

DOMSTOLENS DOM (Tredje Afdeling)

13. november 2008 \*

I sag C-324/07,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Conseil d'État (Belgien) ved afgørelse af 3. juli 2007, indgået til Domstolen den 12. juli 2007, i sagen:

**Coditel Brabant SA**

mod

**Commune d'Uccle,**

**Région de Bruxelles-Capitale,**

procesdeltagere:

**Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (Brutélé),**

har

\* Processprog: fransk.

DOMSTOLEN (Tredje Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, A. Rosas, og dommerne A. Ó Caoimh, J.N. Cunha Rodrigues (refererende dommer), J. Klučka og A. Arabadjiev,

generaladvokat: V. Trstenjak  
justitssekretær: fuldmægtig C. Strömholm,

på grundlag af den skriftlige forhandling efter retsmødet den 9. april 2008,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Coditel Brabant SA ved avocats F. Tulkens og V. Ost
  
- Commune d’Uccle ved avocat P. Coenraets
  
- Société Intercommunale la Diffusion de la Télévision (Brutélé) ved avocats N. Fortemps og J. Bourtembourg
  
- den belgiske regering ved J.C. Halleux, som befuldmægtiget, bistået af avocat B. Staelens

- den tyske regering ved M. Lumma og J. Möller, som befuldmægtiget
  
  
  
  
  
  
  
  
  
  
- den nederlandske regering ved C. Wissels og Y. de Vries, som befuldmægtigede
  
  
  
  
  
  
  
  
  
  
- Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved B. Stromsky og D. Kukovec, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 4. juni 2008,

afsagt følgende

## Dom

<sup>1</sup> Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 43 EF og 49 EF, ligebehandlingsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet og den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger heraf.

- 2 Denne anmodning er blevet fremsat i en sag, der føres af Coditel Brabant SA (herefter »Coditel«), dels mod Uccle kommune og hovedstadsregionen Bruxelles, dels mod Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (Brutélé) (herefter »Brutélé«), i forbindelse med Uccle kommunes tildeling af driften af sit kommunale teledistributionsnet til et interkommunalt andelsselskab.

## Retsforskrifter

### *Den nationale lovgivning*

- 3 Artikel 1 lov af 22. december 1986 om interkommunale sammenslutninger (*Moniteur belge* af 26.6.1987, s. 9909, herefter »lov om interkommunale sammenslutninger«) har følgende ordlyd:

»Flere kommuner kan på de betingelser, der er fastsat i denne lov, sammenslutte sig med henblik på at nå visse mål af kommunal interesse. Disse sammenslutninger betegnes herefter som interkommunale.«

- 4 Denne lovs artikel 3 bestemmer:

»Interkommunale sammenslutninger er offentligretlige juridiske personer, som uanset deres form og formål ikke er af erhvervs- eller forretningsmæssig karakter.«

5 Nævnte lovs artikel 10 bestemmer:

»Enhver interkommunal sammenslutning skal bestå af en generalforsamling, en bestyrelse og et udvalg af kommissærer.«

6 Samme lovs artikel 11 har følgende ordlyd:

»Uanset hvilken andel de forskellige parter har i stiftelsen af kapitalen, råder kommunerne altid over flertallet af stemmerne og formandskabet i de forskellige interkommunale drifts- og kontrolorganer.«

7 Artikel 12 i lov om interkommunale sammenslutninger har følgende ordlyd:

»Generalforsamlingsrepræsentanterne vælges af kommunalbestyrelsen i hver kommune blandt byrådsmedlemmer, borgmesteren og viceborgmestrene.

Hver kommunes stemmerettigheder på generalforsamlingen svarer til dens selskabsandele.«

**Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål**

- 8 I perioden fra 1969 til 1999 gav Uccle kommune Coditel tilladelse til installering og drift af et teledistributionsnet på kommunens område. Den 28. oktober 1999 besluttede kommunen at tilbagekøbe dette net med virkning fra den 1. januar 2000.
- 9 Med henblik herpå besluttede Uccle kommune ligeledes den 28. oktober 1999 at iværksatte en udbudsprocedure for at tildele den fremtidige koncessionshaver driften af det pågældende net. Fire selskaber, herunder Coditel, indgav bud under udbudsproceduren.
- 10 Den 25. maj 2000 besluttede Uccle kommune at give afkald på at tildele koncession på driften af dens teledistributionsnet og at sælge det pågældende net.
- 11 En udbudsbekendtgørelse til potentielle købere blev offentliggjort i *Bulletin des adjudications* den 15. september 2000. Fem selskaber, herunder Coditel, indgav bud. Derudover havde Brutélé, et interkommunalt andelsselskab, afgivet et tilbud til Uccle kommune, dog var der ikke tale om et købstilbud, men derimod et forslag om tilslutning som tilknyttet.
- 12 Uccle kommune besluttede den 23. november 2000, eftersom den havde fundet, at fire ud af de fem bud var uantagelige, og at det eneste bud, som var antageligt — dvs. Coditels — var for lavt, at give afkald på salget af det kommunale teledistributionsnet.

13 Ligeledes den 23. november 2000 besluttede Uccle kommune at tilslutte sig Brutélé og tildelte sidstnævnte koncession på driften af kommunens teledistributionsnet.

14 Begrundelsen for denne beslutning indeholder navnlig følgende betragtninger:

»Bestyrelsen henser til, at Brutélé foreslår Uccle Kommune, såfremt den tilslutter sig, selv alene at udgøre en undersektor i driften med selvstændig beslutningstagning.

Bestyrelsen henser til, at denne selvstændighed bl.a. angår:

- valg af de distribuerede programmer
  
- tarifferne for abonnement og tilslutning
  
- investeringspolitik og arbejde
  
- rabat eller fordele, der indrømmes visse personkategorier
  
- karakteren af og omstændighederne ved de andre tjenester, der kan ydes via nettet, og muligheden for at overlade det til det interkommunale selskab at stå for projekter af kommunal interesse, som opfylder de vedtægtsmæssige formål, såsom realisering af et kommunalt intranet, en webside og personaleuddannelse med henblik herpå.

Bestyrelsen henser til, at inden for disse rammer

- etablerer Brutélé en oversigt over resultaterne og aktiviteterne på nettet i Uccle, ligesom
- Uccle [kommune] er repræsenteret ved en administrator i Brutélés bestyrelse og ved tre administratorer i driftssektorudvalget i Bruxelles, en revisor og en kommunal sagkyndig.

Bestyrelsen henser til, at Brutélé forpligter sig til at dække hele Uccles net og at forhøje nettets kapacitet for dér, inden for maksimalt et år, at udvikle samtlige nedenstående tjenester, såfremt kommunen ønsker det:

- udvidelse af tv-udbuddet: tillægsprogrammer og »le bouquet«
- pay per view-programmer
- internet-adgang
- taletelefoni
- videoovervågning



— højhastighedstransmission af oplysninger.

Bestyrelsen henser til, at den tilbudte årlige afgift sammensættes således:

- a) fast afgift lig med 10% af indtægterne fra basisabonnement på teledistribution (på grundlag af 31 000 abonnenter) og 3 400 BEF i årlig abonnement (minus moms og ophavsretlige afgifter): 10 540 000 BEF/årligt
  
- b) betaling på 5% af omsætningen fra Canal + og le bouquet
  
- c) betaling af den samlede fortjeneste opnået ved samtlige leverede ydelser.«

15 Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at Uccle kommune skulle forpligte sig til at erhverve 76 selskabsandele i Brutélé, til et beløb på 200 000 BEF pr. selskabsandel. I øvrigt anmodede denne kommune Brutélé om — og fik — mulighed for ensidigt at udtræde af denne sammenslutning til enhver tid.

16 Det fremgår ligeledes af forelæggelsesafgørelsen, at Brutélé er et interkommunalt andelsselskab, hvis deltagere er kommuner og en interkommunal sammenslutning, der selv udelukkende omfatter kommuner. Brutélé er ikke åben for private deltagere. Bestyrelsen er sammensat af repræsentanter for kommuner — højst tre pr. kommune — der er udnævnt af generalforsamlingen, som på sin side er sammensat af kommunalrepræsentanter. Bestyrelsen har de mest vidtrækkende beføjelser.

- 17 Det følger ligeledes af forelæggelsesafgørelsen, at kommunerne er opdelt i to sektorer, hvoraf én omfatter kommunerne i Bruxelles-regionen, og disse kan underinddeles i undersektorer. I hver sektor udnævnes et sektorråd, sammensat af administratorer udnævnt af generalforsamlingen, bestående af selvstændige grupper, der repræsenterer indehaverne af selskabsandele for hver enkelt sektor med repræsentation af kommunerne. Bestyrelsen kan til sektorrådene delegere sine beføjelser vedrørende de særlige problemer med hensyn til undersektorerne, herunder anvendelse af tarifferne, arbejdsprogrammet og investeringsprogrammet, finansieringen af disse, reklamekampagner samt vedrørende de fælles problemer, der opstår i de forskellige undersektorer, som udgør driftssektoren. De øvrige vedtægtsmæssige organer i Brutélé er generalforsamlingen, hvis afgørelser er bindende for samtlige deltagere, generaldirektøren, udvalget af sagkyndige, som er kommunaltjenestemænd, hvis antal svarer til antallet af administratorer, og hvis opgave er at bistå administratorerne, samt udvalget af revisorer. Generaldirektøren, de sagkyndige og kommissærerne udnævnes alle, efter omstændighederne, enten af bestyrelsen eller af generalforsamlingen.
- 18 Det fremgår også af forelæggelsesafgørelsen, at Brutélé i det væsentlige realiserer sin virksomhed med de tilsluttede.
- 19 Coditel har i stævningen indgivet den 22. januar 2001 anlagt sag ved Belgiens Conseil d'État bl.a. med påstand om annullation af beslutningen af 23. november 2000, hvori Uccle kommune tilsluttede sig Brutélé. Coditel har i den forbindelse kritiseret den pågældende kommune for at tilslutte sig Brutélé ved at tildele dette selskab driften af kommunens teledistributionsnet uden at foretage en sammenligning af fordelene ved denne løsning i forhold til de fordele, som en koncession på kommunens teledistributionsnet til en anden operatør ville have givet. Coditel har påstået, at Uccle kommune ved denne fremgangsmåde angiveligt har tilsidesat princippet om forbud mod forskelsbehandling og den gennemsigtighedsforpligtelse, som er fastsat i fællesskabsretten.
- 20 Brutélé har bestridt denne påstand, idet selskabet har gjort gældende, at det er et »rent« interkommunalt selskab, hvis virksomhed tager sigte på — og er forbeholdt — de tilsluttede kommuner, og at selskabets vedtægter har gjort det muligt for Uccle kommune som en drifts-undersektor at føre en direkte og præcis kontrol med

selskabets aktiviteter i denne undersektor, som er fuldstændig identisk med den, den fører med sine egne interne tjenestegrene.

- 21 Ifølge Conseil d'État er Uccle kommunes tilslutning til Brutélé ikke et udbud af offentlige tjenesteydelseskontrakter, men en koncession på en offentlig tjeneste i fællesskabsretlig forstand. EF-direktiverne om offentlige udbud finder ikke anvendelse på en sådan koncession, men det principielle forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet medfører en pligt til gennemsigtighed ved tildelingen af koncessionen i henhold til den retspraksis, der fremgår af Domstolens dom af 7. december 2000, Telaustria et Telefonadress (sag C-324/98, Sml. I, s. 10745). For at opfylde de fællesskabsretlige krav burde kommunen have udbudt til konkurrence med henblik på at undersøge, om koncessionen på dens teledistributionstjeneste til andre økonomiske aktører end Brutélé var et gunstigere alternativ end det, som endelig blev valgt. Conseil d'État er i tvivl om, hvorvidt de fællesskabsretlige krav bør tilsidesættes i henhold til den retspraksis, der fremgår af Domstolens dom af 18. november 1999, Teckal (sag C-107/98, Sml. I, s. 8121), hvorefter kravene ikke finder anvendelse, såfremt den koncessionshavende myndighed henhører under den koncessionsgivende offentlige myndigheds kontrol og realiserer hovedparten af sin virksomhed sammen med sidstnævnte.
- 22 Under disse omstændigheder har Conseil d'État besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:
- »1) Kan en kommune uden udbud tilslutte sig et andelsselskab, der udelukkende består af andre kommuner og sammenslutninger af kommuner (forenklet: interkommunalt netværk) med henblik på at overlade andelsselskabet driften af kommunens teledistributionsnet med viden om, at selskabet realiserer hovedparten af sine aktiviteter alene med de tilsluttede og skadesløst for dem, og at afgørelserne i forbindelse med disse træffes af bestyrelsen og sektorrådene inden for grænserne af de delegationer, som bestyrelsen meddeler dem som vedtægtsmæssige organer, der er sammensat af repræsentanter for de offentlige myndigheder, og som træffer afgørelse ved stemmeflerhed blandt disse?

- 2) Kan den således udøvede kontrol, via de vedtægtsmæssige organer, foretaget af samtlige disse andelshavere, eller af en del heraf i forbindelse med sektorer eller drifts-undersektorer, vedrørende andelsselskabets afgørelser betragtes som en tilladelse for dem til at udøve en kontrol af dette svarende til den, som udøves vedrørende deres egne tjenestegrene?
  
- 3) Skal denne indflydelse og kontrol, for at kunne betegnes som »tilsvarende«, udøves individuelt af det enkelte tilsluttede medlem, eller er det tilstrækkeligt, at indflydelsen og kontrollen udøves af flertallet blandt de tilsluttede medlemmer?»

## Om de præjudicielle spørgsmål

### *Det første og det andet præjudicielle spørgsmål*

- <sup>23</sup> På grund af deres indholdsmæssige forbindelse er det hensigtsmæssigt at behandle første og andet spørgsmål under ét.
- <sup>24</sup> Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at Uccle kommune ved at tilslutte sig Brutélé overlod forvaltningen af kommunens teledistributionsnet til Brutélé. Det fremgår ligeledes, at betalingen til Brutélé ikke hidrører fra kommunen, men fra betalinger foretaget af brugerne af dette net. Denne form for vederlag er kendetegnende for en offentlig tjenesteydelseskoncession (dom af 13.10.2005, sag C-458/03, Parking Brixen, Sml. I, s. 8585, præmis 40).

- 25 Aftaler om offentlige tjenesteydelseskoncessioner er ikke omfattet af anvendelsesområdet for Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209. s. 1), der fandt anvendelse på tidspunktet for hovedsagens faktiske omstændigheder. Selv om de pågældende aftaler er udelukket fra anvendelsesområdet for dette direktiv, er de ordregivende myndigheder, der indgår aftalerne, ikke desto mindre forpligtet til at overholde EF-traktatens grundlæggende regler, princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet og om ligebehandling samt den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger heraf (jf. i denne retning *Telaustria* og *Telefonadressdommen*, præmis 60-62, og dom af 21.7.2005, sag C-231/03, *Coname*, Sml. I, s. 7287, præmis 16-19). Uden nødvendigvis at indebære en forpligtelse til at afholde et udbud, pålægger dette krav om gennemskuellighed den koncessionsgivende myndighed at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel koncessionshaver, der gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelserne for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske (jf. i denne retning *Telaustria* et *Telefonadressdommen*, præmis 62, og *Coname*-dommen, præmis 21).
- 26 Imidlertid er anvendelsen af artikel 12 EF, 43 EF og 49 EF samt de almindelige principper, som disse bestemmelser er et specifikt udtryk for, udelukket, hvis den kontrol, den offentlige myndighed fører med den kontraherende virksomhed, svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og hvis virksomheden realiserer hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de myndigheder, den ejes af (jf. i denne retning *Teckal*-dommen, præmis 50, og *Parking Brixen*-sagen, præmis 62).
- 27 Den forelæggende ret har i forbindelse med den anden af disse betingelser i forelæggelsesafgørelsen præciseret, at *Brutélé* realiserer hovedparten af sin virksomhed med de tilsluttede. Det står herefter tilbage at undersøge rækkevidden af den første betingelse, dvs. betingelsen om, at den kontrol, den offentlige koncessionsgivende myndighed fører med den koncessionshavende virksomhed, svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene.

- 28 Bedømmelsen af, om den kontrol, som en koncessionsgivende offentlig myndighed fører med den koncessionshavende virksomhed, svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, skal tage samtlige relevante lovbestemmelser og faktiske omstændigheder i betragtning. Det skal fremgå af undersøgelsen, at den pågældende kontraherende virksomhed er underlagt en kontrol, der gør det muligt for den ordregivende offentlige myndighed at påvirke virksomhedens beslutninger. Indflydelsen skal være bestemmende såvel i forhold til de strategiske målsætninger som i forhold til de vigtige beslutninger for denne virksomhed (jf. i denne retning Parking Brixen-dommen, præmis 65, og dom af 11.5.2006, sag C-340/04, Carbotermo og Consorzio Alisei, Sml. I, s. 4137, præmis 36).
- 29 Blandt de relevante faktiske omstændigheder, som kan udledes af forelæggelsesafgørelsen, skal der for det første foretages en undersøgelse af ordregivers indehavelse af kapital i den koncessionshavende enhed, for det andet sammensætningen af ordregiverens besluttende organer, og for det tredje rækkevidden af de beføjelser, der tillægges dens bestyrelse.
- 30 Det skal om den første omstændighed bemærkes, at det er udelukket, at en koncessionsgivende offentlig myndighed kan føre en kontrol over en koncessionshavende virksomhed, som svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, hvis en privat virksomhed ejer en andel af kapitalen i denne virksomhed (jf. i denne retning dom af 11.1.2005, sag C-26/03, Stadt Halle og RPL Lochau, Sml. I, s. 1, præmis 49).
- 31 Uden at være afgørende, tyder den omstændighed, at den koncessionsgivende offentlige myndighed sammen med andre offentlige myndigheder besidder den samlede kapital i et koncessionshavende selskab, derimod på, at denne offentlige myndighed fører en kontrol med dette selskab, der svarer til den, som den fører med sine egne tjenestegrene (dommen i sagen Carbotermo og Consorzio Alisei, præmis 37, og dom af 19.4.2007, sag C-295/05, Asemfo, Sml. I, s. 2999, præmis 57).

- 32 Det fremgår af forelæggelsesafgårelsen, at det koncessionshavende selskab i hovedsagen er et interkommunalt andelsselskab, hvis tilsluttede er kommuner og en interkommunal sammenslutning, der selv udelukkende omfatter kommuner, og at det ikke er åbent for private samarbejdspartnere.
- 33 For det andet fremgår det af sagen, at Brutélés bestyrelse er sammensat af repræsentanter for tilsluttede kommuner, der er udnævnt af generalforsamlingen, som på sin side er sammensat af tilsluttede kommunalrepræsentanter. Disse vælges i overensstemmelse med artikel 12 i lov om interkommunale sammenslutninger af kommunalbestyrelsen i de respektive kommuner blandt byrådsmedlemmer, borgmestrene og viceborgmestrene.
- 34 Den omstændighed, at Brutélés besluttende organer er sammensat af repræsentanter for de offentlige myndigheder, der er tilsluttet selskabet, tyder på, at sidstnævnte kontrollerer Brutélés besluttende organer og således er i stand til at udøve bestemmende indflydelse såvel i forhold til de strategiske målsætninger som i forhold til denne virksomheds vigtige beslutninger.
- 35 For det tredje fremgår det af sagens akter, at det er Brutélés bestyrelse, der udøver de mest vidtgående beføjelser. Det er bl.a. bestyrelsen, der fastsætter tariffjerne. Bestyrelsen har derudover mulighed for — men ikke pligt til — at delegere sine beføjelser vedrørende visse særlige problemer med hensyn til sektorerne eller undersektorerne til sektor- eller undersektorrådene.
- 36 Der opstår det spørgsmål, om Brutélé på dette grundlag har erhvervet en vis form for kontraktmæssig status og selvstændighed, som overflødiggør den kontrol, der føres af de offentlige myndigheder, som er tilsluttet Brutélé.

- 37 Det bemærkes i denne forbindelse, at Brutélé ikke er stiftet som et andelsselskab eller aktieselskab, der kan forfølge formål uafhængigt af dets aktionærer, men som et interkommunalt andelsselskab, der er reguleret ved lov om interkommunale sammenslutninger. De interkommunale sammenslutninger er derudover i henhold til denne lovs artikel 3 ikke af erhvervs- eller forretningsmæssig karakter.
- 38 Det synes at kunne udledes af denne lov — som suppleret ved Brutélés vedtægter — at selskabets vedtægtsmæssige formål er udførelsen af en opgave af kommunal interesse, med henblik på hvis gennemførelse det blev stiftet, og at det ikke forfølger en interesse, der er forskellig fra opgaven for de offentlige myndigheder, som er tilsluttet det.
- 39 Med forbehold af den forelæggende rets efterprøvelse af de faktiske omstændigheder følger det heraf, at Brutélé — til trods for udstrækningen af de beføjelser, der er tillagt selskabets bestyrelse — ikke har en selvstændighed, som udelukker, at de kommuner, der er tilsluttet selskabet, fører en kontrol med det, der svarer til den kontrol, som kommunerne fører med deres egne tjenestegrene.
- 40 Disse betragtninger gælder så meget desto mere i det tilfælde, hvor afgørelserne i forbindelse med det interkommunale andelsselskabs aktiviteter træffes af bestyrelsen i sektor- og undersektorrådene inden for grænserne af de delegationer, som bestyrelsen meddeler dem. Såfremt en eller flere tilsluttede kommuner således anerkendes som bestående af en sektor eller undersektor for dette selskabs aktiviteter, er den kontrol, som disse kommuner kan føre med de spørgsmål, der delegeres til bestyrelsen i sektor- og undersektorrådene, strengere end den kontrol, som de fører med alle de tilsluttede kommuner i det pågældende selskabs samlede organer.
- 41 Det følger heraf, at med forbehold af den forelæggende rets efterprøvelse af de faktiske omstændigheder i forbindelse med det pågældende interkommunale andelsselskabs selvstændighed, og under omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende, kan den kontrol, som de offentlige myndigheder, der er tilsluttet et sådant interkommunalt selskab, gennem vedtægtsmæssige organer fører vedrørende de afgørelser, som træffes



af dette selskab, anses for at gøre det muligt for disse myndigheder at føre en kontrol med dette selskab, der svarer til den, de fører med deres egne tjenestegrene.

42 Derfor skal det første og andet spørgsmål besvares således:

- Artikel 43 EF og 49 EF, ligebehandlingsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet og den gennemsigtighedsforpligtelse, der følger heraf, er ikke til hinder for, at en offentlig myndighed uden udbud tildeler en offentlig tjenesteydelseskoncession til et interkommunalt andelsselskab, hvis deltagere alle er offentlige myndigheder, for så vidt som disse offentlige myndigheder fører en kontrol med dette selskab, der svarer til den, myndighederne fører med deres egne tjenestegrene, og det pågældende selskab realiserer hovedparten af sin virksomhed sammen med disse offentlige myndigheder.
  
- Med forbehold af den forelæggende rets efterprøvelse af de faktiske omstændigheder i forbindelse med det pågældende selskabs selvstændighed, og under omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende, hvor afgørelserne vedrørende aktiviteterne hos et interkommunalt andelsselskab, som udelukkende ejes af offentlige myndigheder, træffes af dette selskabs vedtægtsmæssige organer, der består af repræsentanter for de deltagende offentlige myndigheder, kan den kontrol, der føres med disse afgørelser af nævnte offentlige myndigheder, anses for at gøre det muligt for disse at føre en kontrol med dette selskab, der svarer til den, de fører med deres egne tjenestegrene.

*Det tredje spørgsmål*

- 43 Med det tredje spørgsmål spørger den forelæggende ret nærmere bestemt om — i det tilfælde, hvor en offentlig myndighed tilslutter sig et interkommunalt andelsselskab, hvis deltagere alle er offentlige myndigheder, med henblik på at overdrage dette selskab driften af en offentlig tjeneste — den kontrol, som de myndigheder, der er tilsluttet dette selskab, fører med det, for at kunne betegnes som svarende til den, de fører med deres egne tjenestegrene, skal føres individuelt af den enkelte offentlige myndighed, eller om den kan føres i fællesskab af disse, som i givet fald træffer afgørelse ved stemmeflerhed.
- 44 På den ene side bemærkes, at det følger af Domstolens praksis, at såfremt et koncessionshavende selskab er ejet af flere offentlige myndigheder, kan betingelsen om hovedparten af dens aktivitet være opfyldt ved at tage den aktivitet, som denne virksomhed udfører sammen med samtlige disse myndigheder, i betragtning (jf. i denne retning dommen i sagen Carbotermo og Consorzio Alisei, præmis 70 og 71, og Asemfoddommen, præmis 62).
- 45 Det vil være sammenhængende med den argumentation, der ligger til grund for denne retspraksis, at antage, at betingelsen om den kontrol, der føres af de offentlige myndigheder, også kan opfyldes ved at tage hensyn til den kontrol, der i fællesskab føres med den koncessionshavende enhed af de offentlige myndigheder, der ejer selskabet.
- 46 Det forudsættes i retspraksis, at den kontrol, den offentlige myndighed fører med den koncessionshavende enhed, svarer til den, den fører med sine egne tjenestegrene, men ikke, at den på alle punkter er identisk med denne (jf. i denne retning Parking Brixendommen, præmis 62). Den kontrol, der føres med den koncessionshavende enhed, bør være effektiv, men det er ikke absolut nødvendigt, at den skal være individuel.

- 47 På den anden side er det, i det tilfælde, hvor flere offentlige myndigheder vælger at udføre deres public service-opgave under anvendelse af en fælles koncessionshavende enhed, normalt udelukket, at en af disse myndigheder — medmindre den ejer aktiemajoriteten i denne enhed — alene fører en afgørende kontrol med sidstnævntes afgørelser. At kræve, 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.
- 48 Et sådant resultat ville imidlertid ikke være i overensstemmelse med systemet af fællesskabsregler på området for offentlige kontrakter eller koncessioner. Det erkendes således, at en offentlig myndighed kan opfylde de opgaver, som påhviler den med hensyn til imødekommelse af almenhedens behov, gennem anvendelse af sine egne administrative, tekniske eller andre ressourcer, uden at være forpligtet til at gøre brug af eksterne organer, som ikke hører til dens tjenestegrene (Stadt Halle og RPL Lochau-dommen, præmis 48).
- 49 De offentlige myndigheder kan gøre brug af denne mulighed for at anvende deres egne ressourcer for at opfylde deres public service-opgaver i samarbejde med andre offentlige myndigheder (jf. i denne retning Asemfo-dommen, præmis 65).
- 50 Det tiltrædes derfor, at såfremt flere offentlige myndigheder ejer en koncessionshavende enhed, til hvilken de overdrager udførelsen af en af deres public service-opgaver, kan den kontrol, som de offentlige myndigheder fører med denne enhed, føres i fællesskab af dem.
- 51 Når det drejer sig om et kollegialt sammensat organ, er den procedure, der anvendes til at træffe afgørelse, bl.a. anvendelse af flertal, uden betydning.

- 52 Denne konklusion modsiges ikke af Coname-dommen. Domstolen har ganske vist i denne dom fastslået, at en selskabsdeltagelse på 0,97% er så lille, at den ikke giver en kommune mulighed for at føre kontrol med den koncessionshaver, som varetager en public service-opgave (jf. Coname-dommen, præmis 24). Domstolen berørte imidlertid ikke i denne passus i dommen spørgsmålet om, hvorvidt en sådan kontrol kunne føres samlet.
- 53 I øvrigt har Domstolen i en senere dom, nemlig i Asemfo-dommen (præmis 56-61), fastslået, at betingelsen om den kontrol, der føres af den offentlige myndighed, under visse omstændigheder kunne opfyldes i det tilfælde, hvor en sådan myndighed kun ejede 0,25% af en offentlig virksomheds kapital.
- 54 Derfor skal det tredje spørgsmål besvares med, at i det tilfælde, hvor en offentlig myndighed tilslutter sig et interkommunalt andelsselskab, hvis deltagere alle er offentlige myndigheder, med henblik på at overdrage dette selskab driften af en offentlig tjeneste, kan den kontrol, som de myndigheder, der er tilsluttet dette selskab, fører med det, for at kunne betegnes som svarende til den kontrol, de fører med deres egne tjenestegrene, føres i fællesskab af disse myndigheder, som i givet fald træffer afgørelse ved stemmeflerhed.

## Sagens omkostninger

- 55 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Tredje Afdeling) for ret:

- 1) Artikel 43 EF og 49 EF, ligebehandlingsprincippet, princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet og den gennemsligtighedsforpligtelse, der følger heraf, er ikke til hinder for, at en offentlig myndighed uden udbud tildeler en offentlig tjenesteydelseskoncession til et interkommunalt andelsselskab, hvis deltager alle er offentlige myndigheder, for så vidt som disse offentlige myndigheder fører en kontrol med dette selskab, der svarer til den, myndighederne fører med deres egne tjenestegrene, og det pågældende selskab realiserer hovedparten af sin virksomhed sammen med disse offentlige myndigheder.
- 2) Med forbehold af den forelæggende rets efterprøvelse af de faktiske omstændigheder i forbindelse med det pågældende selskabs selvstændighed, og under omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende, hvor afgørelserne vedrørende aktiviteterne hos et interkommunalt andelsselskab, som udelukkende ejes af offentlige myndigheder, træffes af dette selskabs vedtægtsmæssige organer, der består af repræsentanter for de deltagende offentlige myndigheder, kan den kontrol, der føres med disse afgørelser af nævnte offentlige myndigheder, anses for at gøre det muligt for disse at føre en kontrol med dette selskab, der svarer til den, de fører med deres egne tjenestegrene.
- 3) I det tilfælde, hvor en offentlig myndighed tilslutter sig et interkommunalt andelsselskab, hvis deltager alle er offentlige myndigheder, med henblik på at overdrage dette selskab driften af en offentlig tjeneste, kan den kontrol, som de myndigheder, der er tilsluttet dette selskab, fører med det, for at kunne betegnes som svarende til den kontrol, de fører med deres egne tjenestegrene, føres i fællesskab af disse myndigheder, som i givet fald træffer afgørelse ved stemmeflerhed.

Underskrifter