



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
P. CRUZ VILLALÓN
fremsat den 19. juli 2012¹

Forenede sager C-182/11 og C-183/11

**Econord Spa
mod
Comune di Cagno,
Comune di Varese
og
Econord Spa
mod
Comune di Solbiate,
Comune di Varese**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Consiglio di Stato (Italien))

»Drift af den kommunale renovation varetaget af et serviceselskab, hvori kommunen ejer en minoritetsandel — tildeling uden licitation — in house-kontrakter — den ordregivende myndigheds udøvelse af en kontrol med serviceselskabet, som svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene — flere ordregivende myndigheder — »uligevægt« mellem de forskellige ordregivende myndigheder«

I – Indledning

1. Med de to foreliggende præjudicielle spørgsmål, som er blevet forenet i denne sag, rejser Consiglio di Stato tvivl om, hvorvidt en ordning vedrørende udførelse af offentlige tjenesteydelser, hvori der er set bort fra den offentlige udbudsprocedure, er forenelig med EU-retten. Nærmere bestemt drejer det sig om et tilfælde, hvor flere forskellige italienske kommuner har symbolske kapitalandele i et offentligt ejet selskab, som overvejende er kontrolleret af Varese Kommune, og som udfører offentlige tjenesteydelser i form af renovation i alle disse kommuner.

2. Nærværende sag stiller således atter Domstolen over for problematikken om in house providing. Således vedrører den problemstilling, som der her gives en kort beskrivelse af, en situation, hvor flere offentlige myndigheder vælger at benytte sig af et serviceselskab, der er stiftet af en anden offentlig myndighed, som har væsentligt større indflydelse, og som derfor har en klart dominerende beslutningsbeføjelse internt i det pågældende serviceselskab i forhold til den øvrige gruppe myndigheder. Under hvilke forudsætninger kan det berettiges, at hver enkel af disse mindre myndigheder vælger en in house-løsning? Eller nærmere bestemt: Under hvilke forudsætninger kan det fastslås, at de pågældende myndigheder underlægger serviceselskabet en »kontrol, der svarer til den kontrol, [de] fører med [deres] egne tjenestegrene«, således som det kræves i henhold til retspraksis fra Teckal-dommen²? Dette er den konkrete problemstilling, som denne gang forelægges Domstolen.

1 — Originalsprog: spansk.

2 — Dom af 18.11.1999, sag C-107/98, Sml. I, s. 8121.

3. Retspraksis har tidligere behandlet adskillige sager, der minder om den foreliggende. I alle disse sager har Domstolen i hvert enkelt tilfælde foretaget en undersøgelse af den offentlige myndigheds vedtægtsmæssige stilling i det offentlige serviceselskabs ledelsesorganer med henblik på at fastslå, om den »tilsvarende kontrol« af det pågældende kontraherende serviceselskab vitterligt blev udøvet kollektivt. Sagen, som denne gang forelægges af Consiglio di Stato, indeholder en implicit opfordring til Domstolen om at gå videre end denne kasuistiske analyse og forsøge at fastsætte et antal objektive kriterier, der gør det muligt at vurdere, hvilken grad af indflydelse på serviceselskabets virke der skal kræves af den offentlige myndighed, for at denne kan benytte sig af den såkaldte in house-undtagelse.

II – Retsforskrifter

A – EU-retten

4. Det fremgår af artikel 1 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter³, at der »ved »offentlige kontrakter« forstås gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af dette direktiv« [stk. 2, litra a)], samt at der »ved »koncessionskontrakt om tjenesteydelser« forstås en kontrakt med samme karakteristika som offentlige tjenesteydelseskontrakter bortset fra, at vederlaget for den tjenesteydelse, der skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte tjenesteydelsen eller i denne ret sammen med betaling af en pris« (stk. 4).

B – De nationale bestemmelser

5. I henhold til artikel 30 i lovdekret nr. 267 af 18. august 2000 (konsolideret lov vedrørende ordningen for de lokale myndigheder)⁴ kan de lokale myndigheder indgå indbyrdes aftaler »med henblik på at koordinere udførelsen af bestemte funktioner og tjenesteydelser«.

6. I artikel 113 i det nævnte lovdekret nr. 267, som bærer overskriften »Drift af net og udførelse af lokale offentlige tjenesteydelser af økonomisk interesse«, blev følgende bestemt i stk. 4 og 5 i den affattelse, der var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen:

»4. Når driften af net, anlæg og andre forsyninger er adskilt fra udførelsen af tjenesteydelser, benytter de lokale myndigheder, eventuelt i form af sammenslutninger, sig af

- a) enheder, der er oprettet med dette formål for øje, i form af 100% offentligt ejede kapitalselskaber, som denne aktivitet umiddelbart kan overdrages til, såfremt de offentlige myndigheder, der ejer selskabskapitalen, udøver en kontrol med selskabet svarende til den kontrol, de fører med deres egne tjenestegrene, og såfremt selskabet udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de myndigheder, det kontrolleres af

[...]

3 — EUT L 134, s. 114.

4 — GURI nr. 227 af 28.9.2000, almindeligt supplement nr. 162.

5. Tjenesteydelseskontrakten tildeles i overensstemmelse med bestemmelserne inden for sektoren og under overholdelse af Den Europæiske Unions retsfor skrifter, idet kontrakten kan tildeles følgende selskaber:

[...]

- c) kapitalselskaber, som er 100% offentligt ejet, såfremt den eller de offentlige myndigheder, der ejer selskabskapitalen, udøver en kontrol med selskabet svarende til den kontrol, de fører med deres egne tjenestegrene, og såfremt selskabet udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de myndigheder, det kontrolleres af.«

III – Hovedsagerne og det præjudicielle spørgsmål

7. Varese Kommune oprettede på et tidspunkt, som ikke fremgår af sagens akter, et »in house«-aktieselskab, ASPEM SpA, som bl.a. skulle varetage driften af den offentlige renovation på kommunens område. På tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen var det pågældende selskab næsten 100% ejet af Varese Kommune.

8. Ved et antal beslutninger truffet af deres respektive »byråd« aftalte kommunerne Cagno og Solbiate i 2005 at vælge den sammen med andre kommuner koordinerede drift som den foretrukne driftsform vedrørende renovationen, jf. artikel 30 og 113, stk. 5, litra c), i lovdekret nr. 267/2000, og til dette formål godkendte de ligeledes aftalen med Varese Kommune om, at ASPEM skulle varetage driften af renovationen. Endelig besluttede hvert enkelt af disse »byråd« at erhverve en aktie i selskabet ASPEM. Tilsvarende beslutninger blev truffet i et antal andre mindre kommuner i Varese-provinsen.

9. Ifølge oplysninger fra den italienske regering udgør selskabskapitalen i ASPEM 173 785 EUR, fordelt på et tilsvarende antal aktier a nominelt 1 EUR. Varese kommune ejede på tidspunktet for de faktiske omstændigheder 173 467 af aktierne, mens de resterende 318 var fordelt på 36 kommuner i Varese-provinsen, som hver især ejede mellem 1 og 19 aktier.

10. Endvidere underskrev begge de lokale myndigheder, sammen med flere andre kommuner, en aktionæraftale med ASPEM, hvorefter de havde ret til at blive taget i samråd, udnævne en repræsentant til tilsynsrådet og udpege et bestyrelsesmedlem efter fælles overenskomst med de øvrige kommuner, der var tilsluttet den fælleskommunale aftale.

11. Kommunerne Cagno og Solbiate fandt, at tildelingen af tjenesteydelseskontrakten til ASPEM på grundlag af alle disse foranstaltninger opfyldte betingelserne for at anvende in house-undtagelsen.

12. Selskabet ECONORD SpA har imidlertid indbragt to ekstraordinære rekurser for statschefen med påstand om annullation af de nævnte aftaler indgået af byrådene i Cagno Kommune (sag C-182/11) og Solbiate Kommune (sag C-183/11), idet det bl.a. gør gældende, at princippet om »tilsvarende kontrol« er blevet tilsidesat på grund af de nævnte kommuners yderst begrænsede kapitalandele i ASPEM. Inden for rammerne af denne sag er Consiglio di Stato blevet anmodet om en udtalelse, og i den forbindelse har det forelagt dette præjudicielle spørgsmål.

13. Idet der hersker tvivl om fortolkningen af retspraksis vedrørende betingelserne for den såkaldte in house-undtagelse, har Consiglio di Stato forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål (affattelsen er identisk i de to forenede sager):

»Skal princippet om den manglende relevans af den enkelte offentlige myndigheds stilling i det serviceselskab, hvori den har kapitalandele, også finde anvendelse i tilfælde som i den foreliggende sag, hvor en af de tilsluttede kommuner blot ejer én aktie i serviceselskabet, og aftalerne mellem aktionærer indgået mellem offentlige myndigheder er uegnede til at give den deltagende kommune en effektiv kontrol med selskabet, og hvor erhvervelsen af en andel i selskabet udelukkende kan betragtes som formelt grundlag for en tjenesteydelseskontrakt?«

IV – Retsforhandlingerne ved Domstolen

14. De præjudicielle forelæggelser blev registreret på Domstolens Justitskontor den 27. juli 2011.

15. Der er indgivet skriftlige indlæg af kommunerne Cagno og Solbiate (i fællesskab), Italien, Østrig og Polen samt Kommissionen. Der er i den foreliggende sag ikke afholdt mundtligt retsmøde.

V – Gennemgang af det præjudicielle spørgsmål

A – Indledende betragtninger

16. Inden der gives et forslag til besvarelse af det præjudicielle spørgsmål, er det nødvendigt at foretage en række indledende betragtninger. For det første er det min opfattelse, at de formalitetsindsigelser, som kommunerne Cagno og Solbiate samt den italienske regering har fremsat, skal afvises.

17. På den ene side anfører de sagsøgte kommuner, at de i juni 2011, dvs. efter at de faktiske omstændigheder, der ligger til grund for nærværende præjudicielle forelæggelse, var opstået, og knap en måned inden selve forelæggelsen, tildelte den omtvistede tjenesteydelseskontrakt til ASPEM, denne gang efter forudgående afholdelse af offentligt udbud. Efter de sagsøgte opfattelse indebærer denne omstændighed, at rekurserne er formålsløse, og at det præjudicielle spørgsmål bør afvises. Jeg mener imidlertid ikke, at denne formalitetsindsigelse kan tages til følge, da det må formodes, at det fortsat er nødvendigt at træffe afgørelse i hovedsagen af hensyn til selskabet Econords interesser.

18. Efter min opfattelse bør der heller ikke gives medhold i den italienske regerings påstand om afvisning af det præjudicielle spørgsmål på grund af en utilstrækkelig beskrivelse af de retlige og faktiske omstændigheder i sagen. Navnlig anføres det, at Consiglio di Stato ikke har forelagt tilstrækkelige oplysninger om kapitalsammensætningen i ASPEM eller om selskabets vedtægter. Ikke desto mindre mener jeg, at Domstolen ud fra de forelagte oplysninger vil være i stand til at give Consiglio di Stato et brugbart svar, dog med det forbehold, at vurderingen af visse faktiske omstændigheder må henvises til nævnte organ.

19. Ud over disse to formalitetsindsigelser, som udtrykkeligt er fremsat af parterne, finder jeg det relevant at bemærke, at selv om Consiglio di Stato medvirker i den foreliggende sag i kraft af sin rådgivende funktion (ved at afgive en udtalelse inden for rammerne af en ekstraordinær rekurs for Den Italienske Republiks præsident), er det i retspraksis tidligere blevet fastslået, at dette organ kan anses for en retsinstans i den i artikel 267 TEUF omhandlede forstand⁵.

⁵ — Jf. dom af 16.10.1997, forenede sager C-69/96 - C-79/96, Garofalo m.fl., Sml. I, s. 5603, præmis 25-27, og af 23.12.2009, sag C-305/08, CoNISMa, Sml. I, s. 12129, præmis 25. Jf. ligeledes hvad angår Nederlandse Raad van State dom af 27.11.1973, sag 36/73, Nederlandse Spoorwegen, Sml. s. 1299.

20. Det skal afslutningsvis bemærkes, at det af sagens akter ikke tydeligt kan udledes, om den omtvistede tjenesteydelse var genstand for en tjenesteydelseskontrakt i henhold til direktiv 2004/18 eller en koncessionskontrakt, hvilket grundlæggende afhænger af, hvilken form for vederlag ASPEM modtager for tjenesteydelsen⁶. Imidlertid har dette forhold ingen relevans for det forelagte spørgsmål, eftersom Domstolen har fastslået, at dens praksis vedrørende in house-undtagelsen er relevant for fortolkningen af såvel direktiv 2004/18, der finder anvendelse på visse kontrakter, som artikel 25 TEU, 49 TEUF og 56 TEUF samt de almindelige principper, som disse bestemmelser er et specifikt udtryk for, og som skal overholdes i forbindelse med tildelingen af koncessioner⁷.

B – *Det præjudicielle spørgsmål*

21. Det fremgår temmelig tydeligt, at den foreliggende sag endnu engang omhandler fortolkningen af Teckal-dommen, som er den dom, der fastsætter de betingelser, hvorunder en offentlig myndighed må overdrage udførelsen af en tjenesteydelse til en særskilt juridisk person med kompetence på området uden behov for en forudgående licitation, såfremt »den lokale myndighed både underkaster den pågældende person en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene« (første betingelse fra Teckal-dommen), og »den pågældende person udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af« (anden betingelse fra Teckal-dommen)⁸. Ikke desto mindre skal det allerede på nuværende tidspunkt bemærkes, at det foreliggende præjudicielle spørgsmål vedrører den første af disse betingelser fra Teckal-dommen, mens den anden slet ikke er på tale.

22. Consiglio di Stato tager i sit spørgsmål ganske vist udgangspunkt i et formodet »princip om manglende relevans af den enkelte offentlige myndigheds stilling i det serviceselskab, hvori den har kapitalandele«, som lader til at være udledt af retspraksis fra Coditel-dommen⁹. Formuleringen er imidlertid ikke så heldig, navnlig fordi den kunne lede tanker i retning af, at Domstolen i den pågældende dom er gået langt videre, end hvad der efter min opfattelse har været hensigten. For at kunne give den forelæggende ret et brugbart svar bør det derfor afklares, om der i retspraksis på området for in house-kontrakter vitterligt er blevet formuleret et sådant princip.

23. Jeg mener kort sagt, at Consiglio di Statos spørgsmål hovedsageligt har til formål at få klarlagt, under hvilke omstændigheder det kan fastslås, at en offentlig myndighed, som er minoritetsaktionær eller sågar kun besidder en minimal kapitalandel i et serviceselskab, har mulighed for at udøve en »kontrol [med dette], der svarer til den kontrol, det fører med sine egne tjenestegrene«, og nærmere bestemt, om denne betingelse er opfyldt i et tilfælde som i den foreliggende sag, hvor »aftalerne mellem aktionærer indgået mellem offentlige myndigheder [endvidere] er uegnede til at give den deltagende kommune en effektiv kontrol med selskabet«.

24. Med udgangspunkt i denne forståelse af spørgsmålet vil jeg opdele min analyse i to dele. I første omgang vil jeg forsøge at fastslå, hvilke konkrete betingelser der skal være opfyldt i et tilfælde, hvor et serviceselskab ejes af en dominerende offentlig myndighed og en gruppe andre offentlige myndigheder med en svagere stilling, for at de sidstnævnte myndigheder kan anses for at udøve en »kontrol med det pågældende selskab svarende til den kontrol, de fører med deres egne tjenestegrene«. Dernæst vil jeg på baggrund af oplysningerne fra den forelæggende ret foretage en analyse af, om disse betingelser er opfyldt i den foreliggende sag.

6 — Jf. for så vidt angår retspraksis på dette område dom af 10.9.2009, sag C-206/08, Eurawasser, Sml. I, s. 8377, præmis 53 ff.

7 — Dom af 11.1.2005, sag C-26/03, Stadt Halle og RPL Lochau, Sml. I, s. 1, præmis 49, af 13.10.2005, sag C-458/03, Parking Brixen, Sml. I, s. 8585, præmis 62, og af 10.9.2009, sag C-573/07, Sea, Sml. s. 8127, præmis 35-37.

8 — Teckal-dommen, præmis 50.

9 — Dom af 13.11.2008, sag C-324/07, Coditel Brabant, Sml. I, s. 8457 (herefter »Coditel-dommen«).

C – En »tilsvarende kontrol« med et selskab, som ejes af flere offentlige myndigheder, når der foreligger en væsentlig uligevægt mellem den ene myndigheds indflydelse og de øvrige

1. Indledende betragtninger

25. Indledningsvis skal det erindres, at der ifølge fast retspraksis og af logiske årsager ikke er noget til hinder for, at kravet om en »tilsvarende kontrol« er opfyldt, når kapitalen i det tjenesteydende selskab ikke kun tilhører én, men flere offentlige myndigheder.

26. Det blev tydeligt fastslået i Coditel-dommen, at »[d]en kontrol, der føres med den koncessionshavende enhed, bør være effektiv, men det er ikke absolut nødvendigt, at den skal være individuel«, idet et krav om, »at den kontrol, der føres af en offentlig myndighed, i et sådant tilfælde skal være individuel, vil bevirke, at der pålægges en konkurrence i de fleste af de tilfælde, hvor det er en offentlig myndigheds hensigt at tilslutte sig et arbejdsfællesskab sammensat af andre offentlige myndigheder, som f.eks. et interkommunalt andelsselskab«¹⁰. Denne praksis blev bekræftet i Sea-dommen, hvori det i præmis 63 fastslås, at »hvis en offentlig myndighed bliver minoritetsdeltager i et offentligt ejet aktieselskab med henblik på at tildele dette selskab driften af en offentlig tjenesteydelse, kan den kontrol, som de offentlige myndigheder, der er tilsluttet dette selskab, fører med dette, betegnes som svarende til den kontrol, som de fører med deres egne tjenestegrene, når den er udført i fællesskab af disse myndigheder«.

27. Ud fra denne synsvinkel kunne det forhold, at den ordregivende myndighed, alene eller sammen med andre offentlige myndigheder, ejer den samlede kapital i serviceselskabet, endvidere tyde på, at den ordregivende myndighed udøver en kontrol med dette selskab, som »svarer til« den kontrol, det fører med sine egne tjenestegrene¹¹. Sidstnævnte påstand skal imidlertid suppleres med to vigtige præciseringer.

a) Deltagelsen af en privat part udelukker de offentlige myndigheders mulighed for at udøve en »tilsvarende kontrol« over selskabet

28. For det første »udelukker den omstændighed, at en privat virksomhed ejer en andel af kapitalen i et selskab, som den pågældende ordregivende myndighed også ejer en andel af, under alle omstændigheder, at den ordregivende myndighed kan udøve en kontrol over dette selskab, som svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, også selv om den private virksomheds andel kun er en minoritetsandel«¹². Denne præcisering kan vise sig at være relevant for den foreliggende sag, for selv om det lader til, at ASPEM på tidspunktet for de omtvistede tildelinger var 100% offentligt ejet, har Kommissionen påpeget, at kontrollen med selskabet den 15. juni 2009 overgik til koncernen A2A, som er et aktieselskab, hvis selskabskapital kan være delvist ejet af private aktionærer.

29. I henhold til den nævnte dom i Sea-sagen udgør den omstændighed, »at private aktionærer senere [end den direkte tildeling af tjenesteydelsen], men stadig i løbet af denne kontrakts varighed, får adgang til at deltage i det nævnte selskabs kapital, en ændring af en grundlæggende kontraktbetingelse, som gør det nødvendigt at afholde en udbudsprocedure«¹³. Hvis det således i den foreliggende sag fastslås, at der er indskudt privat kapital i selskabet, mens kontrakten eller koncessionen var i kraft, vil dette forhold være tilstrækkeligt til med det samme at kunne udelukke, at kravet om tilsvarende kontrol er opfyldt. Det tilkommer dog under alle omstændigheder den nationale ret at afgøre disse punkter.

10 — Coditel-dommen, præmis 46 og 47.

11 — Jf. bl.a. dom af 11.5.2006, sag C-340/04, Carbotermo og Corsorzio Alisei, Sml. I, s. 4137 (herefter »Carbotermo-dommen«), præmis 37.

12 — Sea-dommen, præmis 46 og den deri nævnte retspraksis.

13 — Sea-dommen, præmis 53.

b) Det forhold, at selskabet er 100% offentligt ejet, er ikke et afgørende indicium

30. For det andet skal det allerede nu bemærkes, at retspraksis heller ikke anser det forhold, at serviceselskabet er 100% offentligt ejet, for et afgørende indicium for, at hver eneste af de medejende myndigheder udøver en »kontrol over dette selskab, som svarer til den kontrol, de fører med deres egne tjenestegrene«¹⁴.

31. Uanset om serviceselskabet er 100% offentligt ejet, skal der, således som fastslået af Domstolen, foretages en bedømmelse af den første betingelse fra Teckal-dommen, hvorefter »samtlige relevante lovbestemmelser og faktiske omstændigheder« skal tages i betragtning, ligesom »[d]et skal fremgå af undersøgelsen, at det kontraherende selskab er underlagt en kontrol, der gør det muligt for den ordregivende myndighed at påvirke selskabets beslutninger. Indflydelsen skal være bestemmende såvel i forhold til de strategiske målsætninger som i forhold til dette selskabs vigtige beslutninger«¹⁵.

2. Vedrørende det såkaldte »princip om manglende relevans«

32. Hvad angår kernen i det forelagte spørgsmål vil det være hensigtsmæssigt at begynde med at se på det udtryk, som den forelæggende ret anvender til at opsummere retspraksis på området, nemlig det såkaldte »princip om manglende relevans« af den enkelte offentlige myndigheds stilling i det serviceselskab, hvori den ejer en kapitalandel.

33. Som vi har set, blev det i dommene i sagerne Coditel og Sea fastslået, at kravet om en »tilsvarende kontrol«, selv i de tilfælde, hvor de offentlige myndigheder kun ejer en minoritetsandel af kapitalen i koncessionsselskabet, godt kan være opfyldt, så længe den kontrol, der udøves sammen med de øvrige ejere af det kontraherende selskab, er effektiv.

34. Dette betyder efter min opfattelse, at den ordregivende offentlige myndighed skal kunne deltage i den effektive kontrol med koncessionsselskabet, i en grad, som mindst svarer til den relative indflydelse, som den pågældende ordregivende myndighed har blandt gruppen af offentlige myndigheder, der sammen kontrollerer serviceselskabet. Ved bedømmelsen af denne relative indflydelse kan der anvendes kriterier såsom størrelsen af den offentlige myndigheds budget, indbyggertallet eller dens behov i forbindelse med den tjenesteydelse, der leveres af det nævnte selskab.

35. Anvendes terminologien fra det præjudicielle spørgsmål, er det, som er »irrelevant« i forbindelse med den første betingelse fra Teckal-dommen, ikke den offentlige myndigheds stilling i forbindelse med den effektive kontrol med koncessionsselskabet eller dens andel heri, men derimod dens stilling i forbindelse med selskabets kapital eller dens andel heri. I begge tilfælde (andel i kontrollen og andel i selskabskapitalen) kan der være tale om minoritetsandele, men begge skal være til stede i et vist omfang.

14 — Carbotermo-dommen, præmis 37, og Sea-dommen, præmis 45. Jf. i samme retning Coditel-dommen, præmis 31.

15 — Parking Brixen-dommen, præmis 65, og Carbotermo-dommen, præmis 26, dom af 17.7.2008, sag C-371/05, Kommissionen mod Italien, præmis 24, samt Coditel-dommen, præmis 28, og Sea-dommen, præmis 65.

36. Derfor bør der foretages en betydelig nuancering af det »princip om manglende relevans«, som anvendes i det præjudicielle spørgsmål, ligesom kravet om »tilsvarende kontrol« i tilfælde af kollektiv kontrol med serviceselskabet kun kan opfyldes, såfremt hver eneste af de ordregivende offentlige myndigheder i sig selv har mulighed for, i større eller mindre grad, at påvirke såvel serviceselskabets »strategiske målsætninger« som dets »vigtige beslutninger«¹⁶. Hvis det for at kunne anvende in house-undtagelsen var tilstrækkeligt at eje en mindre (og sågar symbolsk) andel af selskabskapitalen, ville kravet om »tilsvarende kontrol« blive helt indholdsløst¹⁷.

3. Kriterierne om manglende selvstændighed og markedsorientering

37. Når dette er sagt, kan de betingelser, der skal være opfyldt for at kunne fastslå, at en offentlig myndighed med en minoritetsandel udøver såkaldt »bestemmende indflydelse« på serviceselskabets beslutninger og målsætninger, inddeles i to kategorier: manglende selvstændighed og manglende markedsorientering.

38. I sin dom af 19. april 2007, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)¹⁸, fastslog Domstolen, at fire selvstyrende regioner i Spanien udøvede en »kontrol med den [offentlige] virksomhed [Tragsa], der svarer til den, som de fører med deres egne tjenestegrene«, og det til trods for, at alle fire tilsammen kun ejede 1% af selskabskapitalen (0,25% hver) mod de 99%, som var ejet af den spanske stat. Situationen adskilte sig ikke væsentligt fra situationen i Consorcio Aziende Metano-sagen (Coname), hvor det knap to år forinden blev fastslået, at en kapitalandel på 0,97% i det kontraherende selskab i sig selv var for lille til, at der kunne være tale om en »tilsvarende kontrol«¹⁹. Ikke desto mindre var afgørelsen i Tragsa-sagen baseret på specifikke omstændigheder som f.eks. det forhold, at serviceselskabet var forpligtet til at udføre de bestillinger, som blev overdraget selskabet af de nævnte selvstyrende regioner, ikke frit kunne fastsætte sine takster for disse foranstaltninger, samt at dets forbindelse til regionerne ikke var af kontraktmæssig karakter²⁰.

39. Dette kan være forklaringen på, hvorfor det siden hen udtrykkeligt er blevet fastslået i retspraksis, at kravet om tilsvarende kontrol i Asemfo-sagen kun kunne anses for opfyldt med en kapitalandel på 0,25%, fordi der forelå »visse omstændigheder«²¹.

40. Coditel-dommen støttede denne antagelse. Heri vurderede Domstolen den første betingelse fra Teckal-dommen og fremhævede det forhold, at koncessionshaveren var et interkommunalt andelsselskab, hvis bestyrelse var sammensat af repræsentanter for tilsluttede kommuner, der var udnævnt af generalforsamlingen, som på sin side var sammensat af repræsentanter for disse kommuner. På denne måde kontrollerede alle de tilsluttede kommuner i fællesskab de besluttende

16 — Parking Brixen-dommen, præmis 65, og Coditel-dommen, præmis 28. Selv om der i retspraksis her tales om »bestemmende indflydelse«, er det min opfattelse, at adjektivet henviser til den kontrol, som de offentlige myndigheder udøver i fællesskab, og at dette krav skal modificeres i sådanne tilfælde af kollektiv kontrol.

17 — I denne forbindelse er det ikke irrelevant, at der i Teckal-dommen anvendes ental, når der tales om, at »den lokale myndighed« skal udøve en tilsvarende kontrol, mens det i forbindelse med formuleringen af den anden betingelse kræves, at det pågældende selskab udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med »den eller de lokale myndigheder«, den ejes af. Dette udelukker efter min opfattelse muligheden for i den foreliggende sag at foretage en analog anvendelse af afgørelsen i Carbotermo-sagen, præmis 70, for så vidt angår den anden betingelse fra Teckal-dommen.

18 — Sag C-295/05, Sml. I, s. 2999.

19 — Dom af 21.7.2005, sag C-231/03, Sml. I, s. 7287, præmis 24.

20 — Asemfo-dommen, præmis 60. Det er dette kvalitative element, der adskiller Coname-sagen fra Asemfo-sagen. Som det bemærkes i Coditel-dommen, berørte Domstolen »imidlertid ikke i denne passus i dommen spørgsmålet om, hvorvidt en sådan kontrol kunne føres samlet« (Coditel-dommen, præmis 52). Det skal under alle omstændigheder understreges, at det kontraherende selskab i Coname-sagen i hvert fald delvist var åbent for privat kapital (Coname-dommen, præmis 26).

21 — Coditel-dommen, præmis 53.

organer i selskabet, ikke mindst bestyrelsen, som havde vidtgående beføjelser, og som var det organ, der fastsatte tariffene²². Endvidere fastslog Domstolen, at serviceselskabet primært forfulgte formål af kommunal interesse og savnede markedsorientering, idet selskabet ikke kunne fungere som ethvert andet andelsselskab eller aktieselskab, der kan fastsætte sine formål uafhængigt af dets aktionærer²³.

41. Domstolen foretog en tilsvarende analyse i Sea-dommen. På den ene side blev det taget i betragtning, at serviceselskabets vedtægter var blevet ændret med henblik på at tillægge generalforsamlingen og bestyrelsen beslutningsprocesser, som havde til formål at sikre en styrket kontrol. Det drejede sig nærmere bestemt om en fælles tilsynsmyndighed og et antal tekniske udvalg, der alle bestod af repræsentanter fra de deltagende myndigheder. Generalforsamlingen var forpligtet til at tage hensyn til de retningslinjer, der blev vedtaget af ovennævnte tilsynsmyndighed og udvalg²⁴. Endelig er det væsentligt at bemærke, at det i dommen blev fastslået, at serviceselskabet ikke lod til at have markedsorientering, idet »det geografiske område for det i hovedsagen kontraherende selskabs virksomhed ikke rækker ud over områderne for de kommuner, der er aktionærer, dels på, at dette selskab har som formål kun at udføre offentlige tjenesteydelser for disse kommuner«²⁵.

42. Det centrale element i hele denne analyse af retspraksis består således i, at serviceselskabet ikke må have en selvstændighed, som forhindrer de lokale offentlige myndigheder i at føre en kontrol med det, der svarer til den kontrol, som de fører med deres egne tjenestegrene²⁶.

43. Således fører en omhyggelig læsning af Teckal-dommen, hvori in house-betingelserne første gang blev formuleret, umiddelbart til den konklusion, at grundlaget for denne undtagelse fra det generelle krav om offentligt udbud består i, at der mellem den ordregivende myndighed og serviceselskabet ikke kan eksistere et kontraktmæssigt forhold i snæver forstand, eftersom der ikke er »enighed mellem to uafhængige parter, som repræsenterer forskellige legitime interesser«²⁷.

44. Med andre ord kan in house-ordningen kun finde anvendelse, når serviceselskabet ikke har status som »tredjemand« i forhold til den ordregivende myndighed, og i den forbindelse er det nødvendigt at godtgøre, at serviceselskabet ikke har nogen som helst selvstændighed i forhold til myndigheden, som i dette tilfælde udøver sin beføjelse til selv at organisere sine tjenester²⁸.

45. Det var denne analysemodel, som blev anvendt i Asemfo-sagen, hvori Domstolen som nævnt fandt, at der forelå en »tilsvarende kontrol« på det grundlag, at serviceselskabet savnede selvstændighed til at fastsætte sine egne tariffes og angiveligt til at bestemme, hvilke opgaver det skulle påtage sig.

46. Efter min opfattelse er den mere krævende undersøgelse, som blev foretaget i Coditel- og Sea-dommene, imidlertid langt mere fyldestgørende og nøjagtig, idet der her som nævnt blev taget hensyn til to omstændigheder på samme tid: på den ene side den offentlige myndigheds vedtægtsmæssige stilling i serviceselskabets ledelsesorganer, og på den anden side det pågældende selskabs manglende »markedsorientering«.

22 — Coditel-dommen, præmis 33-35.

23 — Coditel-dommen, præmis 36-38.

24 — Domstolen fandt imidlertid, at der herskede tvivl om effektiviteten af denne kontrol, og hjemviste fortolkningen af dette punkt til den forelæggende ret. Sea-dommen, præmis 81-88.

25 — Sea-dommen, præmis 73-76.

26 — Jf. Coditel-dommen, præmis 39.

27 — Forslag til afgørelse fremsat af generaladvokat Cosmas den 1.7.1999 i Teckal-sagen, punkt 64.

28 — Jf. i forbindelse med dette punkt M.A. Bernal Blay, »Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones »in house«), *Revista española de Derecho administrativo*, nr. 137, 2008.

47. Ganske vist udgør disse to elementer blot en formodning om ovennævnte mangel på selvstændighed, men jeg mener dog, at der opnås en større garanti for, at der eksisterer en »tilsvarende kontrol«, hvis det kræves, at begge disse omstændigheder foreligger. Efter min opfattelse er det stort set umuligt at konstatere en sådan tilsvarende kontrol, medmindre de ordregivende myndigheder er direkte repræsenteret i ledelsesorganerne, dvs. at de har en vedtægtsmæssig stilling, som garanterer en »bestemmende indflydelse« i beslutningsprocessen, sådan som det kræves i henhold til retspraksis.

48. Kort sagt finder jeg således, at de ordregivende myndigheder udøver en tilsvarende kontrol med det kontraherende selskab, når de har en vedtægtsmæssig stilling, der giver dem mulighed for i fællesskab at påvirke det pågældende selskabs vigtige beslutninger og strategiske målsætninger. Under alle omstændigheder kan selskabet ikke udelukkende være kontrolleret af den offentlige myndighed, som har en majoritetsandel.

49. På tilsvarende vis skal det undersøges, om selskabet savner markedsorientering og navnlig selvstændighed med hensyn til at træffe beslutninger i forhold til de offentlige myndigheder, der kontrollerer selskabet i fællesskab.

D – Vurdering af betingelserne for »tilsvarende kontrol« i den foreliggende sag

50. I forbindelse med anvendelsen af de ovenfor beskrevne faktorer på den foreliggende sag skal det indledningsvis bemærkes, at den forelæggende ret kun har givet begrænsede oplysninger til brug i denne henseende.

51. Hvad for det første angår kommunerne Cagno og Solbiates mulige repræsentation i selskabet ASPEM's ledelsesorganer anføres det i det præjudicielle spørgsmål, at en aftale indgået mellem selskabet og de kommuner, der har en minoritetsandel, under alle omstændigheder giver disse kommuner ret til at blive »taget i samråd«, udnævne en repræsentant til tilsynsrådet og udnævne et bestyrelsesmedlem efter fælles overenskomst med alle de øvrige kommuner, der er tilsluttet den fælleskommunale aftale.

52. I den foreliggende sag har minoritetsaktionærerne således en vis repræsentation i selskabets ledelsesorganer, som rækker ud over deres symbolske andel i selskabskapitalen. Det må imidlertid medgives, at udnævnelsen af et bestyrelsesmedlem efter fælles overenskomst mellem samtlige minoritetsaktionærer (36 kommuner i alt), udnævnelsen af en repræsentant til tilsynsrådet, ligeledes i fælles enighed, samt eksistensen af en abstrakt »ret til samråd« på halvårlig basis muligvis ikke er tilstrækkeligt til at fastslå, at de nævnte kommuner har mulighed for effektivt at påvirke selskabet ASPEM's »strategiske målsætninger« og »vigtige beslutninger«.

53. For det andet er det nærliggende at konkludere, at den retlige virkning af aktionæraftalen, hvori denne repræsentation er nedfældet, kan betvivles, og at den nævnte »ret til samråd« med hensyn til »udførelsen af tjenesteydelsen«²⁹ ikke er nogen garanti for, at denne ret også omfatter selskabets »vigtige beslutninger« og »strategiske målsætninger«, når disse betragtes som en helhed³⁰.

29 — Således har de to berørte kommuner anført i deres skriftlige indlæg.

30 — Jeg er på dette punkt enig med den opfattelse, som generaladvokat Geelhoed giver udtryk for i sit forslag til afgørelse fremsat den 28.9.2006 i Asemfo-sagen, ifølge hvilken kontrollen »med udformningen og udførelsen af enkelte arbejder og projekter - som er en uadskillelig del af enhver kontrakt, som en offentlig myndighed tildeler en egen tjeneste eller en ekstern juridisk person - ikke [er] den kontrol, som Domstolen refererer til, når den taler om, at »indflydelsen skal være bestemmende såvel i forhold til i dette tilfælde: den »egne« operationelle tjenestes strategiske formål som i forhold til dens vigtige beslutninger« (punkt 98).

54. Ved første øjekast, og forudsat at den forelæggende ret ikke foretager en endelig vurdering, der går i modsat retning, lader selskabet således til først og fremmest at være afhængigt af majoritetsaktionæren, mens minoritetsaktionærernes rolle i forbindelse med den faktiske kontrol over selskabet er diskutabel.

55. Den italienske regering lader til at have en tilsvarende opfattelse, når den anfører, at »de 36 tilsluttede kommuner, selv hvis de på permanent vis foretog en samordnet indsats, ikke ville have nogen reel indflydelse på selskabet, som definitivt (i det mindste frem til den 15.1.2009) tilhører Varese Kommune, og som i intet tilfælde vil kunne anses for at være en del af organisationsstrukturen i en af de 36 kommuner«. Endelig indtager Kommissionen en lignende holdning.

56. På den anden side er det for at kunne bedømme, om ASPEM har en »markedsorientering«, som svækker den kontrol, der udøves af de myndigheder, der har andele i selskabet, også nødvendigt at undersøge faktorer såsom den geografiske og faktiske rækkevidde af det pågældende selskabs virksomhed såvel som selskabets mulighed for at etablere forbindelser med virksomheder i den private sektor, således som det fastslås i præmis 73 i Sea-dommen.

57. Imidlertid indeholder den præjudicielle forelæggelseskendelse stort set ingen tydelige oplysninger herom. Den italienske regering anfører, at ASPEM lader til at have et »særligt vidtrækkende« formål (som ikke kun omfatter driften af den samlede cyklus i forbindelse med husholdningsaffald, men derimod også energiproduktion, forsyning af drikkevand samt varmforsyning), og at selskabet i henhold til dets vedtægter kan konkurrere med andre virksomheder i sektoren og deltage i offentlige udbud.

58. Det forhold, at ASPEM ville kunne tilbyde sine tjenesteydelser til økonomiske aktører i den private sektor, ville i henhold til retspraksis helt sikkert ikke være tilstrækkeligt til at fastslå, at selskabet har en »markedsorientering«. Som det tydeligt fremgår af Sea-dommen, ville den anden betingelse fra Teckal-dommen (at det kontraherende selskab skal udføre hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de myndigheder, det kontrolleres af) ikke have noget formål, hvis den første betingelse blev fortolket således, at den forbyder enhver supplerende virksomhed, herunder i den private sektor³¹.

59. Ikke desto mindre kan man ikke se bort fra, at det forhold, at ASPEM har et særligt vidtrækkende formål og i givet fald vil kunne tilbyde tjenesteydelser, som den offentlige myndighed med en minoritetsandel stort set ikke vil have mulighed for at påvirke, kunne være et tegn på, at det pågældende serviceselskab nyder en grad af selvstændighed, der kunne svække den kontrol, som udføres af de offentlige myndigheder, der ejer minoritetsandele heri.

60. Det burde således på nuværende tidspunkt tydeligt fremgå, at den grundlæggende problemstilling ikke består i, om kommunerne Cagno og Solbiates kapitalandele i ASPEM er åbenlyst minimale, men om de supplerende kontrolbeføjelser, som de er blevet givet, også selv om disse udøves i fællesskab, er klart utilstrækkelige til, at der kan være tale om en »bestemmende« indflydelse med hensyn til beslutningstagning og fastsættelse af selskabets formål og ikke mindst, at selskabet mangler selvstændighed i forhold til kommunerne.

61. Jeg må dog fastholde, at de forhåndenværende oplysninger ikke er tilstrækkelig konkrete, da jeg f.eks. ikke har kendskab til omfanget af den halvårige »ret til samråd«, det af minoritetsaktionærerne udnævnte bestyrelsesmedlems muligheder for indflydelse eller den indgåede aktionæraftales reelle retlige virkning.

31 — Sea-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 79-80.

62. Det tilkommer således den nationale ret at bedømme sagens omstændigheder. Det skal dog erindres, at den forelæggende ret, Consiglio di Stato, i sit spørgsmål udtrykkeligt har angivet sit eget syn på sagen: »Aftalerne mellem aktionærer indgået mellem offentlige myndigheder er uegnede til at give den deltagende kommune en effektiv kontrol med selskabet«, hvorfor »erhvervelsen af en andel i selskabet udelukkende kan betragtes som formelt grundlag for en tjenesteydelseskontrakt«.

63. I betragtning af denne formulering, og såfremt ovenstående kan bekræftes, er det min opfattelse, at det præjudicielle spørgsmål kun kan besvares således, at kravet om, at den ordregivende myndighed skal udøve »en kontrol med det kontraherende selskab, der svarer til den kontrol, som den fører med sine egne tjenestegrene«, ikke lader til at være opfyldt i tilfælde, hvor de ordregivende myndigheder som i den foreliggende sag (hver især) ejer én enkelt aktie i serviceselskabet, og hvor de aktionæraftaler, der er indgået mellem de offentlige myndigheder, ikke giver de pågældende kommuner en effektiv kontrol med serviceselskabet.

64. Således tyder alt på, at der i den foreliggende sag ikke er sket opfyldelse af betingelsen om, at de offentlige myndigheder skal være repræsenteret i selskabets ledelsesorganer og navnlig være med til at træffe vigtige beslutninger for selskabet, i det mindste i en grad, der svarer til den ordregivende myndigheds relative indflydelse inden for gruppen af offentlige myndigheder, som tilsammen kontrollerer serviceselskabet, og så længe selskabet ikke har en »markedsorientering«, som gør det muligt at svække den kontrol, som myndigheden kan udøve. Til at vurdere den nævnte relative indflydelse kan der anvendes kriterier såsom størrelsen af den offentlige myndigheds budget, indbyggertallet eller behovet i forbindelse med den tjenesteydelse, der leveres af det nævnte selskab.

65. Såfremt alle de af gennemgangen af de faktiske omstændigheder udledte konklusioner bekræftes, ville en anderledes vurdering end denne medføre en øget risiko for lovomgåelse, idet de offentlige myndigheder ville få mulighed for at omgå kravene i bestemmelserne om offentlige udbud ved at supplere en minimal ejerandel med en rent formel repræsentation i selskabets ledelse og beslutningstagning. Uanset om den er kollektiv eller ej, skal deltagelsen i kontrollen være effektiv, og en aktionæraftale, der indfører rent »kosmetiske« eller symbolske ændringer i selskabets ledelsesorganer, forekommer ikke at være tilstrækkelig til at sikre en sådan effektivitet.

66. Sammenfattende mener jeg, at en lang række formodninger leder til den konklusion, at kommunerne Cagno og Solbiates repræsentation i selskabet ASPEM ikke er tilstrækkelig til, at kravet om »tilsvarende kontrol« kan anses for opfyldt. Det tilkommer imidlertid den nationale ret at bedømme de konkrete omstændigheder i sagen.

VI – Forslag til afgørelse

67. Jeg foreslår derfor Domstolen at besvare Consiglio di Statos anmodning om præjudiciel afgørelse således:

»For så vidt angår in house-undtagelsen er det i princippet irrelevant, om en offentlig myndighed ejer en minoritets- eller majoritetsandel af kapitalen i det serviceselskab, som den ønsker at tildele driften af en tjenesteydelse. På den anden side kan der ikke være tale om et »princip om manglende relevans« for så vidt angår den pågældende offentlige myndigheds stilling med hensyn til den effektive kontrol af serviceselskabet.

In house-undtagelsen kan i særdeleshed ikke gøres gældende i et tilfælde, hvor hver af de pågældende ordregivende myndigheder på den ene side kun ejer én enkelt aktie i serviceselskabet, og hvor aktionæraftalerne mellem de offentlige myndigheder på den anden side ikke tildeler den pågældende deltagende kommune en betydelig og forholdsmæssig kontrol med serviceselskabet. Det tilkommer den nationale ret at foretage en endelig bedømmelse af disse omstændigheder.«