

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (första avdelningen)
den 21 februari 1995 *

I mål T-29/92,

Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid, sammanslutning bildad enligt nederländsk rätt, Amersfoort (Nederländerna),

Amsterdamse Aannemers Vereniging, sammanslutning bildad enligt nederländsk rätt, Amsterdam,

Algemene Aannemersvereniging voor Waterbouwkundige Werken, sammanslutning bildad enligt nederländsk rätt, Utrecht (Nederländerna),

Aannemersvereniging van Boorondernemers en Buizenleggers, sammanslutning bildad enligt nederländsk rätt, Soest (Nederländerna),

Aannemersvereniging Velsen, Beverwijk en Omstreken, sammanslutning bildad enligt nederländsk rätt, Velsen (Nederländerna),

Aannemers Vereniging Haarlem-Bollenstreek, sammanslutning bildad enligt nederländsk rätt, Heemstede (Nederländerna),

Aannemersvereniging Veluwe en Zuidelijke IJsselmeerpolders, sammanslutning bildad enligt nederländsk rätt, Apeldoorn (Nederländerna),

* Rättegångspråk: nederländska.

Combinatie van Aannemers in het Noorden, sammanslutning bildad enligt nederländsk rätt, Leeuwarden (Nederländerna),

Vereniging Centrale Prijsregeling Kabelwerken, sammanslutning bildad enligt nederländsk rätt, Leeuwarden,

Delftse Aannemers Vereniging, sammanslutning bildad enligt nederländsk rätt, Rotterdam (Nederländerna),

Economisch Nationaal Verbond van Aannemers van Sloopwerken, sammanslutning bildad enligt nederländsk rätt, Utrecht,

Aannemersvereniging "Gouda en Omstreken", sammanslutning bildad enligt nederländsk rätt, Rotterdam,

Gelderse Aannemers Vereniging inzake Aanbestedingen, sammanslutning bildad enligt nederländsk rätt, Arnhem (Nederländerna),

Gooise Aannemers Vereniging, sammanslutning bildad enligt nederländsk rätt, Huizen (Nederländerna),

's-Gravenhaagse Aannemers Vereniging, sammanslutning bildad enligt nederländsk rätt, 's-Gravenhage (Nederländerna),

Leidse Aannemersvereniging, sammanslutning bildad enligt nederländsk rätt, Leiden (Nederländerna),

Vereniging Markeer Aannemers Combinatie, sammanslutning bildad enligt nederländsk rätt, Tilburg (Nederländerna),

Nederlandse Aannemers- en Patroonsbond voor de Bouwbedrijven, sammanslutning bildad enligt nederländsk rätt, Dordrecht (Nederländerna),

Noorhollandse Aannemers Vereniging voor Waterbouwkundige Werken, sammanslutning bildad enligt nederländsk rätt, Amsterdam,

Oostnederlandse-Vereniging-Aanbestedigs-Regeling, sammanslutning bildad enligt nederländsk rätt, Delden (Nederländerna),

Provinciale Vereniging van Bouwbedrijven in Groningen en Drenthe, sammanslutning bildad enligt nederländsk rätt, Groningen (Nederländerna),

Rotterdamse Aannemersvereniging, sammanslutning bildad enligt nederländsk rätt, Rotterdam,

Aannemersvereniging "de Rijnstreek", sammanslutning bildad enligt nederländsk rätt, Rotterdam,

Stichting Aanbestedingsregeling van de Samenwerkende Bouwbedrijven in Friesland, sammanslutning bildad enligt nederländsk rätt, Leeuwarden (Nederländerna),

Samenwerkende Prijsregelende Vereniging Nijmegen en Omstreken, sammanslutning bildad enligt nederländsk rätt, Nijmegen (Nederländerna),

Samenwerkende Patroons Verenigen in de Bouwbedrijven Noord-Holland-Noord, sammanslutning bildad enligt nederländsk rätt, Alkmaar (Nederländerna),

Utrechtse Aannemers Vereniging, sammanslutning bildad enligt nederländsk rätt, Utrecht,

Vereniging Wegenbouw Aannemers Combinatie Nederland, sammanslutning bildad enligt nederländsk rätt, Zeist (Nederländerna), och

Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging, sammanslutning bildad enligt nederländsk rätt, Heeze (Nederländerna),

företrädda av Louis H. van Lennep, advokat i Haag och Erik H. Pijnaker Hordijk, advokat i Amsterdam, med delgivningsadress i Luxemburg hos advokatbyrån Luc Frieden, 6, avenue Guillaume,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företräd av Berend J. Drijber, vid rättstjänsten, i egenskap av ombud, biträdd av Paul Glazener, advokat i Rotterdam, med delgivningsadress i Luxemburg hos Georgios Kremlis, vid rättstjänsten, Centre Wagner, Kirchberg,

svarande,

angående en talan om nullitet och i andra hand upphävande av kommissionens beslut 92/204/EEG av den 5 februari 1992 rörande ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i EEG-fördraget (IV/31.572 och IV/32.571 — Byggnadsindustrin i Nederländerna, EGT nr L 92, s. 1),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (första avdelningen),

sammansatt av R. Schintgen, ordförande, och H. Kirschner, B. Vesterdorf, K. Lenaerts samt C.W. Bellamy, domare,

justitiesekreterare: H. Jung,

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och efter den muntliga förhandlingen den 11 juli 1994,

följande

Dom

Bakgrunden till ansökan

- 1 Från och med år 1952 har flera entreprenörer på den nederländska byggmarknaden bildat olika sammanslutningar enligt sektoriella eller regionala kriterier. Sammanslutningarna har haft som funktion att reglera konkurrensen.
- 2 De olika sammanslutningarna bildade år 1963 Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid (nedan kallat "SPO") som enligt artikel 3 i sina stadgor har som mål att "främja och förvalta ordnad konkurrens,

undvika att det uppstår samt motarbeta otillbörligt beteende vid prisanbud och att främja uppkomsten av ekonomiskt motiverade priser". I detta syfte har SPO utarbetat föreskrifter för "institutionaliserad pris- och konkurrensreglering" och har befogenhet att belägga medlemsföretag i sammanslutningarna som underlåtit att iaktta förpliktelser som följer av föreskrifterna med sanktioner. Tillämpningen av föreskrifterna kontrolleras av åtta byråer vars verksamhet står under SPO:s överinseende. De sammanslutningar som är medlemmar i SPO är för tillfället 28 till antalet och omfattar sammanlagt över fyra tusen byggnadsföretag som är etablerade i Nederländerna.

- 3 År 1969 anslöt sig merparten av de sektoriella eller regionala sammanslutningarna till SPO.
- 4 Mellan åren 1973 och 1979 standardiserade de olika sammanslutningarna, under SPO:s överinseende, sina föreskrifter (nedan kallade "gamla föreskrifter").
- 5 Den 3 juni 1980 antog SPO:s generalförsamling Erecode voor ondernemers in het Bouwbedrijf (Byggnadsentreprenörernas hederskodex, nedan kallad "hederskodex"). Tillämpningen av hederskodexen gjordes obligatorisk för alla företag som tillhörde sammanslutningar som var medlemmar av SPO. Genom hederskodexen skapades ett enhetligt sanktionssystem för överträdelser av de mellan åren 1973 och 1979 standardiserade föreskrifterna samtidigt som den innehåller materiella bestämmelser som är nödvändiga för verkställandet av föreskrifterna. Hederskodexen trädde i kraft den 1 oktober 1980.
- 6 Den 16 augusti 1985 tillställde kommissionen SPO en begäran om upplysningar med stöd av artikel 11 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (EGT nr L 13, 1962, s. 204, nedan kallad "förordning nr 17") för att få information om utländska företags medverkan i SPO.

- 7 Genom ministerieförordning av den 2 juni 1986 antog de nederländska myndigheterna Uniform Aanbestedingsreglement (enhetliga stadgan för anbudsförfarande, nedan kallad "UAR") som innehåller bestämmelser rörande förfarandet vid ingående av avtal avseende offentliga upphandlingar och som trädde i kraft den 1 november 1986.
- 8 Den 9 oktober 1986 antog SPO:s generalförsamling två Uniforme Prijsregulering Reglementen (enhetliga föreskrifter för prisreglering, nedan kallade "UPR") vilkas syfte är att definiera det förfarande som skall tillämpas då två företag deltar i ett anbudsförfarande för byggnadsuppdrag. Den ena UPR avser offerter vid ett slutet förfarande (nedan kallat "UPRR") och den andra offerter vid ett öppet förfarande (nedan kallat "UPRO"). De två föreskrifterna är identiska till strukturen och innehåller noggranna och detaljerade bestämmelser genom vilka man definierar vilka skyldigheter organisationens medlemsföretag har och villkoren för organisationens verksamhet. Dessa UPR kompletteras av fyra föreskrifter och tre bilagor. Föreskrifterna trädde i kraft den 1 april 1987.
- 9 Genom kunglig förordning av den 29 december 1986 förklarade den nederländska regeringen dessa föreskrifter icke-bindande med undantag för dem som uppfyllde vissa villkor. Den kungliga förordningen trädde i kraft den 1 april 1987. De båda UPR uppfyllde villkoren i den kungliga förordningen.
- 10 Den 15 juni 1987 genomförde kommissionen med stöd av artikel 14 i förordning nr 17 en undersökning hos SPO. I juli och i november samma år gjorde kommissionen en likadan undersökning hos Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging (nedan kallat "ZNAV"). Syftet med undersökningarna var att utreda om SPO:s föreskrifter var ägnade att påverka handeln mellan medlemsstaterna.
- 11 Den 13 januari 1988 anmälde SPO de båda UPR och hederskodexen till kommissionen i syfte att i första hand få ett icke-ingripandebesked och i andra hand undantag i enlighet med bestämmelsen i artikel 85.3 i EEG-fördraget (nedan kallat "fördraget").

- 12 Den 23 juni 1988 ändrades UPR. Ändringen trädde i kraft den 1 juli 1988.
- 13 Den 13 juli 1989 kompletterade SPO sin anmälan av den 13 januari 1988.
- 14 Den 26 juli 1989 inlämnade Rotterdams kommun (Nederländerna) ett klagomål hos kommissionen riktat mot vissa delar av föreskrifterna.
- 15 Den 7 november 1989 beslutade kommissionen att inleda ett rättsligt förfarande mot SPO och sände denna ett meddelande om klagopunkter den 5 december 1989.
- 16 SPO besvarade meddelandet om klagopunkter den 5 april 1990.
- 17 Förhör enligt artikel 19 i förordning nr 17 ägde rum den 12 juni 1990.
- 18 Den 15 mars 1991 inledde SPO förhandlingar med kommissionen för att undersöka huruvida de anmälda föreskrifterna skulle kunna bli föremål för undantag om de ändrades. En skriftväxling i detta syfte mellan SPO och kommissionen ägde rum mellan den 12 april 1991 och den 15 januari 1992.
- 19 Den 5 februari 1992 fattade kommissionen det tvistiga beslutet.

- 20 Den 12 februari 1992 skickades ett beslut av den 5 februari 1992 med nummer C (92) 66 déf. till sökandena. Detsamma delgavs den 17 februari 1992. I detta beslut fattades ett stycke och adresserna till olika företagssammanslutningar som nämndes i beslutet var felaktiga.
- 21 Den 26 februari 1992 skickades ett beslut av den 5 februari 1992 med nummer C (92) 66 déf. rév. till sökandena (beslutet var SPO tillhanda den 2 mars 1992). Denna version innehöll det stycke som saknades i det den 17 februari 1992 delgivna beslutet och som således lagts till. De felaktiga adresserna till de olika företagssammanslutningarna hade också rättats.
- 22 I artikel 1 i beslutet konstaterar kommissionen att SPO:s stadgor av den 10 december 1963 som sedermera ändrats, de två UPR av den 9 oktober 1986 jämte tillhörande föreskrifter och bilagor, de tidigare och likadana UPR som de ersatte och hederskodexen, med undantag för dess artikel 10, utgör en överträdelse av artikel 85.1 i fördraget.
- 23 Genom artikel 2 i beslutet ogillar kommissionen begäran om undantag, avfattad den 13 januari 1988 med stöd av artikel 85.3 i fördraget vad beträffar UPR av den 9 oktober 1988 och hederskodexen.
- 24 Genom artikel 3.1 och 3.2 i beslutet ålägger kommissionen SPO och dess medlemsorganisationer att utan dröjsmål upphöra med de överträdelser som konstaterats och att skriftligen delge de berörda företagen innehållet i beslutet samt att man upphört med överträdelserna samt att beskriva de praktiska följderna av detta såsom alla medlemsföretags rätt att när som helst avstå från att iaktta föreskrifterna. SPO och dess medlemsorganisationer ålades för övrigt att inom två månader från det att de har fått del av beslutet meddela kommissionen den information som delgetts företagen i enlighet med punkt 2 i detta beslut.

- 25 I artikel 4 i beslutet ålägger kommissionen de 28 berörda sammanslutningarna böter som uppgår till ett belopp på sammanlagt 22 498 000 ecu.

Förfarandet

- 26 Genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 13 april 1992 väckte SPO och dess 28 medlemsorganisationer med stöd av artikel 173 andra stycket i fördraget talan i vilken de yrkar att förstainstansrätten skall ogiltigförklara på grund av nullitet eller i andra hand upphäva kommissionens beslut 92/204/EEG av den 5 februari 1992 rörande tillämpning av artikel 85 i fördraget (IV/31.572 och IV/32.571 — Byggnadsindustrin i Nederländerna, EGT nr L 92, s. 1).
- 27 Genom en särskild ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli samma dag anhöll sökandena likaledes med stöd av artiklarna 185 och 186 i fördraget och med stöd av artikel 105.2 i förstainstansrättens rättegångsregler om ett interimistiskt beslut om uppskov med verkställigheten av det tvistiga beslutet.
- 28 Parterna hördes muntligen den 18 juni 1992.
- 29 Den 16 juli 1992 meddelade förstainstansrättens ordförande ett beslut med följande innehåll:

”1) Verkställigheten av artikel 3 i kommissionens beslut rörande tillämpning av artikel 85 i fördraget (IV/31.572 och IV/32.571 — Byggnadsindustrin i Nederländerna) avbryts i den omfattning den avser tvistiga delar av föreskrifterna

som inte berör förekomsten av en samordning och informationsutbyte mellan företagarna, beviljande av företräde och direkt överföring på anbudstagare av ersättning för kalkyleringskostnader och bidrag till branschorganisationer.

- 2) Sökandena skall senast den 1 oktober 1992 meddela kommissionen och förstainstansrätten de åtgärder de vidtagit för att göra så att systemet fungerar i överensstämmelse med detta beslut.
- 3) Till övriga delar avvisas begäran om interimistiskt beslut om uppskov med verkställighet.
- 4) Förstainstansrätten beslutar senare om rättegångskostnaderna.”

30 Genom en skrivelse som inkom till förstainstansrättens kansli den 14 augusti 1992 tillställde sökandena förstainstansrättens ordförande de provisoriska anvisningar som var tillämpliga sedan den 20 juli 1992 och som den första sökanden skickat de övriga sökandena i enlighet med förstainstansrättens ordförandes beslut av den 16 juli 1992.

31 Den 27 augusti 1992 lämnade Dennendael BV, ett bolag bildat enligt nederländsk rätt, en begäran om intervention till stöd för svarandens ståndpunkt i enlighet med artikel 37 i EEG-stadgan för domstolen.

32 Genom beslut av den 12 januari 1993 tillät förstainstansrätten denna intervention till stöd för svarandens ståndpunkt.

33 Den 21 januari 1993 inlämnade intervenienten sin interventionsinläga.

- 34 Genom en skrivelse av den 17 november 1993 meddelade intervenienten förstainstansrätten att denne skulle återta sin intervention vilket förstainstansrätten bekräftade genom ett beslut av den 4 maj 1994.
- 35 På förslag av referenten beslutade förstainstansrätten (första avdelningen) att inleda den muntliga förhandlingen utan att vidta åtgärder för bevisupptagning. Förstainstansrätten uppmanade emellertid parterna att före den muntliga förhandlingen skriftligen besvara vissa frågor.
- 36 I enlighet med domstolens dom av den 15 juni 1994 (kommissionen mot BASF m.fl., C-137/92 P, Rec. s. I-2555) ålade förstainstansrätten genom beslut av den 27 juni 1994 kommissionen att "framlägga kommissionens beslut rörande tillämpning av artikel 85 i EEG-fördraget (IV/31.572 och IV 32.571 — Byggnadsindustrin i Nederländerna), fattat vid sammanträdet den 5 februari 1992, bestyrkt vid samma tillfälle på det giltiga språket genom ordförandens och verkställande sekreterarens underskrifter med stöd av artikel 12 första stycket i den då gällande interna arbetsordningen" och tillställa förstainstansrätten denna handling "senast den 6 juli 1994".
- 37 Till följd av detta beslut sände kommissionen genom en skrivelse av den 4 juli 1994 ett exemplar av sitt beslut av den 5 februari 1992 med beteckningen C (92) 66 déf. rév. och med underskrifter av kommissionens ordförande och av generalsekreteraren före vilka fanns omnämmandet: "Detta beslut har fattats av kommissionen under dess 1 092:a sammanträde i Bryssel den 5 februari 1992. Det består av 92 sidor + bilagor". Kommissionen inlämnade även ett antal andra rättshandlingar.
- 38 Den första av dessa rättshandlingar är en skrivelse som en av sökandesidans advokater den 19 februari 1992 skickat till den behöriga tjänstemannen på generaldirektoratet för konkurrens (GD IV), för att göra honom medveten om att det beslut som han hade delgivits innehöll vissa brister vid övergången från sidan 86 till sidan

87. Han uppmanade tjänstemannen att företa de nödvändiga granskningarna och att vidta åtgärder för att genomföra de erforderliga rättelserna.

- 39 Den andra rättshandlingen är ett telefaxmeddelande, även det daterat den 19 februari 1992, som den ifrågavarande tjänstemannen sänt till en tjänsteman vid kommissionens generalsekretariat för att han skulle kontrollera ”om den version av det av kommissionen fattade beslutet som delgetts mottagarna helt överensstämmer med förslaget och, om nödvändigt, vidta nödvändiga åtgärder för att mottagarna av beslutet formellt skall delges texten i sin helhet”.
- 40 Den tredje rättshandlingen är en skrivelse av den 21 februari 1992 skickat till den behöriga tjänstemannen på GD IV av en av sökandesidans advokater i vilken han ber kommissionen att endast till SPO sända alla exemplar av den rättade versionen, eftersom adresserna till vissa av sammanslutningarna som är medlemmar i SPO var felaktiga.
- 41 Den fjärde rättshandlingen är en skrivelse till sökandesidans advokater från den behöriga tjänstemannen på GD IV, likaledes daterad den 21 februari 1992, i vilken han anger att generalsekretariatet — till följd av ett telefonsamtal med en av dem — planerade olika sorters delgivning på nytt till alla sammanslutningar som stod som mottagare av beslutet (till deras rätta adresser, i förekommande fall).
- 42 Förstainstansrätten har hört parterna vid den muntliga förhandlingen den 11 juli 1994. Under denna förevisades, på sökandenas begäran, en film angående de föreskrifter som är aktuella för detta fall och deras sakkunnige hördes.

Parternas yrkanden

43 Sökandena har yrkat att förstainstansrätten skall

- 1) i första hand, på grund av nullitet, ogiltigförklara kommissionens rättsakt benämnd "kommissionens beslut av den 5 februari 1992 rörande tillämpning av artikel 85 i EEG-fördraget" (IV/31.572 och IV/32.571 — Byggnadsindustrin i Nederländerna),
- 2) i andra hand upphäva kommissionens beslut av den 5 februari 1992 rörande tillämpning av artikel 85 i EEG-fördraget (IV/31.572 och IV/32.571 — Byggnadsindustrin i Nederländerna),
- 3) vidta alla andra åtgärder som den finner nödvändiga,
- 4) förplikta kommissionen att bära rättegångskostnaderna, inklusive de kostnader som har uppkommit på grund av begäran om interimistiskt beslut om uppskov med verkställighet som hade inlämnats med stöd av artiklarna 185 och 186 i fördraget.

Kommissionen har å sin sida yrkat att förstainstansrätten skall

- 1) ogilla ansökan,
- 2) förplikta sökandena att bära rättegångskostnaderna i målet, inklusive kostnaderna avseende begäran om interimistiska åtgärder.

Parternas grunder och argument

- 44 Sökandena har i sin talan lagt fram två yrkanden: Det första, som är huvudyrkandet, avser en fastställelse av att det tvistiga beslutet är ogiltigt på grund av nullitet eller åtminstone på grund av formella fel och det andra, som är ett andrahandsyrkande, avser att beslutet skall upphävas.

Huvudyrkandet

Parternas argument

- 45 Sökandena har som sitt huvudyrkande gjort gällande att det angripna beslutet med stöd av förstainstansrättens rättspraxis är ogiltigt på grund av nullitet (dom av den 27 februari 1992, BASF m.fl. mot kommissionen, 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 och T-104/89, Rec. s. II-315), eftersom det utgör en överträdelse av principen om rättsakters oangripplighet och eftersom det fattats trots bristande behörighet — en sida har lagts till utan godkännande av kommissionärernas kollegium — och eftersom en överträdelse av språkregeln inträffat då kommissionärernas kollegium inte fattat beslutet på det enda giltiga språket. I själva verket saknades ett stycke i beslut nr C (92) 66 déf. av den 5 februari 1992 som skickades ut till sökandena den 12 februari 1992 och som desamma fick del av den 17 februari 1992, och adresserna till de olika företagssammanslutningar som berördes i beslutet var felaktiga.
- 46 Den 26 februari 1992 skickades beslutet av den 5 februari 1992, med nr C (92) 66 déf. rév., till sökandena (och inkom till SPO den 2 mars 1992). Texten innehöll det stycke som saknades i den 17 februari 1992 delgivna texten, och som således hade lagts till. De felaktiga adresserna till de olika företagssammanslutningarna hade likaledes korrigerats.

- 47 Sökandena har vidare anförts att den rättshandling som har beteckningen C (92) 66 déf. först hade skickats ut till varje sökande genom en skrivelse av den 12 februari 1992 undertecknad av kommissionens generalsekreterare, och att den inte delgavs förrän omkring den 17 februari. Det förhållandet att den tvistiga beslutstexten inte var tillgänglig dagen efter den 5 februari 1992 bekräftar att den till sökandena delgivna texten inte var densamma som kommissionärernas kollegium godkänt. Det förhållandet att den reviderade handlingen fick en ny beteckning [nämligen C (92) 66 déf. rév.] bekräftar samma slutsats. Kommissionen har för övrigt inte heller bestritt att handlingen C (92) 66 déf. rév. aldrig som sådan underställts kommissionärernas kollegium för godkännande.
- 48 Av denna anledning har sökandena uppmanat kommissionen att genom ett styrkt utdrag ur protokollet från kommissionens sammanträde den 5 februari 1992 bevisa att den verkligen sammanträtt för att ta ställning till den nederländska versionen av det tvistiga beslutet och att det är den text som den har antagit.
- 49 Kommissionen har svarat att sökandena inte framfört några som helst skäl för slutsatsen att en överträdelse av principen om en antagen rättsakts oangriplighet har ägt rum efter att beslutet har fattats. På grund av att det inte finns bevis på detta skall beslutet anses giltigt (se förstainstansrättens dom av den 10 mars 1992, Hoechst mot kommissionen, T-10/89, Rec. s. II-629, punkt 375).
- 50 Kommissionen har hävdats att beslutet på nytt skickades till sökandena på grund av att det saknades en sida i den text som hade skickats den 12 februari 1992 och att beslutet för vad avser en del sökande skickades till en adress som inte längre var riktig. Avsaknaden av en sida berodde på ett tekniskt fel på kommissionens interna elektroniska post som inträffade efter att beslutet fattats.

- 51 I övrigt har kommissionen gjort gällande att kommissionärernas kollegium den 5 februari 1992 hade texten till förslaget till beslut tillgänglig på alla gemenskapens språk, inklusive nederländska. Förslaget antogs under detta sammanträde.

Förstainstansrättens bedömning

- 52 Förstainstansrätten konstaterar beträffande huvudfrågan att det följer av domstolens ovannämnda dom av den 15 juni 1994, kommissionen mot BASF m.fl. (punkt 52), att de av sökandena angivna bristerna som gäller förfarandet för beslutsfattandet vid kommissionen inte är så allvarliga på denna punkt att de skulle motivera att beslutet betraktas som rättsligt ogiltigt på grund av nullitet.
- 53 Av detta följer att sökandenas huvudyrkande skall ogillas till den del det avser en fastställelse av det tvistiga beslutets ogiltighet på grund av nullitet.
- 54 Det finns emellertid skäl att pröva andrahandsyrkandet, det vill säga huruvida de av sökandena påpekade bristerna skall leda till att beslutet upphävs på grund av att man har överträtt principen om rättsakters oangriplighet och språkreglerna.
- 55 Vad gäller rättsakters oangriplighet anser förstainstansrätten att det följer av domstolens ovannämnda dom av den 15 juni 1994, kommissionen mot BASF m.fl. (punkt 59) att det bara är om det i samband med ett bestridande finns allvarliga och starka skäl att misstänka att det skett en överträdelse av principen om rättsakters oangriplighet som förstainstansrätten kan ålägga att ett beslut skall läggas fram på ett eller flera giltiga språk, styrkt genom underskrift av ordföranden och av verkställande sekreteraren, för att pröva att den delgivna och den av kommissionärernas kollegium antagna texten till fullo motsvarar varandra.

56 I det förevarande fallet har förstainstansrätten på grundval av de faktiska uppgifter den för tillfället haft tillgång till ansett att det förhållandet att texten i det den 17 februari 1992 delgivna beslutet inte motsvarar den text som delgavs den 26 februari 1992 vid första anblicken utgör ett allvarligt och starkt indicium på att ändringarna i den första texten inte blivit godkända av kommissionärernas kollegium. Detta utgör motivet till att förstainstansrätten den 27 juni 1994 beslutade att det av kommissionen vid sammanträdet den 5 februari 1992 fattade beslutet skulle framläggas, styrkt på det giltiga språket, enligt artikel 12 första stycket i kommissionens vid tidpunkten ikraftvarande interna arbetsordning genom underskrift av ordföranden och verkställande sekreteraren.

57 Förstainstansrätten konstaterar emellertid att de av kommissionen till följd av beslutet av den 27 juni 1994 framlagda handlingarna bevisar att skillnaden mellan den första och den andra delgivna texten berodde på ett tekniskt fel i den elektroniska posten som ledde till att en sida uteblev och att texten av den 26 februari 1992 till fullo motsvarar innehållet i den text som kommissionärernas kollegium antog vid sitt sammanträde den 5 februari 1992. I själva verket påpekade sökandesidans advokater den 19 februari 1992 för kommissionen att "någoting fattas mellan sidorna 86 och 87 i beslutet rörande SPO. Jag ber Er att undersöka detta och vidta nödvändiga åtgärder för att rätta till detta. Om det framgår att ett fel insmugit sig i texten ber jag Er att skicka en rättelse till alla adressater". Mottagaren av detta brev, den behöriga tjänstemannen vid GD IV, skickade samma dag ett meddelande till kommissionens generalsekretariat för att det skulle genomföra den nödvändiga undersökningen. I meddelandet står det: "Jag har från Er avdelning fått den ovan åsyftade beslutstexten på nederländska. I denna handling fattas det ett stycke som fanns med i förslaget som föredrogs för kommissionen. Kan Ni vara vänliga att undersöka huruvida den av kommissionen antagna och till adressaterna delgivna texten till fullo motsvarar förslaget och vid behov se till att adressaterna formellt får del av den fullständiga beslutstexten? Jag bifogar som bilaga i försätsbladet till handlingen C (92) 66 déf. ... och sidorna 86 och 87 i handlingen. Som bilaga II finns sidorna 85, 86 och 87 i förslaget till det ifrågavarande beslutet (versionen på nederländska i den form det föredrogs för kommissionen: Den uteblivna sidan i handlingen C (92) 66 déf. är tydligt angiven".

- 58 Med beaktande av dessa faktiska omständigheter, med avseende på vilka sökandena inte bestritt kommissionens tolkning, kan inte de av sökandena framförda indicierna anses vara allvarliga och starka.
- 59 Av detta följer att innehållet i det till sökandena den 26 februari 1992 delgivna beslutet till fullo motsvarar innehållet i det beslut som kommissionärernas kollegium antog den 5 februari 1992.
- 60 Vad beträffar iakttagandet av språkreglerna, anser förstainstansrätten att den behörliga funktionärens på GD IV brev till generalsekretariatet bevisar att förslaget till beslut föredragits för kommissionen på nederländska, vilket stöds av det förhållandet att beslutet den 5 februari 1992 skickades med telefax på nederländska till sökandena.
- 61 Av detta följer att språkreglerna inte har överträtts i det förevarande fallet.
- 62 Utöver detta konstaterar förstainstansrätten att kommissionen som ett svar på förstainstansrättens beslut av den 27 juni 1994 framlagt texten i beslutet av den 5 februari 1992 med beteckningen C (92) 66 déf. rév. och underskrifterna av kommissionens ordförande och generalsekreterare med omnämmandet "Det förevarande beslutet har fattats av kommissionen vid dess 1 092:a sammanträde den 5 februari 1992 i Bryssel. Det består av 92 sidor + bilagor". Under den muntliga förhandlingen kritiserade sökandena det förhållandet att det inte framgår av handlingen när ordföranden och generalsekreteraren undertecknat den. I sitt foljebrev av den 4 juli 1994 och under den muntliga förhandlingen bekräftade kommissionens ombud att handlingen har samma innehåll som den text som kommissionärernas kollegium antog den 5 februari 1992 och som samtidigt styrktes genom underskrifter. På förstainstansrättens fråga svarade kommissionens ombud att hans bekräftelse av denna faktiska omständighet stöds av det förhållandet att kommissionen vid tidpunkten för beslutsfattandet redan blivit varskodd om följderna av

uteblivna underskrifter på handlingarna, eftersom förstainstansrätten redan i målet BASF m.fl. mot kommissionen, T-79/89 m.fl., i vilket den muntliga förhandlingen redan hade ägt rum, beslutat att beslutstexten som i enlighet med artikel 12 andra stycket i kommissionens då gällande interna arbetsordning skulle vara styrkt genom underskrift av ordföranden och av verkställande sekreteraren skulle läggas fram. Förstainstansrätten konstaterar att sökandena inte framfört några som helst invändningar mot kommissionens ombuds förklaring.

- 63 På grundval av dessa handlingar och den information som kommissionens ombud lämnat konstaterar förstainstansrätten att handlingen med beteckningen C (92) 66 déf. rév. som kommissionen framlagt är den beslutstext som kommissionärernas kollegium antog den 5 februari 1992 och som undertecknades vid detta tillfälle.
- 64 Förstainstansrätten anser att sökandenas huvudyrkande på grundval av allt som sagts ovan skall ogillas.

Andrahandsyrkandet

- 65 Till stöd för sitt andrahandsyrkande har klagandena framfört nio klagopunkter som kan uppdelas på fem grunder. Första grunden avser en överträdelse av artikel 85.1 i fördraget i och med att kommissionen definierat den relevanta marknaden på ett felaktigt sätt, missuppfattat de bestridda föreskrifternas räckvidd och felaktigt ansett att dessa på ett märkbart skulle sätt påverka handeln mellan medlemsstaterna. Den andra grunden avser en överträdelse av artikel 85.3 i fördraget i och med att kommissionen för det första inte beaktat den nederländska byggnadsindustrins särdrag och kastat om bevisbördan, att kommissionen för det andra felaktigt uppskattat räckvidden av de relevanta föreskrifterna med tanke på de fyra villkoren för meddelande av ett undantag, i synnerhet genom att vägra beakta de ändringsförslag sökandena gjort ”i samband med delgivningen” och i och med att kommissionen för det tredje överträtt proportionalitets- och subsidiaritetsprincipen genom att avslå de undantag som ansökan avsåg. Den tredje grunden avser en överträdelse av

artikel 4.2 1 och artikel 15.2 i förordning nr 17, i och med att kommissionen ålagt böter innan det fastställts att en överträdelse förelåg eller att sökanden åtminstone drog nytta av en befrielse och i och med att kommissionen felaktigt ansett att överträdelsen begåtts uppsåtligen eller av vårdslöshet och ålade för höga böter. Den fjärde grunden avser artikel 190 i fördraget i och med att kommissionen inte kommit med tillräckliga rättsliga motiveringar varken beträffande överträdelsen av artikel 85.1 i fördraget eller avslaget av ansökan om undantag enligt artikel 85.3 i fördraget. Den femte grunden avser en kränkning av sökandens rätt till försvar.

Första grunden: överträdelse av artikel 85.1 i fördraget

Första delen: felaktig definition av den relevanta marknaden

Parternas argument

66 Sökandena har åberopat det förhållandet att det framgår av förstainstansrättens rättspraxis att en definition av den relevanta marknaden är ett nödvändigt villkor som skall vara uppfyllt på förhand för att det skall vara möjligt att göra en bedömning beträffande ett påstått konkurrensbegränsande beteende (förstainstansrättens domar av den 10 mars 1992, SIV m.fl. mot kommissionen, T-68/89, 77/89 och 78/89, Rec. s. II-1403). I det förevarande fallet har kommissionen underlåtit att definiera produktmarknaden och den geografiska marknaden i fråga.

67 Vad beträffar produktmarknaden har sökandena framhållit att de åtta sektorer av byggnadsindustrin som omfattas av de aktuella föreskrifterna inte utgör en enda produktmarknad utan utgör åtminstone lika många — om inte till och med flera — skilda produktmarknader i och med att de verksamhetsformer som omfattas av dessa varken beträffande efterfrågan eller utbud sinsemellan är utbytbara.

68 Sökandena har tillagt att, om de i sina anmälningar ansett att den nederländska byggmarknaden utgör en enda enhetlig produktmarknad, har de gjort detta med tanke på sin begäran om icke-ingripandebesked/undantag för UPR som infördes år 1987 och som första gången utan åtskillnad tillämpades på de åtta relevanta produktmarknaderna. Omfattningen av det tvistiga beslutet är helt annan, eftersom detsamma inte enbart riktar sig mot UPR av år 1987 utan även mot föreskrifter som fanns före UPR som var olika för var och en av sektorerna inom byggnadsindustrin. Följaktligen borde kommissionen ha gjort en åtskillnad i enlighet med de relevanta produktmarknaderna åtminstone i den mån den avsåg att klandra de föreskrifter som var i kraft före den 1 april 1987.

69 Vad gäller den geografiska marknaden har sökandena hävdatt att kommissionen i punkt 23 i sitt beslut konstaterar att det inom marknaden för byggnadsarbeten finns olika relevanta geografiska marknader där föreskrifterna tillämpas. Kommissionen har också medgett att den relevanta geografiska marknadens omfattning kan variera beroende på den berörda verksamhetens sektor och egenskaper. Då den geografiska marknaden för de mindre viktiga arbetena är mera begränsad, borde kommissionen ha fastställt att alla föreskrifter hör under tillämpningsområdet för artikel 85 i fördraget i den mån de gäller för dessa arbeten, eftersom de inte kan påverka handeln mellan medlemsstaterna (se nedan, tredje delen av grunden).

70 Beträffande produktmarknaden har kommissionen inledningsvis svarat med att konstatera att den relevanta marknaden inte skall definieras med utgångspunkt från möjligheten att ersätta de relevanta varorna utan med utgångspunkt från den verksamhet företagen utför och från föreskrifternas tillämpningsområde. UPR och hederskodexen kan utan åtskillnad, på grundval av egenskaperna, betydelsen eller förläggningen av arbetena, tillämpas på de olika av sökandena nämnda områdena. Detta tillvägagångssätt är helt förenligt med de synpunkter som sökandena försvarat under det administrativa förfarandet.

71 Kommissionen har ytterligare gjort gällande att det inte är möjligt att göra åtskillnad mellan de regler som gällde före år 1987 och UPR vad beträffar definitionen av

den relevanta produktmarknaden, eftersom de gamla föreskrifterna under SPO:s överinseende standardiserats mellan åren 1973 och 1979.

72 Beträffande den geografiska marknaden har kommissionen svarat med att konstatera att de regelbundna förändringarna i efterfrågan inom de stora och de medelstora företagens verksamhetsområde och det förhållandet att till och med vissa små företag ibland tar emot arbeten utanför sitt etableringsområde, bevisar att det inom marknaden för byggnadsarbeten inte finns åtskilda geografiska marknader som skulle vara föremål för de klandrade föreskrifterna. För övrigt har kommissionen framhållit att sökandena under det administrativa förfarandet varken åberopade förekomsten av skilda geografiska marknader eller lämnade fakta med hjälp av vilka det hade varit möjligt att avgränsa dessa.

Förstainstansrättens bedömning

73 Förstainstansrätten anser att man inledningsvis måste avgöra omfattningen av kommissionens skyldighet att definiera den relevanta marknaden innan den kan fastställa att det skett en överträdelse av artiklarna 85 och 86 i fördraget.

74 Det finns skäl att lägga märke till att definitionen av den relevanta marknaden spelar olika stor roll, beroende på om artikel 85 eller artikel 86 i fördraget skall tillämpas. Vid tillämpningen av artikel 86 är en definition av den relevanta marknaden en nödvändig och förberedande förutsättning för bedömningen av ett påstått konkurrensbegränsande beteende (förstainstansrättens ovannämnda dom, SIV m.fl. mot kommissionen, punkt 159), eftersom det innan det går att fastslå förekomsten av missbruk av dominerande ställning är nödvändigt att fastslå förekomsten av en dominerande ställning på en given marknad vilket förutsätter att marknaden först måste ha avgränsats. Inom ramen för tillämpningen av artikel 85 är det för att avgöra om ett avtal, ett beslut av en sammanslutning av företag eller samordnat

förfarande är ägnat att påverka handeln mellan medlemsstaterna och har som syfte eller verkan att förhindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på den inre marknaden som den relevanta marknaden skall definieras.

75 Av denna anledning kan inte de av sökandena formulerade klagopunkterna mot den av kommissionen gjorda definitionen av marknaden avseende tillämpningen av artikel 85 ha någon fristående dimension i förhållande till dessa hänvisningar till inverkan på handeln mellan medlemsstaterna och en begränsning av konkurrensen. Att detta tillvägagångssätt är välmotiverat bekräftas av det förhållandet att sökandena i sin ansökan om icke-ingripandebesked eller undantag berört frågan om definitionen av marknaden enbart i den del som berör inverkan på handeln mellan medlemsstaterna.

76 Det är viktigt att framhålla att medan kommissionen ansåg hela den nederländska byggmarknaden utgöra den relevanta marknaden nöjde den sig i övrigt med det tillvägagångssätt sökandena valt såväl då de till kommissionen lämnade UPR i avsikt att få ett icke-ingripandebesked eller ett undantag som i sitt svar på meddelandet om klagopunkter. Under det administrativa förfarandet påstod sökandena inte en enda gång att de åtta sektorerna av byggmarknaden skulle utgöra åtskilda marknader beträffande tillämpningen av gemenskapsrättsliga konkurrensbestämmelser, inte heller att det skulle finnas åtskilda geografiska marknader. Tvärtom anger de följande i sin anmälan (s. 19, punkt 2.2.1):

”Naar het oordeel van de SPO dient als de relevante produktmarkt vanuit een macro-perspectief te worden aangemerkt de markt voor het aannemen van bouwwerken. Slechts die produktmarkt lijkt vanuit kartelrechtelijk oogpunt relevant. Dit is een omvangrijke markt. Weliswaar is het in beginsel (wellicht) mogelijk binnen deze markt talloze marktsegmenten te onderscheiden naar gelang de aard en de omvang van de aan te nemen bouwwerken, doch het is twijfelachtig of dergelijke segmenten zouden kunnen worden aangemerkt als afzonderlijke produktmarkten in het licht van het 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.”

[”Enligt SPO är den relevanta produktmarknaden ur makroekonomisk synvinkel marknaden för utförandet av byggnadsarbeten. Endast denna marknad kan ur den europeiska konkurrensrättens synvinkel betraktas som relevant. Det rör sig om en omfattande marknad. Även om det i princip är möjligt att inom denna marknad finna otaliga segment beroende på karaktären och betydelsen av byggnadsarbetena, är det ändå tvivelaktigt om dessa olika segment kan anses utgöra skilda produktmarknader mot bakgrund av den europeiska konkurrensrätten. Såväl utbudet som efterfrågan har på denna marknad ett till den grad diversifierat innehåll att det i princip verkar omöjligt att skilja de undermarknader åt där endast vissa typer av anbudstagare verkar. En påtvingad, konstgjord uppdelning av byggmarknaden i olika undermarknader är för övrigt onödig för bedömning av de ifrågavarande konkurrensbestämmelserna med tanke på det förhållandet att hederskodexen å ena sidan kan tillämpas på alla byggnadsarbeten och det förhållandet att UPR å andra sidan berör alla typer av arbete som omnämns i nr 2.1.1.” (Det vill säga alla typer beträffande vilka kommissionen har ansett att UPR är tillämpliga.)]

77 Det är med rätta som kommissionen beslutat sig för denna definition av marknaden nämligen att de år 1987 införda föreskrifterna på lika grunder kan tillämpas på alla de åtta relevanta sektorerna. I sin replik samtyckte sökandena till detta tillvägagångssätt rörande bedömningen av de år 1987 införda UPR-föreskrifterna.

78 De har emellertid hållit fast vid sin kritik av definitionen av marknaden vad beträffar de gamla föreskrifterna genom att framhålla att den ståndpunkt som de intog under det administrativa förfarandet var framtvingad av att deras ansökan om icke-

-ingripandebesked eller undantag berörde de år 1987 införda föreskrifterna medan även de gamla föreskrifter som var olika för varje sektor klandras genom beslutet.

- 79 Beträffande detta finns det skäl att påpeka att det är sant att de synpunkter som ingick i anmälan endast berörde de föreskrifter som infördes år 1987 medan även de gamla föreskrifterna klandrades genom meddelandet om klagopunkter. Följaktligen omfattade sökandenas svar på meddelandet [se s. 23—71 och i synnerhet kapitel 3 med titeln ”De relevanta markt: de bouwmarkt in Nederland” (”Den relevanta marknaden: byggmarknaden i Nederländerna”)] — i vilket de vidhöll samma ståndpunkt vad gäller definitionen av marknaden — även de tidigare bestämmelserna.
- 80 Det skall tilläggas att sökandena under det administrativa förfarandet inte ansett att ett särskilt tillvägagångssätt borde antas vad avser definitionen av marknaden i fråga om de gamla föreskrifterna.
- 81 Därutöver anser förstainstansrätten att kommissionen med rätta antagit denna definition av marknaden vad beträffar de gamla föreskrifterna. Sökandena har i själva verket inte heller kunnat förklara de stora skillnader som skulle finnas mellan de gamla och de år 1987 införda föreskrifterna, inte heller vad det finns för skillnader mellan de gamla föreskrifterna. Slutsatsen blir att de olika gamla föreskrifterna tillämpades på lika sätt på alla sektorer och geografiska områden som de omfattades. Sökandena förklarade å andra sidan vid den muntliga förhandlingen att olika gamla föreskrifter täckte alla byggnadsvaror i hela Nederländerna, oberoende av om det handlade om en regional föreskrift som omfattade olika varor eller en specifik föreskrift som omfattade vissa varor i hela Nederländerna.

82 Av detta följer att kommissionen med rätta ansett den nederländska byggmarknaden vara den relevanta marknaden — oberoende av om det handlar om de gamla eller om de år 1987 införda föreskrifterna — då kommissionen bedömt huruvida dessa påverkade handeln mellan medlemsstaterna eller begränsade konkurrensen.

83 Denna del av grunden skall således ogillas såvida den inte har samband med de två andra delarna av denna grund och således skall prövas ytterligare samtidigt med dem.

Andra delen: misstolkning av innehållet och av räckvidden av de tvistiga föreskrifterna

I — Allmän framställning

Parternas argument

84 Enligt sökandena skall man minnas de tvistiga föreskrifternas ändamål då deras förenlighet med den gemenskapsrättsliga konkurrensrätten prövas: Att förhindra köpslående genom att upprätta ett tvingande system där konkurrensen äger rum på en enda gång och att förbättra transaktionsstrukturen på marknaden genom att till priset på varje entreprenad lägga de förberedelsekostnader som den har gett upphov till.

85 Sökandena har framhållit att kommissionen åsidosatt artikel 85.1 i fördraget i och med att den ansett att föreskrifterna i hög grad överskrider denna bestämmelse. Denna misstolkning beror på kommissionens rent teoretiska och abstrakta syn på den konkurrens som skall tillvaratas genom denna bestämmelse som i första hand omöjliggör all reglering av marknaden.

- 86 Kommissionen har svarat att det enda som i samband med artikel 85.1 i fördraget betyder någonting är om konkurrensen begränsas eller inte, och inte om de konkurrensbegränsande åtgärderna är acceptabla eller inte. För att besvara frågan har kommissionen analyserat det ekonomiska och juridiska sammanhang i vilket överträdelsen inträffat. Den har således grundat sin bedömning på byggmarknaden och inte på en "marknad som fungerar idealiskt". Kommissionen har emellertid vägrat medge att avtal, beslut av företagssammanslutningar eller samordnade förfaranden är oundvikliga på byggmarknaden och har ansett att konkurrens som inte är snedvriden erbjuder ett konkret medel för att uppnå fördragets mål.

Förstainstansrättens bedömning

- 87 Förstainstansrätten anser i överensstämmelse med beslutet att det system som togs i bruk genom de år 1987 införda föreskrifterna kan beskrivas på följande sätt. Syftet med reglerna är att etablera ett förfarande som alla medlemmar av sökandeparternas organisationer skall iaktta då de avser att lämna ett prisbud avseende en viss entreprenad. Detta förfarande har enligt sökandena ett dubbelt syfte: Att bekämpa köpsläende som anbudstagarna är benägna att ägna sig åt samt att rätta till den obalans mellan utbud och efterfrågan som uppstår till följd av den bristande genomskinligheten på utbudsmarknaden och de höga transaktionskostnader som bärs av utbudet.
- 88 För detta ändamål har sökandena upprättat materiella och personella infrastrukturer som har till uppgift att förverkliga det genom föreskrifterna skapade förfarandet. Detta förfarande — som varierar något beroende på huruvida anbudsinföringarna är öppna eller begränsade eller huruvida anbuderna är samtidiga eller inte — innefattar flera etapper mellan meddelandet till SPO:s behöriga byrå om avsikten att inlämna ett prisbud för ett visst arbete och undertecknandet av ett kontrakt mellan anbudstagaren och -givaren.
- 89 Etapperna kan sammanfattas på följande sätt: Varje entreprenör som är medlem av sökandeparternas organisationer och som har för avsikt att inlämna ett prisbud

för en bestämd entreprenad skall meddela SPO:s behöriga byrå om detta för att denna skall kunna tillämpa föreskrifterna (beslutet, punkt 24).

90

Om det finns flera meddelanden, skall byrån sammankalla företagen till ett entreprenörmöte. Företagen är skyldiga att vid vite infinna sig till entreprenörmötet. Under entreprenörmötet — där en byråtjänsteman fungerar som ordförande — skall olika beslut fattas antingen genom majoritet eller enhälligt (beslutet, punkt 25). Det första av dessa beslut avser frågan om en sakägare skall utses, eftersom sakägaren är den enda bland de medverkande på entreprenörmötet som kan ha kontakter med anbudstagaren för att förhandla om innehållet i och priset på sitt anbud (beslutet, punkterna 26, 39—41). Om en av sakägarna blir utsedd, fortsätter entreprenörmötet med att definiera på grundval av vilka fakta de olika prisanbudet skall jämföras. Således beslutar entreprenörmötet, enligt sökandena, om prisanbudet är eller kan göras jämförbara och enligt kommissionens åsikt om de olika företagarnas prisanbud är eller kan göras jämförbara (beslutet, punkt 27). Om svaret blir jakande, kan entreprenörmötet utse en sakägare. Innan entreprenörmötet fattar beslut om att utse en sakägare skall det besluta på vilket sätt pristilläggen skall definieras. Dessa tillägg som anbudstagaren skall bära är av två huvudtyper: ersättning för kalkyleringskostnader och bidrag till branschorganisationernas verksamhet till vilka SPO och dess byråer hör (beslutet, punkterna 31—33). Efter att detta beslut fattats definierar varje entreprenör sitt anbudsbelopp (kallat det vita beloppet) och överlämnar detta till ordföranden (beslutet, punkt 28). Detta belopp inkluderar ännu inga pristillägg. I detta skede kan en entreprenör begära att entreprenörmötet skall bevilja honom företräde, det vill säga utse honom till sakägare på villkor att han inlämnar samma anbud som det lägsta vita beloppet (beslutet, punkt 30). Därefter går ordföranden igenom beloppen och informerar entreprenörmötet om dem, om entreprenörmötet så beslutar (beslutet, punkt 28). Efter att ha fått del av övriga belopp kan en entreprenör dra tillbaka sitt anbud mot förlusten av vissa rättigheter (beslutet, punkt 29). I princip utses den som inlämnat det lägsta vita beloppet till sakägare (beslutet, punkt 39). Efter detta skall alla entreprenörer öka sitt vita belopp med pristillägg på det sätt som det tidigare överenskommits om på entreprenörmötet. Dessa tillägg är identiska för alla entreprenörer och har som ändamål att täcka de kalkyleringskostnader som alla som medverkar på entreprenörmötet har. Dessa skall bäras av anbudstagaren om denna anlitar en av SPO:s medlemmar (beslutet, punkterna 31—33). Anbudsgivaren, som tillägget betalas till, skall överföra detta till byrån som skall fördela det i huvudsak till före-

tagarna — för täckande av deras kalkyleringskostnader — och avgifter till branschorganisationer för de bidrag de skall få (beslutet, punkterna 42—46). Slutligen kan entreprenörmötet öka eller minska klyftan mellan prisanbuden från de olika företagarna (beslutet, punkt 38).

- 91 Om byrån endast får ett meddelande rörande ett projekt, betraktas avtalet om det slutits under hand, vilket innebär att det enda företag som lämnat ett meddelande utses till sakägare, vilket betyder att de företag som är medlemmar av sökandenas organisationer och som tillfrågades senare endast med sakägarens samtycke kan inlämna ett anbud eller i händelse av tvist med tillstånd av en skiljenämnd (beslutet, punkterna 41, 52 och 53). Det är i varje fall möjligt att anbudstagaren under den tid som går mellan anbudet från den första entreprenören och det att entreprenaden tilldelas honom konsulterar andra entreprenörer som är medlemmar av sökandeparternas organisationer och att dessas meddelanden anländer efter att entreprenadavtalet slutits. I detta fall är anbudsgivaren skyldig att som pristillägg betala byrån ett belopp som motsvarar 3 procent av priset (beslutet, punkt 60).
- 92 Det finns även en föreskrift för organisationen av ett förfarande som tillämpas på de anbud som företag som är underleverantörer lämnar och som till sitt innehåll huvudsakligen består av liknande regler för andra prisanbud, dock så att underleveransernas särdrag beaktats (beslutet, punkterna 55—59).
- 93 Förstainstansrätten konstaterar att det i beslutet i huvudsak uttalas fyra typer av klagopunkter mot de av sökandena fastställda föreskrifterna. Den första typen av klagopunkter avser det förhållandet att dessa skapar en samordning mellan företagarna under vars förlopp de utbyter information som berör omständigheter som har samband med entreprenadkostnaderna, karaktären av anbud och de priser som var och en av dem erbjuder. Den andra typen av klagopunkter riktas mot det förhållandet att delar av priset fastställs under avtalsförfarandet, att erbjudna priser ibland ändras och att delar av priset ändå fastställs. Den tredje typen av klagopunkter avser det förhållandet att en av företagarna — sakägaren — skyddas till följd av detta förfarande mot övriga medverkande på entreprenörmötet i och med att dessa går miste om sin rätt att förhandla med byggherren om sitt anbud. Sakägaren skyddas också gentemot övriga entreprenörer som är medlemmar av sökandeparternas

organisationer i och med att de, om de konsulterats senare, endast efter hans eller entreprenörmötets medgivande och på villkor att deras anbud är ett visst antal procent lägre än sakägarens anbud kan inlämna ett anbud. Den fjärde typen av klagopunkter rör det förhållandet att föreskrifterna ger medlemmar av sökandeparternas organisationer konkurrensmässiga fördelar gentemot tredje part.

- 94 Sökandena har besvarat dessa olika typer av klagopunkter på olika plan: Antingen har de betonat den positiva effekt som föreskrifterna har på konkurrensen och då även för konsumenterna eller så har de ifrågasatt sakinnehållet i klagopunkterna eller avvisat de framlagda sakförhållandenas rättsliga definition i förhållande till artikel 85.1 i fördraget.
- 95 Förstainstansrätten konstaterar allra först att kommissionen med rätta har ansett att sökandenas föreskrifter utgör en helhet ur vilken det inte går att på konstgjord väg skilja de olika konstitutiva elementen åt.
- 96 Förstainstansrätten framhåller vidare att de positiva effekterna av föreskrifterna såsom sökandena framhållit inte kan beaktas vid tillämpningen av artikel 85.1 i fördraget och att detta enbart kan ske genom åberopandet av de genom artikel 85.3 i fördraget fastställda kriterierna. Av detta följer att de olika argumenten skall prövas i samband med den andra grunden.
- 97 Av det ovanstående följer att den förevarande grunden ger möjlighet att uteslutande mot bakgrund av artikel 85.1 i fördraget pröva de av sökandenas argument som rör sakinnehållet och deras bedömning. I detta syfte kommer förstainstansrätten att successivt undersöka de argument som hänför sig till samordningen mellan entreprenörer som har för avsikt att inlämna ett prisbud, fastställelsen av priset eller delar av priset, begränsningen av företagarnas förhandlingsfrihet och SPO:s betende gentemot icke-anslutna entreprenörer.

II — Samordning mellan entreprenörer som avser att inlämna ett prisbud

Parternas argument

1) Skyldigheten att informera om avsikten att inlämna ett prisbud (beslutet, punkterna 24 och 79)

98 Sökandena — som inte har motsatt sig att denna del av föreskrifterna som återfinns i punkt 24 i beslutet tas upp — har gjort gällande att informationsskyldigheten och själva meddelandet som sådana saknar betydelse i förhållande till konkurrensrättsliga bestämmelser. De har i synnerhet ansett att det tredje stycket i punkt 79 i beslutet är dåligt motiverat i och med att man i det klandrar det förhållandet att en byrå på begäran kan lämna uppgifter om antalet företag som redan inlämnat anbud till ett företag som skall inlämna anbud.

99 Kommissionen har svarat att informationsskyldigheten inte skall prövas skilt utan som en oskiljaktig del av föreskrifterna. Den har tillagt att den information som, tack vare meddelandena, erhålls gör det möjligt för de företag som lämnar information att bedöma intensiteten av konkurrensen och därigenom indirekt den nivå som det slutliga anbudet förutses ligga på.

2) De entreprenörmöten som skall hållas i enlighet med UPR (beslutet, punkterna 25—58, 80—92)

a) Överenskommelse om principen för utseende av sakägaren (beslutet, punkterna 26 och 80)

100 Sökandena har avvisat påståendet i punkt 80 i beslutet enligt vilket antalet fall i vilka entreprenörmötet beslutar att inte utse en sakägare är lågt och har hävdad att

det framgår av deras undersökningar att en sakägare endast utses i 39 procent av fallen.

- 101 Kommissionen har svarat att punkt 80 hänvisar till antalet fall i vilka entreprenörs-
mötet i första hand avstår från att utse en sakägare, det vill säga innan det har tagit
ställning till jämförbarheten av uppgifterna om anbudsförfarandet och inte till anta-
let fall i vilka entreprenörsrådet — utan att i första hand avstå — oftast på grund
av att uppgifterna om anbudsförfarandet inte är jämförbara inte utser en sakägare.

b) Jämförelse av omständigheter rörande prisnivån på marknaden (beslutet, punk-
terna 27 och 81)

- 102 Sökandena har betonat att man i beslutet inte har beaktat egenskaperna hos den
information som utbyts under förhandlingarna vid ett entreprenörsmöte. Denna
information rör uteslutande uppgifter som anbudstagaren definierat. Utbytet av
information är oundvikligt för att kontrollera om de anbud som de medverkande
vid entreprenörsrådet skall ta ställning till är jämförbara och för att på så sätt und-
vika att man jämför vita belopp som hänförs till olika anbud. Detta utbyte höjer
till anbudstagarnas stora tillfredsställelse också kvaliteten på konkurrensen.

- 103 De har för övrigt gjort gällande att det är nödvändigt att informationen samtidigt
hänförs till vissa villkor för anbudsförfarandet då dessa är oskäligen för att und-
vika att anbudstagarna vältrar över oförutsebara risker på entreprenörerna. Utan
samordningen skulle företagarna var och en få konfronteras med följande dilemma:
antingen godkänna oskäligen villkor — och få problem med att uppfylla dem —
eller förse sitt prisbud med övriga villkor — och se sig föredragen framom en
konkurrent. Således skulle det endast vara möjligt att förhandla om fullgörelsefris-
ten, om den av anbudstagaren föreslagna fristen verkade orealistisk.

- 04 Sökandena har tillagt att informationsutbytet medför att företagarna lämnar in anbud där priserna är mera noggrant beräknade, eftersom riskerna är lättare att förutse, av vilket anbudstagarna slutligen drar nytta.
- 105 De har framhållit att fördomandet av informationsutbytet om anbudstagarens begäran inte enbart grundar sig på ett fel beträffande innehållet i informationen utan samtidigt på en blandning mellan anbudsförfarandet och den oligopolistiska situation som har föranlett kommissionen att betrakta allt informationsutbyte som rör anbudsförfarandet som fördragsstridigt.
- 106 Sökandena har slutligen anklagat kommissionen för att denna har ansett att allt informationsutbyte mellan konkurrenter som kan leda till att osäkerhetsfaktorerna försvinner från en marknad som är helt utan insyn i sig utgör ett konkurrensbegränsande beteende.
- 107 Kommissionen har svarat att sökandena har lämnat en falsk bild av innehållet i den information som utbyts. Det är i själva verket omöjligt att kontrollera om de infordrade anbuden är jämförbara eller kan göras sådana utan att veta hur de medverkande på entreprenörmötet ämnar reagera på anbudsinfordran. Det är således så att utbyte av information gällande entreprenadens särdrag som bara någon av de medverkande känner till bidrar till att dennas konkurrensmässiga företrädare försvinner. Detta skulle inte leda till en förbättrad konkurrens utan främst till en ofullständig konkurrens. Kommissionen har lagt fram olika protokoll från entreprenörsmöten till stöd för sina slutsatser.
- 108 Den har tillagt att det inte ankommer på företagarna att tillsammans besluta om vissa av villkoren för anbudsinfordringar såsom fullgörelsefristen eller om vidden av grunden är oskäligen och ännu mindre att, om så är fallet, fastställa villkor genom ett gemensamt beslut.

- 109 Kommissionen har ansett att det informationsutbyte som sker under ett entreprenörsmöte är minst lika skadligt för konkurrensen som det som sker mellan konkurrenterna på en oligopolistisk marknad.

c) Meddelande av vita belopp (beslutet, punkterna 28 och 82)

- 110 Sökandena har framhållit att meddelandet till byråchefen av vita belopp som inte längre kan ändras inte begränsar konkurrensen utan flyttar den till en tidigare tidpunkt. Meddelandet av de vita beloppen till den behöriga SPO-byråns fristående chef ersätter förfarandet som innebär meddelande av prisanbuden till anbudstagararen. Det förhållandet att vita belopp inte kan ändras efter att de meddelats garanterar att konkurrensen inte snedvrids utan flyttas fram så att man på detta sätt undviker "köpsläende".

- 111 Kommissionen har ansett att det inte är meddelandet av vita belopp som inte längre kan ändras som i sig utgör överträdelsen utan det förhållandet att priserna fastställts på grundval av information som utbytt under entreprenörsmötet. Den har tillagt att meddelandet av vita belopp är en central del av ett förfarande som ersätter konkurrensriskerna med praktiskt samarbete mellan entreprenörerna och att meddelandet av vita belopp skall anses vara en del av ett sådant samarbete.

d) Möjligheten att dra sig tillbaka efter prisjämförelsen (beslutet, punkterna 29, 83 och 84)

- 112 Sökandena har betonat att möjligheten att dra sig tillbaka efter prisjämförelsen inte är ett uttryck för någon som helst konkurrensbegränsning utan förstärker konkurrensen i och med att den gör det möjligt för entreprenörerna att på ett mera noggrant sätt beräkna sina anbud, eftersom de vet att de, om de gjort felaktiga uppskattningar som kan leda till ekonomiskt omotiverade priser, kan ta tillbaka sitt anbud. Denna möjlighet kan för övrigt inte användas annat än i händelse av ett räknefel i det anbud som en entreprenör som meddelat ett vitt belopp har gjort.

- 113 De har dessutom framhållit att en jämförelse av priserna som sker efter att de vita beloppen har lämnats in inte kan ha någon konkurrensbegränsande verkan, eftersom de vita beloppen inte längre kan ändras. För övrigt kan information som härrör från jämförelsen — såsom skillnaden i priset mellan sakägarens anbud och hans konkurrenters anbud — inte utnyttjas av sakägaren i hans förhandlingar med anbudstagaren, eftersom de vita beloppen är definitiva belopp.
- 114 Kommissionen har svarat med att till och med anta — quod non — att ett tillbakadragande endast skulle kunna tillgripas i händelse av fel som skulle leda till ekonomiskt omotiverade priser, att det inte skulle ankomma på entreprenörerna att ensidigt bedöma om ett pris är ekonomiskt motiverat och att frånta anbudstagaren ett förmånligt prisanbud i synnerhet efter att de konkurrerande entreprenörerna gör bedömningen efter att ha fått information om priserna.
- 115 Den har tillagt att sakägaren kan dra nytta av informationen om andra anbudsgivares priser i sina förhandlingar med anbudstagaren, eftersom skillnaden mellan hans pris och andras priser utgör den marginal inom vilken han är skyddad, eftersom de senare inte kan erbjuda ett lägre pris (se nedan, punkterna avseende skyddet för sakägaren). I detta hänseende begränsar prisjämförelsen även konkurrensen.

Förstainstansrättens bedömning

- 116 Förstainstansrätten konstaterar att skyldigheten för medlemmar i sökandeparternas organisationer att meddela SPO:s behöriga byrå att de avser att lämna in ett prisanbud utgör utgångspunkten för avtalsförfarandet. Man håller med kommissionen om att det förhållandet att den behöriga byrån på begäran kan meddela andra deltagande företag antalet företag som inlämnat prisanbud, kan utgöra en konkurrensbegränsning i den mån detta gör det möjligt för de deltagande företagen att såväl förutsäga hur hård konkurrensen mellan dem blir och anpassa sitt beteende härefter som att tillgodogöra sig information som i det skedet ännu inte är tillgänglig för företag som inte tillhör SPO.

117 Det skall dock framhållas att den genom beslutet klandrade samordningen mellan företagen endast påbörjas om entreprenörsmötet inte på förhand avstår från att utse en sakägare. Då detta inte sker utbyter de medverkande information. Samordningen äger således rum, även om man kommer till slutsatsen att pris anbuden inte är och inte kan göras jämförbara vilket leder till att en sakägare inte kan utses. Med tanke på sökandenas försäkran om att en sakägare endast utses i 39 procent av fallen finns det skäl att å ena sidan påpeka att allra minst i dessa fall kan det klandrade avtalsförfarandet mellan entreprenörerna fungera helt och vad beträffar övriga fall har sökandena å andra sidan varken påstått eller bevisat att entreprenörsmötet i första hand skulle vägra att utse en sakägare varigenom all vidare samordning skulle bli onödig. Sökandena har således inte lyckats motbevisa påståendet i punkt 80 i beslutet enligt vilket "antalet fall i vilka entreprenörsmötet beslutar att vägra att utse en sakägare, vilket skulle möjliggöra en konkurrens som inte är snedvriden, är litet". I själva verket bygger detta påstående på antalet fall där entreprenörsmötet beslutar att a priori avstå från att utse en sakägare medan sökandenas påstående utgår ifrån antalet fall där en sakägare inte kan utses på grund av antingen att detta i första hand inte är möjligt eller att pris anbuden inte är eller kan göras jämförbara.

118 Då entreprenörsmötet inte på förhand avstår från att utse en sakägare skall de medverkande besluta på grundval av vilka tekniska och ekonomiska fakta de skall jämföra priserna, eftersom en sakägare inte kan utses annat än på grundval av jämförbara pris anbuden. I detta hänseende är parterna av olika åsikt vad beträffar karaktären av utbytt information som bidrar till att bedöma jämförbarheten hos pris anbuden: Sökandena har betonat att denna information enbart rör anbudstagarens anbudsinfordran och har som enda syfte att kontrollera om alla medverkande utgår från samma fakta. De har emellertid medgett att den utbytta informationen likväl kan beröra synpunkter som bör antas i förhållande till sådana av anbudstagaren påtvingade villkor som är oskäligen. Kommissionen framhåller att informationsutbytet går längre och berör det sätt på vilket de olika entreprenörerna avser att besvara anbudsinfordran.

119 I detta avseende konstaterar förstainstansrätten att det inte är förenligt med artikel 85.1 i fördraget att entreprenörerna förhandlar om sättet att besvara en anbudsinfordran.

fordran, även om den skulle innehålla oskäligen villkor. Det tillkommer varje entreprenör att fristående från andra bestämma vad han anser vara skäligt eller oskäligt samt att dra slutsatserna för sitt eget beteende.

- 120 Man blir följaktligen tvungen att i motsats till sökandenas påstående anse att den utbytta informationen inte endast berör anbudsinfordringarna. Om man läser artiklarna 1 b och 6.2 i UPRO i samband med artikel 6.3 i UPRR, framgår det att informationen handlar om andra fakta än anbudsinfordringarna. I själva verket föreskrivs det i artiklarna 6.2 och 6.3 i UPR som följer:

”Innan SP-räkningarna (det sannolika priset för genomförande av en entreprenad) ifylls skall entreprenörmötet på grundval av *information om anbudsförfarandet* som byggherren lämnat och *på grundval av alla övriga uppgifter som bidrar till genomförandet av en objektiv prisjämförelse* bestämma vilka uppgifter som skall beaktas för att bestämma SP:t på den i detta syfte uppgjorda förslagskalkylen. Entreprenörmötet beslutar likaledes i enlighet med det förfarande som föreskrivs i föregående artikel vilka belopp och uppgifter som skall framgå av SP-räkningen.”

I artikel 1 b föreskrivs dessutom att ”information om anbudsförfarandena” skall innehålla ”alla dokument, inklusive allmänna bestämmelser, ritningar, anbudsinfordran, meddelande om avsikten att inlämna ett prisanbud, alla dylika dokument samt alla anvisningar eller meddelanden som behövs för anbudets framläggande”.

Detta bevisar att uppgifter som inte förekommer i information om anbudsförfarandena finns bland ”övriga uppgifter som bidrar till genomförandet av en jämförande och objektiv undersökning av priset”. Å andra sidan framgår det klart av protokoll från några entreprenörmöten att diskussionerna går ut på hur de skall formulera de anbud som de i samband med en jämförelse av entreprenadens särdrag ämnar att framlägga och som således bidrar till fastställandet av priset. I enlighet med

detta konstaterade de medverkande på ett entreprenörmöte som hölls den 14 mars 1988 att anbudet inte var jämförbara då en entreprenör föreslog en rund silo och en annan en fyrkantig silo (bilaga 1 till dupliken). Förutom att entreprenörerna jämför de tekniska särdragen hos de anbud som de tänker lämna in skall de även jämföra de olika aspekterna av varje prisbud. Således står det i protokollet från entreprenörmöte 040388 rörande en entreprenad i Tilburg (Nederländerna) att en av de medverkande på entreprenörmötet "wil blanken maar geen inzicht geven in samenstelling prijsaanbieding. Prijsvergelijking daarom niet mogelijk. VH stapt kwaad op. Verliest rechten" ("vill framlägga ett vitt belopp men vägrar att meddela hur prisbudet är uppbyggt. Det är således inte möjligt att jämföra priser. VH avlägsnar sig rasande. Går miste om sina rättigheter"). Påpekandet att "det således inte är möjligt att jämföra priser" tyder på att det som sökandena kallar en undersökning av jämförbarheten av fakta rörande anbudsförfarandet i själva verket förutsätter att de medverkande på ett entreprenörmöte är beredda att sinsemellan diskutera sina prisbud.

121 Av detta följer att kommissionen i tillräcklig grad bevisat att entreprenörerna under sina i bestämmelserna föreskrivna entreprenörmöten utbyter information som i synnerhet berör priset på den erbjudna produkten, dess särdrag och utbyte av prisbudet medan en fristående entreprenör strikt betraktar sådan information som affärshemligheter (förstainstansrättens dom av den 17 december 1991, Hercules Chemicals mot kommissionen, T-7/89, Rec. s. II-1711, punkt 217).

122 Det skall för övrigt framhållas att de medverkande på entreprenörmötena utbytte information om priserna. Artiklarna 6.4 och 7 i UPR ger i själva verket en möjlighet att offentliggöra de vita beloppen för alla som medverkar på ett entreprenörmöte. Om det är sant, såsom sökandena påpekat, att utbyte av information i princip sker efter det att beloppen inte längre kan ändras (se i varje fall nedan, punkt 157), skulle sökandena inte kunna motivera detta genom att fastställa att föreskrifternas enda funktion är att förflytta konkurrenstillfällena i tiden från återlämnandet av prisbudet till anbudstagaren till tidpunkten för meddelande av vita belopp till en byråchef och att utbytet av prisuppgifter följaktligen sker efter att konkurrensen redan är över. Det skall, såsom sökandena framhållit vid den muntliga förhandlingen, konstateras att meddelandet av vita belopp inte avslutar konkurrensen, eftersom det finns möjligheter till förhandlingar mellan anbudstagaren och sakägaren såväl som mellan anbudstagaren och sådana entreprenörer som inte medverkat

vid entreprenörmötet. För i detta fall har sakägaren under förhandlingarna tillgång till information som i synnerhet berör produktens särdrag och de priser till vilka de medverkande på entreprenörmötet har rätten att inlämna ett anbud eller inte är beredda att inlämna ett anbud i och med att de enligt artikel 10 i UPR återtagit sitt anbud och på så sätt berövar anbudstagaren ett intressant anbud som han skulle kunna verkställa genom domstolsbeslut, om anbudet inlämnats utan samband med samordningen mellan entreprenörerna.

- 123 Av det som sagts ovan följer att kommissionen med rätta har ansett (punkt 81) att samordningen mellan entreprenörerna i och med att syftet med det i synnerhet är att för konkurrenterna avslöja hur varje entreprenör beslutat eller avser att agera på marknaden (domstolens dom av den 16 december 1975, *Suiker Unie m.fl. mot kommissionen*, 40/73—48/73, 50/73, 54/73—56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, Rec. s. 1663, punkterna 173 och 174; se även förstainstansrättens ovannämnda dom, *Hercules Chemicals mot kommissionen*, punkt 260) och i och med att detta kunde leda till fastställande av vissa villkor för transaktionen med avsikt skapar ett praktiskt samarbetsförfarande mellan entreprenörerna med risk för rubbning av konkurrensen (den ovan nämnda domen *Suiker Unie m.fl. mot kommissionen*, punkt 191), och utgör således en överträdelse av artikel 85.1 i fördraget.

III — Samordnad fastställelse av priser eller delar av priser

Parternas argument

- 1) Prisökningen vid samtidiga anbud (beslutet, punkterna 31—34, 42—46, 86, 87 och 96)

- 124 Sökandena har för det första betonat att systemet med ersättning för kalkyleringskostnaderna ingalunda skadar konkurrensen, eftersom varje entreprenör från och

med att han meddelat sitt vita belopp kan förutsäga storleken på den ersättning han kommer att få förutsatt att denna beräknats utifrån medeltalet av de av företagen inlämnade vita beloppen och att detta medeltal på grund av de små skillnaderna mellan de inlämnade vita beloppen är förutsägbart. Ersättningens storlek skulle också kunna förutsägas, om den beräknades utifrån en annan grund. Vad gäller UPRR skulle varje anbudsgivare kunna göra det genom att tillämpa den gällande ersättningstariffen (för mindre viktiga arbeten) genom att förutse att varje entreprenör lämnar in sitt anbud varav ersättningen utgör ett visst antal procentenheter (eftersom inga vita belopp förkommer) eller genom att anta att han själv lämnar det lägsta budet (eftersom ersättningens storlek bestäms av den som inlämnat det lägsta vita beloppet). Sökandena har tillagt att det förhållandet att återbetalningen av ersättningen — då UPRO tillämpas — sker en gång om året via kalkyleringskassan inte utgör något hinder för att man på förhand räknar ut det belopp som skall återbetalas, eftersom varje entreprenör kan förutsäga det antal poäng han kan få till godo, om han lämnar det lägsta budet och värdet av poängen som knappt varierar från år till år. Slutligen kan inte heller beaktandet av värdet av leveranserna eller av anbudstagaren eller av en tredje part utförda arbeten då ersättningen beräknas förhindra förutsägelsen, eftersom detta värde är känt eller kan uppskattas ungefärligt.

125 Sökandena har för det andra åberopat att ersättningssystemet för kalkyleringskostnader har som syfte att förbättra marknadens omsättningsstruktur, i och med att det gör det möjligt att tillskriva varje entreprenad de omsättningskostnader som detta gett upphov till.

126 Kommissionen har för det första svarat att ersättningssystemet för kalkyleringskostnader skadar konkurrensen av de skäl som anges i beslutet. I själva verket och i motsats till sökandenas påståenden skulle ersättningsbeloppet inte kunna förutsägas med tillräcklig noggrannhet, eftersom systemet blir neutraliserat då det är beroende av omständigheter som inte i tillräckligt hög grad kan vara kända vid tidpunkten för inlämnandet av de vita beloppen. Följaktligen har alla entreprenörer en tendens att helt enkelt lägga ersättningen för kalkyleringskostnaderna till sitt pris-anbud utan att anpassa det sistnämnda. Därför skulle de nederländska myndigheterna beteckna denna ersättning som "prisökningar". I varje fall, även om förutsägelser skulle göras regelbundet, skulle ersättningssystemet fortsätta att vara ett

medel för ena avtalsparten att direkt bestämma försäljningspriset, som beskrivs i artikel 85.1 i fördraget.

- 127 Kommissionen har för det andra ifrågasatt att ersättningssystemet för kalkyleringskostnader skulle öka effektiviteten på marknaden genom att begränsa omsättningskostnaderna, eftersom anbudstagarna inte har rätt att övervaka hur ersättningen för kalkyleringskostnaderna bestäms.

2) Prisökningen på underhandsavtal (beslutet, punkterna 60, 61 och 100)

- 128 Sökandena har bestritt punkt 61 i beslutet enligt vilken föreskrifterna skulle leda till en allmän prisökning på 3 procent för underhandsavtal, eftersom, om det antas att byggherren efter att ha mottagit anbudet tar kontakt med andra entreprenörer, och efter att senare ha mottagit de infordrade anbuden ändå tyr sig till den förstnämnda marknaden, skulle den som inlämnat det första anbudet vara tvungen att betala ett belopp som högst motsvarar 3 procent av avtalets värde på grund av prisökningen såsom den fastställs i föreskrifterna.

- 129 Sökandena har betonat att kommissionen förväxlat skyldigheten att betala 3 procent av priset till SPO-byrån med en skyldighet att inberäkna 3 procent i prisanbudet. För övrigt utgör 3 procent ett maximibelopp som tillämpas ytterst sällan. Dessutom har kommissionen underlåtit att beakta det förhållandet att de 3 procenten, om entreprenörerna gör bruk av möjligheten att i första hand avstå från rättigheter som följer av sakägarställningen, inte i något fall skall betalas och att anbudstagaren, om han har en verklig avsikt att sluta avtal med den första entreprenör som han frågat och förhandlar med utan fastslagen budget eller tillsammans med honom, kan konstatera om en riskprovision ingår i priset och i händelse av ett anbudsförfarande få den återkallad utan ytterligare förhandlingar.

- 130 Sökandena har för övrigt gjort gällande att den första entreprenör som det förts förhandlingar med har två möjligheter att inkludera risken i sitt prisbud utan att detta skulle leda till att priset på avtalet stiger, om det sluts under hand. Å ena sidan skulle han kunna förbehålla sig rätten att höja prisbudet med maximalt 3 procent i fall där anbudstagaren skulle förhandla om ytterligare anbud. Å andra sidan skulle han då han lämnar in sitt anbud kunna göra anbudstagaren medveten om att anbudet innehåller en riskprovision som skall dras av från priset, om anbudstagaren avstår från förhandlingar om andra anbud. Oftast har entreprenören inte förutsatt någon riskprovision.
- 131 Sökandena har avslutningsvis framhållit att den faktiska konkurrensen mellan entreprenörerna och den stora efterfrågan definitivt garanterar att de 3 procenten slutligen återbärs till anbudstagarna för det fall att risken uppburits i form av en provision utan att den behövt materialiseras.
- 132 Kommissionen har inlett med att svara att den konstaterat att entreprenörerna regelbundet inbetalat det stadgeenliga beloppet på 3 procent till byrån.
- 133 Kommissionen har tvivlat på att entreprenörerna skulle utnyttja de möjligheter de fått av sökandena — och detta i syfte att beakta den risk som följer av 3 procents-regeln — eftersom entreprenörerna utan någon som helst risk kan inskränka sig till att i sina prisbud inkludera en provision som täcker dessa 3 procent.
- 134 Enligt kommissionen utsätter sig den entreprenör som inkluderar en dylik provision i sitt anbud inte för några konkurrensmässiga nackdelar, eftersom andra företagare som deltagit i förhandlingar till sist måste göra likadant, om inte utomstående ombetts att medverka, vilket inträffar ganska sällan.

- 135 Kommissionen har dragit slutsatsen att det som är viktigt är att entreprenörerna i avsaknad av 3 procentsregeln i sina prisanbud inte skulle behöva beakta risken att till slut vara tvungna att betala dessa 3 procent.

3) Prisökningen på marknaden för underleverantörer (beslutet, punkterna 55—59 och 100, tredje stycket)

- 136 Sökandena har framhållit att det förhållandet att huvudentreprenören inte kan tvingas att betala annat än de anbudskostnader som de underleverantörer som inlämnat prisanbud till honom förorsakat men inte sådana anbudskostnader som underleverantörer som inlämnat prisanbud till andra huvudentreprenörer förorsakat, inte på något som helst sätt strider mot den allmänna filosofi som råder vad gäller regleringen av anbudskostnader i och med att strävan är att byggherren skall stå för de omsättningskostnader som hans anbudsinfordran förorsakat. I själva verket skulle en byggherre inte kunna bli ansvarig för sådana anbudskostnader som han på intet sätt medverkat till. Dessutom bidrar detta system med specifika tillskrivningar till att undvika att de underleverantörer som avseende samma projekt inlämnat anbud hos olika huvudentreprenörer skulle kunna dra nytta av dubbel och till och med tredubbel ersättning.

- 137 Sökandena har avslutningsvis gjort gällande att kommissionen inte kan påstå att stadgan avseende underleveranser skulle kunna leda till en systematisk ökning av prisanbuden med 3 procent i de fall i vilka huvudentreprenören förhandlar om ett prisanbud under hand. Angående detta hänvisar de till det de tidigare anført angående underhandsavtal.

- 138 Kommissionen gör gällande att det system som införts genom föreskrifterna om underleveranser är oförenligt med den allmänna filosofin avseende ersättningen för anbudskostnader som den framställts av sökandena. Inom ramen för underleveranser skulle helheten av anbudskostnaderna i själva verket inte kunna påtvingas underleverantörerna, eftersom de underleverantörer till en huvudentreprenör som inte får delta i entreprenaden inte skulle få någon ersättning och således skulle bli

tvungna att tillägga sina anbudskostnader till de allmänna kostnaderna. Följaktligen borde anbudstagaren inom ramen för ytterligare anbudsförfaranden förutom ersättningen för kalkyleringskostnaderna bära de allmänna kostnader som följer av att anbudskostnaderna härrörande från tidigare avtal inte kompenseras.

- 139 Kommissionen tillägger att systemet verkligen leder till en ökning med 3 procent av prisanbuden såsom är fallet inom ramen för underhandsavtalen.

Förstainstansrättens bedömning

- 140 Förstainstansrätten påminner inledningsvis om att sökandenas argument rörande förbättringarna av marknadens omsättningsstruktur saknar betydelse inom ramen för åtgärder mot överträdelser av artikel 85.1 i fördraget och att de kommer att undersökas inom ramen för åtgärder mot överträdelser av artikel 85.3 i fördraget.

- 141 I föreskrifterna stadgas om två typer av pristillägg som på ett enhetligt sätt skall läggas till de prisanbud som olika entreprenörer som medverkar på entreprenörs-mötet inlämnar och som alltså skall bäras av anbudstagaren. Det handlar dels om ersättning för kalkyleringskostnader (beslutet, punkterna 32, 33, 86 och 87), dels om bidrag till branschorganisationers verksamhet (beslutet, punkterna 34—37).

- 142 Sökandenas klagopunkter berör kommissionens sätt att analysera de första klagopunkterna. De olika entreprenörernas prisanbud är höjda med ett lika stort belopp som anses motsvara summan av de kalkyleringskostnader som framlagts av de entreprenörer som medverkat på entreprenörmötet. Dessa pristillägg har beräk-

nats genom att tillämpa sektorvisa tariffer som bifogas UPR. Dessa tariffer — som anger den högsta möjliga ersättningen — läggs från fall till fall till medeltalet av de vita beloppen eller det antagna värdet av entreprenaden (för ytterligare detaljer, se punkterna 32 och 33 i beslutet, vilka sökandena inte bestritt). Detta system leder till att anbudstagaren skall bära alla helhetsmässigt uppskattade kalkyleringskostnader som hans anbudsinfordran gett upphov till, inklusive kostnaderna för de entreprenörer vilkas anbud inte antagits. Avsikten med detta är att få anbudstagarna att väga för- och nackdelarna med av att begära in anbud från ett större eller ett mindre antal entreprenörer. Dessa pristillägg som ingår i prisanbudet uppbärs av den entreprenör vars anbud blivit godkänt och vidarebefordras huvudsakligen till en byrå som sedan fördelar pengarna mellan olika entreprenörer och sig själv. Dessa vidarebefordringar sker enligt UPRR åtskilt för varje avtal och enligt UPRO årsvis. Härutöver har detta system med prisökningar sin motsvarighet då underhandsavtal sluts liksom beträffande avtal om underleveranser. Rörande dessa avtal skall den entreprenör som konsulterats i själva verket gardera sig mot risken att anbudstagaren eller huvudentreprenören förhandlar med andra entreprenörer och bör därför betala 3 procent av avtalssumman till byrån för att täcka kalkyleringskostnaderna för de entreprenörer som det ytterligare förhandlats med men vilkas anbud inte antagits (för ytterligare detaljer, se beslutet, punkterna 55—59).

- 143 Sökandena har betonat — utan att bestrida beskrivningen av prisökningsmekanismen såsom den genomförs i beslutet — att detta inte snedvrider konkurrensen, eftersom de entreprenörer som deltar i ett anbudsförfarande har möjlighet att uppskatta det ersättningsbelopp som de skall erhålla för sina kalkyleringskostnader. Mekanismen är således neutral ur konkurrenssynpunkt, eftersom dess schablonartade karaktär innebär att de entreprenörer som är effektivast vad gäller kalkyleringskostnaderna vet att de kommer att få en ersättning som är högre än de kostnader som de ådrar sig och kan sänka sitt prisanbud med ett motsvarande belopp. Kommissionen har svarat att möjligheterna till uppskattning är otillräckliga för att neutralisera systemet och att en gemensam fastställelse av denna ersättning i själva verket betyder att en del av priset fastställs.

- 144 Förstainstansrätten anser att beslutet innehåller tre väsentliga klagopunkter mot systemet med prisökningar. Den första avser det förhållandet att det skulle handla

om att fastställa en del av priset, den andra att det skulle innehålla en konkurrensbegränsande klausul vad avser kalkyleringskostnader (beslutet, punkt 86, tredje stycket), och den tredje att systemet skulle leda till en höjd prisnivå för de anbudstagare som uppmanar ett stort antal entreprenörer att lämna anbud samt då ett avtal sluts under hand och när det handlar om underleveransavtal (beslutet, punkterna 57, 87 och 100).

- 145 För det första finns det skäl att konstatera att sökandena inte har framfört några som helst argument genom vilka de skulle kunna motbevisa påståendet att den gemensamma fastställelsen av prisökningar som på samma sätt läggs till de olika entreprenörernas prisbud enligt artikel 85.1 a i fördraget utgör en fastställelse av en del av priset. I själva verket saknar sökandenas argumentation rörande möjligheterna till en uppskattning av beloppet av prisökningarna i detta hänseende all betydelse och berör endast det förhållandet om systemet med prisökningar leder till att konkurrensen mellan entreprenörerna undanröjs i fråga om deras kalkyleringskostnader vilket utgör en fristående klagopunkt.
- 146 Av detta följer att kommissionen med rätta ansett att det gemensamma förfarandet för fastställelse av prisökningarna utgör en fastställelse av en del av priset på ett sätt som förbjuds i artikel 85.1 a i fördraget.
- 147 För det andra, vad gäller frågan om det förhållandet om fastställelsen av en del av priset leder till en snedvridning av konkurrensen mellan entreprenörer avseende kalkyleringskostnader och således gynnar företagare som presterar minst på denna nivå jämfört med dem som presterar mera, bör det undersökas om entreprenörerna såsom sökandena framhållit är i stånd att fullständigt uppskatta det ersättningsbelopp de kommer att uppbära för kalkyleringskostnaderna och, om svaret blir jakande, om systemet tack vare sin schablonartade karaktär är helt neutralt, eftersom varje entreprenör kan sänka sitt prisbud med ett belopp som är lika stort som skillnaden mellan de i verkligheten utlagda kalkyleringskostnaderna och den ersättning som skall uppbäras.
- 148 I detta hänseende är det tillräckligt att konstatera att möjligheten att uppskatta ersättningsbeloppet är långt ifrån perfekt. I själva verket är en perfekt uppskattning

omöjlig på grund av att prisanbudet skall beräknas vid ett tillfälle då de för en dylik uppskattning nödvändiga parametrarna ännu inte är kända (medeltalet av de vita beloppen, arbetets uppskattade värde, det lägsta prisanbudet).

149 Inom ramen för UPRO skulle en sådan uppskattning vara mindre noggrann och omöjlig beroende på systemet med årlig återbetalning av ersättningen och svårigheten att på förhand uppskatta antalet poäng och deras värde.

150 Det fall i vilket en uppskattning förefaller att ha den största möjligheten att lyckas är då entreprenörsmötet inom ramen för UPRR låter den entreprenör som meddelat det lägsta vita beloppet bestämma prisökningen. I detta fall antar faktiskt varje entreprenör att han har lämnat det lägsta budet och att han själv får fastställa ersättnings storlek. Det bör emellertid påpekas att entreprenören i samband med ett sådant antagande borde beakta risken att han inte har det lägsta budet och att han därför kan bli tvungen att i sitt anbud ta in det belopp som den som lämnar det lägsta budet angett vilket kan överskrida eller underskrida hans egna kalkyleringskostnader. Om det stämmer att varje entreprenör kunnat anpassa sitt vita belopp efter den ersättning som han själv skulle ha fastställt, återstår dock att han — för att korrekt kunna lägga sitt vita belopp till det slutgiltigt fastställda ersättningsbeloppet — skall känna till alla sina konkurrenters avsikter avseende detta, eftersom var och en av dessa kan vara den som lämnat det lägsta budet och kan bli den som skall fastställa ersättningsbeloppet med utgångspunkt från sina egna kalkyleringskostnader. Entreprenörerna kan emellertid inte tillgodogöra sig dylika uppgifter, som alla betraktar som affärshemligheter.

151 Detta system kan för övrigt leda till att anbudstagaren berövas nyttan av en given entreprenörs största effektivitet vad gäller hans kalkyleringskostnader. När entreprenör A, som är mycket effektiv på sina kalkyleringskostnader, således föreslår att fastställa beloppet till 12, om han skulle vara den som lämnar det lägsta budet, med ett vitt belopp om 105 medan entreprenör B som är mindre effektiv föreslår att som kalkyleringskostnad fastställa 20, om han lämnar det lägsta budet med beloppet 100, riskerar man följande situation: Eftersom B konstateras ha lämnat det lägsta

budet, beslutar han att som ersättning fastställa beloppet 20. Följaktligen blir beloppet på det prisanbud han lämnar in till anbudstagaren 120, medan A:s anbudsbelopp blir 125. Om konkurrensen hade varit fri, skulle A ha lämnat ett anbud på 117 och B på 120. För anbudstagaren framstår likväl B i stället för A som den som lämnar det lägsta budet och så får B inlämna det slutliga anbudet till ett högre pris än vad som skulle ha åstadkommits genom en konkurrens som inte var snedvriden. Om A hade vetat att B skulle komma att som sitt ersättningsbelopp fastställa 20, skulle han ha kunnat sänka sitt vita belopp från 105 till 97, medveten om att han totalt skulle uppnå det för honom nödvändiga beloppet 117 och således ha lämnat det lägsta budet. I alla fall skulle A inte ha kunnat få veta det belopp som B skulle fastställa som sin ersättning annat än genom en förbjuden samordning med B, vilket inte har någonting att göra med systemets objektiva genomskinlighet eller med möjligheten till en perfekt uppskattning av ersättningsbeloppet som sökandena påstått.

- 152 Av detta följer att vid alla antaganden är konkurrensen mellan entreprenörerna beträffande deras kalkyleringskostnader snedvriden på grund av systemet med ersättning för kalkyleringskostnader och på grund av att anbudstagaren likväl berövas resultaten av en dylik konkurrens.
- 153 För det tredje bör det kontrolleras om systemet med ersättning för kalkyleringskostnader och systemet med bidrag till branschorganisationers verksamhet leder till en allmän prisökning. I detta syfte måste man skilja mellan tre områden: samtidigt anbud, underhandsavtal och underleveranser.
- 154 Beträffande det första området kan det inte ifrågasättas att systemet medför en prisökning för de anbudstagare som riktar sin anbudsinfordran till ett stort antal entreprenörer, eftersom de blir tvungna att bära allas kalkyleringskostnader. På samma sätt berövar detta system anbudstagare anbud som är fördelaktigare än sakägarens anbud varje gång en entreprenörs största möjliga effektivitet på området för kalkyleringskostnader leder till mer än att hans mindre effektivitet kompenseras på andra plan och att denna företagare — eftersom han inte känner till omfattningen av sin större effektivitet — inte helt kunnat överföra denna på sitt

vita belopp (se ovan punkt 151). Således leder även bidraget till branschorganisationernas verksamhet till en prisökning.

155 Beträffande det andra och det tredje området är det ostridigt mellan parterna att de entreprenörer som inlämnar ett anbud under hand eller inom ramen för avtal rörande underleveranser utsätter sig för risken att bli tvungna att till en SPO-byrå betala ett belopp som motsvarar 3 procent av avtalets slutbelopp då antingen anbudstagaren eller huvudentreprenören inleder andra förhandlingar för att tilldela någon entreprenaden. Om det är riktigt, som sökandena anför, att både anbudstagaren och huvudentreprenören har möjlighet att förhandla med entreprenörer för att de inte på förhand tar betalt för denna risk eller lägger den till priset, skall det ändå konstateras att systemet som sådant uppmuntrar entreprenörerna till att överföra risken på sina klienter och att detta tvingar dem att förhandla, om de vill undvika risken. Av detta följer att detta system även på denna nivå kan få som konsekvens att priserna stiger.

156 Av detta följer att kommissionen med rätta ansett att systemet med prisökningar utgör en fastställelse av en del av priset, snedvrider konkurrensen mellan entreprenörer vad avser kalkyleringskostnader och leder till en prisökning som beträffande UPR är mycket större då anbudstagaren avser att låta fri konkurrens råda mellan ett större antal entreprenörer.

157 Förstainstansrätten påpekar vidare att sökandena inte har bestritt det förhållandet att andras prisanbud än sakägarens kan sänkas efter att prisökningen överförts till de vita beloppen på villkor att de vita beloppens ordningsföljd inte ifrågasätts så att prisskillnaderna mellan de till byggherren inlämnade anbuden inte skall verka excessiva. De har inte heller bestritt det förhållandet att dessa kan höjas då företräde getts för att tillförsäkra sakägaren en gynnsam ställning och att delpriser och enhetspriser kan fastställas för att undvika att anbudstagaren skulle dela upp entreprenaden när han bjuder ut den.

- 158 Dylika prismanipulationer utgör emellertid obesträdligen ett sådant samordnat förfarande som avses i artikel 85.1 a i fördraget, eftersom det såsom sökandena upprepade gånger hävdat även fortsättningsvis är möjligt att anbudstagaren ger entreprenaden till en annan entreprenör än den som lämnat det lägsta budet.

IV — Begränsningen av entreprenörernas och byggherrens förhandlingsfrihet

Parternas argument

1) Företrädesrätten (beslutet, punkterna 30 och 85)

- 159 Sökandena har framhållit att systemet med företrädesrätt inte resulterar i en uppdelning av marknaden, eftersom varje anbudsförfarande bör betraktas som en "ad hoc"-marknad där anbudsgivarnas identitet bestäms av anbudstagarna. Entreprenörerna skulle inte sinsemellan kunna fördela entreprenaderna, eftersom ingen av dem kan vara säker på att inte senare konkurrera med en entreprenör som han gett företräde och således kunna få ersättning av den sistnämnda.

- 160 De har för övrigt betonat att det i princip fordras en enhällig överenskommelse mellan alla som medverkar på entreprenörsmötet för att det skall vara möjligt att ge företräde. Det är alltså sällsynt att man ger företräde (0,3 procent av fallen år 1988).

- 161 Sökandena har till sist framhållit att den som fått företräde är skyldig att lämna ett bud som är lika lågt som det lägsta budet vilket ökar hans risker som motsvarar hans intresse för entreprenaden.

162 Kommissionen har svarat att det intresse som en entreprenör visar för en entreprenad skall uttryckas i det bud han lämnar och inte i att hans konkurrenter ger honom företräde.

163 Kommissionen har betonat att företrädesförfarandet utgör en uppdelning av den relevanta marknaden, eftersom det är konkurrenterna som sinsemellan beslutar om vem som skall skyddas mot konkurrens från de andras sida.

2) Det skydd sakägaren åtnjuter (beslutet, punkterna 39—41, 52—54 och 93—95)

164 Sökandena — som inte har bestritt den teoretiska beskrivning av systemets funktion som återfinns i beslutet — har kritiserat detta för att man däri bortsett från syftet med systemet, nämligen att skydda mot ”köpsläende” och för att man däri gjort en felaktig analys av systemets praktiska följder för konkurrensen.

165 Beträffande skyddet mot ”köpsläende” som består i att byggherren kan ställa anbud mot varandra som han samtidigt eller successivt samlat in för att åstadkomma en prissänkning har sökandena anfört att detta skydd uppskattas av alla marknadsledare och att det är nödvändigt för att man skall kunna motverka risken för ekonomiskt oskäligen priser som följer av en stark efterfrågan i förhållande till utbudet, effektivitetsförlusten hos marknads omsättningsstruktur som beror på att de första prisanbudet anses vara påverkade av köpsläende och skadan på anbudsförfarandets objektivitet beroende på att anbudstagarna medan köpsläendet pågår skulle kunna ta till subjektiva värderingar i stället för det lägsta budet. De har vidhållit att detta system inte överstiger det som är nödvändigt för att motverka köpsläende och påstått att det är mindre strängt än de nationella och gemenskapsrättsliga lagar som har samma syfte.

- 166 I detta hänseende har sökandena understrukit att skyddet för sakägaren är ett resultat av ett objektivt förfarande vars ändamål är att automatiskt utse den till sakägare som har lämnat det lägsta budet och vilket alltså långt ifrån att begränsa konkurrensen endast förflyttar den i tiden. De har tillagt att kommissionen inte borde klaga på föreskrifter som förhindrar att anbudstagaren grundar sin bedömning på andra fakta än priset då han för förhandlingar med entreprenörer i den utsträckning grunden för att anbudstagaren infordrar jämförbara anbud skulle avslöja hans avsikt att koncentrera konkurrensen till priserna.
- 167 Sökandena har framhållit att föreskriften rörande successiva prisbud och partiella prisbud är nödvändig för att undvika att föreskriften rörande samtidigt gjorda bud skulle missbrukas genom att successiva eller partiella prisbud ställs mot varandra.
- 168 Rörande de praktiska följderna av systemet har sökandena hävdat att det inte stämmer att sakägaren genom systemet i själva verket skulle få ett tillfälligt monopol på en bestämd entreprenad. För det första hindrar systemet inte att anbudstagaren, då det finns samtidiga anbud, ger entreprenaden till någon annan anbudsgivare än sakägaren. För det andra hindrar systemet — i händelse av successiva anbud — inte att de entreprenörer som lämnar bud efter sakägaren inlämnar ett prisbud men begär att antingen sakägaren eller en "ad hoc"-kommission som tillsatts godkänner det i händelse av jämförbara anbudsinfordringar för att bekräfta att dessa anbud inte är ett resultat av köpsläende. Samtycke skulle i själva verket sällan nekas och det kan inte ske, om det nya anbudet är ett visst antal procentenheter lägre än sakägarens anbud. Detta antal procentenheter som varierar beroende på vilken sektor det är fråga om skulle stå i proportion till den fördel som den som lämnat det nya anbudet skulle kunna dra nytta av, om han varit medveten om det gamla anbudet. Om de nya anbuderna svarar mot en efterfrågan som inte är jämförbar med den som de tidigare anbuderna svarade mot, skulle det av de Hartelusts empiriska studie "Regleringen av efterfrågan och utbudet på den nederländska byggmarknaden under perioden 1975—1979" följa att sakägaren aldrig skulle skyddas. Slutligen skulle systemet inte medföra skydd av sakägaren då anbuderna inte är samtidiga annat än i 10,5 procent av fallen.

- 169 Kommissionen har svarat att det skydd sakägaren åtnjuter inte endast leder till att entreprenörer åtnjuter skydd mot ”köpsläende” och skadlig konkurrens som skulle följa detta utan också mot alla typer av konkurrens, eftersom andra anbudsgivare än sakägaren utesluts från förhandlingarna med anbudstagaren, eller åtminstone underställs deltagandet i entreprenadförhandlingar sakägarens eller en entreprenörskommissions godkännande.
- 170 Kommissionen har betonat att sökandena inte borde jämföra det skydd sakägaren åtnjuter med offentlighetsrättsliga bestämmelser som tillämpas i övriga medlemsstater och med de som införts genom rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om koordinering av förfarandet för fördelning av offentliga entreprenader (EGT nr L 185, s. 5, nedan kallat ”direktiv 71/305”). Dessa föreskrifter rör i själva verket endast offentliga upphandlingar och har ett annat syfte än de berörda föreskrifterna, eftersom det i dem eftersträvas att upprätthålla lika möjligheter för alla entreprenörer gentemot myndigheter. Genom de föreliggande föreskrifterna begränsas inte bara anbudstagarens förhandlingsfrihet — såsom följer av de gemenskapsrättsliga och nationella reglerna — utan i dem föreskrivs också om informationsutbyte samt ömsesidig föregående justering av pris anbuden. Kommissionen har avslutningsvis gjort gällande att även den nederländska lagstiftningen meddelar ett visst skydd för entreprenörer under förhandlingar som följer mottagandet av pris anbud och att systemet med bestämmelserna således inte är så oersättligt som sökandena har framhållit.
- 171 Kommissionen har vidare gjort gällande att sökandena inte kan påstå att skyddet för sakägaren endast träder in efter det att konkurrensen redan ägt rum. Beträffande samtidiga anbud kan förfarandet för utseende av sakägare inte vara så objektivt som sökandena påstått, i synnerhet då entreprenörerna själva skall bedöma om anbuden är jämförbara. Kommissionen har tillagt att sökandenas argumentering vilar på den oriktiga föreställningen om att den anbudstagare som samlar in flera pris anbud samtidigt beslutat att i sitt val utgå ifrån priset. Anbudstagaren skulle i själva verket legitimt kunna motivera behovet av att förhandla med andra anbudsgivare än den som lämnat det lägsta budet. Det finns inget som skulle motivera att han genom entreprenörernas ensidiga beslut skulle berövas denna möjlighet.

- 172 Kommissionen har betonat att skyddet för sakägaren är ännu svårare att motivera i de fall där prisanbuden inte är samtidiga. I detta fall inträder skyddet för sakägaren i och med att anbudstagaren beslutar att — efter att ha tagit del av ett enda pris-
anbud — infordra ett eller flera till, det vill säga innan konkurrensen ens ägt rum. Detta skydd som sakägaren åtnjuter skulle emellertid leda till att de entreprenörer som senare inbjudits, om begäran om anbud är jämförbar med den som sakägaren besvarat, endast skulle kunna lämna sina anbud till anbudstagaren, om det är ett visst antal procentenheter lägre än anbudstagarens anbud. Detta antal procentenheter skulle med god marginal överstiga det som är nödvändigt för att skydda den första anbudsgivaren mot att senare anbudsgivare utnyttjar innehållet i hans anbud.
- 173 Kommissionen har ytterligare gjort gällande att fastställelsen av partiella priser eller enhetspriser inte alls är nödvändigt för att skydda entreprenörer mot köpsläende, eftersom de i motsats till vad sökandena anfört har möjlighet att inlämna sina partiella prisanbud på villkor att hela deras anbud antas.
- 174 Kommissionen har understrukt att sökandena medgett att sakägaren i 10,5 procent av fallen behåller sin ställning tack vare företrädesrätten som följer av föreskrifterna om successiva prisanbud. Enligt kommissionen utgör dessa 10,5 procent fall i vilka en entreprenör är sakägare vilket har gjort det möjligt för honom att förhindra att det senare lämnas prisanbud som är lägre än hans anbud.
- 175 Kommissionen har vad beträffar marknadens genomskinlighet understrukt att det av sökandena införda systemet leder till en helt ogenomskinlig marknad för tillfälliga anbudstagare. I ett sådant fall intar entreprenörerna en styrkeposition på marknaden och inte tvärtom.

3) Underleveranser (beslutet, punkterna 55—59 och 100, tredje stycket)

- 176 Sökandena betonar att föreskriften avseende underleveranser har som syfte att undvika att huvudentreprenörerna köpslår med utgångspunkt från anbud som olika underleverantörer lämnar. I detta syfte har den allmänna föreskriften antagits med tanke på underleveransernas speciella karaktär, utgående från tillämpningen av bestämmelser avseende relationen mellan en byggherre och en anbudsgivare och relationen mellan en huvudentreprenör och en underleverantörer.
- 177 Kommissionen har hänvisat till det den anfört angående det skydd sakägaren åtnjuter vad gäller behovet av att skydda underleverantörer mot riskerna av köpsläende.

Förstainstansrättens bedömning

- 178 Förstainstansrätten påpekar inledningsvis att sökandenas argument, varigenom de har försökt fastställa att det skydd sakägaren åtnjuter är nödvändigt för att undvika köpsläende vilket skulle leda till skadlig konkurrens, saknar relevans inom ramen för den grund som avser en överträdelse av artikel 85.1 i fördraget och att de skall undersökas inom ramen för grunden avseende en överträdelse av artikel 85.3 i fördraget.
- 179 Efter att de olika mötesdeltagarnas prisbud av entreprenörmötet fastställts som jämförbara skall det enligt det införda förfarandet utses en sakägare. Det bör påminnas om ändamålet med det skydd sakägaren åtnjuter. Sakägaren ensam har rätt att förhandla om sitt prisbud med byggherren. Övriga anbudsgivare får finna sig i att stå utanför möjligheten att med byggherren förhandla om priset för prestationer eller om omständigheter avseende den föreliggande entreprenaden [artikel 28 i UPRR, artikel 30 i UPRO och artikel 5.2 i hederskodexen]. De kan således inte erhålla entreprenaden annat än genom att anta den till det pris som de erbjuder

och i överensstämmelse med kostnadskalkylen. I de fall i vilka prisanbuden är successiva täcker det skydd sakägaren åtnjuter även de senare inlämnade prisanbuden [artikel 28 i UPRR, artikel 30 i UPRO och artikel 5.3 i hederskodexen samt reglerna rörande successiva prisanbud]. Det är förbjudet för de entreprenörer som senare kontaktats av en byggherre att inlämna ett prisanbud utan sakägarens samtycke eller, i händelse av en vägran, utan samtycke av en ad hoc-kommission som den behöriga byrån tillsatt. Ad hoc-kommissionen kan inte ge sitt samtycke annat än om det erbjudna priset är väsentligt lägre än sakägarens prisanbud (från 2,5 till 10 procent beroende på sektorn). Detta skydd som sakägaren åtnjuter gäller mellan två och fem år (beroende på entreprenadens värde).

180 I föreskrifternas stadgas det tre sätt på vilka man kan utse en sakägare. Denna kan vara den entreprenör som lämnat det lägsta budet på entreprenörmötet eller den som först fört förhandlingar när det gäller successiva anbud eller den som först blivit utsedd genom företrädesförfarandet.

181 Vad avser samtidiga prisanbud finns det skäl att påpeka att sakägaren — då återtagande eller företrädesrätt inte förekommer — blir den som har det lägsta vita beloppet. Man bör emellertid fråga sig om inte detta skydd, trots att det träder i kraft efter att utbyte av konkurrensbegränsande information ägt rum och att detta utgör en fortsättning på fastställelsen av delar av priset, även det leder till att konkurrensen begränsas.

182 Syftet med det skydd sakägaren åtnjuter är att meddela den entreprenör som under entreprenörmötet inlämnat det lägsta vita beloppet (det vill säga det lägsta prisanbud varifrån pristilläggen dragits av) skydd för hans anbud vad avser innehållet och priset mot förhandlingar som skulle kunna äga rum mellan anbudstagaren och andra medlemmar av SPO, såväl sådana som medverkat på entreprenörmötet som sådana som inte gjort det då de förstnämnda inte kan förhandla om sina anbud medan de sistnämnda behöver sakägarens eller en skiljenämnds tillstånd att lämna

in anbud. I detta syfte inleder de entreprenörer som medverkar på entreprenörmötet med att sinsemellan fastställa konkurrensvillkoren. De fastställer således hurdant innehåll de olika anbudena skall ha för att de skall utgöra likvärdiga alternativ för anbudstagaren så att det enbart skall gå att skilja dem åt på grundval av priset.

183 Det bör understrykas att man, även om entreprenörmötets bedömning av anbudens jämförbarhet skulle vara så objektiv som möjligt, inte skulle kunna godkänna att entreprenörerna ensidigt bytte ut sin bedömning mot anbudstagarens bedömning vilken berättigat skall ha möjlighet att även ta hänsyn till subjektiva preferenser såsom entreprenörens rykte, disponibilitet, närhet och att själv, i egenskap av framtida användare, kunna göra en bedömning av jämförbarheten hos de olika anbudena.

184 Beträffande de successiva pris anbuden är det av vikt att observera att sökandena har nöjt sig med att understryka att det förhållandet att den först konsulterade entreprenören utses till sakägare är nödvändigt för att man skall kunna undvika att föreskriften för de samtidiga pris anbuden inte skall krånglas till men att de inte bestrider att skydd beviljas på denna nivå utan att det har rått någon konkurrens. Detta innebär att man inte har ifrågasatt den konkurrensbegränsande karaktären hos det skydd som sakägaren åtnjuter för det fall att anbudsinfordringar inte är samtidiga men det finns orsak att undersöka om denna mekanism som ett nödvändigt tillägg till regleringen av samtidiga anbudsinfordringar uppfyller de nödvändiga villkoren för beviljande av ett undantag enligt artikel 85.3 i fördraget (se nedan, andra grunden).

185 Beträffande företrädet bör det framhållas att detta gör det möjligt för den som har företräde att bli utsedd till sakägare av mötesdeltagarna oberoende av vilket vitt belopp han skall lämna in men på villkor att han till sitt anbudsbelopp godkänner det vita beloppet ökat med den tillämpliga ersättningen. Såsom kommissionen anfört (beslutet, punkt 85) utgör företrädesförfarandet en uppdelning av markna-

den i den meningen att det är de medverkande på entreprenörmötet som bestämmer vilken av dem som skall komma i åtnjutande av det skydd sakägaren åtnjuter vid ett tillfälle då konkurrensen ännu inte har inverkat. När de gör detta delar de upp marknaden och skadar konsumenternas fria val av leverantörer (den ovan nämnda domen *Suiker Unie m.fl. mot kommissionen*, punkt 180). I detta hänseende är det av ringa betydelse att de som medverkar på entreprenörmötet inte på ett bestående och strukturerat sätt konkurrerar med varandra beroende på olikheterna mellan varje entreprenad. Det finns nämligen inte något behov av att ställa sig frågan rörande motiven hos de entreprenörer som sinsemellan delar upp en marknad för att fastställa om en dylik uppdelning faller inom tillämpningsområdet för förbudet i artikel 85.1 i fördraget.

186

Det är riktigt att det skydd sakägaren åtnjuter inte helt avlägsnar anbudstagarens valmöjligheter då han fortfarande kan överlåta entreprenaden till en annan medverkande på entreprenörmötet än sakägaren (utan att kunna förhandla om sitt anbud) eller till en annan entreprenör (vilket förutsätter sakägarens eller skiljenämndens samtycke, om entreprenören är medlem av SPO). Det finns i varje fall skäl att framhålla att dessa valmöjligheter är ytterst begränsade på grund av det skydd sakägaren åtnjuter, eftersom övriga mötesdeltagare inte kan ta emot entreprenaden annat än på de villkor som finns med i deras prisansbud. Således berövas anbudstagaren rätten att göra sina preferenser gällande utgående från innehållet i och priset hos varje anbud och kan då endast välja mellan prisansbuden som helhet. För övrigt är hans handlingsfrihet beträffande val till och med innanför sakägarens anbud ytterst begränsad, eftersom han kan skydda sig och känner till hur omfattande skyddet för honom är vad avser priserna gentemot SPO:s övriga medlemsentreprenörer, eftersom han känner till övriga mötesdeltagares anbudsbelopp såväl som de tariffer som tillämpas på prisansbud som inte är samtida.

187

Av det ovan sagda följer att det skydd sakägaren åtnjuter begränsar konkurrensen men att det inom ramen för den andra grunden skall undersökas om detta skydd — vars avsikt är att skydda entreprenörer mot köpsläende — borde beviljas ett undantag enligt artikel 85.3 i fördraget.

V — SPO:s beteende gentemot icke-anslutna entreprenörer (beslutet, punkterna 49—51, 98 och 99)

Parternas argument

- 188 Sökandena har betonat att entreprenörerna är fullständigt fria att permanent ansluta sig eller låta bli att ansluta sig till SPO eller att tillämpa SPO-föreskrifterna under en viss entreprenad. Inga påtryckningar utövas på icke-anslutna företag för att få dem att ansluta sig. I vilket fall som helst har sökandena ansett att det är nödvändigt att ha sanktioner för att undvika att vissa entreprenörer missbrukar systemet genom att ibland iaktta och ibland låta bli att iaktta föreskrifterna. I själva verket borde man — eftersom systemet med föreskrifter utgör en helhet — undvika att några enbart drar nytta av det utan att bära kostnaderna.
- 189 Sökandena har medgett att SPO-byråerna visserligen har kontakter med icke-anslutna entreprenörer men att dessa är slumpmässiga och under inga omständigheter kan jämföras med påtryckningar. Dessutom brukar vissa icke-anslutna byråer då och då bjudas in till entreprenörmöten.
- 190 Sökandena har för övrigt bestritt påståendet i punkt 99 andra stycket av beslutet att utländska bolag för att kunna verka på den nederländska marknaden bör inleda samarbete med ett nederländskt bolag som iakttar föreskrifterna. Detta påstående motsägs av antalet undertecknade samarbetskontrakt och antalet entreprenader utländska bolag erhåller utan att de iakttar föreskrifterna.
- 191 Sökandena har visserligen medgett att man under entreprenörmötena strävar efter att utreda om det förutom de medverkande finns tredje bolag som inbjudits att lämna in anbud men de vidhåller att detta informationsutbyte inte begränsar konkurrensen. Den utbytta informationen har i själva verket ringa värde och möjliggör

inte för medverkande att anpassa sitt beteende i synnerhet beträffande det vita beloppet, eftersom detta är beroende av andra ekonomiska faktorer.

192 Sökandena har bestritt det förhållandet att föreskrifterna skulle göra det möjligt för SPO-medlemmar att effektivt skydda sig mot konkurrens från tredje bolag. I detta påstående har kommissionen inte tagit i beaktande det förhållandet att de entreprenörer som är medlemmar av SPO förblir konkurrenter såväl sinsemellan som gentemot tredje bolag. De har förnekat att mötesdeltagarna vid valet av sakägare skulle uppföra sig annorlunda beroende på om det finns utomstående konkurrenter eller inte. Kommissionen har inte visat något som helst samband mellan dessa två omständigheter och de belopp kommissionen angett är varken viktiga eller relevanta. I synnerhet bevisar inte siffran 80 procent som återgetts i punkt 51 i beslutet att mötesdeltagarna skulle ha större chanser att erhålla entreprenaden än de som inte medverkat på entreprenörmötet och ännu mindre att dessa större chanser skulle vara resultatet av ett samförstånd.

193 Sökandena har dragit slutsatsen att kommissionens anklagelser som framförts utan att undersökningar vidtagits saknar grund. De har framfört som bevis att om de icke-anslutna entreprenörerna verkligen skadades av SPO-medlemmarnas beteende, skulle de antingen ha väckt talan mot beteendet eller anslutit sig till SPO. Man skall för övrigt inte glömma att det i flertalet fall är anbudstagaren som under begränsat anbudsförfarande bestämmer antalet och vilka entreprenörer som får ta del i konkurrensen om entreprenaden.

194 Kommissionen har svarat att det sanktionssystem som stadgas i föreskrifterna kan leda entreprenörer som inte är medlemmar av SPO till att underordna sig föreskrifterna på ett mer eller mindre permanent sätt, även om avsikten med systemet är att undvika missbruk av föreskrifterna.

- 195 Kommissionen har framhållit att sökandena inte har nekat till att byråerna tar kontakt med icke-anslutna entreprenörer och bekräftat att dess undersökningar har visat att kontakterna inte inskränker sig till att begära att dessa entreprenörer skall underordna sig föreskrifterna.
- 196 Kommissionen har ytterligare gjort gällande att friheten att ansluta sig eller låta bli att ansluta sig till föreskrifterna är rätt så inskränkt för utländska entreprenörer i och med att dessa oftast måste gå via ett samarbete med en nederländsk entreprenör för att få tillträde till marknaden, vilket visas av den tysk-nederländska handelskammarens rekommendation. Flertalet av de entreprenörer med vilka ett samarbete vore möjligt är nämligen medlemmar av SPO. Kommissionen har ansett att de siffror sökandena framhållit är ofullständiga, eftersom de enbart hänför sig till entreprenörernas formella sammanslutningar.
- 197 Kommissionen har påmint om att arten av den information som utbyts under entreprenörsmötena ger de medverkande tillgång till vissa förmåner i förhållande till utanförstående entreprenörer vilket framgår av beslutet (punkterna 49—51, 98 och 99).
- 198 Kommissionen har dragit slutsatsen att det finns en konkurrensbegränsning, eftersom varje utomstående entreprenör (outsider) ställs inför följande dilemma: Antingen är man tvungen att konkurrera mot en enad front av mötesdeltagare eller också vara med i denna front och således begränsa sina möjligheter att konkurrera med de andra entreprenörerna.

Förstainstansrättens bedömning

- 199 Förstainstansrätten anser att regelsystemet trots all den kraftfulla påtryckning som sökandena utövar på icke-anslutna entreprenörer för att dessa skall ansluta sig till SPO även genom sin förekomst utgör en påtryckning på icke-anslutna, eftersom det innebär att deltagande bolag åtnjuter ansenliga förmåner, i synnerhet vad gäller

informationsutbyte och ersättning för kalkyleringskostnader (se beslutet, punkt 98).

- 200 Regelsystemet uppfyller nämligen genom sin natur sitt mål bättre, om ett stort antal entreprenörer medverkar i det. Begränsningen av omsättningskostnader och bekämpningen av köpslående blir desto effektivare ju färre fall det finns i vilka entreprenaden erhålls av entreprenörer som inte är medlemmar av SPO. I detta hänseende betraktas överlåtandet av en entreprenad till en icke-ansluten entreprenör som en risk mot vilken man skall skydda sig genom att överföra en del av prisökningen till en garantifond vars särskilda syfte är att täcka denna risk (beslutet, punkt 43).
- 201 Av detta följer att de villkor uppfylls som behövs för att påtryckningar skall anses utövas på icke-medlemmar för att dessa skall ansluta sig till systemet. Under dessa omständigheter kan det enkla faktum som sökandena medgett att SPO-byråer tar kontakt med icke-anslutna entreprenörer likställas med påtryckningar.
- 202 För övrigt är det ostridigt mellan parterna att föreskrifterna ger möjlighet för entreprenörsmötet att i första hand avstå från att välja en sakägare (se ovan punkterna 100, 101 och 117) samt från att tillämpa prisökningar. Dessa möjligheter gör det möjligt för mötesdeltagarna att anpassa sitt beteende på marknaden till den yttre konkurrensen. Dessa kan alltså delta i denna konkurrens med de förmåner de fått från ersättningssystemet för kalkyleringskostnader som möjliggör för dem att uttryckligen låta bli att lägga någon kalkyleringskostnad till den entreprenad om vilken de konkurrerar med entreprenörer som inte är medlemmar av sökandeparternas organisationer. På samma sätt tillåter det förhållandet att sakägare inte utses att de i det föreliggande fallet deltar i köpslående som ställer dem mot icke-anslutna entreprenörer och således ökar chanserna för att någon av dem skall erhålla entreprenaden.

- 203 Det bör vidare framhållas att det förhållandet att medlemmar av sökandeparternas organisationer ser sig tvungna att inta en gemensam defensiv attityd då de ställs mot yttre konkurrens stärker deras intresse av att se medlemstalet stiga och således minska antalet konkurrenter utifrån som kan göra att de får avstå från fördelarna med en anslutning till sökandena.
- 204 Av allt som sagts ovan följer att kommissionen med rätta har ansett att det regel-system som infördes år 1987 i själva verket leder till att entreprenörernas frihet att välja om de ansluter sig eller inte minskar i och med att de, om de inte ansluter sig, går miste om ett visst antal förmåner som är knutna till detta system och skapar en konkurrenssituation inte med en rad entreprenörer som agerar fristående från varandra utan med ett visst antal entreprenörer som har gemensamma intressen och information och således uppför sig på samma sätt.
- 205 Av detta följer att de år 1987 införda föreskrifterna utgör en överträdelse av artikel 85.1 i fördraget.
- 206 Vad beträffar de gamla föreskrifterna framhåller förstainstansrätten att kommissionen efter att ha konstaterat att de tidigare föreskrifterna på vissa centrala punkter skiljer sig från de år 1987 införda föreskrifterna såsom förekomsten av ett genanmälningsförfarande, möjlighet att förbättra och rätta till priserna och en företrädesmekanism — som leder till att alla medverkande måste höja sina priser — i sitt beslut har fastställt (punkterna 62—65) att de år 1987 införda föreskrifterna i huvudsak endast var en fortsättning på de gamla föreskrifterna och att den juridiska bedömning kommissionen gjort beträffande förstnämnda föreskrifter följaktligen i motsvarande mån gällde sistnämnda föreskrifter (punkt 114). Kommissionen har vidare ansett (beslutet, punkt 138) att de olika gamla föreskrifterna å ena sidan från och med den 1 oktober 1980 var tillräckligt standardiserade för att kunna bli antagna av SPO (punkterna 15, 62 och 138) och att de å andra sidan var föremål för ett enhetligt sanktionssystem som etablerats genom hederskodexen och som gjorts obligatoriskt för medlemmar av SPO genom beslut av dess allmänna entreprenörmöte så att beslutet trädde i kraft den 1 oktober 1980 (punkterna 12, 13 och 138).

207 Förstainstansrätten konstaterar att sökandena beträffande dessa medgivanden å ena sidan har betonat att de år 1987 införda föreskrifterna inte utgör "en fortsättning på tidigare slutna avtal av samma art" utan "en omsvängning" i förhållande till dessa (ansökan, punkt 3.14) och å andra sidan att SPO aldrig avfattat innehållet i ett UPR "Burger- & Utiliteitsbouw Openbaar" (bostads- och offentligt byggande enligt det öppna förfarandet) som trädde i kraft den 1 januari 1973, eftersom de olika bolagen fortsatt att individuellt tillämpa sina egna föreskrifter till och med år 1987 (repliken, s. 24).

208 Man bör för det första framhålla att sökandena — i stället för att ha bestritt punkterna 62 och 65 i beslutet — genom sitt resonemang i själva verket har medgett att kommissionens analys är berättigad. För att bevisa att de år 1987 införda föreskrifterna i själva verket framstår som en "omsvängning" i förhållande till tidigare slutna avtal med samma slags innehåll understryker de att dessa föreskrifter inte längre innehåller vissa möjligheter såsom "genanmälning" eller "förbättringar" och "rättelser av priset" beträffande vilka de för det första har medgett att dessa "gjorde det möjligt att erbjuda berörda entreprenörer möjligheter att sätta i gång en otillåten samordning" och för det andra att det skall förbjudas "för det första därför att det tillämpades i en situation som var skadlig för konkurrensen och för det andra därför att detta system — genom att syfta till att reglera förekomsten av tvångspriser — oundvikligen innehöll ett visst antal godtyckliga aspekter" (ansökan, punkt 3.14). Eftersom sökandena har framhållit att de år 1987 införda föreskrifterna begränsar konkurrensen mindre än de gamla föreskrifterna och att de genom detta utgör en omsvängning i förhållande till dessa, har sökandena således antytt att dessa utgör en fortsättning.

209 Följaktligen har kommissionen med rätta ansett att det förelåg kontinuitet mellan de tidigare och de år 1987 införda föreskrifterna och att de förstnämnda på vissa punkter innehöll konkurrensbegränsningar som var åtminstone lika omfattande som de senare.

210 Man bör för det andra konstatera att man i beslutet i motsats till det som sökandena verkar ha framfört i sin replik inte fastställer att SPO med början den 1 okto-

ber 1980 antagit de tidigare föreskrifterna. I beslutet fastställs att det endast är från och med detta datum som föreskrifterna skulle godkännas av SPO vilket inte förnekats av sökandena som inskränkt sig till att framhålla att det ända fram till år 1987 var de olika organisationerna som antog föreskrifterna. Det bör för övrigt hållas med kommissionen om att beslutet på dessa punkter endast återger omständigheter som sökandena meddelat i sina svar på kommissionens begäran om upplysningar som de lämnat in den 19 december 1988 (dupliken, bilaga 2). Utöver detta är det viktigt att lägga märke till att sökandena inte har bestritt att man i artikel 4 i Besluit Algemene Bepalingen (beslutet om de allmänna bestämmelserna) från och med den 25 november 1980 förutsatte ett godkännande av SPO för att olika sökandes föreskrifter skulle kunna antas och tillämpas.

- 211 Det bör för det tredje observeras att de olika tidigare föreskrifterna från och med den 1 oktober 1980 varit föremål för ett enhetligt sanktionssystem som införts genom hederskodexen och från och med detta datum gjorts obligatoriskt för medlemmarna av SPO genom beslut av dess allmänna entreprenörmöte.
- 212 Under dessa omständigheter innebär detta att man i beslutet med rätta inte företagit en åtskild analys av innehållet i de gamla föreskrifterna och ansett att dessa begränsade konkurrensen åtminstone lika mycket som de år 1987 införda föreskrifterna som utgör en fortsättning av de gamla föreskrifterna. Det är likaledes korrekt att det i beslutet ansetts att de olika föreskrifterna genom SPO:s system för godkännande och det enhetliga sanktionssystemet från och med den 1 oktober 1980 blivit tillräckligt standardiserade för att de skall kunna uppfattas som en homogen enhet.
- 213 Av det ovan sagda följer att den andra delen av den första grunden skall ogillas.

Tredje delen: frånvaron av inverkan på handeln mellan medlemsstaterna

Parternas argument

214 Sökandena har betonat att det för att artikel 85 i fördraget skall kunna tillämpas på avtal som inskränker sig till en enda medlemsstats territorium förutsätts att dessa på ett märkbart sätt påverkar handeln mellan medlemsstaterna. Detta skulle å ena sidan förutsätta att det på det berörda området fanns ett handelsutbyte mellan medlemsstaterna (domstolens dom av den 31 maj 1979, Hugin mot kommissionen, 22/78, Rec. s. 1869) och å andra sidan att detta handelsutbyte på ett negativt och påtagligt sätt påverkades av de ifrågavarande avtalen (domstolens dom av den 12 maj 1989, Ottung, 320/87, Rec. s. 1177, punkt 19). I det föreliggande fallet är inget av dessa krav uppfyllda och därför kan inte artikel 85 i fördraget tillämpas.

215 Beträffande det första kravet har sökandena gjort gällande att det särskilt följer av Hartelusts studie att handeln mellan medlemsstaterna är närmast obefintlig på byggmarknaden — vare sig den bedöms på grundval av antalet byggen eller deras värde — och att den inte alls förekommer på marknaden för vissa varor som de för rivning eller märkning. I sin replik har sökandena påstått att kommissionen inte kan hänvisa till domstolens dom av den 1 februari 1978, Miller mot kommissionen (19/77, Rec. s. 131), för att påstå att man inte enbart skall beakta handelsutbyte utan även dess framtida utveckling som beror på ändringar i lagstiftningen eller andra faktorer. I själva verket har de ansett att de lagändringar som kommissionen hänvisar till inte var förutsägbara då sökandena utarbetade och tillämpade sina respektive föreskrifter.

216 Beträffande det andra kravet har sökandena vad beträffar sakinnehållet ansett att då det inte finns något handelsutbyte kan detta inte påverkas på ett negativt och påtagligt sätt av föreskrifterna, om inte kommissionen fastställer att avsaknaden av betydligt handelsutbyte beror på föreskrifterna. I detta fall har kommissionen inte framlagt bevisning av den enkla anledningen att frånvaron av handelsutbyte såväl beror på strukturella faktorer som entreprenörernas geografiskt begränsade verksamhetsområde, de höga transportkostnaderna, huvudentreprenörens roll, proble-

men i samband med mångfalden av (normaliserade) kontraktsföreskrifter, kulturer, seder, språk etc. som det förhållandet att det är anbudstagaren som bestämmer det antal och vilken typ av de entreprenörer som han förhandlar med. Därutöver har kommissionen beträffande alla tidigare föreskrifter inte bevisat att det skulle ha förekommit internationellt handelsutbyte på varje produktmarknad som dessa föreskrifter var för sig täcker. I detta hänseende har sökandena ansett att kommissionen saknar behörighet att använda sig av teorin om kumulativ effekt så att det skulle antas att de olika avtalen berör samma produktmarknad och samma geografiska marknad. Sökandena har bevisat att varje sektor utgör en marknad för sig (se ovan, första delen av grunden). Avslutningsvis bör föreskrifterna jämföras med gemenskapsrättslig lagstiftning rörande offentliga byggnadsentreprenader som genom att fastställa en tröskel på 5 miljoner ecu (som är märkbart högre än tröskeln på 200 000 ecu fastställd genom direktivet om offentliga leveransentreprenader) ger en antydning om att endast mycket viktiga byggnadsentreprenader kan beröra viktigt internationellt handelsutbyte.

- 217 Sökandena har vidare gjort gällande att föreskrifterna i varje fall inte leder till att den nederländska marknaden delas upp, eftersom de lika väl kan tillämpas på utländska entreprenörer som på nederländska entreprenörer så att alla kan välja om de ska underordna sig dessa eller inte.
- 218 Sökandena har bestritt det förhållandet att föreskrifterna minskar intresset för öppna anbudsförfaranden och på så sätt missgynnar utländska företag. I själva verket är öppna anbudsförfaranden inte mera sällsynta i Nederländerna än någon annanstans och utlänningar deltar inte i dessa oftare än i slutna anbudsförfaranden.
- 219 Sökandena har för övrigt framhållit att den inverkan föreskrifterna påstås ha på efterfrågan i Nederländerna från byggherrar i andra medlemsstater inte omfattas av begreppet handel mellan medlemsstaterna såsom det förstås enligt artikel 85 i fördraget och att kommissionens resonemang i varje fall vilar på den oriktiga föreställningen att föreskrifterna skulle leda till en allmän prisökning i Nederländerna.

- 220 Sökandena har avslutningsvis påstått att tesen om påstådd konkurrensmässig "för-
del" som nederländska bolag tack vare föreskrifterna och i synnerhet tack vare sys-
temet med beaktande av kalkyleringskostnader åtnjuter medan de agerar på andra
medlemsstaters territorium, avvisas av byggnadsföretags låga lönsamhet i Neder-
länderna och av den jämförelse som byrån PRC BV Management Consultants
(nedan kallat "PRC") gjort mellan å ena sidan beloppet av allmänna kostnader utö-
kade med ersättningen för kalkyleringskostnader i Nederländerna och å andra
sidan det i fyra andra medlemsstater tillämpade procenttalet på allmänna kostnader.
- 221 Kommissionen har svarat med att hänvisa till punkterna 103—108 i beslutet. Den
har tillagt att domstolens fasta praxis — långt ifrån att kräva att föreskrifterna
skulle avlägsna utländska entreprenörer från den nederländska marknaden —
endast förutsätter att föreskrifterna är ägnade att ansenligt påverka handeln mellan
medlemsstaterna. Följaktligen skall inte enbart den mellanstatliga handeln utan
även den potentiella mellanstatliga handeln beaktas (den ovan nämnda domen Mil-
ler mot kommissionen).
- 222 Kommissionen har ansett att det är helt felaktigt att åberopa domstolens ovan-
nämnda dom Hugin mot kommissionen, i den mån denna alltså handlade om kon-
kurrensbegränsningar som — långt ifrån att omfatta en medlemsstats territorium i
dess helhet — endast täckte en helt liten del av området eller var av ett helt annat
slag än de förevarande föreskrifterna. Men avtal som omfattar en medlemsstats hela
territorium såsom i det förevarande fallet orsakar i sig en uppdelning av den natio-
nella marknaden vilket står i strid med samordningen av den ekonomiska politik
som fördraget åsyftar (domstolens dom av den 17 oktober 1972, Vereniging van
Cementhandelaren mot kommissionen, 8/72, Rec. s. 977). Sådana avtal skulle i
själva verket resultera i en uppdelning av den gemensamma marknaden i flera
nationella marknader som skulle karaktäriseras av artificiellt differentierade villkor
(domstolens dom av den 11 juli 1989, Belasco m.fl. mot kommissionen, 246/86,
Rec. s. 2117). Enligt kommissionen är dess uppgift inte att fastställa att man genom
föreskrifterna tränger ut utländska entreprenörer från den nederländska byggmark-
naden utan — som den bevisat i sitt beslut — att dessa radikalt ändrar de konkur-
rensvillkor under vilka utländska entreprenörer skall verka såväl när de skall delta
i systemet som när de inlämnar anbud utanför detta. Kommissionen har tillagt att

detta sätt att påverka handeln mellan medlemsstaterna innefattades av meddelandet om klagopunkter (punkterna 98 och vidare) och av beslutet (punkterna 106 och vidare).

- 223 I det föreliggande fallet har kommissionen ansett att handeln mellan medlemsstaterna är liten men att den förekommer och att Hartelusts undersökning inte är betydelsefull, eftersom det i den inte beaktas det handelsutbyte som äger rum utan tillämpning av föreskrifterna, inte anges om den omfattar de muntliga förfarandena vid alla entreprenörmöten som hållits i enlighet med föreskrifterna och att den inte omfattar annat än den begränsade tiden mellan den 1 januari 1986 och den 1 oktober 1988.
- 224 Kommissionen har dessutom ansett att föreskrifterna genom ersättning av kalkyleringskostnader avskräcker anbudstagare från att tillämpa det öppna förfarandet. Det öppna förfarandet skulle nämligen utgöra det bästa sättet för de utländska entreprenörerna att få tillträde till den nederländska marknaden, eftersom anbudsgivarna i detta fall inte skulle bestämmas av anbudstagaren. Kommissionen har som bevis på detta velat använda det klagomål som Rotterdams kommun anhängiggjort.
- 225 Kommissionen har dragit den slutsatsen att föreskrifterna kan påverka handeln mellan medlemsstaterna. Den har tillagt att sökandena i onödan gör en åtskillnad mellan föreskrifternas giltighetstider och enhetlighet, eftersom de föreskrifter som var giltiga före den 1 april 1987 hade ett i förhållande till artikel 85.1 i fördraget ännu mera klandervärt innehåll än de föreskrifter som gäller för tillfället. De hade antagits och standardiserats under SPO:s överinseende och utgjorde från och med år 1980 föremål för ett enhetligt sanktionssystem som beskrevs i hederskodexen. Det är följaktligen beträffande vissa sektorer inte viktigt att veta om det förekommit handelsutbyte mellan medlemsstaterna eller inte, utan huruvida föreskrifterna, då de betraktas i sin helhet, är ägnade att påverka handeln mellan medlemsstaterna (se ovan, första delen av grunden).

Förstainstansrättens bedömning

- 226 Förstainstansrätten konstaterar att kommissionen ansett att föreskrifterna på tre olika sätt påverkar handeln mellan medlemsstaterna: De påverkar det utbud som härrör från andra medlemsstater (punkterna 103—311 i beslutet), efterfrågan som härrör från andra medlemsstater (punkt 112) och anbud från medlemsföretag i andra medlemsstater (punkt 113).
- 227 Förstainstansrätten påminner inledningsvis om att det villkor rörande inverkan på handeln mellan medlemsstaterna som återfinns i artiklarna 85 och 86 i fördraget har till syfte att fastställa tillämpningsområdet för gemenskapsrätten i förhållande till den nationella rätten (domstolens dom av den 13 juli 1966, Consten och Grundig mot kommissionen, 56/64 och 58/64, Rec. s. 429).
- 228 Det räcker således med att ett enda av de tre sätten att påverka konkurrensen som kommissionen framställt i punkterna 103—113 visas för att artikel 85 i fördraget skall kunna tillämpas på föreskrifterna.
- 229 Det är viktigt att likaledes framhålla att det följer av en fast rättspraxis att enhällighet som utsträcker sig till att omfatta en medlemsstats hela territorium till sin natur har som verkan att befästa en uppdelning av den nationella marknaden vilket samtidigt förhindrar den samordning av den ekonomiska politiken som befrämjas av fördraget (domstolens ovan nämnda dom av den 17 oktober 1972, Vereniging van Cementhandelaren mot kommissionen, punkt 29, och dom av den 11 juli 1985, Remia m.fl. mot kommissionen, 42/84, Rec. s. 2545, punkt 22).
- 230 I det förevarande fallet är det inte tvistigt att de år 1987 införda föreskrifterna tillämpas inom hela det nederländska territoriet. Beträffande de gamla föreskrifterna är det viktigt att komma ihåg att de är likadana som de nyare föreskrifterna och att de då de betraktas i sin helhet såväl omfattar hela det nederländska territoriet som

byggmarknaden i sin helhet (se ovan punkt 81). Följaktligen kan ingen av föreskrifterna studeras åtskild från andra som den ligger nära, i synnerhet därför att dessa föreskrifter sedan år 1980 utgör föremål för standardiserade sanktionsföreskrifter under en enda organisations överinseende. De gamla föreskrifterna bör således likställas med de föreskrifter som infördes år 1987 (se ovan punkterna 206—212). Alla dessa bestämmelser är således till sin natur ägnade att påverka handeln mellan medlemsstaterna, eftersom de ändrar konkurrensvillkoren i Nederländerna i det att de artificiellt skiljer sig från föreskrifter som gäller i andra medlemsstater och således leder till en uppdelning av den gemensamma marknaden.

231 Förstainstansrätten anser i varje fall att kommissionen med rätta konstaterat att föreskrifterna är ägnade att ha en påtaglig inverkan på det utbud som härrör från andra medlemsstater och på anbud från deltagande företag i andra medlemsstater.

232 Beträffande föreskrifternas inverkan på anbud från andra medlemsstater bör det — såsom kommissionen gjort — påpekas att sökandena själva antytt att systemet med ersättning för kalkyleringskostnader i synnerhet har som mål att uppmuntra anbudstagare att göra en avvägning mellan för- och nackdelarna med att infordra anbud från antingen ett större eller ett mindre antal anbudsgivare, eftersom anbudstagaren då omsättningskostnaderna är kända kan bestämma hur mycket som krävs för att kostnaderna skall kunna bäras. Ett dylikt system skulle allmänt sett leda till lägre omsättningskostnader. För att detta mål skall kunna uppnås uppmuntrar systemet anbudstagare till att koncentrera sina anbudsinfordringar bättre och således till att infordra anbud från ett mindre antal anbudsgivare, eftersom anbudstagaren är skyldig att ersätta alla medverkande anbudsgivares kalkyleringskostnader. Eftersom begränsningen av antalet anbudsgivare som anbudstagaren inbjudit endast är möjlig inom ramen för ett slutet förfarande, gynnar systemet det slutna förfarandet jämfört med öppna anbudsförfaranden och bland slutna anbudsförfaranden de mest slutna anbudsinfordringarna vilket framgår av Rotterdams kommuns klagomål (punkterna 19 och 34 i detta klagomål).

- 233 Det är således med rätta som kommissionen har ansett att det öppna förfarandet utgör det bästa medlet som utländska entreprenörer har till sitt förfogande för att vinna tillträde till den nederländska marknaden.
- 234 Följaktligen är föreskrifterna på denna grund ägnade att ha en direkt eller indirekt inverkan på utbudet från andra medlemsstater.
- 235 Såsom kommissionen har betonat kan sökandena inte anföra den obetydliga handeln mellan medlemsstaterna mot denna analys, eftersom de inte bestritt de belopp som kommissionen framlagt i sitt beslut av vilket förekomsten av verklig handel mellan medlemsstaterna framgår, även om denna handel är liten. Sökandena bestrider således inte det förhållandet att ungefär 150 företag med säte i andra medlemsstater på ett mer eller mindre bestående sätt anslutit sig till UPR. Dessa företag har i huvudsak sina säten i Tyskland och Belgien och bland dem återfinns alla de största tyska och belgiska företagen medan resten är franska, luxemburgska eller italienska företag. Det framgår av domstolens rättspraxis att det för att avtal, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden skall vara förbjudna enligt artikel 85.1 i fördraget inte krävs att de på ett påtagligt sätt skall påverka handelsutbytet mellan medlemsstaterna utan att de antas kunna ha en dylik verkan (den ovan nämnda domen Miller mot kommissionen, punkt 15). Eftersom det räcker med potentiell verkan, kan handelsutbytet framtida utveckling tas i beaktande då verkan av avtal, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden på handeln mellan medlemsstaterna bedöms, oavsett om den har varit förutsägbar eller inte.
- 236 Förstainstansrätten anser likaledes att sökandena inte kunnat åberopa gränsen på 5 miljoner ecu som har fastställts genom direktiv 71/305. Som kommissionen anfört i sitt beslut (punkt 105) är syftet med artikel 85 i fördraget och med detta direktiv i själva verket alltför olika för att den genom direktivet fastställda gränsen skulle kunna utgöra en referens för tillämpningen av den första bestämmelsen. Det är i detta hänseende av vikt att framhålla att direktivets rättsliga grund inte är artikel 85 i fördraget och att denna bestämmelse inte nämns i direktivets överväganden. Det

går inte att påstå att den genom direktivet fastställda gränsen skulle ge kommissionen ledning vid tillämpningen av artikel 85 i fördraget.

237 Beträffande föreskrifternas inverkan på anbud från deltagande företag i andra medlemsstater är det utan tvivel så att företag som är medlemmar av sökandeparternas organisationer i förhållande till utomstående företag åtnjuter obestridda fördelar då medlemsföretagen agerar utanför föreskrifternas tillämpningsområde, till exempel utanför Nederländerna.

238 I detta avseende är den av sökandena åberopade jämförelsen en övergripande jämförelse, eftersom de fördelar nederländska entreprenörer åtnjuter medan de verkar utomlands skall bedömas separat för varje entreprenad. Det är ostridigt att systemet med beräklandet av kalkyleringskostnader, inklusive garantifonden, gör det möjligt för medlemmarna av sökandeparternas organisationer att låta bli att i sina allmänna kostnader ta med kalkyleringskostnader som de haft för de anbud som har lett till att de inte tilldelats entreprenaden medan de utländska entreprenörerna varit tvungna att lägga dessa till sina allmänna kostnader. Medlemmar av sökandeparternas organisationer behöver således inte vid en bestämd entreprenad beträffande vilken anbudet inlämnas utanför Nederländerna i sina anbud ta med kalkyleringskostnader som uppstått på grund av entreprenaden medan övriga deltagare i sina anbud måste inkludera en del av de kalkyleringskostnader som beror på alla anbud som inte antagits. De förfogar således över en artificiell konkurrensmässig fördel jämfört med konkurrerande entreprenörer som till väsentliga delar utövar sin verksamhet i andra medlemsstater. Handeln mellan medlemsstaterna påverkas således.

239 Sökandena har inte kunnat motbevisa dessa omständigheters beviskraft genom att åberopa det förhållandet hur små de nederländska byggnadsföretagens vinstmarginaler är, vilket skulle styrkas genom en jämförelse mellan å ena sidan beloppet av allmänna kostnader i Nederländerna som utökats med ersättningar för kalkyleringskostnader och å andra sidan det tillämpade procenttalet av kalkyleringskostnader i fyra andra medlemsstater. Den låga lönsamheten hos de nederländska företagen kan i själva verket bero på flera andra faktorer än systemet med ersättning för kalkyleringskostnader.

240 Av detta följer att föreskrifterna är ägnade att påtagligt påverka handeln mellan medlemsstaterna och att denna del av grunden således skall ogillas.

241 Av allt som sagts ovan följer att den första grunden skall ogillas.

Andra grunden: överträdelse av artikel 85.3 i fördraget

Första delen: bristfällig kännedom om marknadens egenskaper och om reglerna om bevisbördan

1) Marknadens egenskaper

Parternas argument

242 Sökandena har gjort gällande att det framgår av domstolens dom av den 27 januari 1987, Verband der Sachversicherer mot kommissionen, (45/85, Rec. s. 405, punkterna 14 och 15) att om de gemenskapsrättsliga konkurrensbestämmelserna helt kan tillämpas på den nederländska byggsektorn, betyder detta inte att den gemenskapsrättsliga konkurrensrätten inte skulle tillåta att vissa ekonomiska verksamhetsformers särdrag beaktas. Det är kommissionens uppgift att inom ramen för sin behörighet enligt artikel 85.3 i fördraget bevilja undantag från förbud som föreskrivs i artikel 85 så att särdragen hos och svårigheterna inom olika ekonomiska sektorer beaktas. I det föreliggande fallet hade kommissionen underlåtit att beakta byggsektorns särdrag såsom det förhållandet att det rör sig om en typisk sektor för små och medelstora företag och de utmärkande svårigheterna för denna sektor vilka skulle kunnat motivera antagandet av de anmälda föreskrifterna som är typiskt sektorvisa.

243 Bland dessa egenskaper har sökandena i synnerhet åberopat det förhållandet att varje anbudstagare definierar sin produkt och att detta således bara kan utnyttjas en gång, eftersom byggnadsföretagens egenskaper (karaktäriserade av det asymmetriska förhållandet i storleken mellan ett företag och ett bygge, kontinuitetsproblem, avsaknaden av stordriftens fördelar, det förhållandet att byggnadsföretagen inom samma produktmarknad i hög grad kan ersätta varandra, avsaknaden av inträdeströskel för mindre näringsidkare), det förhållandet att entreprenadpriset skall fastställas i förväg, att utarbetandet av ett anbud leder till en stegring av omsättningskostnaderna och avslutningsvis det förhållandet att användningen av anbudsinfordringar som ett sätt att fördela entreprenaderna riskerar att leda till priser som inte är ekonomiskt berättigade.

244 Sökandena har betonat att dessa typiska skillnader leder till en strukturell obalans på marknaden mellan å ena sidan efterfrågan beträffande vilken marknaden är helt genomskinlig och som medför en möjlighet att avgöra vilka entreprenörer som får tillträde till marknaden samt en förmåga att ställa de inlämnade anbudena mot varandra och å andra sidan det utbud beträffande vilket marknaden inte är genomskinlig och som är beroende av anbudstagarnas val och till vilket de förhöjda omsättningskostnaderna läggs för att medföra tillträde till marknaden. Denna strukturella obalans skulle medföra ekonomiskt oskäliga priser och en skadlig konkurrens.

245 Enligt sökandena är denna strukturella obalans mellan utbud och efterfrågan — vilket flera vetenskapliga studier bevisat — speciellt tydlig i Nederländerna å ena sidan därför att huvudentreprenören där inför byggherren ansvarar för att arbetet utförs väl, inklusive det som underleverantörerna gjort, och å andra sidan beroende på att den nederländska lagstiftningen inte lika strängt som lagstiftningen i andra medlemsstater förbjuder anbudstagaren att jämföra anbud från olika anbudsgivare, vilket betecknas som "köpsläende".

246 Sökandena har gjort gällande att de sanktionerade föreskrifterna endast har som mål att rätta till denna strukturella obalans, huvudsakligen genom att minska de genom anbudet framlagda omsättningskostnaderna och genom att förhindra

köpslåendet. De små vinstmarginalerna på den nederländska byggmarknaden stöder analysen. Detta mål är gemensamt för alla som är verksamma på den nederländska marknaden och även för de nederländska myndigheterna, eftersom avsaknaden av förbud skulle bidra till antingen skadlig konkurrens eller hemliga avtal, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden.

247 I sin replik har sökandena gjort gällande att inget av kommissionens anföranden avseende funktionen av andra tjänstemarknader eller byggmarknaden i andra medlemsstater baserar sig på någon analys eller på någon av kommissionen genomförd undersökning och saknar därför grund. Kommissionen har nöjt sig med att på mikroekonomisk nivå undersöka i vilken grad medverkandenas handlingsfrihet varit begränsad och likställt all begränsning av handlingsfriheten med en begränsning av konkurrensen medan den borde ha undersökt föreskrifterna på makroekonomisk nivå.

248 Kommissionen har dock medgett att byggsektorns särdrag bör beaktas försåvitt de bestämmer det ekonomiska och rättsliga sammanhang inom vilket bedömningen av de tvistiga föreskrifterna skall äga rum. Dessa särdrag får emellertid inte leda till att dessa föreskrifter helt eller delvis hamnar utanför tillämpningsområdet för artikel 85. Under dessa omständigheter är det irrelevant att föra en abstrakt diskussion om marknadens särdrag såsom den som sökandena fört.

249 Kommissionen har betonat att byggsektorn i Nederländerna varken skiljer sig från andra servicesektorer eller från byggsektorn i andra medlemsstater på ett sådant sätt att den med hänsyn till artikel 85 i fördraget borde bedömas på ett påtagligt annorlunda sätt. Det förhållandet att marknaden inom dessa olika sektorer i avsaknad av föreskrifter av den typ som förbudits fungerar korrekt undanröjer följaktligen all grund för det synsätt enligt vilket de tvistiga föreskrifterna skulle utgöra den nödvändiga rättelsen av den strukturella obalansen på den nederländska byggmarknaden.

- 250 Kommissionen har för övrigt hänvisat till punkterna 71—77 i beslutet där den redan besvarat sökandenas argument.
- 251 Kommissionen har i sitt svar på påståendet att det förhållandet att man anlitar anbudsförfarandet som det sätt på vilket entreprenadavtal sluts leder till ekonomiskt oskälig prisnivå särskilt påmint om att det inte finns någon ekonomiskt skälig prisnivå, eftersom varje företags allmänna självkostnad är olik och att den varierar beroende på omständigheterna. Under vissa omständigheter skulle det i själva verket vara ekonomiskt motiverat att tillämpa lägre priser på medelkostnaderna för att minska de fasta kostnaderna.
- 252 Kommissionen har avslutningsvis gjort gällande att det inte skulle varit svårt för den att fästa uppmärksamhet vid reglernas makroekonomiska dimension. För att undantas borde sökandena i själva verket i synnerhet ha visat att föreskrifterna konkret bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen eller till att främja den tekniska eller den ekonomiska utvecklingen. I detta perspektiv räcker det inte med att återopa makroekonomisk utveckling, eftersom det ingalunda fastställts att den skulle ha samband med föreskrifterna.

Förstainstansrättens bedömning

- 253 Förstainstansrätten framhåller att det följer av domstolens rättspraxis att kommissionen inom ramen för sin behörighet enligt artikel 85.3 i fördraget skall bevilja undantag från förbud som föreskrivs i artikel 85.1 i fördraget så att den beaktar särdragen hos olika ekonomiska sektorer och de svårigheter som hör samman med dessa sektorer (den ovan nämnda domen *Verband der Sachversicherer* mot kommissionen, punkt 15).

- 254 I det föreliggande fallet har sökandena anklagat kommissionen för att den genomfört en mikroekonomisk analys av föreskrifterna medan avsikten med dessa har varit att rätta till den obalans mellan efterfrågan och utbud på det makroekonomiska planet som följer av egenskaperna hos de företag som verkar inom denna sektor, de berörda varorna och bristerna hos den nederländska lagstiftningen som gör huvudentreprenören ansvarig och inte gör det möjligt att effektivt motarbeta köpslående.
- 255 Förstainstansrätten konstaterar att kommissionen i sitt beslut beaktat de egenskaper hos marknaden som sökandena beskrivit (punkterna 71—77) men att denna ansett att dessa egenskaper inte motiverar ett undantag (punkterna 115—128). Det är således i samband med undersökningen av ogillandet av ansökan om undantag för föreskrifterna i fråga, som sökandena i enlighet med artikel 85.3 i fördraget lämnat in, som deras argumentation rörande marknadens särdrag skall beaktas.
- 256 Det bör för övrigt framhållas att kommissionen, utan att sökandena skulle ha bestritt det, med rätta tagit fasta på det förhållandet att det varken inom andra servicesektorer — vilkas egenskaper ligger nära byggsektorns — eller inom andra medlemsstaters byggsektorer finns föreskrifter som är analoga med dem som utgör föremålet för det föreliggande förfarandet. Kommissionen har likaledes på riktiga grunder vägrat att medge det som sökandena önskat, nämligen att avtal, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden är oundvikliga inom byggsektorn. Man skulle för övrigt inte kunna motivera beviljandet av ett undantag med stöd av artikel 85.3 i fördraget med argumentet att om undantag inte beviljas för anmälda avtal, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden, leder detta till att det uppstår andra, ännu betänkligare avtal, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden. Man kan inte heller godkänna att företagen kompletterar verkningarna av sådan lagstiftning som de anser alltför konsumentvänlig genom att träffa avtal, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden vilkas syfte är att motverka de fördelar konsumenterna erhåller genom denna lagstiftning med förevändningen att lagstiftningen skapar obalans till deras nackdel.
- 257 Det följer av det som anförts ovan att sökandenas argumentation rörande kommissionens otillräckliga beaktande av marknadens egenskaper skall ogillas, eftersom

sökandena tilldelar detta en fristående betydelse i förhållande till den andra delen av denna grund.

2) Bevisbördan

Parternas argument

258 Sökandena har inledningsvis gjort gällande att kommissionen med tanke på alla fakta som meddelats den för att få det ansökta undantaget inte borde ha nöjt sig med att helt enkelt avvisa deras argument och borde bevisa att ett undantag inte kan motiveras på den ekonomiska nivån. Kommissionen borde även i synnerhet ha visat att den nederländska byggmarknaden utan dessa regler skulle fungera bättre eller ha angett vad den anser vara acceptabelt enligt föreskrifterna.

259 Sökandena har i övrigt betonat att kommissionen borde ha dryftat med dem vilka alla fördelar och nackdelar föreskrifterna kunde ha på det ekonomiska planet i stället för att på förhand fränkänna dem allt ekonomiskt berättigande. Kommissionen skulle i det föreliggande fallet inte ha uppfyllt sina skyldigheter att aktivt medverka till beviljandet av ett undantag (den ovan nämnda domen Consten och Grundig mot kommissionen).

260 Kommissionen har svarat att det enligt domstolens fasta rättspraxis framförallt ankommer på företagen att med stöd av skriftlig dokumentation bevisa att ett undantag är berättigat. Det samarbete som företagen kan kräva från kommissionens sida består av en undersökning av de argument som företagen lägger fram till stöd för sin ansökan om undantag (se den ovan nämnda domen Consten och Grundig mot kommissionen, s. 449 och 521). Detta samarbete skulle inte ålägga kommissionen någon skyldighet att föreslå andra lösningar. Med desto större

säkerhet skulle man inte kunna kräva att kommissionen bevisar att ett undantag inte är berättigat, inte heller att den skulle meddela vad den anser vara godtagbart.

- 261 Kommissionen har påpekat att föreskrifterna utgör en helhet vilket sökandena inte upphört att understryka. Därför har kommissionen ansett att om några delar av de tvistiga föreskrifterna skulle uppfylla kraven i artikel 85.3 i fördraget, skulle den inte ha kunnat bevilja dem något separat undantag. Under dessa omständigheter kan det inte vara frågan om ett villkorligt undantag.

Förstainstansrättens bedömning

- 262 Förstainstansrätten framhåller inledningsvis att det följer av en fast rättspraxis att det ankommer på de företag som ansöker om undantag enligt artikel 85.3 i fördraget att med hjälp av skriftlig dokumentation visa att ett undantag är motiverat. Med beaktande av detta borde kommissionen ha kunnat föreslå andra lösningar eller förklara vad den skulle ha godkänt som motiv för beviljande av ett undantag (se domstolens dom av den 17 januari 1984, VBVB och VBBB mot kommissionen, 43/82 och 63/82, Rec. s. 19, punkt 52). Kommissionen skall enligt motiveringsskyldigheten enbart nämna de faktiska och rättsliga omständigheter och de skäl som fått den att ogilla ansökan om undantag utan att sökandena skulle kunna yrka att den skulle pröva alla fakta och juridiska synpunkter som de framfört under det administrativa förfarandet (den ovan nämnda domen Remia m.fl. mot kommissionen, punkterna 26 och 44).

- 263 Av detta följer att det i det förevarande fallet är sökandenas uppgift att fastslå att kommissionen begått ett rättsligt eller faktiskt fel i och med att den vägrat att bevilja undantag enligt artikel 85.3 i fördraget.

264 I detta hänseende bör det understrykas att sökandena under det administrativa förfarandet många gånger betonat att föreskrifterna utgör en helhet som borde göras till föremål för ett sådant undantag. Med hänsyn till detta har kommissionen i sitt beslut med rätta begränsat sig till att undersöka om de två delar som utgör kärnan av föreskrifterna och vilkas syfte i synnerhet är att rätta till den påstådda makroekonomiska obalansen på marknaden, det vill säga skyddet för sakägaren och ersättningen för kalkyleringskostnader uppfyller de fyra villkoren för beviljande av undantag som föreskrivs i artikel 85.3 i fördraget.

265 Av detta följer att första delen av den andra grunden skall ogillas.

Andra delen: bristfällig kännedom om villkoren för beviljande av undantag

266 Förstainstansrätten anser att det finns skäl att i första hand undersöka om föreskrifterna bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, samtidigt som konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås och i andra hand om man genom föreskrifterna ålägger de berörda företagen begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå dessa mål och ger företagen möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga för att fastställa huruvida kommissionen korrekt förvägrat föreskrifterna undantag genom tillämpning av artikel 85.3 i fördraget.

267 Det finns skäl att inledningsvis påpeka att de fyra villkoren för undantag i artikel 85.3 är kumulativa (se i synnerhet den ovan nämnda domen Consten och Grundig och förstainstansrättens dom av den 23 februari 1994, CB och Europay mot kommissionen, T-39/92 och T-40/92, Rec. s. II-49, punkt 110) och att det är tillräckligt för ogillande av en ansökan om undantag som sökandena anhängiggjort att ett av villkoren inte uppfylls. Av den anledningen har förstainstansrätten noggrannare undersökt huruvida kommissionen med rätta ansett att föreskrifterna inte tillförsäk-

rar konsumenterna en skälig andel av vinsten som därigenom uppnås och att konkurrensbegränsningarna som genom föreskrifterna införts för entreprenörerna inte är nödvändiga för att uppfylla dessa ändamål.

1) Föreskrifternas bidrag till förbättringen av distributionen av varor eller främjande av tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande och till den skäliga andel som tillförsäkras konsumenterna

Parternas argument

268 Beträffande föreskrifternas bidrag till förbättring av distributionen av varor eller till främjande av tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande har sökandena vidhållit att de påtalade föreskrifterna huvudsakligen har två syften: å ena sidan att motverka det köpslående som är ett resultat av utbudets strukturella svaghet i förhållande till efterfrågan och som kan leda till skadlig konkurrens och å andra sidan att förbättra marknadens transaktionsstruktur genom att tillskriva den entreprenad som gett upphov till omsättningskostnaderna så mycket som möjligt av dessa. Mekanismen för ersättning för kalkyleringskostnader som införts i detta syfte uppmuntrar varje anbudstagare att väga för- och nackdelarna med att begära in anbud av ett större eller ett mindre antal anbudsgivare och således såväl att bättre rikta sina infordringar som att väga för- och nackdelarna med en mer eller mindre strikt formulering av infordran, eftersom anbudstagaren på grund av att omsättningskostnaderna blivit synliga kan veta att han skall bära dem. Ett dylikt system skulle på den allmänna nivån leda till lägre och mera skäligt fördelade omsättningskostnader än ett system i vilket de av anbudstagarna på entreprenörerna pålagda omsättningskostnaderna läggs till de sistnämndas allmänna kostnader som utan åtskillnad återverkar på deras priser så att alla anbudstagare blir tvungna att bära de förhöjda omsättningskostnaderna som beror på några entreprenörer. Syftet med föreskrifterna är detsamma för alla som medverkar på marknaden och även för de nederländska myndigheterna, eftersom man i avsaknad av de förbjudna föreskrifterna skulle bidra till antingen skadlig konkurrens eller till hemliga avtal, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden med hjälp av vilka man syftar till att rätta till obalansen.

- 269 Sökandena har ansett att kommissionen begått ett fel i och med att den begränsat sig till att undersöka verkningarna av systemet med ersättning för kalkyleringskostnader på varje anbudsförfarande för sig utan att ta i beaktande verkningarna av en sänkning av omsättningskostnaderna och således av priserna på den makroekonomiska nivån. Nödvändigheten av att företa en makroekonomisk analys stärks av de vetenskapliga studier som å ena sidan bekräftar att systemet inte avråder anbudstagare från att arrangera anbudsförfaranden enligt det öppna förfarandet — vilket bekräftar det förhållandet att undanröjandet av systemet på grundval av beslutet av förstainstansrättens ordförande av den 16 juli 1992 inte förhindrat en ökning av anbud av denna typ — och å andra sidan att de allmänna kostnaderna, inklusive anbudskostnaderna, är lika höga eller högre i flera närliggande medlemsstater än de allmänna kostnaderna i Nederländerna som utökas av ersättningen för kalkyleringskostnader och bidrag till fackföreningarnas verksamhet.
- 270 Den nederländska byggmarknadens funktion vittnar enligt sökandena om föreskrifternas ändamålsenliga inverkan på produktionen och det tekniska och ekonomiska framåtskridandet. De ekonomiska analyserna visar i själva verket att den nederländska byggmarknaden med beaktande av alla förhållanden fungerar på ett mycket effektivt sätt, och att produktiviteten i sektorn har en av de procentuellt sett största tillväxterna i Europa, medan kostnaderna, priserna och vinstmarginalerna hör till de lägsta i Europa.
- 271 Sökandena betonar att kommissionen genom att förvanska de genom föreskrifterna införda mekanismerna ansett att dessa inte uppfyller det första villkoret för beviljande av undantag. De har i detta sammanhang hänvisat till den kritik de formulerat inom ramen för andra delen av första grunden.
- 272 Vad beträffar tillförsäkrande av en skälig andel av vinsten till konsumenterna, har sökandena betonat att felaktigheten i kommissionens bedömning visas av det förhållandet att anbudstagarna är nöjda med marknadens funktion och att den enda anbudstagare som gjort förfarandet tvistigt (Rotterdams kommun) föredrar en revision av föreskrifterna hellre än de helt och hållet förbjuds. Kriteriet ”skälig andel” är inte till sin natur ett ”fast” kriterium, eftersom det knappast skulle vara möjligt att fastställa när kriteriet uppfylls och när det inte uppfylls. Det är just ur denna

synvinkel som de delar som det just hänvisats till är av stor betydelse. I repliken har sökandena angett att de stora anbudstagarnas intresse — kanske i motsats till individer — inte vilar på ett maximalt utnyttjande av marknadens omsättningsstruktur vilket på kort sikt ger dem fördelar utan i ett sunt marknadsläge. Av denna anledning är de enhälliga förespråkare för dessa föreskrifter. .

273 Sökandena har i motsats vad kommissionen angett påstått att PRC:s studie har visat att ett system med ersättning för kalkyleringskostnader absolut inte är mindre effektivt än ett system i vilket de av anbudsgivaren redogjorda och från dennes allmänna kostnader avdragna kostnaderna läggs till anbudena.

274 Sökandena har tillagt att kommissionen inte har beaktat det förhållandet att också byggherren — när allt kommer omkring — drar nytta av ett system med anbuds-förfaranden som leder till klara och tydliga resultat. Mekanismen mot köpslående bidrar för övrigt till en öppning av den nederländska marknaden, eftersom det gör det svårare för anbudstagare att — till skada för utländska entreprenörer — gynna nederländska entreprenörer.

275 Sökandena har åter hänvisat till det de anfört beträffande andra delen av första grunden.

276 Sökandena har dragit slutsatsen att hela denna analys stöds av de nederländska entreprenörernas låga vinstmarginaler vilket bevisar att resultaten av deras höga produktivitet fördelas skäligt mellan entreprenörerna och anbudstagarna.

- 277 Vad gäller det första villkoret har kommissionen svarat att den redan i samband med andra delen av första grunden har motbevisat sökandenas argument rörande innehållet i föreskrifterna.
- 278 Kommissionen har angett att anbudstagaren — utan att han skulle ha rätt att uttala sig om ersättningen för kalkyleringskostnaderna — enligt sökandenas terminologi inte skulle kunna ”göra en effektiv avvägning mellan för- och nackdelarna” av användningen av den ena eller den andra tekniken för slutandet av entreprenadavtal. För övrigt visar de tariffer som finns som bilaga till UPR inte på annat än den maximala ersättningen och skulle således inte göra det möjligt för anbudstagarna att uppskatta storleken av de i verkligheten betalda omsättningskostnaderna.
- 279 Kommissionen har dessutom gjort gällande att ersättningen för kalkyleringskostnaderna kan uppmuntra byggherren att inte anordna ett öppet anbudsförfarande. Det förhållandet som sökandena framhållit att förstainstansrättens ordförandes beslut av den 16 juli 1992 inte medfört en ökning av antalet öppna anbudsförfaranden inte är betydelsefullt i detta hänseende med beaktande av den långa tidsfristen.
- 280 Kommissionen har för övrigt — vad gäller omfördelningen av ersättningen för kalkyleringskostnaderna — betonat att klyftan mellan de av anbudstagaren indrivna beloppen och de av andra entreprenörer inbetalda beloppen leder till att situationen för de entreprenörer som har fått entreprenaden förbättras i jämförelse med dem som inte har fått den.
- 281 Kommissionen har tillagt att PRC:s rapport inte visar på vilket sätt systemet med ersättning för kalkyleringskostnaderna gör anbudsförfarandet effektivare, eftersom denna rapport rör den allmänna kostnadsnivå som beror på så många faktorer att det är omöjligt att dra några som helst slutsatser av den.

282 Kommissionen har för övrigt påpekat att sökandena inte visat att de effektiva prestationer som karaktäriserar den nederländska byggsektorn i sin helhet skulle ha något samband med föreskrifterna och har ifrågasatt det förhållandet att alla berörda parter skulle vara tillfreds med dem. Kommissionen har i synnerhet velat åberopa som bevis det klagomål Rotterdams kommun väckt och bolaget Dennendael BV:s intervention i detta förfarande.

283 Vad beträffar det andra villkoret har kommissionen ansett att det förhållandet att vissa anbudstagare föredrar en justering av föreskrifterna framför det förhållandet att de helt och hållet förbjuds räcker för att man skall kunna försäkra sig om att detta villkor uppfylls. Firman Dennendael BV:s intervention visar också att vissa anbudstagare är mycket kritiska till föreskrifterna, eftersom de medför avsevärda och onödiga kostnadsökningar för dem.

284 Kommissionen har tillagt att nivån på vinstmarginalerna inom den nederländska byggsektorn i sin helhet beror på så många faktorer att det är omöjligt att dra slutsatser av dem med avseende på frågan om en skälig andel av den angivna vinsten återgår till användarna.

285 Kommissionen har i övrigt hänvisat till sitt svar på andra delen av första grunden.

Förstainstansrättens bedömning

286 Förstainstansrätten framhåller att den med beaktande av den kumulativa karaktären hos de fyra villkoren som man i artikel 85.3 i fördraget underordnar beviljandet av ett undantag koncentrerar sin analys i synnerhet på villkoret rörande den skäliga andel som förbehålls användarna.

287 Det bör framhållas att sökandenas och kommissionens respektive argumentation avser olika nivåer. Sökandena har byggt sin argumentation på en makroekonomisk analys av de fördelar som enligt deras åsikt följer av föreskrifterna. De har då de hänvisar till makroekonomiska analyser som den som bolaget PRC gjort anför att den nederländska byggsektorn, där mycket låga priser tillämpas och där vinstmarginalerna är mycket begränsade, bevisar föreskrifternas gynnsamma verkan. De har ansett att dessa effektivare prestationer är en följd av föreskrifterna i synnerhet därför att dessa bidrar till att undvika att hemliga avtal, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden ingås i Nederländerna, vilket har skett i andra av gemenskapens medlemsstater. Kommissionens argumentation avser däremot det mikroekonomiska planet, eftersom den har som utgångspunkt varje anbudstagares synpunkt och analyserar de verkningar föreskrifterna har med avseende på honom. Kommissionen har ansett att detta mikroekonomiska synsätt är det enda möjliga, eftersom den till skillnad från sökandena kategoriskt vägrar att medge att hemliga avtal, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden mellan entreprenörerna skulle vara oundvikliga inom byggsektorn och att föreskrifterna skulle ha den förtjänsten att de förhindrar sådana avtal, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden. Kommissionen har för övrigt ansett att sökandena inte lyckats visa på förekomsten av ett samband mellan föreskrifterna och den nederländska byggsektorns prestationer som kan bero på andra faktorer.

288 Beträffande dessa olika synsätt på föreskrifterna som leder till olika beslut vad avser frågan om de kan komma i åtnjutande av ett undantag enligt artikel 85.3 i fördraget, finns det skäl att påminna om att den kontroll som förstainstansrätten utövar över invecklade ekonomiska bedömningar som kommissionen gjort i samband med att den har utövat sin prövningsrätt — som tillkommer den med stöd av artikel 85.3 i fördraget — med avseende på vart och ett av de fyra villkoren som de innehåller skall begränsas till en kontroll av iakttagandet av förfarandereglerna och till motiven och den materiella riktigheten av sakförhållandena, avsaknaden av ett tydligt fel och överskridandet av behörigheten (se domstolens dom av den 17 november 1987, BAT och Reynolds mot kommissionen, 142/84 och 156/84, Rec. s. 4487, punkt 62, och den ovan nämnda domen CB och Europay mot kommissionen, punkt 109).

289 I det förevarande fallet skall förstainstansrätten dock kontrollera om de fakta på vilka kommissionen baserat sitt beslut att ogilla ansökan om undantag är riktiga på det materiella planet och att kommissionen inte gjort något uttryckligt bedöm-

ningsfel genom att åsidosätta det av sökandena föreslagna makroekonomiska synsättet och genom att anta ett mikroekonomiskt synsätt.

290 I detta hänseende konstaterar förstainstansrätten för det första att kommissionen riktigt bedömt att man som utgångspunkt för analysen av de ifrågavarande föreskrifternas verkan inte behöver ta det förhållandet att grövre överträdelser av artikel 85.1 i fördraget skulle begås inom den nederländska byggsektorn utan dessa föreskrifter och att kommissionen riktigt ansett att ingåendet av hemliga avtal, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden inte skulle vara oundvikligt.

291 Förstainstansrätten konstaterar för det andra att kommissionen även med rätta ansett att sökandena, i synnerhet med de makroekonomiska studier de lagt fram, inte lyckats fastställa förekomsten av ett kausalsamband mellan föreskrifterna och den nederländska byggsektorns prestationer vilket, om det antas förekomma, kan anses följa av ett stort antal andra faktorer. Det följer således av PRC:s första studie (ansökan, bilaga 11, s. 13) att produktiviteten per timme är mycket hög i Nederländerna och att byggnadsmaterialet är billigare än i grannländerna. Dessutom följer det av den 22 januari 1993 daterade studien (bilaga 2 till repliken, s. 22—24) att det sätt som enligt studien är bäst för en jämförelse av hur effektivt byggnadsarbetena är organiserade troligtvis är att jämföra omsättningskostnaderna med entreprenörens produktionskostnader. Men denna studie visar att den nederländska marknaden sedd ur denna synvinkel inte är effektivare än den franska marknaden och att den är mindre effektiv än den belgiska marknaden; marknader där det inte finns några föreskrifter som skulle motsvara de föreskrifter som är föremålet för det förevarande förfarandet.

292 Med tanke på dessa två omständigheter har kommissionen med beaktande av sökandenas förklaring i vilken de — på grundval av den makroekonomiska analys som de föreslagit — påstod att föreskrifterna hade haft gynnsamma följder och med beaktande av den mikroekonomiska analys som grundas på en för varje anbuds förfarande åskilt företagen konkret undersökning av föreskrifternas praktiska följder för konkurrensen (beslutet, punkterna 76 och 120—123) inte begått något uppenbart bedömningsfel.

- 293 Det är av särskild vikt att understryka att det förhållandet att kommissionens synsätt är välmotiverat i synnerhet beror på det förhållandet att sökandena flera gånger låtit förstå att sakägarens skyddsmekanism har till syfte att förhindra att priserna når en oskälighetsnivå, vilket innebär att sökandena själva har medgett att denna del av föreskrifterna syftar till att hålla kvar priserna på en högre nivå än den som skulle följa av en konkurrens som inte påverkades av föreskrifterna. Nyttan av motarbetandet av köpsläende — om det anses som tillåtet — kommer ändå konsumenterna till godo. Anbudstagaren kan nämligen på grund av denna mekanism inte förhandla med andra än med sakägaren medan han, om föreskrifterna inte fanns, skulle kunna förhandla om deras anbud med såväl sakägaren som andra entreprenörer som hade medverkat på entreprenörmötet.
- 294 Sökandena har endast kunnat besvara detta med att konstatera att sådana förhandlingar skulle leda till skadlig konkurrens som till sist skulle vända sig mot entreprenörerna själva. Det är i själva verket — vilket även kommissionen framhållit — inte möjligt att skilja mellan normal och skadlig konkurrens. All konkurrens kan vara skadlig för de mindre effektiva företagen. Detta är orsaken till att sökandena, medan de bekämpar det de kvalificerar som skadlig konkurrens, nödvändigtvis till slut begränsar konkurrensen och således berövar fördelar som tillkommer dem.
- 295 Det bör likaledes understrykas att den påstådda begränsningen av omsättningskostnaderna nästan uteslutande gynnar entreprenörerna. Eftersom de innebär att anbudstagaren helt bär dem, gör det införda systemet det i själva verket möjligt att sänka de omsättningskostnader som i stället borde bäras av entreprenörerna, i synnerhet då dessa inte får en entreprenad. Följaktligen handlar det om en förskjutning av kostnaderna från utbudet till efterfrågan. Även om det är sant att förskjutningen av kostnaderna inte helt saknar ekonomiskt berättigande, eftersom omsättningskostnadernas storlek i synnerhet har samband med det antal entreprenörer anbudstagaren sammankallar — som således är den enda som har möjlighet att begränsa deras antal — utgör en sådan begränsning av omsättningskostnaderna, förutsatt att anbudstagaren begränsar det antal entreprenörer han förhandlar med, en begränsning av hans valmöjligheter och således av konkurrensen. Även om denna begränsning kan leda till en minskning av anbudstagarens omsättningskostnader i och med att denna undersöker ett mindre antal anbud, verkar denna fördel rätt så liten i förhållande till de olägenheter han måste utstå och jämfört med den nytta entreprenörerna drar av detta system.

- 296 Den fördel anbudstagarna skulle anses få av det förhållandet att entreprenörerna inte längre skulle behöva öka sina allmänna kostnader med de kalkyleringskostnader de burit för alla entreprenader som de inte fått möjliggöra en ersättning för den olägenhet som uppstår för dem genom att de endast behöver bära den ersättning för kalkyleringskostnader avseende dem bland entreprenörerna som inom ramen för dessa föreskrifter regelbundet sluter ett stort antal entreprenadavtal. En anbudstagare som endast sällan sluter entreprenadavtal skall i själva verket nödvändigtvis betala ersättning för kalkyleringskostnader som klart överskrider den fördel han kan dra av det förhållandet att den entreprenör som är anbudsgivare tack vare systemet kunnat minska sina allmänna kostnader och således kunnat sänka beloppet på sitt prisanbud. Systemet leder dessutom till att anbudstagare som inhämtar anbud från ett stort antal entreprenörer nödvändigtvis bör betala ersättning för kalkyleringskostnader som klart överskrider de kostnader de behövt bära, om detta system inte hade funnits.
- 297 Man bör dessutom komma ihåg att kommissionen med rätta ansett att systemet minskar benägenheten att ordna öppna anbudsförfaranden (se ovan punkt 232) och att den tid som gått sedan förstainstansrättens ordförandes beslut saknar betydelse.
- 298 Systemet med ersättning för kalkyleringskostnader möjliggör för övrigt — även om det medförde en allmän minskning av marknadens omsättningskostnader — inte en skäligen fördelning av denna minskning mellan entreprenörer och anbudstagaren.
- 299 I motsats till vad sökandena har anfört delar inte alla som medverkar på marknaden deras syn. I själva verket framgår det tydligt av Rotterdams kommuns klagomål till kommissionen att den motsätter sig upprätthållandet av systemet med ersättning för kalkyleringskostnader i den form det inrättats i föreskrifterna. I synnerhet har Rotterdams kommun vidhållit att det förhållandet att ersättningsbeloppet för kalkyleringskostnaderna är överdrivet högt och att ingenting motiverar att ersättningen skulle beräknas från medeltalet av de vita belopp som de olika entreprenörerna lämnat in och inte utifrån det lägsta vita beloppet.

300 Av allt det hittills anförda följer att kommissionen med rätta ansett att föreskrifterna, i synnerhet för det fall att det i dem föreskrivs en ersättning för kalkyleringskostnader som anbudstagarna haft och det skydd sakägaren åtnjuter mot förhandlingar som anbudstagaren kan föra med andra som medverkade på entreprenörmötet, inte tillförsäkrar konsumenterna en skälig andel av den vinst som de har rätt till.

2) Begränsningars oundgängliga karaktär och omöjligheten att sätta konkurrensen ur spel

Parternas argument

301 Beträffande de anmälda föreskrifterna har sökandena betonat att konkurrensbegränsningarna är nödvändiga för att syftet — det vill säga motarbetandet av ”köpslåendet” och höjandet av effektiviteten av marknadens omsättningsstruktur — skall kunna uppnås. De har framhållit att kommissionen inte har beaktat omfattningen av mekanismen för det skydd som sakägaren åtnjuter eller mekanismen för ersättning för kalkyleringskostnader eller garantifondens roll. De har ansett det vara normalt att den förstnämnda inte aktiveras annat än vid jämförbara anbud och att punkt 125 i beslutet således är felaktig. Beträffande den sistnämnda är det just ersättningens heltäckande och allmänna karaktär som medför att konkurrensen befrämjas till skillnad från ett system med individualiserad ersättning som för övrigt i motsats till vad som anförs i artikel 126 i beslutet skulle vara omöjligt att förverkliga. Föreskrifterna angående underleveranser bekräftar inte heller kommissionens påstående.

302 Sökandena har för övrigt framhållit att de hade meddelat kommissionen att de gärna skulle förhandla med den om behovet av olika delar av föreskrifterna och att de i detta syfte hade utarbetat en rad förslag till ändringar som berörde väsentliga delar av systemet. Som svar på dessa förslag hade kommissionen låtit förstå att den hade för avsikt att helt förbjuda alla föreskrifter, vilket skulle göra alla diskussioner om oundgängligheten av vissa av deras delar onödiga. Genom att vägra diskutera

dessa förslag har kommissionen begått ett bedömningsfel beträffande villkoret om nödvändigheten av de konstaterade konkurrensbegränsningarna.

303 Sökandena har i motsats till kommissionen betonat att de av SPO utarbetade förslagen till ändringar kan utgöra föremål för det föreliggande förfarandet. Med beaktande av omständigheterna kring det föreliggande fallet är det i själva verket kommissionens beteende i sin helhet inom ramen för det administrativa förfarandet som borde föreläggas förstainstansrätten för prövning utan vilket sökandenas rätt till försvar skulle kränkas. Det skulle i själva verket vara den enda grund på vilken man kan begära att förstainstansrätten gör en bedömning av rättsenligheten av att SPO:s ändringsförslag ogillades, eftersom sökandena inte kunde föra talan enligt artikel 173 i fördraget mot de olika administrativa skrivelser av vilka ogillandet av dessa förslag framgår (se förstainstansrättens dom av den 13 december 1990, *Vereining Prodifarma m.fl. mot kommissionen*, T-116/89, Rec. s. II-843).

304 Sökandena har tillagt att det med beaktande av omständigheterna i det förevarande fallet inte skulle vara svårt för dem att införa dessa ändringar i föreskrifterna och formellt ändra innehållet i anmälan om bestämmelserna. I själva verket är betydelsen av följderna av dessa ändringar för såväl SPO:s organisation som dess personal sådan att det varken vore förnuftigt eller möjligt att utarbeta helt ändrade UPR innan kommissionens godkännande erhållits åtminstone vad gäller de stora linjerna. SPO hade för övrigt uttryckligen genom sin anmälan av den 13 januari 1988 förelagt kommissionen dessa förslag för godkännande och samtidigt anmält att den var beredd att ändra de anmälda föreskrifterna i enlighet med förslagen så fort kommissionen samtyckte till detta.

305 Sökanden har härefter förklarat varför deras förslag till ändring av föreskrifterna var sådana att de uppfyllde kraven i artikel 85.3 i fördraget.

306 Sökandena har framhållit att ändringarna skulle undanröja alla teoretiska möjligheter för entreprenörerna att snedvrider konkurrensen.

- 307 Kommissionen har vad beträffar de anmälda föreskrifterna svarat med att hänvisa till innehållet i beslutet (punkterna 124—128) och till motbevisningen av andra delen av första grunden. Kommissionen har i synnerhet upprepat att ett system där alla anbudsgivare erhåller en ersättning som bärs av byggherren inte bidrar till anbudsförfarandets effektivitet. Den har tillagt att de insättningar garantifonden gör då en entreprenad går till en outsider ger de anbudsgivare som är medlemmar av SPO ett ömsesidigt skydd mot outsiders.
- 308 Kommissionen har avseende förslagen till ändring av de föreskrifter som varit föremål för avtalsförfarande med dess avdelningar svarat att förslagen inte var ägnade att åtgärda de klagopunkter som gjorts mot föreskrifterna. Av den anledningen hade kommissionens avdelningar avvisat dem.
- 309 Kommissionen har tillagt att den endast hade skäl att i beslutet undersöka de föreslagna ändringarna, eftersom sökandena inte fört in de föreslagna ändringarna i föreskrifterna eller ändrat anmälan om dessa. Beslutet berörde följaktligen föreskrifterna endast vad avser deras innehåll vid beslutstillfället och inte de ändringar sökandena föreslagit. I detta sammanhang är ändringsförslagen utan all betydelse (se förstainstansrättens dom av den 9 juli 1992, Publishers Association mot kommissionen, T-66/89, Rec. s. II-1995, punkt 90). På detta sätt fråntog inte kommissionen sökandena möjligheten att väcka talan mot ogillande av ändringsförslagen, eftersom det skulle varit tillräckligt att i föreskrifterna införa ändringarna för att kommissionen skulle ha blivit tvungen att uttala sig om dem för att undvika att genom en underlåtelsetalan bli tvingad att uttala sig (se förstainstansrättens dom av den 12 juli 1991, Peugeot mot kommissionen, T-23/90, Rec. s. II-653). En ändring av anmälan skulle ha varit nödvändig, eftersom endast avtal som vederbörligen anmälts kan utgöra föremål för ett undantag. Kommissionen har angett att sökandena kunde ha nöjt sig med att ändra anmälan utan att genast verkställa de föreslagna ändringarna i den mån verkställandet av dem skulle stött på praktiska problem.

Förstainstansrättens bedömning

310 Förstainstansrätten tillägger därutöver — med beaktande av det förhållandet att föreskrifterna inte tillförsäkrar användarna en skälig andel av vinsten — att de genom föreskrifterna skapade konkurrensbegränsningarna inte heller är nödvändiga för att man skall kunna uppnå de mål som sökandena satt upp med dessa, nämligen att förbättra marknadens omsättningsstruktur genom att begränsa omsättningskostnader och motarbeta köpslående som leder till skadlig konkurrens. Kommissionen har i själva verket med rätta ansett att de allvarliga konkurrensbegränsningar den konstaterat inte varit nödvändiga för att uppnå de med föreskrifterna eftersträfvade syftena.

311 I detta hänseende bör det för det första framhållas att det förhållandet att hela det förfarande som är avsett för utseende av en sakägare försiggår i anbudstagarens frånvaro på inget sätt verkar outhärligt för att uppnå dessa mål. Det är nämligen anbudstagaren själv som är bäst lämpad att med entreprenörerna göra en bedömning av jämförbarheten av deras prisbud, försäkra sig om att den information som utbyts under entreprenörmötet inte leder till begränsning av konkurrensen och undvika att de av de olika entreprenörerna inlämnade priserna inte ändrats i syfte att öka någots konkurrensfördel eller att minska andras konkurrensnackdel.

312 För det andra bör man vad avser föreskrifterna angående underleveranser framhålla det förhållandet att endast de underleverantörer som inlämnat anbud till den huvudentreprenör som utsetts till anbudsgivare får ersättning för kalkyleringskostnader ger en indikation om att sökandena själva inte anser det med tanke på förbättrandet av marknadens omsättningsstruktur vara outhärligt att till varje byggherre tillskriva alla de kalkyleringskostnader som hans anbudsinfordran gett upphov till. Sökandena har med andra ord inte kunnat fastställa att ersättningsbeloppet för kalkyleringskostnader i allmänhet skulle motsvara de kostnader som genomsnittet av entreprenörerna i verkligheten ådrar sig. Man bör med hänsyn till detta påpeka att de olika grunderna för beräkning av ersättningen verkar mycket höga vilket Rotterdams kommun framhållit i sitt klagomål. Såväl det förhållandet

att den tariff som tillämpas på beräkningen av ersättningen för kalkyleringskostnader utgör maximala belopp som inte alltid uppnås som att anbudstagaren inte informeras om den tillämpade tariffen och saknar möjlighet att anmärka på tillämpningen av den högsta tariffen visar för övrigt att föreskrifterna inte innehåller någonting som skulle utgöra ett skydd mot att ersättningen för kalkyleringskostnader överskrider det som är nödvändigt för täckande av de olika entreprenörernas omsättningskostnader.

- 313 Beträffande skyddet för sakägaren anser förstainstansrätten att det tillkommer på grund av samordningen mellan de entreprenörer som vill inlämna anbud utan att anbudstagaren tillåts medverka och varigenom gemensamma beslut av enskilda entreprenörer ersätter anbudstagarens val.
- 314 Av det ovan anförda följer att de konkurrensbegränsningar som de av sökandena till kommissionen anmälde föreskrifterna innehåller inte är outhärliga för att uppnå de mål som eftersträvas med dessa.
- 315 Detta leder till att sökandenas klagopunkter avseende detta skall ogillas.
- 316 Förstainstansrätten anser för övrigt att kommissionen med rätta låtit bli att i sitt tvistiga beslut uttala sig om de av sökandena — inom ramen för de förhandlingar med kommissionen som ägde rum mellan april 1991 och januari 1992 — utarbetade ändringsförslagen, eftersom sökandena varken återtagit sin första anmälan eller formellt anmält ändringarna till kommissionen. Kommissionen var följaktligen tvungen att uttala sig om föreskrifterna i den form de anmälts och saknade i

frånvaron av en formell anmälan behörighet att uttala sig om ändringsförslagens förenlighet med artikel 85.3 i fördraget.

- 317 Av den anledningen kan sökandena inte anföra klagomål mot kommissionens beslut att uttala sig om föreskrifterna i den form de anmälts.
- 318 Såsom kommissionen har påpekat fråntar denna lösning inte sökandena möjligheten att väcka talan för prövning av förenligheten med artikel 85.3 i fördraget av kommissionens informella ogillande av deras förslag till ändringar. Om sökandena hade velat att förstainstansrätten skulle sanktionera ogillandet, skulle det i själva verket ha räckt för dem att föra in ändringarna i föreskrifterna och göra en ny anmälan eller ändra anmälan. Om kommissionen efter inlämnandet av sådana ändringar skulle avstå från att uttala sig om dem, skulle sökandena vara i stånd att motverka detta genom att bryta sin tystnad genom att anhängiggöra en underlåtelsetalan (den ovan nämnda domen Peugeot mot kommissionen).
- 319 Sökandena kan inte heller åberopa det förhållandet att en omedelbar ändring av föreskrifterna skulle fått överdrivet viktiga följder för deras verksamhet och att de därför inte kunde genomföra sådana ändringar utan att undantag beviljas av kommissionen. För att kommissionen skall vara tvungen att uttala sig om de ändringsförslag som sökandena lagt fram förutsätts det i själva verket inte att de i verkligheten skulle träda i kraft utan det räcker att de antagits och formellt anmälts till kommissionen.
- 320 Av det ovan sagda följer att det med hänsyn till den kumulativa karaktären hos de fyra villkoren för beviljande av undantag enligt artikel 85.3 i fördraget finns skäl att ogilla andra delen av den andra grund som sökandena åberopat utan att det måste undersökas om det fjärde villkoret uppfyllts.

Tredje delen: överträdelse av proportionalitets- och subsidiaritetsprincipen

Parternas argument

- 321 Sökandena har betonat att kommissionen genom att inte undanta föreskrifterna enligt artikel 85.3 i fördraget åsidosatt proportionalitets- och subsidiaritetsprincipen.
- 322 Beträffande proportionalitetsprincipen har sökandena gjort gällande att kommissionen genom att inte bevilja undantag för föreskrifterna och genom att således helt enkelt förbjuda dem har överskridit det som är nödvändigt för att uppfylla fördragets syfte, vilket till och med lett till ett resultat som med tanke på den berörda sektorns särdrag strider mot detta. De har som bevis anfört ställningstaganden av olika medverkande på marknaden som alla var emot att helt förbjuda föreskrifterna. Genom att försvara en stel och abstrakt syn på konkurrensen och genom att förhindra alla former av reglering av konkurrensen på marknaden har kommissionen åsidosatt proportionalitetsprincipen i vilken det fordras att kommissionen skall befrämja ”effektiv konkurrens”. Kommissionen har för övrigt åsidosatt proportionalitetsprincipen i det att den inte ens beaktat möjligheten att bevilja ett undantag försett med villkor eller ett undantag för viss tid med skyldighet att upprätta rapporter. Kommissionen har likaledes åsidosatt proportionalitetsprincipen i det att den inte begränsat sitt ingrepp till att endast omfatta det som är nödvändigt för att säkra tillträde till den nederländska marknaden för sådana aktörer som har sina säten i andra medlemsstater. Kommissionen borde ingripa med så mycket större försiktighet, eftersom det i det förevarande fallet rör sig om en enda nationell marknad på vilken den iakttagna konkurrenspolitiken är nära knuten till markplanneringspolitiken som är ett område som ligger utanför kommissionens behörighet.
- 323 Vad beträffar subsidiaritetsprincipen har sökandena anfört att de nederländska myndigheterna på grund av sin erfarenhet av den nederländska byggmarknaden skulle vara mycket bättre lämpade att tillämpa konkurrenslagstiftning på fallet än

vad kommissionen är. De har i detta hänseende angett att det inte kan läggas de nederländska myndigheterna till last att dessa inte ingripit för att bevara konkurrensen, eftersom dessa förbjudit vissa delar av föreskrifterna som de ansett strida mot den nationella konkurrensrätten.

324 Sökandena har avslutningsvis tillagt att det tillkommer domstolen att sanktionera överträdelserna av subsidiaritetsprincipen och att kommissionen med hänsyn till det förhållandet att denna princip enligt kommissionen själv underförstått fanns innan den uttryckligen togs in i artikel 3B andra stycket i EG-fördraget inte kan påstå att ett beslut — på grund av att det antagits innan fördraget om Europeiska unionen, varigenom denna bestämmelse införts, trädde i kraft — inte kan regleras med hänseende till denna princip.

325 Kommissionen har svarat att sökandena genom denna talan bestritt beslutets ändamålsenlighet och att denna grund är utan verkan såtillvida kommissionens bedömningar enligt artikel 85.1 och artikel 85.3 i fördraget är rättsenliga.

326 Avseende överträdelsen av subsidiaritetsprincipen har kommissionen gjort gällande att subsidiaritetsprincipen under rådande omständigheter inte hör till de allmänna rättsliga principer mot bakgrund av vilka man skall bedöma om gemenskapens rättsakter som fanns före ikraftträdandet av fördraget om Europeiska unionen är rättsenliga.

Förstainstansrättens bedömning

327 Förstainstansrätten anser att det, eftersom den konstaterat att kommissionen med rätta ansett att de anmälda föreskrifterna inte uppfyller det andra och det tredje

villkoret som är nödvändigt för beviljande av undantag enligt artikel 85.3 i fördraget, inte kan vara fråga om en överträdelse av proportionalitetsprincipen. Detta gäller i ännu högre grad i det föreliggande fallet, eftersom sökandena under det administrativa förfarandet och inför förstainstansrätten framhållit det förhållandet att föreskrifterna utgör en helhet vars olika delar inte får skiljas åt på konstgjord väg.

- 328 De av sökandena framförda argument i vilka de har bestritt beslutets ändamålsenlighet baserar sig för övrigt såsom kommissionen anfört på den oriktiga uppfattningen att alla aktörer på marknaden är positivt inställda till upprätthållandet av föreskrifterna medan Rotterdams kommun och konsumentorganisationerna ansett att dessa borde ändras avsevärt för att de skulle kunna bli föremål för ett undantag enligt artikel 85.3 i fördraget.
- 329 Det följer av det som anförts ovan att sökandenas klagopunkter rörande en överträdelse av proportionalitetsprincipen skall ogillas.
- 330 Beträffande överträdelsen av subsidiaritetsprincipen konstaterar förstainstansrätten att artikel 3B andra stycket i EG-fördraget ännu inte hade trätt i kraft då beslutet fattades och att fördraget inte kan tillmätas retroaktiv verkan.
- 331 Det bör dessutom — i motsats till vad sökandena anför — betonas att subsidiaritetsprincipen före ikraftträdandet av fördraget om Europeiska unionen inte var en allmän rättsprincip mot bakgrund av vilken rättsenligheten av gemenskapens rättsakter skulle prövas.

- 332 Av detta följer att sökandenas klagopunkt rörande en överträdelse av subsidiaritetsprincipen skall ogillas.
- 333 Det följer av det som anförts ovan att sökandenas andra grund avseende en överträdelse av artikel 85.3 i fördraget skall ogillas.

Tredje grunden: överträdelse av artikel 4.2 1 och artikel 15.2 i förordning nr 17

Första delen: ingen överträdelse och befrielse från böter

Parternas argument

- 334 Sökandena har anført att de inom ramen för den första grunden har bevisat att de inte begått någon överträdelse. De anser således att de böter som ålagts dem skall återkallas, om denna grund gillas.
- 335 Sökandena har för övrigt betonat att kommissionen genom att anse att det förelåg skyldighet att anmäla de gamla föreskrifterna enligt vad som föreskrivs i artikel 4.1 i förordning nr 17 har överträtt artikel 4.2 1 i förordning nr 17. Eftersom föreskrifterna är beslut av företagssammanslutningar, borde de vara undantagna från anmälan, eftersom medlemmarna av den ifrågavarande sammanslutningen med undantag för ZNAV alla hör hemma i samma medlemsstat, utan att någon utländsk entreprenör någonsin under den berörda tidsperioden skulle varit medlem av en av dessa sammanslutningar.

- 336 Sökandena har i andra hand gjort gällande att åtminstone under perioden i fråga har ingen utländsk entreprenör anslutit sig till tre föreskrifter, även om man måste hålla fast vid kriteriet avseende medverkan i föreskrifterna såsom kommissionen hävdar, dessutom har kommissionen inte visat att det förhöll sig annorlunda, för att inte tala om att det förhöll sig annorlunda under hela perioden.
- 337 Sökandena har betonat att kommissionen med tanke på tillämpligheten av artikel 4.2 i förordning nr 17 inte kan klandra dem för att inte ha anmält de gamla föreskrifterna. Sökandena skulle i själva verket med fog ha kunnat anse att avsaknaden av en anmälan inte har undanröjt möjligheten att bevilja undantag. För att med hjälp av artikel 4.2 kunna motivera böterna borde kommissionen åtminstone ha bevisat att var och en av sökandena sedan flera år tillbaka borde ha känt till att det aldrig skulle beviljas undantag för de gamla föreskrifterna. Detta har kommissionen inte lyckats bevisa.
- 338 Kommissionen har inlett med att påminna om att den tillräcklig säkert har fastställt en överträdelse av artikel 85.1 i fördraget.
- 339 Vad beträffar överträdelsen av artikel 4.2 1 i förordning nr 17 har kommissionen angett att sökandenas argumentation saknar grund vad gäller de böter som hänförs sig till tiden mellan den 1 april 1987 och den 13 januari 1988.
- 340 Kommissionen har tillagt att, om det antas, quod non, att de gamla föreskrifterna inte hade behövt anmälas, medför artikel 4.2 1 i förordning nr 17 inte någon befrielse från böter, eftersom de tidigare föreskrifterna aldrig skulle kunnat beviljas undantag därför att de innehöll ännu grövre konkurrensbegränsningar än UPR, vilka likaledes nekades undantag.

- 341 Kommissionen har avslutningsvis framhållit att den befrielse från anmälan som föreskrivs i artikel 4.2 1 i förordning nr 17 inte innebär att några böter skulle kunna åläggas för att sanktionera ett föreliggande avtal eller beslut.

Förstainstansrättens bedömning

- 342 Förstainstansrätten konstaterar att det av domstolens rättspraxis följer att förbudet att ålägga böter enligt artikel 15.5 a i förordning nr 17 endast gäller för avtal som anmälts och inte avtal som med stöd av artikel 4.2 1 i den förordningen undantagits från anmälningsskyldigheten (domstolens dom av den 10 december 1985, Stichting Sigarettenindustrie m.fl. mot kommissionen, 240/82—242/82, 261/82, 262/82, 268/82 och 269/82, Rec. s. 3831, punkterna 73—78).

- 343 Även om de gamla föreskrifterna skulle omfattas av artikel 4.2 i rådets förordning nr 17 skulle kommissionen följaktligen kunna ålägga sökandena som tillämpat dessa böter i och med dessa föreskrifter inte anmälts.

- 344 Förstainstansrätten påpekar för övrigt att kommissionen med rätta ansett att föreskrifterna utgör en överträdelse av artikel 85.1 i fördraget.

- 345 Av detta följer att denna del av grunden skall ogillas.

Andra delen: avsaknad av uppsåt eller vårdslöshet

Parternas argument

346 Sökandena har anfört att kommissionen i beslutet fastställt att de skulle begått överträdelserna ”uppsåtligen eller åtminstone av grov vårdslöshet”, det vill säga av så att säga avsiktlig vårdslöshet. De har påpekat att bötesbeloppet fastslagits på grundval av denna bedömning medan det varken förekommit vårdslöshet eller ännu mindre grov vårdslöshet. Kommissionen borde ha visat att sökandena var eller borde ha varit medvetna om att föreskrifterna omfattades av tillämpningsområdet för artikel 85.1 i fördraget och inte kunde undantas enligt artikel 85.3 i fördraget. Sökandena har betonat att det följer av de två första grunderna att det inte var uppenbart om en överträdelse hade ägt rum och att det inte utgör vårdslöshet att inte vara medveten om överträdelsen.

347 Sökandena har gjort gällande att de olika omständigheterna har bidragit till att de varit i god tro beträffande föreskrifternas laglighet: För det första har de nederländska konkurrensmyndigheterna alltid aktivt ingripit avseende föreskrifterna och deras ingrepp har gett upphov till den kungliga förordningen av den 29 december 1986, varigenom UPR ännu en gång uttryckligen stadfästes gentemot konkurrenslagstiftning i egentlig bemärkelse, för det andra har inte heller de forskare och medverkande intressenter som alltid fäst uppmärksamhet vid föreskrifterna någonsin uttryckt det minsta tvivel om förenligheten av föreskrifterna med gemenskapens konkurrensrätt; vissa forskare har till och med ansett att föreskrifterna inte begränsar konkurrensen, för det tredje har åsikten bland vissa som medverkar på marknaden, i synnerhet bland dem som skapar efterfrågan, starkt sökandenas övertygelse och för det fjärde har det förhållandet att kommissionen inte hade gjort några invändningar mot föreskrifterna före år 1987 — medan denna sannolikt sedan lång tid tillbaka varit medveten om dem — beroende på deras offentliga karaktär och med säkerhet sedan 1982 på grund av att föreskrifterna varit föremål för förhandsavgörande inför domstolen i målet Peters Bauunternehmung (dom av den 22 mars 1983, 34/82, Rec. s. 987), också bidragit till att upprätthålla sökandenas övertygelse

om att föreskrifterna var förenliga med gemenskapsrätten. I detta hänseende har sökandena även nämnt en rapport från Internationella organisationen för ekonomiskt samarbete mellan industriländer (OECD) av år 1976 som i synnerhet tar upp samverkan inom byggsektorn. I denna rapport, som kommissionen inte kunnat undvika att få vetskap om, kommenteras på ett omfattande sätt en av de föreskrifter som föregick UPR.

348 Enligt sökandena passar den av kommissionen anförda grovheten av överträdelsen verkligen illa ihop med det förhållandet som förloppet av det administrativa förfarandet visat, att kommissionen själv under en lång tid var osäker på om de europeiska konkurrensbestämmelserna var tillämpliga. Utöver detta framgår det av svarsinlagan att kommissionen själv avsiktligt hade underrättat sina kontakter vid de nederländska myndigheterna om inledandet av undersökningen.

349 Sökandena har tillagt att deras resonemang med tanke på det förhållandet att kommissionen själv medgett att böterna ålagts på grundval av de tidigare bestämmelserna äger desto större giltighet, eftersom kommissionen hade bevisbördan för uppsåt eller grov vårdslöshet hos varje bolag som var ansvarigt för sektoriella eller regionala föreskrifter medan dessa bolag inte hade kunnat inse att villkoret avseende negativ inverkan på handelsutbytet inom gemenskapen var uppfyllt, eftersom det varken på de geografiska marknaderna eller på de produktmarknader som dessa föreskrifter hänför sig till knappast förekom något internationellt handelsutbyte.

350 Kommissionen har svarat att det saknar betydelse om det är uppsåtligt eller inte som sökandena överträtt förbudet i artikel 85.1 i fördraget. Det som har betydelse är om sökandena visste eller borde ha vetat att föreskrifterna begränsade konkurrensen och kunde påverka handeln inom gemenskapen (se domstolens ovannämnda dom Miller mot kommissionen, dom av den 12 juli 1979, BMW m.fl. mot kommissionen, 32/78, 36/78—82/78, Rec. s. 2435, av den 8 november 1983, IAZ m.fl.

mot kommissionen, 96/82—102/82, 104/82, 105/82, 108/82 och 110/82, Rec. s. 3369, ovan nämnda dom Stichting Sigareettenindustrie m.fl. mot kommissionen, och förstainstansrättens dom av den 2 juli 1992, Dansk Pelsdyravlerforening mot kommissionen, T-61/89, Rec. s. II-1931, punkt 157). I det förevarande fallet frågar sig kommissionen hur sökandena kunnat vara ovetande om att ett system som det som utgör föremål för detta förfarande begränsar konkurrensen.

351 Kommissionen har sedan besvarat de olika argument som sökandena använt sig av för att bestrida att de skulle ha gjort sig skyldiga till grov vårdslöshet. För det första har sökandena felaktigt anfört den uppfattningen att föreskrifterna hade de nederländska offentliga myndigheternas fullständiga godkännande i och med att vissa delar av de gamla föreskrifterna genom den kungliga förordningen av den 29 december 1986 förklarats icke-tvingande på grundval av artikel 10 i Wet economische mededinging (lagen om ekonomisk konkurrens). Enligt uppställningen av denna framställning betyder det förhållandet att en stadga som berör konkurrensen förklarats icke-tvingande som mest att myndigheterna anser att den inte står i strid med det allmänna intresset. Denna åsikt betyder under inga omständigheter att den berörda stadgan inte skulle anses begränsa konkurrensen. Denna inverkan på handeln mellan medlemsstaterna spelar dessutom ingen roll inom ramen för denna framställning.

352 För det andra har kommissionen betonat att de två forskare som sökandena citerat ansett att föreskrifterna begränsar konkurrensen. Sökandena har för övrigt inte kunnat tro att föreskrifterna inte skulle kunna påverka handeln inom gemenskapen på grund av att föreskrifterna endast tillämpas i Nederländerna (se i detta hänseende även den ovan nämnda domen Stichting Sigareettenindustrie m.fl. mot kommissionen, punkt 65). Även om de nederländska myndigheterna på något sätt hade gett intryck av att artikel 85 inte skulle vara tillämplig på det förevarande fallet skulle detta inte befria sökandena från deras ansvar.

353 Kommissionen har anfört att om sökandena verkligen skulle ha antagit att föreskrifterna skulle kunna bli föremål för undantag enligt artikel 85.3 i fördraget,

skulle de ha anmält föreskrifterna till kommissionen. Detta har de emellertid inte gjort innan kommissionen hade påbörjat sin undersökning.

354 Kommissionen har betonat att sökandena inte kan åberopa att kommissionen inte har ingripit, eftersom de gamla föreskrifterna aldrig anmälts till den, och den var varken medveten om förekomsten av eller innehållet i alla dessa föreskrifter som aldrig offentliggjorts. Eftersom den ovan nämnda domen Peters Bauunternehmung som meddelades efter begäran om förhandsavgörande från Hoge Raad der Nederlanden rörde tolkningen av artikel 5 punkt 1 i Brysselkonventionen i förhållande till tillämpningen av en av de tvistiga föreskrifterna, spelade de delar som har samband med konkurrensrätten inte någon roll.

355 Kommissionen har tillagt att det stämmer att den år 1985 tillställde SPO en begäran om upplysningar och att den efter att ha granskat svaret på denna begäran i april 1986 kom överens med SPO om påbörjandet av en undersökning. Kommissionen informerade likaledes de nederländska myndigheterna om detta. I april 1986 bad handels- och industriministeriet kommissionen att lägga ned den planerade undersökningen eller åtminstone skjuta upp den med hänsyn till det nära förestående antagandet av den kungliga förordningen av den 29 december 1986. Efter att denna blivit antagen den 29 december 1986 underrättade kommissionen på nytt, i mars 1987, handels- och industriministeriet om sin avsikt att inleda en undersökning av SPO. Denna undersökning ägde rum i juni 1987 och åtföljdes av en undersökning av en av de andra sökandena i juli 1987. Sökandena kunde under inga omständigheter av dessa åtgärder dra den slutsatsen att kommissionen under tiden skulle ha ansett att de tvistiga föreskrifterna inte skulle omfattas av tillämpningsområdet för artikel 85.1 i fördraget. Kommissionen har tillagt att sökandena inte kan åberopa det förhållandet att den inte har använt sig av den rätt den har i enlighet med artikel 15.6 i förordning nr 17, eftersom denna bestämmelse skulle ha kunnat få kommissionen att ålägga strängare böter.

Förstainstansrättens bedömning

- 356 Förstainstansrätten konstaterar inledningsvis att det såsom kommissionen hävdar följer av en fast rättspraxis att det för att en överträdelse skall kunna anses uppsåtligt begången inte är nödvändigt att företaget varit medvetet om att det överträder det i artikel 85 i fördraget föreskrivna förbudet; det räcker med att företaget inte kunnat undgå att förstå att beteendet i fråga hade som syfte eller verkan att begränsa konkurrensen på den gemensamma marknaden (se domstolens dom av den 8 februari 1990, *Tipp-Ex mot kommissionen*, C-279/87, Rec. s. I-261, punkt 29; se även den ovan nämnda domen *Dansk Pelsdyravlerforening mot kommissionen*, punkt 157).
- 357 I det förevarande fallet har sökandena, med beaktande av hur allvarliga de konkurrensbegränsningar är som återfinns såväl i de år 1987 införda föreskrifterna (se ovan punkterna 116—123, 140—158, 178—187 och 199—205) som i de gamla föreskrifterna (se ovan punkterna 206—212), inte kunnat bortse ifrån att de avtal, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden i vilka sökandena medverkade begränsade konkurrensen.
- 358 Sökandena har inte heller kunnat bortse ifrån att de år 1987 införda föreskrifterna och de gamla föreskrifterna var ägnade att påverka handeln mellan medlemsstaterna. Sökandena har i själva verket i egenskap av företagssammanslutningar, medlemmar av en organisation som omfattar hela det nederländska territoriet, inte kunnat bortse ifrån att deras egna föreskrifter som godkänts av denna sistnämnda sammanslutning ingår i en större helhet av föreskrifter som omfattar hela den nederländska byggsektorn och att dessa föreskrifters kumulativa verkan är av sådan art att den kan påverka handeln mellan medlemsstaterna (se ovan punkterna 226—240). Det bör i detta hänseende understrykas att kommissionen inte ålade böter annat än för den period under vilken de olika gamla föreskrifterna standardiserades under SPO:s överinseende och underordnades ett enhetligt sanktionssystem.

tem (se ovan punkt 206) och för den period under vilken de föreskrifter som infördes år 1987 inte hade anmälts till kommissionen.

359 Under dessa omständigheter kan sökandena inte ha hyst några som helst tvivel om huruvida deras föreskrifter skulle falla inom tillämpningsområdet för artikel 85.1 i fördraget. De nederländska myndigheternas relativt välvilliga attityd till föreskrifterna borde ha uppmuntrat sökandena att anmäla föreskrifterna till kommissionen i syfte att erhålla undantag enligt artikel 85.3 i fördraget och således komma i åtnjutande av den befrielse från böter som är avsedd för formellt anmälda avtal, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden.

360 Sökandena kan inte anklaga kommissionen för att denna inte ingripit mot föreskrifterna tidigare. Det förhållandet att föreskrifterna var offentliga och hade varit föremål för flera kommentarer i specialtidsskrifter förpliktar i avsaknad av ett formellt klagomål i själva verket inte kommissionen att påbörja ett förfarande i enlighet med artikel 85.1 i fördraget. På detta plan går sökandenas argumentering fortfarande ut på att klandra kommissionen för att denna inte har agerat tidigare medan sökandena hade rätt att anmäla sina föreskrifter till kommissionen för att komma i åtnjutande av ett undantag och av befrielse från böter.

361 Av det som anförts ovan följer att kommissionen med rätta i punkt 136 i beslutet ansett att de av sökandena begångna överträdelseerna varit uppsåtliga eller åtminstone berott på grov vårdslöshet och att därför ålagt böterna.

362 Av det som anförts ovan följer att andra delen av tredje grunden skall ogillas.

Tredje delen: för höga bötesbelopp

Parternas argument

363 Sökandena har som ett andrahandsyrkande gjort gällande att de ålagda böterna är för höga med tanke på överträdelsernas grovhet och varaktighet samt de övre gränser som föreskrivs i artikel 15.2 i förordning nr 17.

364 Beträffande grovheten har sökandena betonat att det följer av helheten av de grunder som de åberopat till stöd för sin talan att om kommissionen kunnat påvisa att de inom ramen för SPO utarbetade föreskrifterna innebär en överträdelse, är denna överträdelse inte är så grov som anges i beslutet. De har för det första särskilt gjort gällande att kommissionen i samband med sitt första ingripande mot byggsektorn borde ha avstått från att ålägga böter såsom den på samma grund hade gjort i sitt beslut 92/521/EEG av den 27 oktober 1992 om ett förfarande enligt artikel 85 i fördraget (IV/33.384 och 33.378 — Försäljning av paketresor till VM 1990, EGT nr L 326, s. 31, punkt 125). För det andra anser de att kommissionen felaktigt hävdade det förhållandet att föreskrifterna anmälts först år 1988 som en försvårande omständighet i synnerhet därför att de före år 1987 — med stöd av artikel 4.2 1 i förordning nr 17 — varit undantagna från anmälningsskyldigheten. De har tillagt att det då man läser beslutet är omöjligt att förstå på vilket sätt kommissionen beaktat de förmildrande omständigheter som den påstår sig ha tagit i beaktande. De har ansett att det med tanke på det absoluta bötesbeloppet finns anledning att anse att kommissionen på intet sätt beaktat dessa förmildrande omständigheter.

365 Beträffande varaktigheten av de påstådda överträdelserna har sökandena betonat att om kommissionen hade ingripit tidigare mot föreskrifterna — vilket kommissionen borde ha gjort, eftersom den var medveten om att de fanns — skulle överträdelsen ha varat en kortare tid. Kommissionen borde ha beaktat denna oförklarliga passivitet vid beräkningen av bötesbeloppet, såsom domstolen gjorde i sin dom av den 6 mars 1974, Istituto Chemioterapico och Commercial Solvents mot kommissionen, (6/73 och 7/73, Rec. s. 223). De har dessutom gjort gällande att kommis-

sionen varken framlagt några som helst bevis eller någon som helst utredning beträffande perioden 1980—1982 men att den har beaktat denna period vid beräkandet av bötesbeloppet.

366 Sökandena har för övrigt i repliken påstått att de gamla föreskrifterna under punkterna IV, V, VI och IX i bilaga 9 till beslutet redan hade upphävts före den period som kommissionen räknat med i sitt tvistiga beslut, det vill säga före år 1980. Kommissionen har således felaktigt gjort dem till föremål för det föreliggande förfarandet.

367 Beträffande beräkningen av böterna har sökandena hävdat att kommissionen har överskridit den övre gränsen på 10 procent av de olika företagssammanslutningarnas omsättning året innan och att den underlåtit att skilja dessa böter åt på grundval av de olika marknader som berörs.

368 Genom att jämföra det bötesbelopp som kommissionen ålagt dem med det bötesbelopp som den ålade genom sitt beslut 88/491/EEG av den 26 juli 1988 om tillämpning av artikel 85 i fördraget (IV/31.379 — Bloemenveilingen Aalsmeer, EGT nr L 262, s. 27) då det handlade om föreskrifter som omfattade sammanlagt 4 100 medlemmar och där tillämpligheten av artikel 85 i fördraget verkade mera sannolik än i det förevarande fallet har sökandena avslutningsvis gjort gällande att kommissionen överträtt principen om icke-diskriminering.

369 Kommissionen har svarat med att i huvudsak hänvisa till punkterna 136, 140 och 141 i beslutet. Den har vidhållit att den inte beaktat förseningen av anmälan som en försvårande omständighet utan angett varför den inte ansett att en anmälan av de berörda föreskrifterna skulle utgöra en förmildrande omständighet vilket kommissionen i andra fall ansett. Kommissionen har tillagt att sökandena i sitt resonemang underlåtit att ta i beaktande den avskräckande verkan som böterna skall ha.

- 370 Vad beträffar varaktigheten av överträdelsen har kommissionen upprepat att den inte kunnat ingripa tidigare, eftersom den av de ovan anförda anledningarna inte varit medveten om innehållet i föreskrifterna och att sökandenas åberopande av den ovan nämnda domen Istituto Chemioterapico och Commercial Solvents inte hör till saken. Kommissionen har i fråga om perioden mellan 1980—1982 tillagt att den inte behövde företa en särskild undersökning, eftersom sökandena inte har påstått att situationen under denna period skulle ha varit annorlunda.
- 371 Kommissionen har dessutom anfört att sökandena genom att i repliken påstå att olika gamla föreskrifter upphävts före år 1980 anför en ny grund som inte bör tas upp till prövning med stöd av artikel 48.2 i förstainstansrättens rättegångsregler.
- 372 Kommissionen har i andra hand tillagt att det inte stämmer att föreskrifterna skulle ha upphävts före år 1980, vilket framgår av de av sökandena mellan den 12—16 december 1988 inlämnade svaren under artikel 4.3, 4.5, 4.6 och 4.26 i beslutet.
- 373 Kommissionen har ansett att de överträdelser som begåtts av sökandena inte medför något nytt och att det förhållandet att det rör sig om det första ingripandet inom byggsektorn inte bör leda till att böter inte får åläggas, vilket skulle kunna leda till att tillåta alla företag som verkar inom områden som ännu inte varit föremål för beslut av kommissionen att oförhindrat överträda konkurrensbestämmelserna.
- 374 Vad gäller beräkningen av böterna har kommissionen ansett att sökandena felaktigt ansett att den övre gränsen för böterna skall bestämmas i förhållande till deras egen omsättning. I villkoren i artikel 15.2 i förordning nr 17 föreskrivs nämligen att det

är sökandeparternas medlemmars omsättning som skall tas i beaktande i detta syfte. I det föreliggande fallet har kommissionen klart underskridit dessa övre gränser.

- 375 Kommissionen har ansett att böterna inte kan bedömas vara för höga, eftersom de i sin helhet representerar under 0,5 procent av det årliga medelvärdet av de berörda entreprenaderna och således är klart lägre än de böter som i allmänhet ålagts för denna typ av överträdelse.
- 376 Kommissionen har avslutningsvis ansett att sökandenas hänvisning till beslut nr 88/491 av den 26 juli 1988 i målet Bloemenveilingen Aalsmeer saknar grund på grund av skillnaden i karaktären och verkan av dessa två överträdelser.

Förstainstansrättens bedömning

- 377 Förstainstansrätten konstaterar inledningsvis att det följer av prövningen av den första grunden att överträdelsen var så grov som det fastställts i beslutet. I detta hänseende bör det understrykas att böterna för sex och ett halvt års vidkommande berör de gamla föreskrifterna och för nio och en halv månads vidkommande de år 1987 införda föreskrifterna. Man bör framhålla den synnerliga grovheten av de konkurrensbegränsningar som ingick i de gamla föreskrifterna i synnerhet beträffande den samordning av priser som omnämns i punkt 64 i beslutet. Eftersom förstainstansrätten ansett denna punkt vara rättsligt motiverad (se ovan punkterna 206—212), skall punkt 140 enligt vilken ”en samordning av priser och uppdelning av marknaden är bland de grävsta överträdelser som kommissionen beivrat, förbjudit och sanktionerat” läsas mot bakgrund av detta.
- 378 Det bör vidare framhållas att alla de förmildrande omständigheter som sökandena åberopat i sina skrivelser beaktats vid fastställelsen av bötesbeloppet som framgår

av punkt 141 i beslutet och av det förhållandet att kommissionen ålagt sökandena böter som enligt den inte utgör mera än 0,5 procent av det årliga medelvärdet av de berörda entreprenaderna, vilket sökandena inte bestritt.

379 Man bör emellertid lägga märke till att dessa förmildrande omständigheter — hur viktiga de än är — i synnerhet därför att de avser offentliga bestämmelser inte får skymma det förhållandet att sökandena inte använt sig av rätten att anmäla föreskrifterna till kommissionen för att antingen få ett icke-ingripandebesked eller ett undantag i enlighet med artikel 85.3 i fördraget.

380 Det bör för övrigt påpekas att sökandena inte kan anklaga kommissionen för att denna inte ingripit tidigare, eftersom de hade rätten att tvinga den till detta genom att anmäla föreskrifterna till kommissionen. De omständigheter som gav upphov till den ovan nämnda domen Istituto Chemioterapico och Commercial Solvents mot kommissionen var klart olika dem än i det föreliggande fallet, eftersom kommissionen — såsom den anført — i det fallet hade tagit emot ett klagomål som den inte omedelbart hade besvarat. I det föreliggande fallet har Rotterdams kommun ingett ett klagomål till kommissionen först efter att sökandena hade anmält föreskrifterna. Denna skillnad har betydelse, eftersom kommissionen då ett klagomål inges till den blir medveten om det klandrade beteendet medan kommissionen i det föreliggande fallet inte annat än genom sökandenas anmälan informerats om föreskrifternas objektiva innehåll.

381 Av detta följer att detta argument skall ogillas.

382 Beträffande det förhållandet att kommissionen inte genomförde en undersökning som omfattade åren 1980—1982 anser förstainstansrätten att kommissionen med rätta åberopat det förhållandet att sökandena varken under det administrativa förfarandet eller i sina inlagor till förstainstansrätten anført att förhållandena skulle ha varit annorlunda under dessa år.

- 383 Vad gäller upphävandet av de gamla föreskrifter som behandlas i punkterna IV, V, VI och IX i bilaga 9 till beslutet anser förstainstansrätten att det rör sig om en ny grund som enligt artikel 48.2 i förstainstansrättens rättegångsregler inte kan tas upp till prövning.
- 384 Utöver detta bör man konstatera att även om kommissionen felaktigt skulle ha angripit dessa föreskrifter inom ramen för det pågående förfarandet, beror detta på fel som vissa av sökandena gjort i sina svar på kommissionens begäran om upplysningar (se Aannemersvereniging van Boorondernemers en Buizenleggers svar av den 12 december 1988, Aannemers Vereniging Haarlem-Bollenstreeks dito av den 16 december 1988, Aannemersvereniging Veluwe en Zuidelijkes dito av den 15 december 1988 och Utrechtse Aannemers Verenigings dito av den 12 december 1988). Dessa kan således inte åberopa ett fel som beror på deras egna misstag.
- 385 Förstainstansrätten anser avslutningsvis att sökandena felaktigt hävdar att böterna överskrider den i artikel 15.2 i förordning nr 17 fastställda övre gränsen, det vill säga 10 procent av omsättningen under det föregående verksamhetsåret. Det bör nämligen påminnas om att förordning nr 17 utan åtskillnad omfattar avtal, samordnade förfaranden och beslut av företagssammanslutningar och att dess tillämpning tyder på att de i denna bestämmelse fastställda övre gränserna på samma sätt kan tillämpas på avtal och samordnade förfaranden som på beslut av företagssammanslutningar. Av detta följer att den övre gränsen på 10 procent av omsättningen skall beräknas i förhållande till omsättningen för varje företag som medverkar i de avtal och samordnade förfaranden det är fråga om eller för alla företag som är medlemmar av företagssammanslutningar, inte minst på grund av att dessas interna regler tillåter dem att ingå avtal som binder medlemmarna. Det förhållandet att denna analys är välgrundad stöds av att man i samband med fastställelsen av bötesbeloppet bland annat kan beakta företagets möjlighet att särskilt i förhållande till sin storlek och ekonomiska styrka påverka marknaden som företagets omsättning ger antydning om (domstolens dom av den 7 juni 1983, *Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen*, 100/80—103/80, Rec. s. 1825, punkterna 120 och 121) samt som den avskräckande verkan som dessa böter kan ha (förstainstansrättens dom av den 10 mars 1992, *Solvay mot kommissionen*, T-12/89, Rec. s. II-907, punkt 309). Den inverkan en företagssammanslutning kan ha på marknaden är i själva verket inte beroende av dess egen "omsättning" som varken avslöjar dess storlek eller

ekonomiska styrka men nog av dess medlemmars omsättning som ger en antydning om dess storlek och ekonomiska styrka (den ovan nämnda domen CB och Euro-pay mot kommissionen, punkterna 136 och 137).

386 Det bör för övrigt understrykas att sökandena inte kan åberopa det förhållandet att kommissionen i sitt beslut 88/491 av den 26 juli 1988 i målet Bloemenveiligen Aalsmeer hade ålagt lägre böter, eftersom karaktären och verkan av överträdelsen i detta fall är helt annorlunda såsom kommissionen betonat.

387 Av det ovan anförda följer att denna del av grunden skall ogillas.

388 Av allt som anförts ovan följer att grunden avseende en överträdelse av förordning nr 17 skall ogillas.

Fjärde grunden: överträdelse av artikel 190 i fördraget

Parternas argument

389 Sökandena har gjort gällande att kommissionen överträtt skyldigheten att motivera sina beslut. I enlighet med denna skyldighet borde kommissionen inte ha nöjt sig med att i sitt beslut upprepa de huvudsakliga grunder som sökandena åberopat till sitt försvar under det administrativa förfarandet utan borde ha gett ett motiverat svar på varje grund som åberopats. Det följer i själva verket av den ovan nämnda domen SIV m.fl. mot kommissionen (punkt 159) att "även om kommissionen i sitt beslut inte behöver ta ställning till alla påståenden företagen gjort ... då sökandena framställt välutvecklade påståenden ... borde kommissionen ha genomfört en mer

ingående prövning ... för att visa skälen till att de av sökandena framförda påståendena var ogrundade”.

390 I det förevarande fallet har sökandena betonat att kommissionen i sitt beslut inte ens upprepat de huvudsakliga påståenden de utvecklat i sitt svar på meddelandet om klagopunkter och under den muntliga förhandlingen.

391 Sökandena har för övrigt i sin replik gjort gällande att motiveringarna inte täcker beslutet försåvitt motiveringarna syftar på hederskodexen som sådan, SPO:s alla stadgor och alla tidigare föreskrifter. Vad beträffar hederskodexen har de hävdad att det förhållandet att man i motiveringarna fastställer att hederskodexen — som genom beslut av den 3 juni 1980 gjordes tvingande för SPO:s medlemsorganisationer — med undantag för artikel 10 utgör en överträdelse av artikel 85.1 i fördraget, har artikel 1.2 i det tvistiga beslutet en mera omfattande räckvidd än punkt 1 i motiveringarna till beslutet som antyder att förfarandet gäller SPO:s beslut av den 3 juni 1980 som gjorde hederskodexen jämte bilagorna tvingande för företag som tillhörde medlemsföreningarna. Inga motiveringar stöder följaktligen konstaterandet av att hederskodexen som sådan utgör en överträdelse.

392 Beträffande SPO:s stadgor har sökandena konstaterat att artikel 1.1 i beslutet har en större räckvidd än motiveringarna till beslutet som endast berör artikel 3 i dessa stadgor, eftersom det fastställs att SPO:s stadgor av den 10 december 1963 i den ändrade formen utgör en överträdelse av artikel 85.1 i fördraget. Merparten av bestämmelserna i dessa stadgor har dock ingenting att göra med konkurrensfrågor utan gäller uteslutande SPO:s interna verksamhet. Sökandena har hävdad att kommissionen har förväxlat SPO:s stadgor med beslut som grundas på stadgorna vilket lett till att kommissionen utan grund förbjudit SPO som sådan.

- 393 Beträffande de gamla föreskrifterna framhåller sökandena avslutningsvis att de är betydligt fler än de som finns uppräknade i bilaga 9 till beslutet och att UPR "Burger- & Utiliteitsbouw Openbaar" i motsats till det som påstås i beslutet inte antagits av SPO utan av en särskild sammanslutning av entreprenörer. De har således anklagat kommissionen för att ha företagit en allmän och ytlig prövning av helheten av de gamla föreskrifterna utan att beakta skillnaderna mellan och särdragen hos dessa. De påpekar avslutningsvis att ett visst antal gamla föreskrifter upphävts före år 1980.
- 394 Kommissionen har svarat att dess beslut är tillräckligt motiverat och att den inte behövde lägga fram några vetenskapliga studier för att bevisa att sökandenas undersökningar var oriktiga i den mån dessa saknade grund.
- 395 Vad närmare gäller de motiveringar med stöd av vilka man i beslutet ogillar den av sökandena anhängiggjorda begäran om undantag genom beslutet har kommissionen ansett att det förhållandet att kommissionen i enlighet med sökandenas önskan skulle åläggas att visa att föreskrifterna inte kan dra nytta av ett undantag skulle innebära att bevisbördan flyttas över på den.
- 396 Kommissionen har dessutom gjort gällande att sökandenas argument genom vilka de har bestritt det förhållandet att såväl hederskodexen, SPO:s stadgor i deras helhet som av de gamla föreskrifterna underkändes inte förekommer i denna form i ansökan och åtminstone delvis baserar sig på klagomål som inte väckts. Kommissionen anser således att det rör sig om en ny grund som enligt artikel 48.2 i förstainstansrättens rättegångsregler inte kan tas upp till prövning. Som andrahandsyrkande har kommissionen gjort gällande att omnämnandet i punkt 1 i beslutet av beslutet av den 3 juni 1980 som föremål för förfarandet endast kan syfta på hederskodexen som sådan, eftersom detta gör hederskodexen jämte bilagorna tvingande för de företag som var medlemmar av de organisationer som var anslutna till SPO, eftersom beslutet av den 3 juni 1980 inte har någon fristående räckvidd i förhållande till konkurrensrätten.

397 Beträffande SPO:s stadga har kommissionen medgett att endast dess artikel 3 utgör ett problem i förhållande till konkurrensrätten medan övriga bestämmelser i dessa stadgor inte har någon fristående betydelse i detta hänseende. Kommissionen har i varje fall ansett att dessa övriga bestämmelser — i den mån de har som syfte att göra det möjligt för SPO att förverkliga målet med sin verksamhet som definieras i artikel 3 — skall omfattas av beslutet. Kommissionen har framhållit att beslutet inte har som syfte att förbjuda SPO i sig utan att förbjuda SPO försåvitt målet med dess verksamhet är att begränsa konkurrensen.

398 Vad gäller de gamla föreskrifterna har kommissionen vidhållit att den grundat sin bedömning på sökandenas svar på kommissionens begäran om upplysningar för att definiera antalet förekommande föreskrifter och SPO:s roll i förhållande till UPR "Burger- & Utiliteitsbouw Openbaar". Kommissionen har tillagt att orsaken till att den i sitt beslut kunnat nöja sig med en allmän hänvisning till de gamla föreskrifterna berodde på att alla dessa begränsar konkurrensen mer än UPR. Den påpekar avslutningsvis att det inte stämmer att några av de tidigare stadgorna skulle ha upphävts före år 1980.

Förstainstansrättens bedömning

399 Förstainstansrätten anser att kommissionen inte kan anklagas för att ha överträtt den i artikel 190 i fördraget inskrivna motiveringsskyldigheten. Kommissionen har i själva verket besvarat alla väsentliga påståenden sökandena gjort under det administrativa förfarandet både avseende tillämpningen av artikel 85.1 och artikel 85.3 i fördraget.

400 Vad i synnerhet gäller den sistnämnda bestämmelsen anser förstainstansrätten att kommissionen med rätta koncentrerat sin analys av de tvistiga föreskrifterna på det skydd sakägaren åtnjuter och på ersättningen för kalkyleringskostnader. Det är i

själva verket fråga om två centrala delar som gör det möjligt att uppnå de syften som eftersträvas med föreskrifterna, nämligen att motarbeta köpsläende och begränsa omsättningskostnader. Eftersom sökandena under hela förfarandet vidhållit att föreskrifterna utgör en helhet och eftersom kommissionen kommit fram till slutsatsen att de två delar som utgör kärnan av denna helhet inte kan beviljas undantag enligt artikel 85.3 i fördraget, var det inte längre nödvändigt att undersöka de eventuella fördelar som någon av bestämmelserna i de tvistiga föreskrifterna kunde ha inneburit.

401 Vad gäller avsaknaden av motiveringar till kommissionens ogillande av de förslag till ändring av föreskrifterna som sökandena utarbetat räcker det med att hänvisa till motbevisningen av andra delen av andra grunden varav följer att kommissionen inte hade skyldighet att ta ställning till ändringsförslag som inte anmälts.

402 Förstainstansrätten anser avslutningsvis att sökandena genom att i repliken göra gällande att beslutet inte täcktes av motiveringarna till den del detta avser hederskodexen som sådan, SPO:s stadgor i sin helhet samt de gamla föreskrifterna, har åberopat en ny grund som enligt artikel 48.2 i förstainstansrättens rättegångsregler inte kan tas upp till prövning. Det bör ytterligare framhållas att beslutsklämman skall läsas mot bakgrund av motiveringarna och att artikel 1.2 i beslutsklämman till det tvistiga beslutet således inte syftar till att förbjuda SPO i sig. Punkt 1 i beslutet syftar inte heller till beslutet av den 3 juni 1980 som sådant utan till hederskodexen som genom beslutet gjordes tvingande vilket även är fallet med beslutsklämman till det tvistiga beslutet, eftersom man i den hänvisar till "SPO:s beslut av den 3 juni 1980 där 'Erecode voor ondernemers in het Bouwbedrijf' jämte bilagorna görs tvingande för företag som tillhör SPO:s medlemsorganisationer".

403 Förstainstansrätten anser avslutningsvis att kommissionen med rätta nöjt sig med att i sitt beslut göra en allmän hänvisning till de gamla föreskrifterna. Kommissio-

nen konstaterar i själva verket att de gamla föreskrifterna hade samma syfte som de år 1987 införda föreskrifterna och att de i den mån de avviker från de förstnämnda i lika hög grad begränsar konkurrensen (beslutet, punkterna 62—65 och 114; se ovan punkterna 206—212).

404 Det bör dock påpekas att sökandena inte framförde några särskilda påståenden under det administrativa förfarandet för att bevisa att de gamla föreskrifterna på grundläggande punkter skulle skilja sig från de år 1987 införda föreskrifterna eller att dessa i mindre grad skulle begränsa konkurrensen än de år 1987 införda föreskrifterna.

405 Kommissionen kunde följaktligen beträffande de gamla föreskrifterna även nöja sig med att i huvudsak hänvisa till motiveringarna till sitt beslut angående de år 1987 införda föreskrifterna.

406 Av detta följer att grunden skall ogillas.

Femte grunden: kränkning av rätten till försvar

Parternas argument

407 I sin replik har sökandena beträffande sakfrågan gjort gällande att kommissionen kränkt rätten till försvar när den å ena sidan ansett att hederskodexen utgör en överträdelse av artikel 85.1 i fördraget medan hederskodexen inte som sådan var föremål för det administrativa förfarandet (repliken, s. 19), eftersom detta endast

handlade om SPO:s tvingande beslut av den 3 juni 1980 varigenom hederskodexen gjordes tvingande för medlemmar av de organisationer som var anslutna till SPO och när den å andra sidan grundade sina "leading questions" till utländska entreprenörer på de skäl de hade att tillhöra SPO för att i sitt beslut dra den slutsatsen att de klandrade åtgärderna påverkade handeln mellan medlemsstaterna.

- 408 Kommissionen har svarat att det rör sig om en ny grund som i enlighet med artikel 48.2 i förstainstansrättens rättegångsregler inte skall tas upp till prövning. I andra hand har kommissionen ansett den vara oriktig.

Förstainstansrättens bedömning

- 409 Förstainstansrätten anser att sökandenas grund — som går ut på att deras rätt till försvar skulle ha kränkts — i enlighet med artikel 48.2 i rättegångsreglerna inte skall tas upp till prövning och att den i varje fall är ogrundad.
- 410 Det bör i själva verket betonas att sökandena under det muntliga förfarandet inte bestred kommissionens påstående i dupliken att de mot hederskodexen avfattade klagopunkterna var föremål för punkterna 18, 33—35, 41, 42, 44 och 46—48 i meddelandet om klagopunkterna. Kommissionen har inte heller utgått ifrån svaren på de frågor som sökandena kritiserat för att förklara att de berörda åtgärderna påverkar handeln mellan medlemsstaterna.
- 411 Av det som anförts ovan följer att talan skall ogillas.

Rättegångskostnader

- 412 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om så har yrkats. Eftersom sökandena har tappat, bifalls kommissionens yrkanden och sökandena förpliktas att solidariskt ersätta rättegångskostnaderna, inklusive de kostnader som beror på de interimistiska åtgärderna.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (första avdelningen)

- 1) Talan ogillas.
- 2) Sökandena förpliktas att solidariskt ersätta rättegångskostnaderna, inklusive de kostnader som beror på de interimistiska åtgärderna.

Schintgen

Kirschner

Vesterdorf

Lenaerts

Bellamy

Avkunnad vid offentlig förhandling i Luxemburg den 21 februari 1995.

H. Jung

Justitiesekreterare

R. Schintgen

Ordförande

Innehåll

Bakgrunden till ansökan	II - 299
Förfarandet	II - 304
Parternas yrkanden	II - 308
Parternas grunder och argument	II - 309
Huvudyrkandet	II - 309
Parternas argument	II - 309
Förstainstansrättens bedömning	II - 311
Andrahandsyrkandet	II - 314
Första grunden: överträdelse av artikel 85.1 i fördraget	II - 315
Första delen: felaktig definition av den relevanta marknaden	II - 315
Parternas argument	II - 315
Förstainstansrättens bedömning	II - 317
Andra delen: misstolkning av innehållet och av räckvidden av de tvistiga föreskrifterna	II - 321
I — Allmän framställning	II - 321
Parternas argument	II - 321
Förstainstansrättens bedömning	II - 322
II — Samordning mellan entreprenörer som avser att inlämna ett prisbud ...	II - 326
Parternas argument	II - 326
1) Skyldigheten att informera om avsikten att inlämna ett prisbud (beslutet, punkterna 24 och 79)	II - 326
2) De entreprenörmöten som skall hållas i enlighet med UPR (beslutet, punkterna 25—58, 80—92)	II - 326
a) Överenskommelse om principen för utseende av sakägaren (beslutet, punkterna 26 och 80)	II - 326
b) Jämförelse av omständigheter rörande prisnivån på marknaden (beslutet, punkterna 27 och 81)	II - 327
c) Meddelande av vita belopp (beslutet, punkterna 28 och 82)	II - 329
d) Möjligheten att dra sig tillbaka efter prisjämförelsen (beslutet, punkterna 29, 83 och 84)	II - 329
Förstainstansrättens bedömning	II - 330

III — Samordnad fastställelse av priser eller delar av priser	II - 334
Parternas argument	II - 334
1) Prisökningen vid samtidiga anbud (beslutet, punkterna 31—34, 42—46, 86, 87 och 96)	II - 334
2) Prisökningen på underhandsavtal (beslutet, punkterna 60, 61 och 100)	II - 336
3) Prisökningen på marknaden för underleverantörer (beslutet, punkterna 55—59 och 100, tredje stycket)	II - 338
Förstainstansrättens bedömning	II - 339
IV — Begränsningen av entreprenörernas och byggherrens förhandlingsfrihet	II - 345
Parternas argument	II - 345
1) Företrädesrätten (beslutet, punkterna 30 och 85)	II - 345
2) Det skydd sakägaren åtnjuter (beslutet, punkterna 39—41, 52—54 och 93—95)	II - 346
3) Underleveranser (beslutet, punkterna 55—59 och 100, tredje stycket)	II - 350
Förstainstansrättens bedömning	II - 350
V — SPO:s beteende gentemot icke-anslutna entreprenörer (beslutet, punkterna 49—51, 98 och 99)	II - 354
Parternas argument	II - 354
Förstainstansrättens bedömning	II - 356
Tredje delen: fråvaron av inverkan på handeln mellan medlemsstaterna	II - 361
Parternas argument	II - 361
Förstainstansrättens bedömning	II - 365
Andra grunden: överträdelse av artikel 85.3 i fördraget	II - 369
Första delen: bristfällig kännedom om marknadens egenskaper och om reglerna om bevisbördan	II - 369
1) Marknadens egenskaper	II - 369
Parternas argument	II - 369
Förstainstansrättens bedömning	II - 372
2) Bevisbördan	II - 374
Parternas argument	II - 374
Förstainstansrättens bedömning	II - 375
Andra delen: bristfällig kännedom om villkoren för beviljande av undantag ...	II - 376
1) Föreskrifternas bidrag till förbättringen av distributionen av varor eller främjande av tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande och till den skäligen andel som tillförsäkras konsumenterna	II - 377
Parternas argument	II - 377
Förstainstansrättens bedömning	II - 381
	II - 419

2) Begränsningars oundgängliga karaktär och omöjligheten att sätta konkurrensen ur spel	II - 386
Parternas argument	II - 386
Förstainstansrättens bedömning	II - 389
Tredje delen: överträdelse av proportionalitets- och subsidiaritetsprincipen	II - 392
Parternas argument	II - 392
Förstainstansrättens bedömning	II - 393
Tredje grunden: överträdelse av artikel 4.2 1 och artikel 15.2 i förordning nr 17	II - 395
Första delen: ingen överträdelse och befrielse från böter	II - 395
Parternas argument	II - 395
Förstainstansrättens bedömning	II - 397
Andra delen: avsaknad av uppsåt eller vårdslöshet	II - 398
Parternas argument	II - 398
Förstainstansrättens bedömning	II - 402
Tredje delen: för höga bötesbelopp	II - 404
Parternas argument	II - 404
Förstainstansrättens bedömning	II - 407
Fjärde grunden: överträdelse av artikel 190 i fördraget	II - 410
Parternas argument	II - 410
Förstainstansrättens bedömning	II - 413
Femte grunden: kränkning av rätten till försvar	II - 415
Parternas argument	II - 415
Förstainstansrättens bedömning	II - 416
Rättegångskostnader	II - 417