

BESCHIKKING VAN DE PRESIDENT VAN HET GERECHT  
16 juli 1992 \*

In zaak T-29/92 R,

**Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid**, gevestigd te Amersfoort,

**Amsterdamse Aannemers Vereniging**, gevestigd te Amsterdam,

**Algemene Aannemersvereniging voor Waterbouwkundige Werken**, gevestigd te Utrecht,

**Aannemersvereniging voor Boorondernemers en Buizenleggers**, gevestigd te Soest,

**Aannemersvereniging Velsen, Beverwijk en omstreken**, gevestigd te Velsen,

**Aannemers Vereniging Haarlem-Bollenstreek**, gevestigd te Heemstede,

**Aannemersvereniging Veluwe en Zuidelijke IJsselmeerpolders**, gevestigd te Apeldoorn,

**Combinatie van Aannemers in het Noorden**, gevestigd te Leeuwarden,

**Vereniging Centrale Prijsregeling Kabelwerken**, gevestigd te Leeuwarden,

**Delftse Aannemers Vereniging**, gevestigd te Delft,

\* Procestaal: Nederlands.

Economisch Nationaal Verbond van Aannemers van Sloopwerken, gevestigd te Utrecht,

Aannemersvereniging „Gouda en omstreken”, gevestigd te Rotterdam,

Gelderse Aannemers Vereniging inzake Aanbestedingen, gevestigd te Arnhem,

Gooise Aannemers Vereniging, gevestigd te Huizen,

's-Gravenhaagse Aannemers Vereniging, gevestigd te 's-Gravenhage,

Leidse Aannemersvereniging, gevestigd te Leiden,

Vereniging Markeer Aannemers Combinatie, gevestigd te Tilburg,

Nederlandse Aannemers- en Patroonsbond voor de Bouwbedrijven, gevestigd te Dordrecht,

Noordhollandse Aannemers Vereniging voor Waterbouwkundige Werken, gevestigd te Amsterdam,

Oostnederlandse-Vereniging-Aanbestedings-Regeling, gevestigd te Delden,

Provinciale Vereniging van Bouwbedrijven in Groningen en Drenthe, gevestigd te Groningen,

Rotterdamse Aannemersvereniging, gevestigd te Rotterdam,

Aannemersvereniging „de Rijnstreek”, gevestigd te Rotterdam,

Stichting Aanbestedingsregeling van de Samenwerkende Bouwbedrijven in Friesland, gevestigd te Leeuwarden,

**Samenwerkende Prijsregelende Vereniging Nijmegen en omstreken**, gevestigd te Nijmegen,

**Samenwerkende Patroons Verenigingen in de Bouwbedrijven Noord-Holland-Noord**, gevestigd te Alkmaar,

**Utrechtse Aannemers Vereniging**, gevestigd te Utrecht,

**Vereniging Wegenbouw Aannemers Combinatie Nederland**, gevestigd te Zeist,  
en

**Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging**, 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 R. Hayder, vertegenwoordiger van de juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster,

betreffende een verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging van de in PB 1992, L 92, blz. 1, gepubliceerde 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),

geeft

## DE PRESIDENT VAN HET GERECHT

de navolgende

### Beschikking

#### De feiten

- 1 Bij op 13 april 1992 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift hebben de Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid, alsmede 28 andere verenigingen (hierna: „SPO”) krachtens artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag beroep ingesteld tot non-existent- althans nietigverklaring van de beschikking welke de Commissie beweert te hebben genomen op 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).
- 2 In artikel 1 van de beschikking wordt vastgesteld dat de Statuten van de SPO van 10 december 1963, zoals die sindsdien zijn gewijzigd, de *Uniforme Prijsregelende Reglementen* (hierna: „UPR”), die zijn vastgesteld op 9 oktober 1986, alsmede de aan de UPR voorafgaande en soortgelijke regelingen, die door de UPR zijn vervangen, en de *Erecode voor ondernemers in het Bouwbedrijf* (hierna: „Erecode”), met uitsluiting van artikel 10, inbreuken op artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag vormen, respectievelijk vormden.
- 3 In artikel 2 wijst de Commissie het verzoek tot ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag betreffende de op 9 oktober 1986 vastgestelde UPR en de Erecode af.
- 4 Volgens artikel 3, leden 1 en 2, van de beschikking moeten de SPO en haar lid-organisaties onverwijld een einde maken aan de vastgestelde inbreuken en de betrokken ondernemingen schriftelijk in kennis 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 die 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.

- 5 In artikel 4 legt de beschikking de betrokken 28 verenigingen een geldboete op van in totaal 22 498 000 ECU. Verder wordt in artikel 5 bepaald, dat de in artikel 4 opgelegde geldboetes binnen drie maanden na de datum van kennisgeving van de beschikking moeten worden betaald.
- 6 Bij op dezelfde dag ter griffie van het Gerecht ingeschreven afzonderlijke akte hebben verzoeksters tevens krachtens de artikelen 185 en 186 EEG-Verdrag en artikel 105, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht een verzoek ingediend, enerzijds primair tot integrale opschorting van de tenuitvoerlegging van de litigieuze beschikking, en subsidiair tot opschorting van de tenuitvoerlegging van artikel 1, leden 1 en 2, en de artikelen 2, 3 en 5 van de beschikking en anderzijds tot opschorting, hangende de beslissing op het verzoek in kort geding, van de tenuitvoerlegging van de artikelen 3, lid 3, en 5 van de beschikking, zonder de opmerkingen van de Commissie af te wachten.
- 7 Voor het indienen van haar schriftelijke opmerkingen betreffende het verzoek om voorlopige maatregelen is de Commissie een termijn gegund tot en met 27 april 1992. Op verzoek van de Commissie is deze termijn verlengd tot en met 15 mei 1992.
- 8 Bij beschikking van 4 mei 1992 heeft de president van het Gerecht beschikt, dat de in artikel 3, lid 3, van de litigieuze beschikking gestelde termijn niet zal verstrijken vóór de datum waarop de eindbeschikking in de procedure in kort geding wordt uitgesproken. In dezelfde beschikking heeft de president het verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging van artikel 5 van de beschikking tot de datum waarop de eindbeschikking in de procedure in kort geding wordt uitgesproken, verworpen.

- 9 Bij brief van 4 juni 1992 hebben verzoeksters hun verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging van artikel 5 van de beschikking ingetrokken.
- 10 De Commissie heeft haar opmerkingen betreffende het verzoek in kort geding ingediend op 15 mei 1992. Partijen zijn in hun mondelinge opmerkingen gehoord op 18 juni 1992. Ter terechtzitting heeft de president van het Gerecht partijen verzocht, hem binnen een week schriftelijk bepaalde aanvullende inlichtingen te verstrekken. Bij op 25 en 26 juni ter griffie van het Hof ingeschreven brieven hebben de Commissie, respectievelijk verzoeksters deze inlichtingen aan de griffie van het Gerecht doen toekomen.
- 11 Alvorens te onderzoeken of het verzoek in kort geding gegrond is, dient in het kort de context en de inhoud van de overeenkomsten, besluiten en regelingen waarop de beschikking betrekking heeft, te worden beschreven.
- 12 De SPO is een vereniging waarbij ondernemersverenigingen in de bouwnijverheid zijn aangesloten, 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 „geïnstitutionaliseerde prijsregeling en concurrentieregeling”, en is zij bevoegd ondernemingen 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, 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.
- 13 De op 9 oktober 1986 vastgestelde UPR, zoals gewijzigd op 23 juni 1988, beoogden het procedureel kader voor het verloop van de mededinging tussen onderne-

mingen die deelnemen aan inschrijvingen op de bouwmarkt, vast te leggen. Er bestaan twee UPR's, het ene reglement betreft de onderhandse prijsaanbieding (UPRO) en het andere betreft de openbare prijsaanbieding (UPROP). De beide reglementen hebben dezelfde structuur en bevatten nauwkeurige en gedetailleerde bepalingen betreffende enerzijds de verplichtingen van deelnemers in de SPO-organisatie en anderzijds de wijze van functioneren van de organisatie. Deze UPR's zijn zelf aangevuld door vier regelingen en drie bijlagen.

- 14 De beschikking heeft betrekking op vijf verschillende soorten overeenkomsten, besluiten en regelingen, namelijk de Statuten van de SPO, de beide UPR's, die zijn vastgesteld op 9 oktober 1986 en gewijzigd op 23 juni 1988, de Erecode, aanvullende regelingen en aan de huidige UPR voorafgaande regelingen.
- 15 De bepalingen van de overeenkomsten, besluiten en regelingen waarop de beschikking betrekking heeft, betreffen de verplichte aanmelding van het voornemen om een prijsaanbieding te doen bij het bevoegde bureau van de SPO, vergaderingen van ondernemingen, de bescherming van de rechthebbende, doorbetaling van de bedragen betreffende prijsverhogingen, de controle op de naleving van verplichtingen die voortvloeien uit de UPR, de gedragslijn van de SPO-organisatie tegenover niet-deelnemende aannemers, de regeling betreffende de niet-gelijktijdige prijsaanbiedingen, de regeling betreffende prijsaanbiedingen voor werk in onderaanneming en de behandeling van een-op-een-verkeer.
- 16 Volgens de beschikking vallen de hiervoor genoemde overeenkomsten, besluiten en regelingen onder het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, waar zij zijn gericht op het organiseren van het aanbod op de markt en het wijzigen van de voorwaarden waaronder commerciële transacties tot stand komen, op een grondslag die niet resulteert uit de onbelemmerde werking van de mededinging. Behalve door de Statuten van de SPO, die voor de bij de SPO aangesloten organisaties en

hun leden regelingen verbindend verklaren die ertoe strekken of tot gevolg hebben dat de mededinging wordt beperkt of vervalst, wordt volgens de beschikking de mededinging eveneens beperkt door:

- de melding van het voornemen om een prijsaanbieding te doen;
- de vergadering van ondernemingen die een prijsaanbieding hebben aangemeld;
- het besluit of tot aanwijzing van een rechthebbende wordt overgegaan, alsmede de bescherming van de rechthebbende;
- de confrontatie van de kostenelementen van het werk tijdens de vergadering van ondernemingen;
- de inleveringen van de door de deelnemers, ieder voor zich, vastgestelde blankcijfers bij de voorzitter van de vergadering;
- de mogelijkheid van terugtrekking na kennisneming van de blankcijfers van de andere deelnemers;
- de mogelijkheid om de oorspronkelijke volgorde van de aan te bieden prijzen zodanig te wijzigen, dat de aanbieder van de laagste prijs uit de „eerste ronde” wordt vervangen door de aanbieder aan wie preferentie is verleend;
- de gemeenschappelijke vaststelling van de prijsverhogingen;
- de onderling afgestemde vaststelling van de aan te bieden definitieve prijsoffer-tes;



- de doorbetaling van bedragen betreffende rekenvergoeding en organisatiebijdragen, en
- de mogelijkheid om sancties op te leggen in geval van niet-naleving van verplichtingen die uit deze regelingen voortvloeien.

17 Ook de systematische informatie-uitwisseling in het kader van de SPO-organisatie betreffende de bouwondernemingen die daarvan niet lid zijn, en het onderling afgestemde antwoord op aanbiedingen van deze laatsten, alsmede de enkelvoudige prijsaanbiedingen bij de behandeling van een-op-een-verkeer worden door de Commissie in haar beschikking als mededingingsbeperkend aangemerkt.

### **In rechte**

18 Krachtens artikel 185 EEG-Verdrag, juncto artikel 4 van het besluit van de Raad van 24 oktober 1988 tot instelling van een Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen, kan het Gerecht, indien het van oordeel is dat de omstandigheden zulks vereisen, opschorting van de uitvoering van de bestreden handeling gelasten.

19 Artikel 104, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht bepaalt, dat het in artikel 185 EEG-Verdrag bedoelde verzoek om een voorlopige maatregel een duidelijke omschrijving moet bevatten van de omstandigheden waaruit het spoedeisend karakter van het verzoek blijkt, alsmede de middelen, zowel feitelijk als rechtens, op grond waarvan de voorlopige maatregel waartoe wordt geconcludeerd, aanvankelijk gerechtvaardigd voorkomt. Bij de gevraagde maatregelen moet het bovendien gaan om voorlopige maatregelen, in dier voege dat zij de beslissing ten gronde niet prejudiciëren.

### *Argumenten van partijen*

20 Volgens verzoeksters is aan de voorwaarden waaronder de gevraagde voorlopige maatregelen mogen worden gelast, in casu voldaan. Met betrekking tot de dreigende ernstige en onherstelbare schade merken verzoeksters op, dat een onmiddellijke tenuitvoerlegging van de beschikking niet alleen de SPO-organisatie zal ver-

nietigen, maar tevens de ordening van de mededingingsverhoudingen op de bouwmarkt ernstig en onherstelbaar zal beschadigen. De stopzetting van de regelingen in afwachting van de uitkomst van het beroep in de hoofdzaak zal onvermijdelijk het ontslag van de 170 betrokken personeelsleden en de ontmanteling van de totale organisatie betekenen, hetgeen het volstrekt onmogelijk zal maken de betrekkingen tussen de verschillende deelnemers aan de litigieuze overeenkomsten te herstellen, ingeval het beroep in de hoofdzaak zou worden toegewezen (zie beschikking van de president van het Hof van 31 maart 1982, gevoegde zaken 43/82 R en 62/82 R, VBVB en VBBB, Jurispr. 1982, blz. 1241). Het wegvallen van de litigieuze regelingen zal volgens verzoeksters het op de bouwmarkt bereikte relatieve evenwicht ernstig verstoren en de aanbesteders en aannemers ertoe aanzetten om terug te vallen op praktijken die schadelijk zijn voor de mededingingsverhoudingen.

21 Met betrekking tot het „fumus boni juris”-vereiste zijn verzoeksters van mening dat gelet op de door hen in het beroep in de hoofdzaak aangevoerde argumenten, in redelijkheid niet kan worden beweerd dat hun beroep van iedere grond ontbloomt zou zijn (zie de beschikkingen van de president van het Hof van 11 mei 1989, gevoegde zaken 76/89 R, 77/89 R en 91/87 R, Radio Telefis Eireann e. a., Jurispr. 1989, blz. 1141, en 13 juni 1989, zaak 56/89 R, Publishers Association, Jurispr. 1989, blz. 1693). Ter zake betogen verzoeksters primair dat de beroepen beschikking kennelijk non-existent, althans nietig, is wegens schending van wezenlijke voorschriften, voor zover de beschikkingen waarvan hun kennis is gegeven, in de authentieke Nederlandse versie niet door het College van Commissarissen in zijn vergadering van 5 februari 1992 zijn aangenomen of vastgesteld. Dit zou worden bevestigd door het feit dat de hun betekende oorspronkelijke versie van de beschikking ernstige onvolkomenheden bevatte. Volgens verzoeksters zijn deze onvolkomenheden pas weggenomen in de uiteindelijke versie, die op 2 maart 1992 aan verzoeksters is betekend en die niet aan het College van Commissarissen is voorgelegd.

22 Subsidiair stellen verzoeksters dat de beschikking moet worden nietig verklaard wegens schending van artikel 85, leden 1 en 3, van de bepalingen van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag (PB 1962, nr. 13, blz. 204; hierna: „verordening nr. 17”) en van algemene rechtsbeginselen, alsmede wegens misbruik van bevoegdheid. Zij voeren negen middelen aan tot staving van hun verzoek. In hun verzoek in kort geding bepalen verzoeksters zich tot een opsomming van de in het kader van het beroep in de hoofdzaak aangevoerde middelen. Deze middelen betreffen hoofdzakelijk: schending van artikel 85 en het motiveringsbeginsel met

betrekking tot de bijzondere aard van de bouwsector in Nederland, de definitie van de relevante markten, miskenning van de strekking en effecten van de aangemelde regelingen, de merkbare ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Statens, de weigering om ontheffing te verlenen en het niet in aanmerking nemen van door de SPO ingediende wijzigingsvoorstellen.

- 23 Ten slotte stellen verzoeksters dat het communautair belang zich niet tegen de gevraagde schorsing verzet, waar de Commissie tot in 1987 nooit werkelijk belangstelling heeft getoond voor de litigieuze regelingen, waarmee zij bekend moet zijn geweest, zij niet heeft overwogen voorlopige maatregelen te nemen of de „boetevrijdom” krachtens artikel 15, lid 6, van verordening nr. 17 op te heffen, bij de Commissie geen klacht is ingediend en de Nederlandse overheid de aangemelde regelingen te allen tijde heeft ondersteund.
- 24 De Commissie ontkent dat er sprake is van „fumus boni juris” of van een dreigende ernstige en onherstelbare schade voor verzoeksters, die de opschorting van de tenuitvoerlegging van de beschikking kan rechtvaardigen.
- 25 Met betrekking tot het gevaar van ernstige en onherstelbare schade merkt de Commissie op, dat, anders dan verzoeksters stellen, de beschikking hen niet verplicht de SPO te „ontmantelen” of het personeel van de SPO te ontslaan. Niets belet de bureaus van de SPO namelijk om hun werkzaamheden in het kader van de toepassing van de litigieuze regelingen weer te hervatten, indien de beschikking geheel of gedeeltelijk mocht worden nietig verklaard. In dit verband beroepen verzoeksters zich ten onrechte op de beschikkingen van de president van het Hof in de zaken VBVB en Publishers Association (reeds aangehaald), omdat het bij de door de beide desbetreffende beschikkingen bedoelde systemen ging om verticale systemen die betrekking hadden op meerdere niveaus van de bedrijfskolom en niet om een horizontaal systeem dat de leden, zoals in casu, geheel in eigen hand hebben. Waar overigens andere activiteiten van de SPO door de beschikking niet worden geraakt en de financiering van deze activiteiten tijdens de duur van de procedure in de hoofdzaak in voorkomend geval zou kunnen worden verzekerd door middel van bijdragen van de leden, zijn verzoeksters in geen enkel opzicht verplicht hun personeel te ontslaan. Evenmin tonen verzoeksters aan, waarom het wegvallen van de

litigieuze regelingen noodzakelijkerwijze ertoe zou leiden dat de aanbesteders hun toevlucht zouden nemen tot „leurpraktijken” die het evenwicht op de Nederlandse bouwmarkt zouden kunnen verstoren.

26 Met betrekking tot de „*fumus boni juris*” gaat de Commissie, die zich evenwel afvraagt of de simpele verwijzingen naar het verzoekschrift in de hoofdzaak verenigbaar is met de bepalingen van artikel 104, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht, diepgaand in op de verschillende middelen die verzoeksters tot staving van hun beroep in de hoofdzaak hebben aangevoerd. De argumenten van de Commissie kunnen worden samengevat als volgt. In de eerste plaats betoogt zij, dat het door verzoeksters primair aangevoerde middel, te weten de kennelijke niet-existentie van de beschikking, door geen enkel bewijskrachtig element wordt gestaafd, waaruit blijkt dat de aan verzoeksters betekende tekst afweek van de tekst die door het College van Commissarissen is aangenomen. Ter zake merkt zij op dat ten gevolge van een technische fout in het interne systeem van „*electronic mailing*” in de eerste aan de geadresseerden van de beschikking betekende versie een bladzijde ontbrak. Deze technische onvolkomenheid en de adreswijziging van een aantal geadresseerden waren de reden waarom opnieuw is betekend.

27 Met betrekking tot de subsidiair aangevoerde middelen betoogt de Commissie in de eerste plaats dat, bij gebreke van een in het Verdrag voorziene uitzondering, artikel 85 onverkort op de bouwsector van toepassing is en dat haar niet kan worden verweten dat zij de wezenlijke kenmerken van de bouwsector in Nederland — die overigens niet fundamenteel verschilt van de bouwsector in andere Lid-Staten — heeft miskend of de relevante markten niet heeft gedefinieerd. In antwoord op het middel betreffende de miskening van de strekking en effecten van de aangemelde regelingen op de mededingingsverhoudingen stelt de Commissie dat zij de verschillende elementen van het systeem, zoals zij uit de litigieuze regelingen voortvloeien, gedetailleerd heeft besproken en in de beschikking heeft aangegeven waarom deze elementen, ieder voor zich en in onderlinge samenhang gezien, de mededinging merkbaar beperken. Ter zake merkt de Commissie op dat de litigieuze regelingen inzonderheid voorzien in uitwisseling van informatie voorafgaand aan de aanbesteding, onderlinge afstemming van prijsaanbiedingen en, direct of indirect, gehele of gedeeltelijke vaststelling van prijzen en andere contractuele voorwaarden, alsmede in verdeling van de vraag tussen de bij de regelingen aangesloten ondernemingen, terwijl nagenoeg alle werken die in Nederland worden aanbesteed aan de toepassing van deze regelingen zijn onderworpen. Waar verzoek-

sters wat dit aangaat de regelingen betreffende de bescherming van de rechthabende, het systeem van de rekenvergoedingen en de mogelijkheid van terugtrekking na prijsvergelijking als de hoofdelementen hebben aangemerkt, worden deze drie elementen door de Commissie nader besproken. Met betrekking tot deze drie elementen verwijt de Commissie verzoeksters dat zij de kern van de zaak proberen te verhullen, door als een „(zelf)beperking van de procedurele vrijheid” te kwalificeren wat in feite een fijnmazig kartel is, dat de onderhandelings- en keuzevrijheid van de aanbesteders en de mededinging tussen de deelnemers onderling en tussen de deelnemers en derden op ingrijpende wijze beperkt. Na de door verzoeksters in de hoofdzaak aangevoerde argumenten betreffende het ontbreken van een merkbaar ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten te hebben verworpen, betwist de Commissie eveneens dat ten aanzien van de weigering van een ontheffing aan het „*fumus boni juris*”-vereiste kan zijn voldaan, terwijl verzoeksters in geen enkel opzicht hard maken dat de Commissie zich heeft vergist ten aanzien van de redenen — die zij in haar beschikking uitvoerig heeft gemotiveerd — waarom in casu aan geen van de vier in artikel 85, lid 3, gestelde voorwaarden is voldaan. Ten slotte is de Commissie van mening dat haar niet kan worden verweten, dat zij in haar beschikking de voorstellen tot wijziging van de regelingen, die de SPO haar had voorgelegd, niet heeft onderzocht, waar deze wijzigingen niet formeel zijn aanvaard of ingevoerd en de afwijzing van de voorstellen aan verzoeksters’ advocaten is meegedeeld bij brieven van het directoraat-generaal voor de Mededinging.

28 Ten slotte betoogt de Commissie dat de afweging van de betrokken belangen een opschorting van de tenuitvoerlegging van de beschikking niet kan rechtvaardigen. Ter zake stelt zij dat de litigieuze regelingen in ingrijpende mededingingsbeperkingen voorzien en de als gevolg van structurele factoren toch al kwetsbare interpenetratie van de nationale bouwmarkten van de Lid-Staten belemmeren. Bovendien verschillen de omstandigheden van de onderhavige zaak wezenlijk van die in de zaken VBVB en Publishers Association (reeds aangehaald), waarin het ging om overeenkomsten die reeds veel eerder bij de Commissie waren aangemeld, terwijl het in het onderhavige geval om een systeem gaat, dat eerst op 1 april 1987 openbaar is gemaakt en dat in 1988 is aangemeld, waarna de Commissie een actief onderzoek heeft ingesteld. Het feit dat zij geen voorlopige maatregelen heeft genomen of niet heeft besloten de „boete-immuniteit” op te heffen, doet niets af aan het zwaarwegende karakter van het met de beschikking nagestreefde belang. Anders dan verzoeksters lijken te stellen, hebben zowel de gemeente Rotterdam als drie consumentenorganisaties, die te zamen een groot deel van de Nederlandse consumenten vertegenwoordigen, zich tegen de regelingen uitgesproken tijdens een hoorzitting die was georganiseerd krachtens verordening nr. 99 van de Commissie van 25 juli 1963, over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17. van de Raad (PB 1963, nr. 127, blz. 2269).

- 29 Onder verwijzing naar de beschikkingen van de president van het Hof van 30 oktober 1978 (gevoegde zaken 209/78 R tot en met 215/78 R, FEDETAB, Jurispr. 1978, blz. 2111) en 31 maart 1982 (VBVB en VBBB, reeds aangehaald) verzoekt de Commissie ten slotte subsidiair, dat in geval van opschorting van de tenuitvoerlegging van artikel 3 van de beschikking aan de opschorting de voorwaarde wordt verbonden, dat het de bij de lid-organisaties van de SPO aangesloten aannemers vrij staat de regelingen te negeren, zonder dat tegen hen disciplinaire maatregelen of andere sancties kunnen worden genomen.

*Beoordeling van de rechter in kort geding*

- 30 Vooraf zij opgemerkt dat de beschikking waarvan de opschorting van de tenuitvoerlegging in de onderhavige procedure in kort geding wordt gevorderd, betrekking heeft op een complex geheel van privaatrechtelijke regelingen die zijn vastgesteld bij besluit van een ondernemingsvereniging en dat tot doel heeft, de mededinging tussen de aannemers die deelnemen aan de aanbesteding van bouwwerken in Nederland, te regelen. In de beschikking identificeert de Commissie een aantal mededingingsbeperkingen (zie de punten 14 tot en met 16 van de onderhavige beschikking) die voortvloeien uit elk van de bestanddelen die de verschillende regelingen uitmaken, en uit het gehele door SPO ingevoerde stelsel. Zoals overigens uit het dispositief van de beschikking en meer in het bijzonder uit artikel 1 daarvan blijkt, is het bijgevolg het gehele stelsel — dat wordt gevormd door de Statuten, de UPR met inbegrip van de regelingen en bijlagen daarbij, de Erecode, met uitzondering van artikel 10, en de aan de UPR voorafgaande en soortgelijke regelingen — dat als een inbreuk op artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag wordt aangemerkt.
- 31 Met betrekking tot het vereiste van een dreigende ernstige en onherstelbare schade zij opgemerkt, dat na een eerste onderzoek van de door partijen uiteengezette middelen en argumenten blijkt, dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de beschikking van de Commissie, waar zij tot gevolg heeft dat het procedureel kader voor het verloop van de mededinging op de markt moet worden ontmanteld, op deze markt tot een ontwikkeling kan leiden waarvan men op goede grond mag vermoeden dat het zeer moeilijk, zo niet onmogelijk zal zijn om deze later ongedaan te maken ingeval het beroep in de hoofdzak zou worden toegewezen (zie laatstelijk beschikking van de president van het Gerecht van 16 juni 1992, gevoegde zaken 24/92 R en 28/92 R, Langnese en Schöller, r. o. 29, Jurispr. 1992, blz. II-1839). Het

in strijd met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag verklaarde stelsel tot regulering van de prijzen en de mededinging vormt al lang het procedureel kader waarbinnen de bouwmarkt in Nederland functioneert. Bij een onmiddellijke tenuitvoerlegging van de beschikking zouden de ingrijpende wijzigingen die, hangende de uitspraak van het Gerecht op het beroep in de hoofdzaak, hiervan het gevolg zouden zijn, het voor verzoeksters volstrekt onmogelijk kunnen maken om de litigieuze regelingen opnieuw toe te passen indien het Gerecht de litigieuze beschikking nietig mocht verklaren.

- 32 Met betrekking tot het „*fumus boni juris*”-vereiste zij in de eerste plaats opgemerkt, dat verzoeksters in hun verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging zich ertoe hebben beperkt, primair te betogen dat de beroepen beschikking kennelijk non-existent althans nietig, is wegens schending van wezenlijke vormvoorschriften en subsidiair de negen middelen te vermelden die zijn aangevoerd tot staving van hun beroep in de hoofdzaak, waarnaar zij verwijzen.
- 33 Met betrekking tot het middel dat de beschikking kennelijk non-existent is, dient te worden vastgesteld dat verzoeksters, gelet op de door hen niet weersproken argumenten van de Commissie, geen concrete, ernstig te nemen aanwijzingen hebben geleverd dat, na de vaststelling van de beschikking, het beginsel van de onaanvaardbaarheid van een vastgestelde handeling is geschonden, zodat deze beschikking het vermoeden van wettigheid zou hebben verloren, dat haar ogenschijnlijk toekwam (zie het arrest van het Gerecht van 10 maart 1992, zaak T-10/89, Hoehst, Jurispr. 1992, blz. II-629).
- 34 Met betrekking tot de door verzoeksters subsidiair aangevoerde middelen zij opgemerkt dat de aard van een procedure in kort geding meebrengt dat een grondig onderzoek van alle litigieuze regelingen in een dergelijke procedure niet mogelijk is, te meer waar verzoeksters zich ertoe hebben beperkt, de in hun beroep in de hoofdzaak aangevoerde middelen te vermelden en te betogen dat, gelet op de in het verzoekschrift in de hoofdzaak aangevoerde argumenten, in redelijkheid niet kon worden beweerd dat hun beroep van iedere grond ontbloomt zou zijn. Ofschoon de rechter in kort geding niet alle in het verzoekschrift in de hoofdzaak aangevoerde middelen en argumenten nauwgezet kan onderzoeken — zeker niet wanneer een dergelijk verzoekschrift bijna 400 bladzijden beslaat — dient hij niettemin de argumenten in aanmerking te nemen die verzoeksters in hun verzoek om voorlopige

maatregelen alsmede in hun mondelinge opmerkingen hebben aangevoerd, teneinde te onderzoeken of er elementen zijn die twijfel kunnen doen ontstaan omtrent de conclusies waartoe de Commissie is gekomen.

- 35 In de loop van de administratieve procedure voor de Commissie hebben verzoeksters een aantal voorstellen tot wijziging van de litigieuze regelingen voorgelegd, die huns inziens tegemoet zouden kunnen komen aan de voornaamste bezwaren van de Commissie. Omdat de rechter in kort geding zijn oordeel niet in de plaats kan stellen van dat van de Commissie (zie beschikking van de president van het Hof van 30 oktober 1978, Van Landewyck, reeds aangehaald), behoeven deze voorstellen niet in aanmerking te worden genomen bij het onderzoek van de „fumus boni juris” van het onderhavige verzoek om opschorting van de tenuitvoerlegging.
- 36 Bij lezing van de bestreden beschikking valt onmiddellijk op, dat een aantal onderdelen van het bij de litigieuze regelingen ingevoerde stelsel de mededinging onmiskenbaar beperken, als bedoeld in artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag. Het betreft in het bijzonder het beginsel zelf van de vergadering van ondernemingen die een prijsaanbieding hebben aangemeld, de confrontatie van kostenelementen van het werk door de ondernemingen en de mogelijkheid om tijdens deze vergaderingen een rechthebbende aan te wijzen, de mogelijkheid blankcijfers over te leggen aan de andere inschrijvende ondernemingen, de mogelijkheid voor de inschrijvers om hun voorstellen terug te trekken na kennisneming van de blankcijfers van de andere inschrijvers, de preferentie en ten slotte de doorbetaling van de bedragen betreffende rekenvergoeding en organisatiebijdragen, aangezien deze bedragen en bijdragen rechtstreeks worden doorberekend aan de opdrachtgever. Ofschoon enige van deze elementen de kern van de litigieuze regelingen uitmaken — en naar verzoeksters verklaren, wezenlijke bestanddelen voor het functioneren van het hele stelsel vormen —, kan in dit stadium evenwel niet worden uitgesloten, dat andere elementen van het stelsel, zoals dit thans geldt, in overeenstemming met de communautaire mededingingsregels kunnen zijn of, in voorkomend geval, in aanmerking kunnen komen voor een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag.
- 37 In de regel kan de mogelijkheid dat het Gerecht in zijn beslissing op het beroep in de hoofdzaak bepaalde elementen van een complex stelsel als het onderhavige in



overeenstemming met de communautaire mededingingsregels kan beschouwen, op zichzelf voor de rechter in kort geding geen reden zijn om vast te stellen dat er sprake is van „fumus boni juris”. In de omstandigheden van de onderhavige zaak mag evenwel niet uit het oog worden verloren dat, zoals hiervoor is opgemerkt, bij onmiddellijke tenuitvoerlegging van de beschikking de ingrijpende wijzigingen die het procedureel kader voor het verloop van de mededinging op de bouwmarkt in de tussentijd zal ondergaan, het voor verzoeksters volstrekt onmogelijk kunnen maken om de litigieuze regelingen opnieuw toe te passen, waardoor een eventuele, zelfs gedeeltelijke, nietigverklaring van de bestreden beschikking zinledig zou worden.

38 Bij een dergelijke situatie feitelijk en rechtens dient de rechter in kort geding het belang van een goede rechtsbedeling af te wegen tegen de belangen van de partijen, met inbegrip van het belang dat de Commissie erbij heeft, dat onmiddellijk een einde wordt gemaakt aan de door haar vastgestelde inbreuken op de mededingingsregels van het Verdrag, zowel om te voorkomen dat een onomkeerbare situatie ontstaat en partijen in het geding of het openbaar belang ernstig en onherstelbaar worden geschaad (zie de beschikkingen van de president van het Hof van 16 februari 1987, zaak 45/87 R, Commissie/Ierland, Jurispr. 1987, blz. 783, en 13 juni 1989, Publishers Association, reeds aangehaald, alsmede de beschikking van de president van het Gerecht van 26 juni 1992, Langnese en Schöller, reeds aangehaald).

39 Zo gezien lijkt het billijk om een gedeeltelijke opschorting van de tenuitvoerlegging van de litigieuze beschikking te gelasten, in de mate die strikt noodzakelijk is om de ernstige en onherstelbare schade te beperken die een onmiddellijke tenuitvoerlegging van de beschikking voor verzoeksters zou kunnen opleveren. Ter bescherming van verzoeksters' belangen is het niet noodzakelijk om de tenuitvoerlegging van de beschikking op te schorten, voor zover daarin de regelingen onverenigbaar met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag worden verklaard of een ontheffing wordt geweigerd, zodat de opschorting dient te worden beperkt tot artikel 3 van de beschikking en wel uitsluitend tot die elementen van de regelingen waarvan de toepassing de mededinging niet onmiskenbaar beperkt.

40 Het onmiskenbaar mededingingsbeperkende karakter van bepaalde in punt 36 van onderhavige beschikking geïdentificeerde elementen van de litigieuze regelingen

vindt zijn oorsprong in een onderlinge afstemming (dat wil zeggen in de vergaderingen van de aannemers) en een onderlinge informatie-uitwisseling tussen de aannemers (zoals informatie over de andere aanmeldingen, de kostenstructuur en de blankcijfers van de andere inschrijvers), die niet strikt noodzakelijk zijn voor de werking van het stelsel. Met betrekking tot de aanmelding van de prijsaanbiedingen, de inlevering van blankcijfers, de confrontatie van kostenelementen van het werk, de aanwijzing van een rechthebbende indien de aanbiedingen vergelijkbaar zijn en de bescherming van deze rechthebbende kan de werking van het systeem op het eerste gezicht namelijk worden verzekerd door het bureau of zijn voorzitter, zonder dat op enigerlei wijze een onderlinge afstemming plaatsvindt en deze informatie door de aannemers aan elkaar worden meegedeeld. Dit zou inzonderheid het geval zijn, indien de ondernemingen in plaats van hun voornemen om een prijsaanbieding te doen, hun prijsaanbieding en, in voorkomend geval, hun verzoek om aanwijzing van een rechthebbende zouden moeten aanmelden, en indien deze informatie enkel toegankelijk zouden zijn voor het bureau, dat dan vervolgens zelf de kostenelementen van het werk zou kunnen vergelijken en de laagst biedende als rechthebbende zou kunnen aanwijzen indien de aanbiedingen vergelijkbaar zijn of een meerderheid van de aanmelders zich in deze zin heeft uitgesproken.

- 41 Daarentegen staat het mededingingsbeperkende karakter van andere elementen van het stelsel los van een onderlinge afstemming en een onderlinge informatie-uitwisseling tussen de aannemers. Dit geldt voor de preferentie en de doorbetaling van de bedragen betreffende rekenvergoeding en organisatiebijdragen. Met betrekking tot de preferentie hebben verzoeksters voor de president van het Gerecht verklaard dat zij bereid zijn de desbetreffende regels niet toe te passen. Ten aanzien van de bedragen voor rekenvergoeding en organisatiebijdragen kunnen de onmiskenbaar mededingingsbeperkende elementen van het stelsel worden opgeheven door niet al deze bedragen en vergoedingen rechtstreeks aan de aanbesteders door te berekenen.
- 42 Gelet op het voorgaande dient de opschorting van de tenuitvoerlegging van artikel 3 van de beschikking van de Commissie te worden gelast, 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.

- 43 Bovendien zijn er termen aanwezig om verzoeksters te gelasten, de Commissie en het Gerecht uiterlijk op 1 oktober 1992 mee te delen, welke maatregelen zij hebben genomen om de werking van het stelsel in overeenstemming met de onderhavige beschikking te brengen.

## DE PRESIDENT VAN HET GERECHT

beschikt:

- 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.

Luxemburg, 16 juli 1992.

De griffier

H. Jung

De president

J. L. Cruz Vilaça