Om de Commissie te verplichten zich uit te spreken over de door verzoeksters ingediende wijzigingen is het namelijk niet noodzakelijk dat zij deze regelingen ook inderdaad in werking laten treden, doch enkel dat zij deze vaststellen en formeel bij de Commissie aanmelden.
- 320 Uit het voorgaande volgt dat, gelet op het cumulatieve karakter van de vier voorwaarden voor de verlening van een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag, het tweede onderdeel van het tweede door verzoeksters aangevoerde middel dient te worden afgewezen, zonder dat behoeft te worden onderzocht of aan de vierde voorwaarde is voldaan.

## Derde onderdeel: schending van het evenredigheids- en het subsidiariteitsbeginsel

## Argumenten van partijen

- 321 Verzoeksters stellen dat de Commissie, door te weigeren voor de regelingen een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag te verlenen, in strijd met het evenredigheids- en het subsidiariteitsbeginsel heeft gehandeld.
- 322 Met betrekking tot het evenredigheidsbeginsel betogen zij, dat de Commissie, door te weigeren om voor de regelingen een ontheffing te verlenen en door deze integraal te verbieden, verder is gegaan dan nodig is om de doelstellingen van het Verdrag te verwezenlijken, of zelfs een resultaat heeft bereikt dat, gelet op de bijzondere kenmerken van de betrokken sector, in strijd is met deze doelstellingen. Dit wordt bewezen door de stellingnames van de verschillende marktpartijen, die alle tegen een integraal verbod van de regelingen waren. Door een rigide en abstracte opvatting betreffende mededinging te verdedigen, die elke maatregel tot ordening van de mededinging op een markt belet, heeft de Commissie het evenredigheidsbeginsel genegeerd, dat vereist dat de Commissie een „werkzame mededinging” bevordert. Voorts heeft de Commissie het evenredigheidsbeginsel geschonden door niet eens de mogelijkheid van verlening van een ontheffing onder voorwaarden, respectievelijk een ontheffing voor een beperkte periode, vergezeld van een rapportageverplichting, te overwegen. De Commissie heeft het evenredigheidsbeginsel ook geschonden door haar ingrijpen niet te beperken tot het strikt noodzakelijke teneinde de vrije toegang tot de Nederlandse bouwmarkt vanuit andere Lid-Statens te waarborgen. Temeer daar in het onderhavige geval uitsluitend de belangen van één enkele nationale markt in het geding zijn, en het ten aanzien van die nationale markt te voeren mededingingsbeleid nauw samenhangt met het orderingsbeleid — op welk gebied de Commissie geen bevoegdheden heeft — had de Commissie zich bij haar ingrijpen terughoudend dienen op te stellen.
- 323 Met betrekking tot het subsidiariteitsbeginsel verklaren verzoeksters dat de Nederlandse overheid op grond van haar ervaring met de Nederlandse bouwmarkt veel beter dan de Commissie in staat was, het mededingingsrecht op de onderhavige

regelingen toe te passen. De Nederlandse overheid kan niet worden verweten dat zij niet is opgetreden ter bescherming van de mededinging, omdat zij bepaalde aspecten van de regelingen die zij in strijd met het nationale mededingingsrecht achtte, heeft verboden.

- 324 Ten slotte voegen zij hieraan toe, dat schendingen van het subsidiariteitsbeginsel door de rechter moeten worden veroordeeld en dat de Commissie, gelet op het feit dat het beginsel volgens de Commissie zelf impliciet reeds bestond voordat het uitdrukkelijk in artikel 3 B, tweede alinea, van het EG-Verdrag werd opgenomen, niet kan stellen dat een beschikking van vóór de inwerkingtreding van het Verdrag betreffende de Europese Unie, dat deze bepaling heeft ingevoerd, niet aan dit beginsel kan worden getoetst.
- 325 De Commissie antwoordt dat verzoeksters met dit middel opkomen tegen de opportuniteit van deze beschikking en dat dit middel niet ter zake dienend is, wanneer haar beoordelingen met betrekking tot artikel 85, leden 1 en 3, wettig zijn.
- 326 Met betrekking tot het subsidiariteitsbeginsel betoogt zij dat het niet behoort tot de algemene rechtsbeginselen waaraan gemeenschapshandelingen moeten worden getoetst.

### Beoordeling door het Gerecht

- 327 Het Gerecht is van oordeel dat, waar het heeft vastgesteld dat de Commissie terecht van oordeel was dat de aangemelde regelingen niet voldeden aan de tweede

en de derde voorwaarde die noodzakelijk zijn voor de verlening van een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag, er geen sprake meer kan zijn van een schending van het evenredigheidsbeginsel, te meer omdat verzoeksters tijdens de administratieve procedure en de procedure voor het Gerecht hebben staande gehouden dat de regelingen een geheel vormen waarvan de verschillende bestanddelen niet kunstmatig kunnen worden geïsoleerd.

328 Verder zijn de argumenten die verzoeksters hebben aangevoerd om de opportuniteit van de beschikking te bestrijden, zoals de Commissie heeft opgemerkt, gebaseerd op het — onjuiste — idee dat alle marktpartijen voor handhaving van de regelingen zijn, terwijl zowel de gemeente Rotterdam als de consumentenorganisaties van mening waren dat zij sterk moesten worden gewijzigd om voor een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag in aanmerking te kunnen komen.

329 Uit het voorgaande volgt dat verzoeksters' grief betreffende de schending van het evenredigheidsbeginsel moet worden afgewezen.

330 Aangaande de schending van het subsidiariteitsbeginsel stelt het Gerecht vast dat artikel 3 B, tweede alinea, van het EG-Verdrag op het tijdstip waarop de beschikking werd vastgesteld, nog niet in werking was getreden en dat daaraan geen terugwerkende kracht mag worden verleend.

331 Bovendien kon het subsidiariteitsbeginsel, in tegenstelling tot hetgeen verzoeksters verklaren, voor de inwerkingtreding van het Verdrag betreffende de Europese Unie niet worden beschouwd als een algemeen rechtsbeginsel waaraan gemeenschaps-handelingen moesten worden getoetst.

332 Bijgevolg moet verzoeksters' grief, ontleend aan schending van het subsidiariteitsbeginsel, worden afgewezen.

333 Uit al het voorgaande volgt dat het tweede middel van verzoeksters, ontleend aan schending van artikel 85, lid 3, van het Verdrag, moet worden afgewezen.

*Derde middel: schending van de artikelen 4, lid 2, sub 1, en 15, lid 2, van verordening nr. 17*

Eerste onderdeel: ontbreken van inbreuk en boete-immuniteit

Argumenten van partijen

334 Verzoeksters brengen in herinnering dat zij in het kader van hun eerste middel hebben aangetoond, dat zij geen inbreuk hebben begaan. Indien dit middel gegrond wordt verklaard, moet de hun opgelegde geldboete dus worden ingetrokken.

335 De Commissie heeft volgens hen artikel 4, lid 2, sub 1, van verordening nr. 17 geschonden, door aan te nemen dat de aan de UPR voorafgaande regelingen aanmeldingsplichtig waren in de zin van lid 1 van dit artikel. Aangezien de regelingen besluiten van ondernemersverenigingen waren, waren zij van aanmelding vrijgesteld, omdat de leden van de onderhavige vereniging allen, op een uitzondering na (ZNAV), tot dezelfde Lid-Staat behoren, aangezien in de betrokken periode bij geen van deze verenigingen ooit een buitenlandse aannemer als lid aangesloten is geweest.

- 336 Indien de deelneming aan de regelingen als criterium moet worden aangehouden, zoals de Commissie beweert, betogen zij subsidiair dat geen enkele buitenlandse aannemer gedurende de betrokken periode ooit aan ten minste drie regelingen heeft deelgenomen, en dat de Commissie ten aanzien van de overige regelingen niet heeft aangetoond dat dit wel het geval was en zeker niet dat dit gedurende de gehele periode het geval was.
- 337 Gelet op de toepasselijkheid van artikel 4, lid 2, van verordening nr. 17, kan de Commissie verzoeksters niet verwijten dat zij indertijd de diverse aan de UPR voorafgaande regelingen niet hebben aangemeld. Verzoeksters konden immers in redelijkheid menen dat niet-aanmelding de mogelijkheid van verlening van een ontheffing niet blokkeerde. Wil de Commissie in het licht van het bepaalde in artikel 4, lid 2, in het onderhavige geval de oplegging van geldboetes kunnen rechtvaardigen, dan had zij ten minste moeten aantonen dat elk der verzoeksters reeds vele jaren geleden had moet beseffen, dat de aan de UPR voorafgaande regelingen nimmer voor ontheffingen in aanmerking hadden kunnen komen. Daarin is de Commissie niet geslaagd.
- 338 De Commissie herinnert er om te beginnen aan, dat zij het bestaan van een inbreuk op artikel 85, lid 1, van het Verdrag rechtens genoegzaam heeft aangetoond.
- 339 Wat de schending van artikel 4, lid 2, sub 1, van verordening nr. 17 betreft, is verzoeksters' betoog niet relevant, voor zover de geldboetes betrekking hebben op de periode tussen 1 april 1987 en 13 januari 1988.
- 340 De Commissie voegt daaraan toe, dat zelfs indien de oude regelingen niet behoeften te worden aangemeld — quod non —, artikel 4, lid 2, sub 1, van verordening nr. 17 in geen enkel opzicht een boete-immuniteit verleent, omdat de oude regelingen nooit voor een ontheffing in aanmerking hadden kunnen komen, omdat zij nog ernstigere mededingingsbeperkingen bevatten dan de UPR, waarvoor een ontheffing eveneens is geweigerd.

- 341 De aanmeldingsvrijstelling uit hoofde van artikel 4, lid 2, sub 1, van verordening nr. 17 houdt niet in, dat ter zake van de betrokken overeenkomst of het betrokken besluit geen geldboete kan worden opgelegd.

#### Beoordeling door het Gerecht

- 342 Het Gerecht stelt vast dat blijkens de rechtspraak van het Hof het in artikel 15, lid 5, sub a, van verordening nr. 17 vervatte verbod om geldboetes op te leggen enkel geldt voor overeenkomsten die daadwerkelijk zijn aangemeld en niet voor overeenkomsten die krachtens artikel 4, lid 2, sub 1, van deze verordening van aanmelding zijn vrijgesteld (arrest Hof van 10 december 1985, gevoegde zaken 240/82-242/82, 261/82, 262/82, 268/82 en 269/82, Stichting Sigarettenindustrie e. a., Jurispr. 1985, blz. 3831, r. o. 73-78).
- 343 Zelfs indien de oude regelingen onder de werkingssfeer van artikel 4, lid 2, van verordening nr. 17 vielen, kon de Commissie verzoeksters, die deze hebben toegepast, bijgevolg geldboetes opleggen, nu die regelingen niet waren aangemeld.
- 344 Bovendien herinnert het Gerecht eraan, dat de Commissie terecht van oordeel was dat de regelingen een inbreuk op artikel 85, lid 1, van het Verdrag opleverden.
- 345 Bijgevolg moet dit onderdeel van het middel worden afgewezen.

## Tweede onderdeel: ontbreken van opzet of onachtzaamheid

## Argumenten van partijen

346 Verzoeksters merken op dat de Commissie in haar beschikking heeft gesteld dat verzoeksters de inbreuken „opzettelijk, of tenminste uit ernstige onachtzaamheid”, dat wil zeggen aan opzet grenzende onachtzaamheid, hebben gepleegd. Zij wijzen erop dat de hoogte van de geldboete is vastgesteld op basis van deze beoordeling, terwijl er evenwel van onachtzaamheid, laat staan van ernstige onachtzaamheid, geen sprake was. De Commissie had moeten aantonen, dat zij zich ervan bewust waren, of zich ervan bewust hadden moeten zijn, dat de regelingen onder artikel 85, lid 1, vielen en niet krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag konden worden vrijgesteld. Uit de eerste twee middelen volgt dat, zo er al sprake was van een inbreuk, deze niet duidelijk was, en het feit dat zij zich niet ervan bewust waren, levert geen onachtzaamheid op.

347 Zij betogen dat verschillende factoren ertoe hebben bijgedragen, dat zij ervan overtuigd waren dat de regelingen wettig waren: in de eerste plaats zijn de regelingen te allen tijde voorwerp geweest van actieve bemoeienis van de Nederlandse mededingingsautoriteiten, welke bemoeienis is uitgemond in het KB van 29 december 1986 waarin de UPR nog eens uitdrukkelijk vanuit zuiver mededingingsrechtelijk perspectief zijn gesanctioneerd; in de tweede plaats hebben de regelingen ook altijd de aandacht van wetenschappers en belanghebbende marktpartijen gehad, die evenmin enige twijfel hebben geuit over de verenigbaarheid van de regelingen met het communautaire mededingingsrecht; enige wetenschappers hebben zelfs als hun mening te kennen gegeven, dat de regelingen de mededinging niet beperkten; in de derde plaats heeft de houding van verschillende marktpartijen en in het bijzonder van de vraagzijde verzoeksters in hun overtuiging gesterkt; in de vierde plaats heeft de Commissie vóór 1987 geen bezwaren tegen de regelingen aangevoerd, hoewel zij in verband met het openbare karakter van de regelingen daarvan waarschijnlijk reeds lang op de hoogte was en in ieder geval sedert 1982, omdat die regelingen het voorwerp hebben gevormd van een prejudiciële procedure voor het Hof in de zaak *Peters Bauunternehmung* (arrest van 22 maart 1983, zaak 34/82, *Jurispr.* 1983, blz. 987), wat verzoeksters eveneens in hun overtuiging heeft gesterkt, dat de rege-



lingen in overeenstemming waren met het gemeenschapsrecht. Verzoeksters wijzen in dit verband ook op een rapport van de Organisatie voor economische samenwerking en ontwikkeling (OESO) uit 1976, dat speciaal is gewijd aan collusie in de bouwsector. In dit rapport, dat de Commissie niet kan zijn ontgaan, wordt een aan de UPR voorafgaande regeling in extenso besproken.

348 De door de Commissie gestelde buitengewone ernst van de inbreuk accordeert huns inziens voorts slecht met het feit dat blijkens het verloop van de administratieve procedure de toepasselijkheid van de Europese mededingingsregels ook voor de Commissie zelf geruime tijd niet evident is geweest. Bovendien heeft de Commissie, zo blijkt uit het relaas in het verweerschrift omtrent de contacten tussen de Commissie en Nederlandse overheid, zelf welbewust het instellen van een onderzoek gedurende geruime tijd uitgesteld.

349 Zij voegen daaraan toe dat, gelet op het feit dat de Commissie zelf erkent, dat de geldboetes zijn opgelegd wegens de oude regelingen, hun redenering a fortiori opgaat, omdat de Commissie verplicht was de opzet of ernstige onachtzaamheid van elke vereniging aan te tonen, die verantwoordelijk was voor de sectoriële of regionale regelingen, terwijl deze verenigingen zich niet ervan bewust hadden kunnen zijn dat aan het vereiste inzake de negatieve beïnvloeding van de tussenstaatse handel zou zijn voldaan, nu binnen de geografische en produktmarkten waarop deze regelingen betrekking hadden, van grensoverschrijdend verkeer doorgaans geen sprake is geweest.

350 De Commissie antwoordt, dat het niet van belang is of verzoeksters al dan niet bewust het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag hebben overtreden. Waar het op aankomt, is of verzoeksters zich ervan bewust waren of ervan bewust hadden moeten zijn dat de regelingen de mededinging beperkten en de handel tussen Lid-Staten konden beïnvloeden (vgl. arrest Miller, reeds aangehaald; arresten Hof van 12 juli 1979, zaak 32/78, 36/78-82/78, BMW e. a., Jurispr. 1979, blz. 2435, en

8 november 1983, zaak 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 en 110/82, IAZ e. a., Jurispr. 1983, blz. 3369; arrest Hof in de zaak Stichting Sigarettenindustrie, reeds aangehaald; en arrest Gerecht van 2 juli 1992, zaak T-61/89, Dansk Pelsdyravlerforening, Jurispr. 1992, blz. II-1931, r. o. 157). In casu valt moeilijk in te zien, hoe verzoeksters zich er niet van bewust hebben kunnen zijn dat een systeem als in de onderhavige procedure aan de orde is, de mededinging beperkte.

- 351 Vervolgens weerlegt zij de verschillende factoren die verzoeksters hebben aangevoerd om te ontkennen dat zij zich hebben schuldig gemaakt aan een ernstige onachtzaamheid. In de eerste plaats wekken verzoeksters ten onrechte de indruk dat de regelingen de volledige instemming van de Nederlandse overheid hadden, terwijl bepaalde onderdelen van de oude regelingen bij KB van 29 december 1986 onverbindend zijn verklaard op basis van artikel 10 van de Wet economische mededinging. Volgens de opzet van deze bepaling houdt het feit dat een mededingingsregeling niet onverbindend wordt verklaard, niet meer in dan dat zij door de overheid niet in strijd met het algemeen belang wordt geacht. Dit betekent geenszins, dat de betrokken mededingingsregeling de mededinging niet beperkt. Bovendien speelt de beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten in het kader van deze bepaling geen enkele rol.
- 352 In de tweede plaats betoogt zij dat de beide door verzoeksters geciteerde wetenschappers van oordeel waren dat de regelingen de mededinging beperkten. Verder hebben verzoeksters niet kunnen denken dat de regelingen de handel tussen Lid-Staten niet konden beïnvloeden, omdat zij uitsluitend binnen Nederland van toepassing waren (vgl. in dit verband eveneens het arrest Stichting Sigarettenindustrie e. a., reeds aangehaald, r. o. 65). Zelfs indien de Nederlandse overheid op een of andere wijze de indruk had gewekt, dat artikel 85 te deze niet van toepassing was, dan nog zou dat verzoeksters niet van hun verantwoordelijkheid ontslaan.
- 353 Indien verzoeksters werkelijk in de veronderstelling verkeerden dat de regelingen in aanmerking kwamen voor een ontheffing op grond van artikel 85, lid 3, van het

Verdrag hadden zij deze bij haar aangemeld. Dat hebben zij echter eerst gedaan, nadat de Commissie haar onderzoek had aangevangen.

354 Aangezien de oude regelingen nimmer bij haar waren aangemeld, kunnen verzoeksters zich niet beroepen op het uitblijven van een optreden van de Commissie, die niet op de hoogte was van het bestaan en de inhoud van al deze — nooit openbaar gemaakte — regelingen. Het arrest van het Hof in de zaak Peters Bauunternehmung (reeds aangehaald) is gewezen naar aanleiding van een prejudiciële vraag van de Hoge Raad der Nederlanden over de uitlegging van artikel 5, sub 1, van het EEG-Executieverdrag in verband met de toepassing van één van de onderhavige regelingen, zodat de mededingingsrechtelijke aspecten geen enkele rol hebben gespeeld.

355 De Commissie voegt hieraan toe dat het juist is dat zij in 1985 een verzoek om inlichtingen tot de SPO heeft gericht, en dat zij, nadat zij de antwoorden op dit verzoek om inlichtingen had bestudeerd, met de SPO heeft afgesproken dat in april 1986 een verificatie zou plaatsvinden. De Commissie heeft ook de Nederlandse autoriteiten daarover geïnformeerd. In april 1986 heeft het Ministerie van Economische zaken de Commissie verzocht om van de voorgenomen verificatie af te zien, althans deze uit te stellen, op grond van de ophanden zijnde vaststelling van het KB van 29 december 1986. Na de vaststelling van het KB op 29 december 1986 heeft de Commissie in maart 1987 het Ministerie van Economische zaken opnieuw geïnformeerd over haar voornemen om een verificatie bij SPO te verrichten. Deze verificatie heeft in juni 1987 plaatsgehad, gevolgd door een verificatie bij een van de andere verzoeksters in juli 1987. Verzoeksters hebben uit deze gang van zaken in geen geval kunnen afleiden dat de Commissie destijds van oordeel was dat de regelingen niet onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag vielen. Verder kunnen verzoeksters zich niet beroepen op het feit dat zij geen gebruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid uit hoofde van artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17, omdat de Commissie op basis van deze bepaling verzoeksters hogere geldboetes had kunnen opleggen.

## Beoordeling door het Gerecht

- 356 Om te beginnen herinnert het Gerecht eraan, dat, zoals de Commissie heeft beklemtoond, volgens vaste rechtspraak het voor het oordeel, dat opzettelijk inbreuk is gemaakt op artikel 85 van het Verdrag, niet noodzakelijk is, dat de onderneming zich er van bewust was, het in die bepaling neergelegde verbod te overtreden; het volstaat dat zij er niet onkundig van kon zijn, dat de gewraakte handelwijze ertoe strekte of ten gevolge had, dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt werd beperkt (zie arrest Hof van 8 februari 1990, zaak C-279/87, *Tipp-Ex*, *Jurispr.* 1990, blz. I-261, r. o. 29; zie eveneens arrest *Dansk Pelsdyravlerforening*, reeds aangehaald, r. o. 157).
- 357 Gelet op de ernst van de mededingingsbeperkingen die zowel de in 1987 ingevoerde regelingen ten gevolge hebben (zie hiervoor, r. o. 116-123, 140-158, 178-187 en 199-205) als de daaraan voorafgaande regelingen (zie hiervoor, r. o. 206-212), konden verzoeksters er in casu niet onkundig van zijn, dat de mededingingsregelingen waaraan zij deelnamen, de mededinging beperkten.
- 358 Eveneens konden verzoeksters er niet onkundig van zijn, dat de in 1987 ingevoerde regelingen en de daaraan voorafgaande regelingen de handel tussen Lid-Staten ongunstig konden beïnvloeden. In hun hoedanigheid van ondernemersverenigingen die zijn aangesloten bij een vereniging die het gehele Nederlandse grondgebied bestreek, konden verzoeksters er niet onkundig van zijn, dat hun eigen, doch door deze laatste vereniging goedgekeurde regelingen deel uitmaakten van een veel groter geheel van regelingen, dat de gehele bouwsector in Nederland bestreek, en dat deze regelingen door hun gecumuleerd effect het handelsverkeer tussen Lid-Staten ongunstig konden beïnvloeden (zie hiervoor, r. o. 226-240). Ter zake dient te worden beklemtoond, dat de Commissie slechts een geldboete heeft opgelegd met betrekking tot de periode gedurende welke de verschillende oude regelingen onder auspiciën van de SPO zijn geüniformeerd en aan een uniform stelsel van sancties zijn onderworpen (zie hiervoor, r. o. 206), en met betrekking tot de periode

gedurende welke de in 1987 ingevoerde regelingen niet bij de Commissie waren aangemeld.

359 Onder deze omstandigheden kon er bij verzoeksters geen enkele twijfel over bestaan dat hun regelingen onder de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, van het Verdrag vielen. De betrekkelijk welwillende houding van de Nederlandse overheid ten aanzien van de regelingen had verzoeksters moeten stimuleren om de regelingen bij de Commissie aan te melden teneinde een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag te verkrijgen en de boete-immuniteit te genieten, die is voorbehouden aan formeel aangemelde mededingingsregelingen.

360 Verzoeksters kunnen de Commissie niet verwijten, dat zij niet vroeger tegen de regelingen is opgetreden. Het feit dat de regelingen openbaar waren en daarover veel commentaren waren verschenen in de vakpers, kan de Commissie zonder formele klacht niet verplichten, een procedure uit hoofde van artikel 85, lid 1, van het Verdrag in te leiden. Ook hier komt het betoog van verzoeksters erop neer dat de Commissie wordt verweten dat zij niet vroeger heeft gehandeld, terwijl verzoeksters de mogelijkheid hadden om hun regelingen bij de Commissie aan te melden om voor een ontheffing en de boete-immuniteit in aanmerking te komen.

361 Uit het voorgaande volgt dat de Commissie in punt 136 van de beschikking terecht van oordeel was, dat de inbreuken van verzoeksters opzettelijk of althans uit ernstige onachtzaamheid waren gepleegd en daarvoor dus terecht een geldboete heeft opgelegd.

362 Uit het voorgaande volgt, dat het tweede onderdeel van het derde middel moet worden afgewezen.

## Derde onderdeel: disproportionaliteit van de geldboete

## Argumenten van partijen

- 363 Meer subsidiair stellen verzoeksters, dat de opgelegde geldboetes te hoog zijn, gelet op de zwaarte en de duur van de inbreuken en op de in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 voorziene maxima.
- 364 Wat de zwaarte van de inbreuk betreft, uit alle door hen tot staving van hun beroep aangevoerde middelen blijkt volgens hen, dat indien de Commissie in de in het kader van de SPO opgestelde regelingen een inbreuk heeft kunnen zien, deze inbreuk niet zo ernstig is als in de beschikking wordt gesteld. Vooral waar het hier om het eerste ingrijpen van de Commissie in de sector bouwnijverheid gaat, had zij ervan moeten afzien om een geldboete op te leggen, zoals zij om die reden heeft gedaan in haar beschikking 92/521/EEG van 27 oktober 1992 betreffende een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/33.384 en 33.378 — Verkoop van pakketreizen ter gelegenheid van het wereldkampioenschap 1990) (PB 1992, L 326, blz. 31, punt 125). Anderzijds heeft de Commissie ten onrechte als verzwarende omstandigheid in aanmerking genomen, dat de regelingen pas in 1988 zijn aangemeld, te meer daar zij vóór 1987 krachtens artikel 4, lid 2, sub 1, van verordening nr. 17 van aanmelding waren vrijgesteld. Bij lezing van de beschikking is verder niet te zien, hoe de Commissie rekening heeft gehouden met de verzachtende omstandigheden die zij stelt in aanmerking te hebben genomen. Gelet op het absolute bedrag van de geldboetes, is er alle reden om aan te nemen dat de Commissie in het geheel geen rekening heeft gehouden met deze verzachtende omstandigheden.
- 365 Wat de duur van de inbreuken betreft, betogen zij dat indien de Commissie vroeger tegen de regelingen was opgetreden, zoals zij had moeten doen, omdat zij van het bestaan van de regelingen op de hoogte was, de inbreuk van kortere duur was geweest. De Commissie had met deze onverklaarbare passieve houding bij de berekening van de hoogte van de geldboetes rekening moeten houden, zoals het Hof heeft gedaan in zijn arrest van 6 maart 1974 (gevoegde zaken 6/73 en 7/73, Istituto Chemioterapico en Commercial Solvents, Jurispr. 1974, blz. 223). Verder heeft de

Commissie geen enkel bewijs geleverd of ook maar enig onderzoek verricht met betrekking tot de periode van 1980-1982, terwijl zij deze periode wel in aanmerking heeft genomen voor de berekening van de hoogte van de geldboete.

- 366 In hun repliek stellen verzoeksters nog, dat de onder de punten IV, V, VI en IX van bijlage 9 bij de beschikking genoemde oude regelingen reeds waren ingetrokken vóór de periode die door de Commissie in de litigieuze beschikking in aanmerking is genomen, dat wil zeggen vóór 1980. Zij heeft deze dus ten onrechte in de onderhavige procedure betrokken.
- 367 Met betrekking tot de berekening van de geldboetes stellen verzoeksters dat de Commissie het maximum van 10 % van de omzet van de verschillende ondernemersverenigingen in het voorafgaande jaar heeft overschreden en dat zij deze geldboetes niet op basis van de verschillende relevante markten heeft gedifferentieerd.
- 368 Ten slotte vergelijken zij het bedrag van de geldboete die de Commissie aan hen heeft opgelegd, met dat van de geldboete die zij heeft opgelegd in haar beschikking 88/491/EEG van 26 juli 1988 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het Verdrag (IV/31.379 — Bloemenveilingen Aalsmeer) (PB 1988, L 262, blz. 27), ofschoon het daar ook een regeling met meer dan 4 100 leden betrof en de toepasselijkheid van artikel 85 van het Verdrag meer voor de hand lag dan in het onderhavige geval, en betogen zij dat de Commissie het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden.
- 369 Voor haar antwoord verwijst de Commissie voornamelijk naar de punten 136, 140 en 141 van de beschikking. De late aanmelding heeft zij niet als verzwarende omstandigheid in aanmerking genomen, maar zij heeft tot uitdrukking gebracht, waarom zij van mening was dat de aanmelding van de onderhavige regelingen niet als een verzachtende omstandigheid kon worden aangemerkt, zoals zij in andere gevallen had gedaan. Verzoeksters houden in hun redenering geen rekening met de preventieve werking die van geldboetes moet uitgaan.

- 370 Wat de duur van de inbreuk betreft, herhaalt zij dat zij niet vroeger heeft kunnen ingrijpen, omdat zij op grond van de hiervoor genoemde redenen niet op de hoogte was van de inhoud van de regelingen. Het beroep van verzoeksters op het arrest van het Hof in de zaak Istituto Chemioterapico en Commercial Solvents (reeds aangehaald) is misplaatst. Met betrekking tot de periode van 1980-1982 behoefde zij geen afzonderlijk onderzoek te verrichten, omdat verzoeksters niet hadden gesteld dat de situatie gedurende die periode anders was.
- 371 Met hun verklaring in repliek betreffende de intrekking van de oude regelingen vóór 1980 dragen verzoeksters volgens de Commissie overigens een nieuw middel aan, dat volgens artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht niet-ontvankelijk moet worden verklaard.
- 372 Subsidiair voegt zij hieraan toe, dat het niet juist is dat deze regelingen vóór 1980 zijn ingetrokken, zoals wordt verklaard in de antwoorden die de onder de punten 3, 5, 6 en 26 van artikel 4 van de beschikking genoemde verzoeksters tussen 12 en 16 december 1988 hebben verstrekt.
- 373 De door verzoeksters begane inbreuken vertonen niets nieuws en het feit dat het hier haar eerste ingrijpen in de sector van de bouwnijverheid betrof, behoefde voor haar geen reden te zijn om geen geldboete op te leggen, want anders zouden alle ondernemingen die actief zijn in sectoren ten aanzien waarvan nog geen beschikking van de Commissie is gegeven, straffeloos inbreuken op de mededingingsregels kunnen begaan.
- 374 Aangaande de berekening van de geldboetes zijn verzoeksters volgens de Commissie ten onrechte van mening, dat het maximum van de geldboetes moet worden bepaald met inachtneming van hun eigen omzet. Uit de tekst van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 blijkt namelijk dat op dit punt de omzetten van de leden van



verzoeksters in aanmerking moeten worden genomen. In casu is zij ver onder deze maxima gebleven.

375 De geldboetes zijn geenszins hoog te noemen, omdat zij in totaal minder dan 0,5 % van de gemiddelde waarde van de betrokken werken op jaarbasis bedragen en derhalve aanzienlijk lager zijn dan de geldboetes die de Commissie voor dit soort inbreuken pleegt op te leggen.

376 De door verzoeksters gemaakte vergelijking met haar beschikking 88/491 van 26 juli 1988 in de zaak Bloemenvelingen Aalsmeer gaat niet op, omdat de beide inbreuken qua aard en effect verschillen.

#### Beoordeling door het Gerecht

377 Het Gerecht herinnert er om te beginnen aan, dat bij het onderzoek van het eerste middel is gebleken, dat de inbreuk inderdaad zo ernstig was als in de beschikking is vastgesteld. In dit verband moet worden beklemtoond, dat de geldboete voor zes en een half jaar betrekking heeft op de oude regelingen en voor negen en een halve maand op de in 1987 ingevoerde regelingen. Nogmaals zij gewezen op de bijzondere ernst van de mededingingsbeperkingen in de oude regelingen, in het bijzonder wat de in punt 64 van de beschikking vermelde prijsafstemmingen betreft. Daar het Gerecht dit punt van de beschikking gegrond heeft geoordeeld (zie hiervoor, r. o. 206-212), moet punt 140 van de beschikking, volgens hetwelk „de onderlinge afstemming van de prijzen en van de toewijzing van markten behoren tot de meest ernstige inbreuken, welke de Commissie aanpakt, verbiedt en beboet”, met inachtneming van dit punt 64 worden gelezen.

378 Vervolgens zij opgemerkt dat de door verzoeksters in hun memories aangevoerde verzachtende omstandigheden in aanmerking zijn genomen voor de vaststelling van

het bedrag van de geldboete, zoals blijkt uit punt 141 van de beschikking en zoals wordt aangetoond door het feit dat de Commissie verzoeksters een geldboete heeft opgelegd die volgens de Commissie, die op dit punt niet door verzoeksters is weersproken, slechts 0,5 % van de gemiddelde jaarlijkse waarde van de betrokken werken vertegenwoordigt.

- 379 Opgemerkt zij evenwel, dat deze verzachtende omstandigheden, hoe belangrijk zij ook mogen zijn, in het bijzonder voor zover zij betrekking hebben op het openbare karakter van de regelingen, niet kunnen afdoen aan het feit dat verzoeksters geen gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid om de regelingen bij de Commissie aan te melden met het oog op een negatieve verklaring, dan wel een onthefing krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag.
- 380 Bovendien zij er aan herinnerd, dat verzoeksters de Commissie niet kunnen verwijten dat zij niet vroeger heeft ingegrepen, omdat zij de mogelijkheid hadden om haar daartoe te dwingen, door de regelingen bij haar aan te melden. De omstandigheden naar aanleiding waarvan het arrest in voornoemde zaak *Istituto Chemioterapico en Commercial Solvents* is geweest, verschilden sterk van die van de onderhavige zaak, daar, zoals de Commissie heeft opgemerkt, in die zaak bij haar een klacht was ingediend waaraan zij niet onmiddellijk gevolg had gegeven. In de onderhavige zaak is bij de Commissie weliswaar een klacht ingediend door de gemeente Rotterdam, doch eerst nadat verzoeksters de regelingen hadden aangemeld. Dit verschil is van belang, voor zover de Commissie, wanneer bij haar een klacht wordt ingediend, op de hoogte wordt gesteld van de inhoud van de gewraakte gedraging, terwijl de Commissie in casu pas door de aanmelding op de hoogte is gebracht van de objectieve inhoud van de regelingen.
- 381 Daaruit volgt dat dit argument moet worden afgewezen.
- 382 Met betrekking tot het feit dat de Commissie geen onderzoek heeft verricht met betrekking tot de jaren 1980-1982 is het Gerecht van oordeel, dat de Commissie terecht als exceptie aanvoert dat verzoeksters niet tijdens de administratieve procedure of in de door hen aan het Gerecht voorgelegde memories hebben gesteld, dat de situatie gedurende deze jaren verschillend zou zijn geweest.

- 383 Met betrekking tot de intrekking van de onder de punten IV, V, VI en IX van bijlage 9 bij de beschikking genoemde oude regelingen is het Gerecht van oordeel, dat dit een nieuw middel betreft, dat niet-ontvankelijk moet worden verklaard overeenkomstig artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht.
- 384 Bovendien moet worden vastgesteld, dat indien de Commissie deze regelingen ten onrechte in de onderhavige procedure heeft betrokken, dit een gevolg is van fouten van bepaalde verzoeksters in hun antwoorden op verzoeken om inlichtingen van de Commissie (zie het antwoord van de Aannemersvereniging van Boorondernemers en Buizenleggers van 12 december 1988, van de Aannemers Vereniging Haarlem-Bollenstreek van 16 december 1988, van de Aannemersvereniging Veluwe en Zuidelijke IJsselmeerpolders van 15 december 1988 en van de Utrechtse Aannemers Vereniging van 12 december 1988). Zij kunnen zich derhalve niet beroepen op een dwaling die een gevolg is van hun eigen fouten.
- 385 Ten slotte is het Gerecht van oordeel dat verzoeksters ten onrechte stellen dat de geldboete hoger is dan het in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 vastgestelde maximum, namelijk 10 % van de omzet in het voorafgaande boekjaar. Het in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 gebruikte genusbegrip „inbreuk” dat zonder onderscheid van toepassing is op overeenkomsten, onderlinge afgestemde feitelijke gedragingen en besluiten van ondernemersverenigingen, duidt er namelijk op dat de in deze bepaling voorziene maxima gelijkelijk gelden voor overeenkomsten, onderling afgestemde feitelijke gedragingen en besluiten van ondernemersverenigingen. Daaruit volgt dat het maximum van 10 % van de omzet moet worden berekend op basis van de omzet die is behaald door elk van de ondernemingen die partij is bij de betrokken overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, of door alle ondernemingen die lid zijn van de ondernemersverenigingen gezamenlijk, althans wanneer de vereniging op grond van haar interne regels haar leden kan binden. De juistheid van deze analyse wordt bevestigd door het feit dat bij de vaststelling van het bedrag van de geldboetes onder meer rekening kan worden gehouden met de invloed die de onderneming in het bijzonder als gevolg van haar omvang en haar economische macht, waarvoor de omzet van de onderneming een aanwijzing vormt, op de markt heeft kunnen uitoefenen (arrest Hof van 7 juni 1983, gevoegde zaken 100/80-103/80, *Musique Diffusion Française e. a.*, *Jurispr.* 1983, blz. 1825, r. o. 120 en 121), alsmede met de preventieve werking die van deze geldboetes moet uitgaan (arrest Gerecht van 10 maart 1992, zaak T-12/89, *Solvay*, *Jurispr.* 1992, blz. II-907, r. o. 309). De invloed die een ondernemersvere-

niging op de markt heeft kunnen uitoefenen, hangt namelijk niet van haar eigen „omzet” af, die niets zegt over haar omvang of haar economische macht, maar wel van de omzet van haar leden, die een aanwijzing van haar omvang en haar economische macht vormt (arrest CB en Europay, reeds aangehaald, r. o. 136 en 137).

- 386 Verder kunnen verzoeksters zich niet beroepen op het feit dat de Commissie in haar beschikking 88/491 van 26 juli 1988 in de zaak Bloemenveilingen Aalsmeer lagere geldboetes heeft opgelegd, daar in die zaak, zoals de Commissie heeft beklemdtoond, de aard en de gevolgen van de inbreuk volstrekt verschillend waren.
- 387 Uit het voorgaande volgt dat dit onderdeel van het middel dient te worden afgewezen.
- 388 Uit al het voorgaande volgt dat het middel, ontleend aan schending van verordening nr. 17, dient te worden afgewezen.

*Vierde middel: schending van artikel 190 van het Verdrag*

Argumenten van partijen

- 389 Verzoeksters betogen dat de Commissie de op haar rustende verplichting heeft geschonden, haar beschikkingen met redenen te omkleden. Op grond van deze verplichting had zij in haar beschikking niet alleen de voornaamste, door verzoeksters tijdens de administratieve procedure aangevoerde verweermiddelen moeten weergeven, doch ook op elk van de aangevoerde middelen een met redenen omkleed antwoord moeten geven. Blijkens het arrest SIV e. a. (reeds aangehaald, r. o. 159) „had de Commissie namelijk, ook al is zij niet gehouden in deze beschikking alle

argumenten van de ondernemingen te bespreken, (...) gelet op de argumenten van verzoeksters, een diepgaander onderzoek moeten doen om aan te tonen, waarom de conclusies van verzoeksters ongegrond waren”.

390 In casu heeft de Commissie in de beschikking zelfs niet verzoeksters' hoofdargumenten overgenomen, zoals zij deze in hun memorie van antwoord en tijdens de hoorzitting hebben ontwikkeld.

391 Verder betogen verzoeksters in repliek, dat het dispositief van de beschikking, voor zover het betrekking heeft op de Erecode als zodanig, de gehele Statuten van de SPO, alsmede op alle oude regelingen, niet wordt gedekt door de motivering van de beschikking. Met betrekking tot de Erecode betogen zij namelijk, dat artikel 1, lid 2, van het dispositief van de bestreden beschikking, voor zover daarin wordt vastgesteld dat de Erecode, met uitsluiting van artikel 10, zoals die voor de bij de lid-organisaties van deze vereniging aangesloten ondernemingen verbindend is verklaard bij haar besluit van 3 juni 1980, een inbreuk vormt op artikel 85, lid 1, van het Verdrag, een ruimere strekking heeft dan punt 1 van de motivering van de beschikking, waarin wordt aangegeven dat de onderhavige procedure betrekking heeft op het besluit van de SPO van 3 juni 1980 waardoor de bij haar lid-organisaties aangesloten ondernemingen worden gebonden aan de Erecode met bijlagen. Bijgevolg wordt de vaststelling dat de Erecode als zodanig een inbreuk vormt, door geen enkel motief gedragen.

392 Wat de Statuten van de SPO betreft, stellen verzoeksters dat artikel 1, lid 1, van het dispositief van de beschikking, voor zover daarin wordt vastgesteld dat de Statuten van de SPO van 10 december 1963, zoals die sindsdien zijn gewijzigd, een inbreuk vormen op artikel 85, lid 1, van het Verdrag, een ruimere strekking heeft dan de motivering van de beschikking die slechts betrekking heeft op artikel 3 van deze Statuten. De meeste bepalingen in deze Statuten hebben evenwel geen enkel verband met kwesties die de mededinging betreffen, doch hebben uitsluitend betrekking op de interne functionering van de SPO. De Commissie heeft de Statuten van de SPO verward met de op deze Statuten gebaseerde besluiten, op grond waarvan de Commissie de SPO als zodanig zonder enig motief heeft verboden.

- 393 Met betrekking tot de oude regelingen verklaren zij dat er aanzienlijk meer oude regelingen zijn dan in bijlage 9 bij de beschikking worden genoemd, en dat, anders dan in de beschikking wordt verklaard, de UPR „Burger- & Utiliteitsbouw Openbaar” niet is vastgesteld door de SPO, maar door een individuele aannemersvereniging. Daar komt nog bij, dat de Commissie alle oude regelingen als één geheel en ongedifferentieerd heeft beoordeeld, zonder rekening te hebben gehouden met hun verschillen en hun specifieke karaktertrekken. Bovendien is een aantal van deze oude regelingen vóór 1980 ingetrokken.
- 394 De Commissie antwoordt dat haar beschikking toereikend met redenen is omkleed en dat zij geen wetenschappelijke rapporten behoefde over te leggen om de door verzoeksters overgelegde rapporten te weerleggen, voor zover deze laatste niet relevant waren.
- 395 Met betrekking tot meer in het bijzonder de motivering waarmee in de beschikking verzoeksters' verzoek om ontheffing wordt afgewezen, is zij van mening dat indien zij verplicht zou worden om, zoals verzoeksters zouden wensen, aan te tonen dat de regelingen niet in aanmerking konden komen voor een ontheffing, de bewijslast zou worden omgekeerd.
- 396 Verder betoogt de Commissie dat de argumenten waarmee verzoeksters opkomen tegen de veroordeling van de Erecode als zodanig, de Statuten van de SPO in hun geheel en de oude regelingen, in deze vorm niet voorkomen in hun verzoekschrift en ten minste gedeeltelijk zijn gebaseerd op beroepsgronden die in het verzoekschrift niet zijn aangevoerd. Het gaat hier dus in feite om een nieuw middel dat ingevolge artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht niet-ontvankelijk moet worden verklaard. Subsidiair betoogt de Commissie, dat de vermelding, in punt 1 van de beschikking, van het besluit van 3 juni 1980 als voorwerp van de procedure, voor zover daardoor de bij de lid-organisaties van de SPO aangesloten ondernemingen worden gebonden aan de Erecode met bijlagen, slechts kan slaan op de Erecode als zodanig, omdat het besluit van 3 juni 1980 mededingingsrechtelijk geen zelfstandige betekenis heeft.

- 397 Met betrekking tot de Statuten van de SPO geeft de Commissie toe, dat enkel artikel 3 daarvan mededingingsrechtelijk een probleem oplevert, daar de andere bepalingen van deze Statuten mededingingsrechtelijk geen zelfstandige betekenis hebben. Voor zover deze andere bepalingen de SPO evenwel in staat moeten stellen om het in artikel 3 omschreven doel van de vereniging te verwezenlijken, moeten zij door de beschikking worden gedekt. De beschikking heeft niet tot strekking de SPO als zodanig te verbieden, doch enkel voor zover zij als statutaire doelstelling heeft, de mededinging te beperken.
- 398 Met betrekking tot de oude regelingen verklaart de Commissie, dat zij zich voor het aantal bestaande regelingen heeft gebaseerd op verzoeksters' antwoorden op haar verzoeken om inlichtingen en dat hetzelfde geldt met betrekking tot de rol van de SPO ten opzichte van de UPR „Burger- & Utiliteitsbouw Openbaar”. De reden dat zij zich in de beschikking tot een algemene verwijzing naar de oude regelingen heeft kunnen beperken, is dat al deze regelingen de mededinging sterker beperken dan de UPR. Ten slotte is het onjuist, dat enige oude regelingen vóór 1980 zijn ingetrokken.

#### Beoordeling door het Gerecht

- 399 Het Gerecht is van oordeel dat de Commissie niet kan worden verweten dat zij de in artikel 190 van het Verdrag neergelegde motiveringsverplichting heeft geschonden. Wat de toepassing van zowel artikel 85, lid 1, als artikel 85, lid 3, van het Verdrag betreft, heeft de Commissie namelijk geantwoord op alle relevante argumenten die verzoeksters gedurende de administratieve procedure hebben aangevoerd.
- 400 In het bijzonder met betrekking tot artikel 85, lid 3, van het Verdrag is het Gerecht van oordeel dat de Commissie haar onderzoek van de onderhavige regelingen terecht heeft toegespitst op de bescherming van de rechthebbende en de rekenver-

goedingen. Dit zijn namelijk de twee hoofdbestanddelen waarmee de door de regelingen nagestreefde doelstellingen, namelijk het tegengaan van „leuren” en het beperken van de transactiekosten, kunnen worden bereikt. Waar verzoeksters gedurende de gehele administratieve procedure hebben verklaard dat de regelingen één geheel vormden, en de Commissie tot de conclusie was gekomen, dat de beide bestanddelen die de kern van dit geheel vormden, niet in aanmerking kwamen voor een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag, behoeft zij niet meer te onderzoeken, welke eventuele voordelen in specifieke gevallen uit de een of andere bepaling van de onderhavige regelingen konden voortvloeien.

401 Ten aanzien van het gebrek aan motivering van de afwijzing door de Commissie van de door verzoeksters geformuleerde voorstellen tot wijziging van de regelingen volstaat een verwijzing naar de weerlegging van het tweede onderdeel van het tweede middel, waaruit blijkt dat de Commissie niet verplicht was een standpunt te bepalen met betrekking tot wijzigingsvoorstellen die niet bij haar waren aange meld.

402 Ten slotte is het Gerecht van oordeel dat verzoeksters, voor zover zij in repliek betogen dat het dispositief van de beschikking niet wordt gedekt door de motivering, voor zover dit betrekking heeft op de Erecode als zodanig, de Statuten van de SPO in hun geheel, alsmede op alle oude regelingen, een nieuw middel hebben voorgedragen dat niet-ontvankelijk is krachtens artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering. Bovendien zij eraan herinnerd, dat het dispositief moet worden gelezen met inachtneming van de motivering en dat de strekking van artikel 1, lid 2, van het dispositief van de bestreden beschikking niet is, dat de SPO als zodanig wordt verboden. Evenzo wordt in punt 1 van de beschikking, waarin wordt gesproken van „het besluit van de SPO van 3 juni 1980 waardoor de bij haar lid-organisaties aangesloten ondernemingen worden gebonden aan de „Erecode voor Ondernemers in het Bouwbedrijf” en haar bijlagen”, niet bedoeld op het besluit van 3 juni 1980 als zodanig, maar op de Erecode die bij dit besluit verbindend is verklaard, en geldt hetzelfde voor het dispositief van de bestreden beschikking.

403 Ten slotte is het Gerecht van oordeel dat de Commissie zich in de beschikking terecht heeft beperkt tot een globale verwijzing naar de oude regelingen. In de



beschikking stelt zij namelijk vast dat de oude regelingen hetzelfde doel hadden als de in 1987 ingevoerde regelingen en dat zij, voor zover zij van deze laatste verschilden, de mededinging ten minste evenzeer beperkten (beschikking, punten 62-65 en 114; zie hiervoor, r. o. 206-212).

404 Opgemerkt zij evenwel, dat verzoeksters tijdens de administratieve procedure geen argumenten hebben aangevoerd waarmee zij specifiek pogen aan te tonen dat de oude regelingen op belangrijke punten van de in 1987 ingevoerde regelingen verschilden, noch dat zij de mededinging minder beperkten dan deze laatste.

405 Bijgevolg kon de Commissie, wat de oude regelingen betreft, eveneens ermee volstaan om voor de belangrijkste punten te verwijzen naar de motivering van haar beschikking betreffende de in 1987 ingevoerde regelingen.

406 Bijgevolg moet het middel worden afgewezen.

#### *Vijfde middel: schending van de rechten van de verdediging*

#### Argumenten van partijen

407 In repliek betogen verzoeksters, zakelijk weergegeven, dat de Commissie hun rechten van de verdediging heeft geschonden, enerzijds door zich op het standpunt te stellen dat de Erecode een inbreuk vormde op artikel 85, lid 1, van het Verdrag, terwijl de Erecode als zodanig niet in de administratieve procedure aan de orde is

geweest (replik blz. 19), omdat deze procedure uitsluitend betrekking had op het bindende besluit van de SPO van 3 juni 1980 waarbij de Erecode algemeen verbindend werd verklaard voor de bij de SPO aangesloten lid-organisaties, en anderzijds door haar beschikking betreffende het punt van de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten te baseren op „leading questions” die aan buitenlandse aannemers zijn gesteld over de redenen waarom zij bij de SPO waren aangesloten.

- 408 De Commissie antwoordt, dat dit een nieuw middel is, dat krachtens artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht niet-ontvankelijk moet worden verklaard. Subsidiair weerlegt zij dit middel.

#### Beoordeling door het Gerecht

- 409 Het Gerecht is van oordeel dat verzoeksters' middel, ontleend aan schending van hun rechten van de verdediging, moet worden aangemerkt als een nieuw middel, dat krachtens artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering niet-ontvankelijk moet worden verklaard en in elk geval ongegrond is.
- 410 Verzoeksters hebben ter terechtzitting namelijk niet de Commissie weersproken, die in dupliek had verklaard dat de tegen de Erecode in aanmerking genomen punten van bezwaar waren besproken in de punten 18, 33-35, 41, 42, 44 en 46-48 van de mededeling van de punten van bezwaar. Anderzijds heeft de Commissie haar verklaring dat de betrokken maatregelen de handel tussen Lid-Staten ongunstig beïnvloedden, niet gebaseerd op de antwoorden op de door verzoeksters gekritiseerde vragen.
- 411 Uit al het voorgaande volgt dat het beroep dient te worden verworpen.

## Kosten

- 412 Ingevolge artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, indien zulks is gevorderd. Aan gezien verzoeksters in het ongelijk zijn gesteld, zijn er termen aanwezig om de vordering van de Commissie toe te wijzen en verzoeksters hoofdelijk in de kosten te verwijzen, met inbegrip van de kosten die op de procedure in kort geding zijn gevallen.

### HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Eerste kamer),

rechtdoende:

- 1) Verwerpt het beroep.
  
- 2) Verwijst verzoeksters hoofdelijk in de kosten, met inbegrip van de kosten die op de procedure in kort geding zijn gevallen.

Schintgen

Kirschner

Vesterdorf

Lenaerts

Bellamy

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 21 februari 1995.

De griffier

De president van de Eerste kamer

H. Jung

R. Schintgen

## Inhoudsoverzicht

De feiten ten grondslag aan het beroep .....	II - 299
Procesverloop .....	II - 304
Conclusies van partijen .....	II - 308
Middelen en argumenten van partijen .....	II - 309
De primaire vordering .....	II - 309
Argumenten van partijen .....	II - 309
Beoordeling door het Gerecht .....	II - 311
De subsidiaire vordering .....	II - 314
Eerste middel: schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag .....	II - 315
Eerste onderdeel: onjuiste afbakening van de relevante markt .....	II - 315
Argumenten van partijen .....	II - 315
Beoordeling door het Gerecht .....	II - 317
Tweede onderdeel: miskennis van de inhoud en de strekking van de onderhavige regelingen .....	II - 321
I — Algemene presentatie .....	II - 321
Argumenten van partijen .....	II - 321
Beoordeling door het Gerecht .....	II - 322
II — De onderlinge afstemming tussen aannemers die het voornemen hebben om een prijsaanbieding te doen .....	II - 326
Argumenten van partijen .....	II - 326
1) Verplichte melding van het voornemen om een prijsaanbieding te doen (punten 24 en 79 van de beschikking) .....	II - 326
2) De overeenkomstig de UPR gehouden vergaderingen (punten 25-58 en 80-92 van de beschikking) .....	II - 326
a) Overeenkomst over het beginsel van de vaststelling van een rechthebbende (punten 26 en 80 van de beschikking) .....	II - 326
b) Confrontatie van kostenelementen van het werk (punten 27 en 81 van de beschikking) .....	II - 327
c) Inlevering van de blankcijfers (punten 28 en 82 van de beschikking) .....	II - 329
d) Mogelijkheid van terugtrekking na vergelijking van de prijzen (punten 29, 83 en 84 van de beschikking) .....	II - 329
Beoordeling door het Gerecht .....	II - 330

III — De onderling afgestemde vaststelling van prijzen of prijsonderdelen .....	II - 334
Argumenten van partijen .....	II - 334
1) Prijsverhogingen bij gelijktijdige aanbiedingen (punten 31-34, 42-46, 86, 87 en 96 van de beschikking) .....	II - 334
2) De prijsverhogingen in het één-op-één-verkeer (punten 60, 61 en 100 van de beschikking) .....	II - 336
3) De prijsverhogingen bij onderaanneming (punten 55-59 en 100, derde alinea, van de beschikking) .....	II - 338
Beoordeling door het Gerecht .....	II - 339
IV — De beperking van de onderhandelingsautonomie van deaannemers en de opdrachtgever .....	II - 345
Argumenten van partijen .....	II - 345
1) Preferentie (punten 30 en 85 van de beschikking) .....	II - 345
2) De bescherming van de rechthebbende (punten 39-41, 52-54 en 93-95 van de beschikking) .....	II - 346
3) De onderaanneming (punten 55-59 en 100, derde alinea, van de beschikking) .....	II - 350
Beoordeling door het Gerecht .....	II - 350
V — Gedragslijn van de SPO tegenover niet-deelnemende aannemers (punten 49-51, 98 en 99 van de beschikking) .....	II - 354
Argumenten van partijen .....	II - 354
Beoordeling door het Gerecht .....	II - 356
Derde onderdeel: ontbreken van ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten .....	II - 361
Argumenten van partijen .....	II - 361
Beoordeling door het Gerecht .....	II - 365
Tweede middel: schending van artikel 85, lid 3, van het Verdrag .....	II - 369
Eerste onderdeel: miskennen van de bijzondere kenmerken van de markt en de regels inzake de bewijslast .....	II - 369
1) De bijzondere kenmerken van de markt .....	II - 369
Argumenten van partijen .....	II - 369
Beoordeling door het Gerecht .....	II - 372
2) De bewijslast .....	II - 374
Argumenten van partijen .....	II - 374
Beoordeling door het Gerecht .....	II - 375
Tweede onderdeel: miskennen van de voorwaarden voor de verlening van een ontheffing .....	II - 376
1) Bijdrage van de regelingen tot verbetering van de verdeling der produkten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang en het billijk aandeel in het voordeel voor de gebruikers .....	II - 377
Argumenten van partijen .....	II - 377
Beoordeling door het Gerecht .....	II - 381
	II - 419

2) Onmisbaarheid van de beperkingen en ontbreken van mogelijkheid de mededinging uit te schakelen .....	II - 386
Argumenten van partijen .....	II - 386
Beoordeling door het Gerecht .....	II - 389
Derde onderdeel: schending van het evenredigheids- en het subsidiariteitsbeginsel ...	II - 392
Argumenten van partijen .....	II - 392
Beoordeling door het Gerecht .....	II - 393
Derde middel: schending van de artikelen 4, lid 2, sub 1, en 15, lid 2, van verordening nr. 17 .....	II - 395
Eerste onderdeel: ontbreken van inbreuk en boete-immuniteit .....	II - 395
Argumenten van partijen .....	II - 395
Beoordeling door het Gerecht .....	II - 397
Tweede onderdeel: ontbreken van opzet of onachtzaamheid .....	II - 398
Argumenten van partijen .....	II - 398
Beoordeling door het Gerecht .....	II - 402
Derde onderdeel: disproportionaliteit van de geldboete .....	II - 404
Argumenten van partijen .....	II - 404
Beoordeling door het Gerecht .....	II - 407
Vierde middel: schending van artikel 190 van het Verdrag .....	II - 410
Argumenten van partijen .....	II - 410
Beoordeling door het Gerecht .....	II - 413
Vijfde middel: schending van de rechten van de verdediging .....	II - 415
Argumenten van partijen .....	II - 415
Beoordeling door het Gerecht .....	II - 416
Kosten .....	II - 417