FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ANTONIO LA PERGOLA

fremsat den 19. februar 1998 *

I — Indledning

1. De præjudicielle spørgsmål, der er forelagt Domstolen i denne sag, har til formål at få defineret begrebet offentligretligt organ i den forstand, udtrykket er anvendt i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler [1] (herefter »direktivet« eller »tjenesteydelsesdirektivet«) og især at fastslå den nøjagtige betydning af udtrykket »organ ... hvis opgave det er at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- eller forretningsmæssige område«.

II — Sagens faktiske omstændigheder

2. De to kommuner, der er sagsøgere i denne sag (herefter »kommunerne«), oprettede i juli 1994 et nyt selskab, ARA Holding BV (herefter »ARA«), med det udtrykkelige formål at overdrage dette fjernelse og behandling af affald. Disse opgaver havde tidligere været varetaget af de kompetente tjenester i kommunerne. De to kommuner besluttede at opgive disse aktiviteter og overlade dem til ARA, i det omfang det henset til den tjeneste, der skulle varetages, og omkostningerne herved [2] samt under hensyn til besparelseskriterier var begrundet at sammenlægge udførelsen af disse opgaver og overlade dem til en ny juridisk person, der blev skabt med henblik herpå.

3. Særlig hed det i punkt 10 i Arnhem's kommunalbestyrelses forslag af 25. maj 1994: »Kommuner, der har kapitalandele i aktieselskabet ARA, overlader det til sidstnævnte i form af koncessioner at udføre de opgaver, som på nogen måde har forbindelse med kommunernes lovmæssige forpligtelse til at sørge for fjernelse af affald og renholdelse. Disse opgaver omfatter indsamling af husholdningsaffald og aktiviteter i forbindelse hermed samt renholdelse af veje og offentlige pladser, snerydning, lugning, kloakrensning, skadedyrsbekæmpelse og desinfektion. Ved udstedelsen af disse koncessioner er Arnhem kommune ikke forpligtet til at iagttage fællesskabsbestemmelserne om indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler vedrørende de nævnte aktiviteter. Direktivet om indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler finder således ikke anvendelse. Arnhem kommune og aktieselskabet ARA vil indgå en 'ramme-

* Originalsprog: italiensk.

1 — EFT L 209, s. 1.

2 — Beslutningen om at sammenlægge kommunernes renovationstjeneste og overlade dem til et organ, der var oprettet med henblik herpå, hviler bl.a. på en undersøgelse, kommunerne havde bestilt hos en konsulent. Sidstnævnte havde fremsat forslag, der senere blev vedtaget og gennemført af kommunerne.

aftale', i henhold til hvilken de to parter 'principielt' vil sikre en forlængelse af koncessionen«.

4. Den forelæggende ret oplyser, at kommunalbestyrelsen i Arnhem på grundlag af dette forslag den 6. juni 1994 besluttede at stifte ARA Holding NV og i almenhedens interesse overlade dette selskab »de koncessioner og pligter, der er fastsat i loven til fjernelse af affald og renholdelse af veje ... og som nærmere skal fastlægges i den aftale, der vil blive indgået mellem kommunen og aktieselskabet ARA«. Rheden kommune vedtog den 28. juni 1994 en tilsvarende beslutning, som dog kun angik koncessionen vedrørende renholdelse af veje.

5. Den 4. juli 1994 vedtog Arnhem kommune følgende ændring af artikel 2 i sit renovationsreglement:

»Dienst Milieu en Openbare Werken betegnes som en tjeneste, der i medfør af loven og dette reglement har til opgave at indsamle affald. Fra den 1. juli 1994 varetages denne tjeneste af aktieselskabet ARA, en uafhængig kommunal renholdelsestjeneste.«

6. I mellemtiden var ARA blevet stiftet den 1. juli 1994. I artikel 2 i dets vedtægter fastlægges dets formål som udførelse af følgende former for virksomhed:

»a) at udføre (eller lade udføre) alle opgaver på det økonomiske område med henblik på en formålstjenlig, effektiv og miljøvenlig indsamling (og så vidt muligt genbrug) af affald i form af husholdningsaffald, industriaffald og eventuelt andet affald, der fastlægges senere, samt udførelse af aktiviteter vedrørende renholdelse af veje og kloakker, skadedyrsbekæmpelse og desinfektion

b) at stifte eller deltage i stiftelsen af, samarbejde med, være parthaver i, lede eller deltage i ledelsen af og føre tilsyn med samt overtage og finansiere andre virksomheder, hvis aktiviteter på nogen måde står i forbindelse med de ovenfor under a) beskrevne aktiviteter

c) at udføre enhver virksomhed på det økonomiske område, som har forbindelse med de ovennævnte punkter eller kan være befordrende for de opgaver og aktiviteter, som er defineret dér (såfremt almenhedens behov herved imødekommes)«.

7. Den 21. oktober 1994 indgik Arnhem kommune en rammeaftale med ARA om de tjenesteydelser, der skulle leveres. Senere

indgik Rheden kommune en aftale med samme indhold med ARA.

I artikel 8 i disse aftaler, der har overskriften »Vederlag for tjenesteydelserne«, findes følgende bestemmelser:

»8.1. Rheden/Arnhem betaler til ARA for de tjenesteydelser, som selskabet udfører for den, et vederlag, som skal fastsættes nærmere.

8.2. De i foregående stykke nævnte vederlag for tjenesteydelser fastsættes ved tilføjelse af et afsnit om finansiering til de specifikationer og kvalitetsnormer for hver aktivitet, der figurerer i delkontrakterne.

8.3. De faktiske vederlag for de udførte tjenesteydelser fastsættes:

a) enten på grundlag af forud aftalte enhedspriser for hver transaktion, efter resultat eller efter ydelsesenhed

b) eller på grundlag af en forud aftalt fast pris for en bestemt opgave

c) eller på grundlag af fakturering af de faktisk afholdte udgifter.

8.4. Mindst én gang pr. kalenderår og under hensyn til kommunernes årsplanlægning skal ARA forud:

— i det i artikel 8, stk. 3, litra a), omhandlede tilfælde forelægge et pristilbud på hver enkelt transaktion, resultat eller tjenesteydelsesenhed i overensstemmelse med de specifikationer og kvalitetsstandarder, der er fastsat for hver enkelt aktivitet;

— i det i artikel 8, stk. 3, litra b), omhandlede tilfælde forelægge et pristilbud på den opgave, der er tale om;

— i det i artikel 8, stk. 3, litra c), omhandlede tilfælde et overslag over de udgifter, der må forudses.

8.5. Størrelsen af de vederlag, der skal betales ifølge bestemmelserne om finansiering i stk. 2, fastsættes herefter årligt i samråd med de kompetente budgetmyndigheder. Dersom der ikke opnås enighed under dette samråd, skal en uafhængig sagkyndig, der udpeges af den brancheorganisation, der er mest relevant for den pågældende aktivitet, afgive en udtalelse, der er bindende med hensyn til den reelle størrelse af vederlaget.«

8. Vederlaget for de af ARA udførte tjenesteydelser opgøres endeligt efter de oplysninger, der fremkommer i løbet af kommunernes behandling af sagen, efter følgende nærmere regler:

»1. ARA giver de kommunale myndigheder almindelige oplysninger om udviklingen inden for indsamling af affald og de eventuelle følger, der må forventes med hensyn til indtægterne og udgifterne.

2. De kommunale myndigheder opstiller et budget.

3. På grundlag af dette budget foretages kvartalsvise forskudsbetalinger til ARA.

4. ARA fremsender fakturaer samt bilag vedrørende indtægter og udgifter til kommunen ved udgangen af hvert kvartal.

5. Regnskabet opgøres endeligt ved udgangen af hvert regnskabsår. Udbetalte forskud modregnes i de omkostninger, der er accepteret for hver enkelt kontrakt, og i de oppebårne indtægter.«

9. Den virksomhedsplan, kommunalbestyrelserne har udfærdiget for ARA, bestemmer yderligere ifølge de indgivne indlæg fra kommunerne, at vederlaget til ARA skal »dække omkostningerne ved opgavernes udførelse og føre til tariffer, der er acceptable for borgerne og virksomhederne«.

10. BFI Holding BV (herefter »BFI«) er en privat virksomhed, som beskæftiger sig med indsamling og behandling af husholdningsaffald og industriaffald. BFI anlagde sag ved Arrondissementsrechtbank, Arnhem, og anfægtede kommunernes overdragelse til ARA af tjenesteydelsen vedrørende indsamling og behandling af affald. BFI gjorde i denne forbindelse gældende, at tjenesteydelsesdirektivet finder anvendelse på forholdet mellem kommunerne og ARA, og at kommunerne således ikke havde overholdt den i direktivet fastsatte licitationsprocedure.

Under sagen i første instans bestred kommunerne BFI's synspunkt, idet de gjorde gæl-

dende, at retsforholdet mellem dem og ARA er en koncession, og at direktivet således ikke fandt anvendelse. Subsidiært gjorde kommunerne endvidere gældende, at den i tjenesteydelsesdirektivets artikel 6 omhandlede undtagelse under alle omstændigheder fandt anvendelse i det foreliggende tilfælde.

11. Ved dom af 18. juni 1995 forkastede Arrondissementsrechtbank, Arnhem, kommunernes synspunkt, hvorefter der i det foreliggende tilfælde var tale om koncessioner, der ikke faldt ind under direktivets anvendelsesområde. Arrondissementsrechtbank kvalificerede således det pågældende retsforhold som en offentlig tjenesteydelsesaftale. Retten udtalte endvidere, at den i direktivets artikel 6 omhandlede undtagelse ikke fandt anvendelse i det foreliggende tilfælde.

Kommunerne har appelleret dommen i første instans til Gerechtshof, Arnhem, idet de har gjort gældende, at undtagelsen i tjenesteydelsesdirektivets artikel 6 må finde anvendelse i det foreliggende tilfælde.

Med henblik på afgørelsen af sagen har appelretten fundet det nødvendigt at fastslå, om ARA er et offentligretligt organ i tjenesteydelsesdirektivets forstand, og om kommunerne således må gives medhold i det fremførte synspunkt, hvorefter direktivets artikel 6 fritager dem for pligten til at følge de licitationsprocedurer, der er foreskrevet i dette direktiv, når den i sagen omhandlede tjeneste overlades til ARA som et »offentligretligt organ« i direktivets forstand.

12. For mere sikkert at kunne vurdere, om ARA opfylder de i direktivet fastsatte betingelser for at kunne tillægges egenskab af et offentligretligt organ, og således afgøre sagen, har Gerechtshof, Arnhem, stillet Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal der — ved fortolkningen af artikel 6, jf. artikel 1, litra b), første led, i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, hvori det bestemmes, at 'ved offentligretligt organ forstås ethvert organ, hvis opgave det er at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- eller forretningsmæssige område'

i) sondres mellem på den ene side almenhedens behov og på den anden side behov på det erhvervs- eller forretningsmæssige område,

eller

ii) sondres mellem på den ene side almenhedens behov uden for det erhvervs- eller forretningsmæssige

område, og på den anden side almenhedens behov på det erhvervs- eller forretningsmæssige område?

2) Såfremt det første spørgsmål besvares med, at den under i) nævnte sondring skal foretages,

a) skal begrebet 'almenhedens behov' da forstås således, at der ikke kan være tale om imødekommelse af almenhedens behov, såfremt det er private virksomheder, der imødekommer disse behov

og

b) skal, såfremt spørgsmål a) besvares bekræftende, begrebet 'behov på det erhvervs- eller forretningsmæssige område' da forstås således, at der vil være tale om imødekommelse af behov på det erhvervs- eller forretningsmæssige område i alle tilfælde, hvor private virksomheder imødekommer sådanne behov?

3) Såfremt spørgsmål 1 besvares med, at den under ii) anførte sondring skal foretages, skal begreberne 'almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- eller forretningsmæssige område', henholdsvis 'almenhedens behov på det erhvervs- eller forretningsmæssige område' da forstås således, at forskellen mellem disse to begreber beror på, om (konkurrerende) private virksomheder imødekommer sådanne behov?

4) Skal kravet om, at organet har til opgave 'at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på et erhvervs- eller forretningsmæssige område', fortolkes således, at der alene er tale om en sådan 'opgave', såfremt organet udelukkende imødekommer sådanne behov?

5) Såfremt spørgsmål 4 besvares benægtende: Skal et organ næsten udelukkende, i betydelig grad, i overvejende grad eller i andet omfang imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- eller forretningsmæssige område, for (fortsat) at kunne opfylde kravet om, at organet har til opgave at imødekomme disse behov?

6) Har det for besvarelsen af spørgsmål 1-5 betydning, om almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- eller forretningsmæssige område, som organet anses for at imødekomme, beror på en lov i formel forstand, administrative bestemmelser, forvaltningshandlinger eller har et andet grundlag?

7) Har det for besvarelsen af spørgsmål 4 betydning, om de forretningsmæssige aktiviteter udføres af en særskilt juridisk person, der indgår i en gruppe/koncern, som også udfører aktiviteter til imødekommelse af almenhedens behov?«

III — Den relevante fællesskabslovgivning

13. I ottende betragtning til direktivet hedder det:

»dette direktiv finder kun anvendelse på tjenesteydelser, der udføres på grundlag af tildeling af ordrer; tjenesteydelser, der udføres på et andet grundlag, f.eks. love eller administrative bestemmelser eller arbejdsaftaler, er ikke omfattet.«

14. Direktivets artikel 1 bestemmer:

»[I dette direktiv forstås ved]

a) *offentlige tjenesteydelsesaftaler* gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed ...

b) *ordregivende myndigheder* staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer ...

Ved *offentligretligt organ* forstås ethvert organ,

— hvis opgave det er at imødekomme almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- eller forretningsmæssige område

— som er en juridisk person, og

— hvis drift enten for mere end halvdelens vedkommende finansieres af staten, de lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses kontrol, eller hvortil staten, de lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer kan udpege mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet.

Fortegnelser over de offentligretlige organer eller kategorier af offentligretlige organer, der opfylder de kriterier, der er nævnt i andet afsnit i dette litra, findes i bilag I til direktiv 71/305/EØF. Disse fortegnelser er så fuldstændige som muligt og kan revideres efter fremgangsmåden i artikel 30b i nævnte direktiv.«

15. Direktivets artikel 6 bestemmer:

»Dette direktiv finder ikke anvendelse på offentlige tjenesteydelsesaftaler, som tildeles et organ, som selv er en ordregivende myndighed i den i artikel 1, litra b), fastsatte betydning, på grundlag af en eneret, der er tildelt det i henhold til bekendtgjorte love eller administrative bestemmelser, der er forenelige med traktaten.«

16. I direktivets artikel 8 hedder det:

»Aftaler, hvis genstand er de i bilag I A opførte tjenesteydelser, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i afsnit III til VI.«

17. Direktivets artikel 9 bestemmer:

»Aftaler, hvis genstand er de i bilag I B opførte tjenesteydelser, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 14 og 16.«

18. Direktivets artikel 10 bestemmer:

»Aftaler, hvis genstand samtidig er de tjenesteydelser, der er opført i bilag I A, og de tjenesteydelser, der er opført i bilag I B, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i afsnit III til VI, hvis værdien af de i bilag I A opførte tjenesteydelser er større end værdien af de i bilag I B opførte tjenesteydelser. I modsat fald indgås de i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 14 og 16.«

19. I bilag I A, der har overskriften: »Tjenesteydelser i den i artikel 8 anførte betydning«, nævnes i punkt 16:

»Kloakering og affaldsbortskaffelse: rensning og lignende tjenesteydelser. CPC-referencenummer: 94«.

20. I bilag I B, der har overskriften: »Tjenesteydelser i den i artikel 9 anførte betydning«, nævnes i punkt 27:

»Andre tjenesteydelser. CPC-referencenummer: —«.

IV — Bedømmelse af tvisten

A — *Direktivets saglige anvendelsesområde*

a) Begrebet tjenesteydelse

21. Det første spørgsmål, der skal undersøges i denne sag, vedrører begrebet »tjenesteydelse« i direktivets forstand. Det må nemlig først undersøges, om de tjenesteydelser, der er genstand for det anfægtede retsforhold, hører til dem, for hvilke direktivet foreskriver anvendelse af procedurer, der giver plads for konkurrence.

I denne henseende er det næppe nødvendigt at erindre om, at direktivets artikel 8 foreskriver overholdelse af alle de fremgangsmåder, der er omhandlet i det, for så vidt angår de i bilag I A omhandlede tjenesteydelser, hvorimod artikel 9 i det væsentlige begrænser sig til at foreskrive, at aftaler om de i bilag I B omhandlede tjenesteydelser skal indgås under iagttagelse af forbuddet mod forskelsbehandling og de kriterier, der er opregnet i direktivet om tekniske specifikationer [3]. Til syvende og sidst regulerer direktivet alene for så vidt angår de tjenesteydelser, der er omhandlet i bilag I A [4], offentliggørelsen af meddelelser om udbud og de øvrige regler vedrørende den procedure, der skal følges for tildeling af offentlige tjenesteydelsesaftaler.

Bilag I A nævner blandt de kategorier af tjenesteydelser, det omhandler, i punkt 16 »kloakering og affaldsbortskaffelse: rensning og lignende tjenesteydelser«. Vedrørende det konkrete indhold af disse tjenesteydelser henviser bilag I A til det referencenummer i CPC (De Forenede Nationers fælles vareklassifikation), der står opført ud for den kategori af tjenesteydelser, der er tale om. Grunden til, at fællesskabslovgiver har fulgt denne metode for betegnelse af de tjenesteydelser, der falder ind under direktivet, er nævnt i syvende betragtning til dette. Heri har lovgiver anført, at »med henblik på anvendelse af reglerne om udbud og af

3 — Pligten til efterfølgende offentliggørelse af en meddelelse om resultatet af den tildeling, der henvises til i bestemmelserne i artikel 9, sammenholdt med artikel 16, findes i øvrigt ikke for så vidt angår de tjenesteydelser, der er omhandlet i bilag I B, og er således helt fakultativ. Se Flamme og Flamme: »Les marchés publics de services et la coordination de leurs procédures de passation«, *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1993, s. 150; Greco: »Gli appalti pubblici di servizi«, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1995, s. 1285; La Marca: »Gli appalti pubblici di servizi et l'attività bancaria«, *Rivista di diritto europeo*, 1996, s. 13; Mensi: »L'ouverture à la concurrence des marchés publics de services«, *Revue du marché unique européen*, 1993, s. 59.

4 — Der er enighed herom i retslitteraturen. Se Flamme og Flamme, a.st., og La Marca, a.st.

tilsynsmæssige hensyn beskrives tjenesteydelsesområdet bedst ved at inddele tjenesteydelserne i kategorier, der svarer til bestemte positioner i en fælles nomenklatur; i bilag I A og bilag I B til dette direktiv henvises der til De Forenede Nationers CPC-nomenklatur (fælles vareklassifikation)«.

22. I retslitteraturen har man allerede haft lejlighed til at fremhæve de forskellige former for begrænsninger og problemer, som en sådan henvisning til et regelsæt uden for Fællesskabet frembyder fra et retligt synspunkt [5]. For mit vedkommende vil jeg i øvrigt bemærke, at CPC ikke foreligger på samtlige fællesskabssprog. Dette bidrager givet ikke til at sætte borgerne i medlemsstaterne i en situation med fuld sproglig lighed og volder helt klart vanskeligheder for de nationale forvaltningsmyndigheder og organer, der benytter et andet sprog end det, der er benyttet i CPC, og som skal anvende det pågældende direktiv.

23. Fortegnelsen over tjenesteydelser i bilag I A indeholder efter opfattelsen i retslitteraturen [6] en udtømmende og fuldstændig fortegnelse over de tjenesteydelser, for hvis vedkommende direktivet finder anvendelse fuldt ud. Bilag I B indeholder nemlig tillige en fortegnelse over tjenesteydelser, hvori der også benyttes den samme teknik med henvisning til de i CPC indeholdte kategorier, men som afsluttes med den generelle opsamlingsbetegnelse »andre tjenesteydelser«. Dette støtter således dels den antagelse, at henvisningen til CPC-nummeret skal fortolkes bogstaveligt, og dels, at en udvidende fortolkning af de øvrige kategorier, der er omhandlet i bilag I A, må anses for udelukket.

Det må således først og fremmest undersøges, om den pågældende tjenesteydelse falder ind under dem, der er opregnet i bilag I A [7]. Er dette ikke tilfældet, må tjenesteydelsen nødvendigvis falde ind under dem, som direktivet finder anvendelse på efter reglerne i bilag I B.

24. Det udtryk, der er benyttet i bilag I A, punkt 16, vedrørende de tjenesteydelser, som er genstand for denne sag, gør det netop nødvendigt at kaste lys over en anden side af sagen. De affaldsindsamlingstjenester, som udgør en ikke uvæsentlig del af de opgaver, kommunerne har overdraget til ARA, synes nemlig ikke ved en første betragtning at være omfattet af dem, der — ifølge det i bilagets punkt 16 benyttede udtryk — snarere angår fjernelse af affald. Imidlertid angiver nr. 94 i CPC, der er anført ud for denne kategori i den tekst, der er forelagt Domstolen af Kommissionen, ved underposition »94020 Refuse disposal services« følgende tjenesteydelser: »Collection service of garbage, trash, rubbish and waste, whether from households or from industrial and commercial establishments, transport services and disposal services by incinerators or by any other means. Waste reduction services are also included«.

5 — Se La Marca, a.st., særlig s. 42.

6 — Se La Marca, a.st., s. 28, og Flamme og Flamme, a.st., s. 152.

7 — Eller om denne tjenesteydelse er helt udelukket fra direktivets anvendelsesområde i medfør af dets artikel 1.

Af det ovenfor anførte følger således klart, at tjenesteydelser vedrørende indsamling og behandling af affald hører under de i bilag I A til direktivet omhandlede tjenester og er dermed fuldt ud omfattet af direktivets bestemmelser.

b) Begrebet tjenesteydelsesaftale

25. Det saglige anvendelsesområde for direktivet omfatter et andet punkt, der skal undersøges, nemlig vedrørende karakteren af forholdet mellem kommunerne og ARA.

I ottende betragtning til direktivet [8] hedder det udtrykkeligt i den forbindelse, at direktivet kun finder anvendelse på tjenesteydelser, der udføres på grundlag af tildeling af ordrer. De øvrige former for tjenesteydelser, der udføres på andre retsgrundlag, er nemlig »ikke omfattet«. Det bestemmes endvidere i artikel 1, litra a), at der ved offentlige tjenesteydelsesaftaler forstås »gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed«.

26. Der er ligeledes i denne sammenhæng grund til at erindre om, at den i ottende betragtning til direktivet nævnte undtagelse er begrundet i tjenesteydelsesdirektivets tilblivelseshistorie. Dette var i den form, hvori det oprindelig blev foreslået af Kommissionen [9], bestemt til at omfatte både aftaler om og koncessioner på tjenesteydelser. Senere fjernede Rådet under lovgivningsproceduren koncessionerne fra direktivets anvendelsesområde [10], som således i den ikrafttrådte version alene omfatter *aftaler* om tjenesteydelser.

Sondringen mellem aftaler om og koncessioner på tjenesteydelser i fællesskabsretten bygger ifølge den almindelige opfattelse [11], og idet der ikke findes en fællesskabsdefinition af normativ karakter [12], på en række kriterier. Det første angår adressaten for eller modtageren af den leverede tjenesteydelse. I tilfælde af aftaler anses den ordregivende myndighed for at være modtageren, mens denne i tilfælde af en koncession på en tjeneste er en tredjemand uden for kontraktforholdet — i almindelighed samfundet — der modtager tjenesteydelsen og betaler et vist beløb i forbindelse med den udførte tjenesteydelse. Begrebet koncession på tjenesteydelser forudsætter efter fællesskabsretten tillige, at den pågældende tjenesteydelse er af almen interesse som følge af, at den institutionelt ville påhvile en offentlig myndighed. At tjenesteydelsen leveres af en tredjemand, medfører således, at koncessionaren træder i

8 — Se punkt 13 ovenfor.

9 — EFT 1991 C 23, s.1.

10 — Se begrundelsen i Rådets fælles holdning til direktivet i dokument 4444/92 ADD1 af 25.2.1992.

11 — Se i denne retning Flamme og Flamme, a.st., og Greco, a.st.

12 — Koncession på tjenesteydelser var i Kommissionens forslag til direktiv netop defineret som: »en anden kontrakt end en koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder som defineret i artikel 1, litra d), i direktiv 71/305/EØF, der indgås mellem en ordregivende myndighed og et andet organ efter dets valg, og hvorved førstnævnte overdrager udførelsen af en tjenesteydelse bestemt til offentligheden, der henhører under dens ansvarsområde, til sidstnævnte, og hvor sidstnævnte indvilliger i at udføre tjenesteydelsen til gengæld for retten til at udnytte tjenesteydelsen eller denne ret sammen med betaling af en pris«.

koncessionsgiverens sted med hensyn til de forpligtelser, der påhviler sidstnævnte, med henblik på at levere almenheden denne tjenesteydelse. Et andet forhold, der viser, at der er tale om koncession, er vederlaget, der helt eller delvis betales for de tjenesteydelser, koncessionaren udfører til fordel for modtagerne. En anden væsentlig side af koncession på tjenesteydelser inden for fællesskabsretten er forbundet med det, jeg netop har omtalt, og består i, at koncessionaren påtager sig den økonomiske risiko i forbindelse med leveringen og administrationen af de tjenesteydelser, han har fået koncession på.

Disse kriterier, der delvis er hentet fra koncession på bygge- og anlægsarbejder og forvaltning, som nærmere omhandles i direktivet om indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter [13], er i øvrigt anvendt i Domstolens afgørelse i dom af 26. april 1994, Kommissionen mod Italien [14], vedrørende koncession på automatiseringssystemet i forbindelse med lotto-spil.

27. Eftersom definitionen på aftale er blank for så vidt angår aftalens grund og genstanden for tjenesteydelsen [15], er det således alene via en følgeslutning muligt at komme frem til genstanden for aftalen i forbindelse med virksomhed, der består i at levere en tjenesteydelse mod betaling af et vist beløb. Derimod er den bestanddel af retsforholdet, som lovgiver fremhæver i den i direktivet givne definition, vederlagets beskaffenhed. Sidstnævnte skal efter den af lovgiver benyttede definition (»mod vederlag«) således i alle tilfælde bestå i en sum penge, nemlig prisen (*pretium*).

28. Jeg vil nu undersøge, om disse betingelser er opfyldt i det foreliggende tilfælde. Forholdet mellem kommunerne og ARA er karakteriseret ved en forpligtelse for sidstnævnte til at levere en bestemt tjenesteydelse. Det skal først og fremmest undersøges, hvem der er modtagere af ARA's tjenesteydelser. Den forelæggende ret omtaler i denne henseende de beslutninger, kommunerne har truffet om at overdrage ARA den virksomhed, som de hidtil havde udført selv, og de aftaler, der senere blev indgået mellem disse kommuner og ARA. Det fremgår af disse oplysninger, at modtagerne af de tjenesteydelser i form af indsamling og behandling af affaldet, der tidligere havde været udført af kommunerne og derefter af ARA, fortsat er de samme. Som tidligere er der tale om personer og virksomheder, der bor, henholdsvis driver virksomhed inden for de to kommuner.

Selv om de betragtninger, som jeg netop har redegjort for i forbindelse med påvisningen af, hvem der kan anses for modtagere af den pågældende tjenesteydelse, ikke udtømmer de undersøgelser, der skal foretages med henblik på at undersøge, om forholdet mellem kommunerne og ARA kan betegnes som værende en aftale, viser de dog visse karakteristiske træk, der adskiller dette forhold fra en egentlig tjenesteydelsesaftale.

13 — Rådets direktiv 89/440/EØF af 18.7.1989 om ændring af direktiv 71/305/EØF om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 210, s. 1).

14 — Sag C-272/91, Sml. I, s. 1409, præmis 22-25 og 32.

15 — Se herom bemærkningerne hos Flamme og Flamme, a.st., og La Marca, a.st.

29. Vedrørende dette spørgsmål skal jeg her henvise til den opfattelse, den franske regering har givet udtryk for, og ifølge hvilken det omhandlede forhold snarere bør betegnes som en koncession på tjenesteydelser.

Hvis denne opfattelse måtte tiltrædes, ville det, jf. det ovenfor anførte, under alle omstændigheder være udelukket at anvende den i direktivet omhandlede ordning på kontrakten mellem kommunerne og ARA. Under hensyn til det synspunkt, den franske regering har givet udtryk for, har Domstolen med rette anmodet parterne om nærmere at redegøre for vilkårene i det pågældende forhold.

30. For så vidt angår dette punkt har navnlig Det Forenede Kongeriges regering udtalt sig og indtaget den holdning, at forholdet mellem kommunerne og ARA ikke kan betragtes som en aftale. Dette forhold må efter denne regerings opfattelse nærmest sammenlignes med en koncession på tjenesteydelser, da der er tale om en udførelse af ydelser, som en offentlig myndighed har henlagt til en selvstændig juridisk person, således at denne kan levere de tjenesteydelser, som koncessionsgiveren oprindelig leverede direkte. Der er således ifølge Det Forenede Kongeriges regering tale om en blandt flere måder, hvorpå forvaltningsapparatet kan udformes og struktureres. Følgelig falder forholdet mellem koncessionsgiveren og koncessionaren uden for det sædvanlige kontraktforhold, der er karakteristisk for aftaler, og antager snarere karakter af et forvaltningsretligt forhold.

31. Der er grund til her at indskyde, at spørgsmålet, om det forhold, der her er tale om, har karakter af en koncession, ifølge den forelæggende ret er forbundet med et processuelt aspekt vedrørende sagen, således som den foreligger for retten. Denne har i forelæggelseskendelsen oplyst, at spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om en koncession, er besvaret benægtende af underretten. På dette punkt er afgørelsen ikke appelleret, hvoraf følger, at dette punkt ikke kan ændres af den forelæggende ret, selv i tilfælde af, at Domstolens afgørelse måtte afvige fra underrettens dom.

Denne opfattelse, der støttes af BFI, og som i et vist omfang deles af Kommissionen [16], hævdes i øvrigt at være bekræftet i Domstolens seneste praksis, nærmere betegnet i dommen i sagen Van Schijndel og Van Veen [17]. I denne dom har Domstolen nemlig fastslået, at »fællesskabsretten [ikke] pålægger ... de nationale domstole en forpligtelse til af egen drift at inddrage et anbringende om, at fællesskabsbestemmelser er overtrådt, når en stillingtagen til et sådant anbringende ville tvinge dem til at se bort fra princippet om, at de ikke aktivt griber ind i procesførelsen, ved at gå ud over den afgrænsning af sagen, som parterne har foretaget, og ved at lægge andre faktiske forhold og omstændigheder til grund end dem, som den part i sagen, der har interesse i, at fællesskabsbestemmelserne anvendes, har fremført til støtte for sin påstand«.

16 — Som dog fremfører sit argument på grundlag af, at parterne var enige om ikke at betragte den pågældende aftale som en koncession.

17 — Dom af 14.12.1995, forenede sager C-430/93 og C-431/93, Sml. I, s. 4705.

Efter BFI's opfattelse indebærer den processuelle stilling, som er beskrevet af den forelæggende ret, til syvende og sidst, at denne, dersom Domstolen fastslog, at det pågældende forhold var en koncession, ikke længere kunne have nogen nytte af Domstolens dom. Den vil nemlig være afskåret fra at ændre den del af dommen, der ikke er blevet appelleret, og som allerede er blevet retskraftig, og i hvilken det er fastslået, at det pågældende forhold ikke er en koncession.

32. Det af sagsøgte forfægtede synspunkt, som jeg netop har redegjort for, er imidlertid ikke overbevisende. Domstolen er nemlig forpligtet til at fortolke fællesskabsbestemmelserne fuldstændigt og herved indplacere dem i deres regelsammenhæng og sætte dem i forbindelse med de faktiske forhold, de vedrører eller skal anvendes på. En fortolkning, der er løsrevet fra den relevante sammenhæng, kunne i øvrigt meget vel ud over at volde særdeles betydelige vanskeligheder på grund af sin abstrakte karakter, vildlede den ret, der har anmodet om den, fordi den kunne bevirke, at der ikke blev taget skyldigt hensyn til netop det spørgsmål, der skulle løses. Mit synspunkt finder støtte i Domstolens righoldige praksis for at afvise præjudicielle spørgsmål, der forelægges af de nationale retter, og som ikke er ledsaget af en udtømmende beskrivelse af de faktiske og retlige forhold i den konkrete sag [18]. Ganske vist udgør den omstændighed, at de nationale processuelle regler skal overholdes, en i visse tilfælde uoverstigelig hindring, som de nationale retter — og i øvrigt også Fællesskabets retsinstanser — er forpligtet til at respektere, men denne side af sagen er fuldt ud erkendt og accepteret som gældende ret af Domstolen i ovennævnte dom i Van Schijndel og Van Veen-sagen. Dette vil dog ikke sige, at Domstolen er fritaget fra først at kvalificere det retsforhold, på hvilke de bestemmelser, der er tale om at fortolke, senere skal anvendes. Denne fortolkningsaktivitet skal efter min opfattelse foregå uafhængigt af, at Domstolen senere i det konkrete tilfælde erkender, at de bestemmelser, sagen angår, ikke er relevante. Dersom den nationale ret nemlig har truffet en forkert afgørelse, som det ikke længere er muligt at appellere, består Domstolens rolle netop i at fastlægge grænserne for fortolkningen af den pågældende regel ved i givet fald at tilkendegive, at det af den forelæggende ret rejste problem fra et fællesskabsretligt synspunkt ikke har nogen forbindelse med de i den konkrete sag foreliggende omstændigheder [19].

33. Situationen i denne sag forekommer mig dog at være meget forskellig fra den netop beskrevne. Det problem, sagsøgte rejser, er et andet. Arrondissementsrechtbank, Arnhem, har nemlig efter min opfattelse løst spørgsmålet om det omtvistede forholds beskaffenhed korrekt, idet den har fundet, at der ikke foreligger en koncession på tjenesteydelser. Jeg når også til dette resultat, selv om kommunerne og ARA i vid udstrækning har anvendt disse udtryk i deres beslutninger, i selskabets vedtægter og i de aftaler, hvorved dette forhold er blevet etableret.

18 — Se herom tillige den af Domstolen meddelte »Vejledning om forelæggelse af anmodninger om præjudiciel afgørelse fra de nationale domstole« af oktober 1996 samt de i denne indeholdte henvisninger til retspraksis. Angående en kort kommentar til denne meddelelse kan jeg henvise til Manzella: »Giudice nazionale e diritto comunitario«, *Giornale di diritto amministrativo*, 1996, s. 1084, og Condinanzi: »Istruzioni per l'uso dell'art. 177: la nota informativa della Corte di Giustizia sulla proposizione delle domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei giudici nazionali«, *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1996, s. 883.

19 — Se f.eks. dom af 16.12.1997, sag C-104/96, Rabobank, Sml. I, s. 7211.

Det afgørende element, der mangler i det foreliggende tilfælde, for at man kan anse det pågældende forhold som en koncessionsordning, er placeringen af risikoen i forbindelse med forvaltningen af tjenesten. Det fremgår netop med al ønskelig tydelighed af sagen, at vederlaget for den af ARA udførte tjenesteydelse ikke er »fastsat abstrakt« [20]. Der er i realiteten i disse dokumenter fastsat betaling af et vist beløb, hvis konkrete beregning dog ikke afhænger af forhold, der er knyttet til bestemte faktorer, som f.eks. enhedsprisen på hver enkelt transaktion, og som heller ikke på forhånd er fastsat til et bestemt beløb, således at den økonomiske risiko ved driften i begge de beskrevne tilfælde påhviler det organ, der leverer tjenesteydelsen. Vederlaget for den virksomhed, der udøves af ARA, er tværtimod direkte forbundet med selskabets samlede omkostninger ved den tjenesteydelse, det skal levere. Som det fremgår af de for Domstolen fremlagte dokumenter, beregnes dette beløb på grundlag af periodiske opgørelser, der alene tjener til at vise størrelsen af de udgifter og indtægter, administrationen af denne tjeneste har medført, og således gøre det muligt for kommunerne at få ARA's regnskaber til at balancere. De tariffer, der betales af almenheden for den modtagne tjenesteydelse, er heller ikke et udgangspunkt for fastlæggelsen af et kriterium for ARA's vederlag for forvaltningen. Disse tariffer tilpasses efter behov med henblik på at opnå ligevægt mellem indtægter og udgifter, idet man ligeledes tager hensyn til det ikke uvæsentlige krav om, at den således udførte tjenesteydelse ikke må blive urimeligt dyr for modtagerne.

Det netop anførte udelukker efter min mening, at der i den foreliggende sag kan være tale om koncession på tjenesteydelser i fællesskabsretlig forstand. Dette medfører dog ikke automatisk, at det omtvistede forhold kan betegnes som en tjenesteydelsesaftale.

34. Definitionen på dette begreb i direktivet bygger, som det er fremgået af det ovenfor anførte, på, at tjenesten ydes mod vederlag. For at forholdet skal kunne karakteriseres som en aftale, skal det beløb, som tilslagsmodtageren har krav på, fastlægges forud og konkret. Som allerede nævnt ovenfor har Domstolen klart fremhævet dette karakteristiske træk ved tjenesteydelsesaftalen i ovennævnte dom i sagen Kommissionen mod Italien [21].

I den foreliggende sag er der, som jeg har nævnt ovenfor og med det af Domstolen benyttede udtryk, ikke »fastsat et abstrakt vederlag« [22] af kommunerne for de pågældende tjenesteydelser, fordi deres økonomiske engagement i forhold til ARA som anført bestemmes af de behov, der viser sig under selskabets virksomhed. Der findes således ikke i det foreliggende tilfælde nogen »pris«, der er fastsat på forhånd, eller som kan fastsættes forud, og som man kan henvise til. Ej heller er der den mindste form for fortjeneste i vederlaget til ARA. Der er således tale om et vederlag for den pågældende tjeneste, der udelukkende er baseret på et driftsmæssigt besparelseshensyn, og som ikke indebærer nogen form for risiko. Disse karakteristiske træk indebærer, at ARA's

20 — Dommen i sagen Kommissionen mod Italien, a.st., fodnote 14.

21 — Præmis 26.

22 — Dommen i sagen Kommissionen mod Italien, a.st.

virksomhed som følge af den måde, hvorpå den vederlægges, ikke kan falde ind under kategorien virksomhed af erhvervs- eller forretningsmæssig karakter, og således ikke kan gøres til genstand for et egentligt udbud i konkurrence.

35. Men dette er ikke det hele. Hvis man undersøger den økonomiske ordning, som forholdet mellem kommunerne og ARA hviler på, er det centrale punkt i dette forhold i økonomisk henseende disse kommuners budget. ARA's eksistens afhænger i økonomisk henseende nærmere bestemt ikke af omfanget af virksomhedens aktiviteter med indsamling og behandling af husholdningsaffald eller af den effektivitet, hvormed selskabet driver denne tjeneste, men derimod udelukkende af kommunernes vilje til at tildele ARA de fornødne økonomiske midler ved overførsel fra deres budgetter og ved fastsættelse af et acceptabelt prisniveau for de leverede tjenesteydelser. Bestemmelserne i aftalen vedrørende ARA's vederlag hviler til syvende og sidst på en betingelse, der er udtryk for »ren magtfuldkommenhed«, og i kraft af hvilken kommunerne ubestrideligt er herrer over både, hvad der skal ydes ARA vederlag for, og størrelsen af dette vederlag og således bestemmer, om denne virksomhed skal leve eller dø.

36. Hvis man undersøger forholdet mellem kommunerne og ARA nærmere, ser man, at dette har sit udspring i nødvendigheden af at sammenlægge de tjenester, som i hver enkelt af kommunerne var ansvarlige for indsamlingen og behandlingen af affald, med henblik på at imødekomme et behov, der i henseende til omfang og kvalitet ikke længere kunne efterkommes i rimeligt omfang af de tidligere eksisterende tjenester i de to kommuner hver for sig.

Oprettelsen af ARA og overladelsen til dette selskab af de opgaver, som hidtil havde været varetaget af kommunerne, er således udtryk for et ønske om at forene de pågældende tjenester, snarere end at overlade dem til en tredjemand og således unddrage dem kommunernes kompetenceområde. Den af kommunerne valgte løsning, hvorved de forener deres tjenester og overlader dem til det i fællesskab oprettede organ, finder i øvrigt udtryk i strukturen af det selskab, der blev stiftet med henblik herpå, idet de to sagsøgende kommuner jo er de eneste aktionærer i ARA. Yderligere er ARA, til trods for at det er stiftet som et kapitalselskab, efter min opfattelse heller ikke fundamentalt udskilt fra kommunernes struktur. Det kan efter sin beskaffenhed være beslægtet med begrebet et administrativt organ [23], ganske vist i bred og indirekte forstand [24]. De ovenfor anførte betragtninger vedrørende de karakteristiske træk og de nærmere regler for ARA's vederlag og selskabets fuldstændige afhængighed af kommunerne, ikke blot for så vidt angår de økonomiske midler, men tillige sammensætningen af dets styrende organer (flertallet af bestyrelsesmedlemmerne udpeges af kommunerne), bekræfter klart dette synspunkt.

23 — Se i denne forbindelse vedrørende dette begreb Greco, a.st., og samme forfatter: »Appalti di lavori affidati da SpA in mano pubblica: un revirement giurisprudenziale non privo di qualche paradosso«, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1995, s. 1062.

24 — Se herom Greco, a.st., og Righi, »La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti: società in mano pubblica e appalti di servizi«, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1996, s. 347.

37. At en offentlig myndighed har adgang til at organisere sin struktur på en sådan måde, at den bedst imødekommer almenhedens behov, forekommer mig ikke at være et spørgsmål, det er umagen værd at dvæle ved. En offentlig myndigheds valg af en organisationsmodel kan under ingen omstændigheder muliggøre anvendelse af bestemmelser, der er fastsat for at regulere en anden, ganske bestemt situation, der består i en privat virksomheds udførelse af en tjenesteydelse mod vederlag for en offentlig myndighed. Dette fremgår af direktivet. Fællesskabslovgiver har nemlig ikke blot bestemt, at administrative former som den, der er tale om i det foreliggende tilfælde, eller andre lignende tilfælde, som f.eks. koncessioner, falder uden for direktivets anvendelsesområde, men er gået videre, idet lovgiver tillige har bestemt fritagelse for pligten til at benytte de i direktivet foreskrevne procedurer for de egentlige tjenesteydelsesaftaler, såfremt disse indgås mellem to ordregivende myndigheder.

38. Konklusionen er efter min opfattelse, at ARA i denne sag ikke har status som tredjemand i forhold til de to kommuner, dvs. at selskabet ikke i det væsentlige er udskilt fra disse. Der er tale om en form for delegation mellem offentlige myndigheder, der ikke falder uden for den administrative sfære i de kommuner, der ved at overlade ARA de pågældende aktiviteter på ingen måde har haft til hensigt at *privatisere* de funktioner, som de tidligere varetog i denne sektor. Alt taget i betragtning kan forholdet mellem kommunerne og ARA ikke betragtes som en aftale i direktivets forstand.

B — *Direktivets personelle anvendelsesområde*

39. Det netop anførte indebærer i sig selv, at direktivet er uanvendeligt på forholdet mellem kommunerne og ARA. Med henblik på en udtømmende behandling af den sag, der er forelagt Domstolen, vil jeg dog undersøge, om det er muligt at henregne ARA til de retssubjekter, der er forpligtede til at overholde direktivet.

På baggrund af det ovenfor anførte opstår dette spørgsmål nu særlig med henblik på bestemmelse af den rette kategori blandt dem, der opregnes i direktivet, og — for så vidt angår begrebet ordregivende myndighed i direktivets forstand — hvilken af disse myndigheder det pågældende organ skal henføres til.

40. Den franske regering har hævdet, at ARA ikke er et offentligt organ, men simpelt hen en sammenslutning dannet af kommuner i medfør af direktivets artikel 1, litra b). Dette synspunkt hviler på den tidligere nævnte omstændighed, at kommunerne er de to eneste aktionærer i ARA.

Der bør lægges behørig vægt på den franske regerings opfattelse. Særlig er det nødvendigt i denne forbindelse at undersøge, om de to udtryk »offentligretlige organer« og »sam-

menslutninger« ved anvendelsen af definitionen af »ordregivende myndigheder« i direktivets artikel 1 er forskellige og indbyrdes modstående begreber, eller om det tværtimod er muligt, at direktivet under samme definition medtager organer, der samtidig kan henføres til begge kategorier.

Svaret på dette spørgsmål må efter min opfattelse blive, at der ikke kan være tale om nogen overlapning mellem de ovennævnte kategorier. Fællesskabslovgiver har nemlig tilligc ønsket, at bestemmelserne om aftaler skal finde anvendelse på de former for offentlige sammenslutninger, hvorved der skabes organer, der, selv om de ikke er en særlig juridisk person, fuldt ud henhører under de samarbejds- eller organisationsformer mellem de offentlige myndigheder, som omfattes af direktivet. Jeg tænker her på sammenslutninger som f.eks. konsortier mellem lokale myndigheder eller lignende gruppedannelser, der netop ikke er juridiske personer, men dog udfører opgaver af offentlig art, og som fællesskabslovgiver på grundlag af et rent funktionelt kriterium har undergivet den i direktivet omhandlede ordning. Det skal herved yderligere bemærkes, at disse enheder for at kunne falde ind under den ovennævnte kategori efter min opfattelse ikke må arbejde med økonomisk vinding for øje.

41. Hvis man følger denne tankegang, udgør kategorien sammenslutninger således en opsamlingsbetegnelse. Den består til syvende og sidst af alle de former for offentligt samvirke, der, som jeg tidligere har nævnt, bevirker, at der opstår enheder, der ikke er juridiske personer, men som heller ikke er lokale eller regionale myndigheder eller på anden måde kan henføres under begrebet et offentligretligt organ.

Den konklusion, jeg hermed er nået til, forudsætter dernæst, at fællesskabslovgiver har tilsigtet at give begrebet ordregivende myndighed en meget bred betydning ved i dette begreb af indbefatte samtlige de former, hvorunder offentlig myndighed kan udøves. Jeg udelukker ligeledes, at lovgiver har benyttet unyttige eller vildledende begrebsmæssige sondringer, der i øvrigt kunne volde fortolkningsvanskeligheder ved klassifikationen af de enheder, der skal overholde direktivet.

Min opfattelse finder i øvrigt autoritativ støtte i dommen i Beentjes-sagen [25], hvori Domstolen med henblik på anvendelsen af direktivet om offentlige bygge- og anlægskontrakter har fastslået, at et organ, der ikke er nogen selvstændig juridisk person, men i forskellige henseender underordnet den offentlige administration, »anses for hørende til staten ... selv om det ikke formelt er en del heraf«. Det må dog erindres, at den fællesskabsregel, der skulle fortolkes i denne sag, var artikel 1 i Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 [26] om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter. Sagen vedrørte således den i direktivet givne definition på regler vedrørende »ordregivende myndigheder«, der på daværende tidspunkt dog ikke

25 — Dom af 20.9.1988, sag 31/87, Sml. s. 4635.
26 — EFT 1971 II, s. 613.

angik »sammenslutninger«, der senere er blevet indsat i de nye versioner af direktiverne om offentlige aftaler. Jeg er derfor af den opfattelse, at Domstolen dengang har villet udfylde et hul i reglerne ved under direktivets personelle anvendelsesområde tillige at medtage organer, der med det af generaladvokat Darmon anvendte udtryk er »placeret uden for deres administrations klassiske strukturer, men som uden at være selvstændige juridiske personer udfører opgaver, der normalt henhører under staten eller disse lokale myndigheder«. Fællesskabslovgiver har ved omformuleringen af begrebet ordregivende myndighed senere udtrykkeligt under anvendelsesområdet for direktiverne om offentlige aftaler medtaget dels begrebet sammenslutninger, dels begrebet offentligretlige organer. Herved har lovgiver udtrykkeligt under anvendelsesområdet for direktiverne om offentlige aftaler medtaget både organer, der ikke er selvstændige juridiske personer, og som ofte har form af sammenslutninger af forskellige typer mellem lokale offentlige myndigheder, hvis karakteristiske egenskaber og retlige beskaffenhed det ofte er vanskeligt at definere på forhånd, og de offentlige organer, der i henhold til særlige lovbestemmelser derimod skal være juridiske personer. At ARA er en selvstændig juridisk person bevirker derfor, at man må udelukke, at virksomheden henføres til kategorien »sammenslutninger«.

42. Hvad dernæst angår begrebet »almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- eller forretningsmæssige område«, mener jeg ikke, at man ved det svar, der skal gives den forelæggende ret, kan se bort fra de særegenheder, der kendetegner hver enkelt særlig situation. Jeg mener derfor ikke, at Domstolen på dette punkt kan fastlægge almindelige retningslinjer for fortolkningen af den pågældende bestemmelse, der ikke tager omstændighederne i den konkrete sag i betragtning. Der er her tale om en bestemmelse, der vanskeligt kan gøres til genstand for almindelige og abstrakte fortolkninger, netop fordi fællesskabslovgiver har ønsket at give retsreglen den ovenfor omhandlede rent funktionelle karakter. Dette fortolkningsprincip har Domstolen selv anerkendt og anvendt først i dommen i Beentjes-sagen [27] og senere i dommen i Mannesmann-sagen [28]. Det er et kriterium, jeg også vil anbefale i denne sag.

43. Det pågældende begreb skal dog givet forstås på baggrund af Domstolens praksis [29], hvori der er lagt betydelig vægt på, at der ikke må findes noget risikomoment, der kendetegner forvaltningen af det pågældende organs virksomhed, for at dette skal kunne henregnes til de offentlige organer, der er omhandlet i direktivet. Det drejer sig uden tvivl om en fortolkning, der lægger større vægt på den erhvervs- eller foreningsmæssige karakter af aktiviteten, end på beskaffenheden af de behov, der skal imødekommes. Sidstnævnte er nemlig en kategori, der varierer betydeligt fra medlemsstat til medlemsstat og alt efter det historiske tidspunkt. Almenhedens behov har, når de én gang er fastlagt, i øvrigt en erhvervs- eller forretningsmæssig karakter, der har snæver sammenhæng med den form for organisation, medlemsstaten har valgt. Den erhvervs- eller forretningsmæssige karakter af disse behov varierer nemlig betydeligt med f.eks. den større eller mindre udstrakte privatisering af de offentlige tjenester, der skal imødekomme

27 — A.st., fodnote 25.

28 — Dom af 15.1.1998, sag C-44/96, Mannesmann, Sml. I, s. 73.

29 — Ovennævnte domme i Beentjes-, Lottomatica- og Mannesmann-sagerne.

disse behov på nationalt plan. Direktivet har i øvrigt ikke tilsigtet at anvende ensartede kategorier for hele Fællesskabet. Det er tilstrækkeligt her at erindre om, at direktivet begrænser sig til at samordne — og at det ikke tilsigter at harmonisere — de forskellige bestemmelser om indgåelse af offentlige aftaler, der er gældende på nationalt plan. Ej heller finder jeg, at direktivet med den pågældende definition faktisk har skabt en fællesskabskategori. Det henviser blot ganske enkelt til de bestemmelser, der gælder på dette punkt i medlemsstaternes lovgivning.

44. Inden for den således beskrevne ramme er det en meget vanskelig, ja endog umulig opgave at fastlægge de behov, der falder ind under direktivet om offentlige tjenesteydelsesaftaler. Den, der skal fortolke det, kan således alene i det bånd, der knytter forbindelsen mellem imødekommelse af behovene og statens struktur (naturligvis i bred forstand), og særlig henset til den økonomiske afhængighed af staten, søge at finde det eneste generelle kriterium, der gyldigt kan finde anvendelse på det område, vi her har med at gøre.

Et åbenbart tegn på afhængigheden af den statslige sektor er derfor netop, at det pågældende organ ikke bærer nogen risiko i forbindelse med den opgave, der skal løses. Hvis denne opgave derimod indebærer en blot eventuel mulighed for fortjeneste, eller hvis den pågældende tjeneste hviler på økonomiske betragtninger eller er økonomisk uafhængig, befinder vi os efter min opfattelse uden for den således beskrevne ramme, og det pågældende organ skal således ikke medtages blandt dem, der er opregnet i direktivet. Jeg skal blot bemærke, at denne fortolkning af de her omhandlede regler ligeledes er helt overensstemmende med Domstolens praksis i forbindelse med offentlige virksomheder [30] og den herom gældende fællesskabslovgivning [31].

Efter min mening er organer, der imødekommer almenhedens behov og »drives under andre vilkår end dem, virksomheder normalt er underlagt« [32], omfattet af begrebet offentligretligt organ, der imødekommer almenhedens behov i tjenesteydelsesdirektivets forstand, dersom de øvrige krav ifølge denne definition ligeledes er opfyldt.

45. Spørgsmålet om, hvorvidt ARA på baggrund af det ovenfor anførte er eller ikke er omfattet af begrebet offentligretligt organ, er herefter afklaret. Det kan nemlig ikke

30 — Dom af 16.6.1987, sag 118/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 2619, og senest dom af 18.3.1997, sag C-343/95, Diego Calì, Sml. I, s. 1547.

31 — Kommissionens direktiv 80/723/EØF af 25.6.1980 om gennemskueligheden af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder (EFT L 195, s. 35).

32 — Dom af 16.6.1987, Kommissionen mod Italien, a.st, fodnote 30.

betvivles, at de opgaver, med henblik på hvis løsning selskabet er stiftet [33], og som det institutionelt løser, samt de metoder, hvormed det løser dem, falder ind under dem, som direktivet definerer som opfyldende »almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- eller forretningsmæssige område«.

46. Endvidere bør det subsidiært bemærkes, at det er en omstændighed, der ikke har betydning for den foreliggende sag, men som synes at spille en rolle i forelæggelseskendelsen, at ARA direkte eller gennem et 100%-ejet datterselskab foruden at løse de opgaver, selskabet får overladt af kommunerne, tillige udfører tjenesteydelser af samme art for tredjemand mod vederlag. Denne virksomhed, der synes at udgøre en marginal del af ARA's samlede funktioner [34], og som ikke har nogen væsentlig økonomisk indflydelse på denne virksomheds finansielle struktur, er dog ikke af en sådan beskaffenhed, at den efter min mening kan ændre den konklusion, jeg er kommet til ovenfor. Herom har Domstolen allerede udtalt sig i sin nylig afsagte dom i Mannesmannsagen [35], hvori den anerkender, at udførelsen af andre aktiviteter ud over den hovedaktivitet, der udgør det pågældende organs institutionelle formål, ikke i sig selv er egnet til at ændre dettes beskaffenhed i henseende til direktiverne om offentlige aftaler. ARA's eksistens fra et økonomisk og finansielt synspunkt afhænger nemlig som tidligere bemærket af kommunernes bidrag til selskabets drift. Dette udelukker ganske, at nogen som helst anden virksomhed, det udfører, kan drives efter rent forretningsmæssige principper. Kommunernes økonomiske bidrag fordrejer nemlig det princip, der ligger til grund for ethvert forretningsmæssigt forhold, og som er, at der tilsigtes det gunstigst mulige forhold mellem omkostninger og vederlag. At det under alle omstændigheder lykkes virksomheden at opnå økonomisk balance ved hjælp af kommunernes bidrag, og at der følgelig ikke er tale om nogen som helst risiko, er nemlig til hinder for, at man kan anse disse aktiviteter for at foregå under egentlige konkurrenceforhold.

Den tjenesteydelse, der leveres af ARA, opfylder faktisk et tvingende samfundskrav,

33 — Udtrykket »hvis opgave det er at imødekomme almenhedens behov osv. ...« i den pågældende definition i direktivet skal naturligvis fortolkes dynamisk. De mål, der oprindeligt var angivet i stiftelsesoverenskomsten for organet, skal nemlig ses på baggrund af situationen i dag og de mål, organet forfølger konkret, således som disse er angivet i formålsbestemmelsen for organer, der er oprettet i selskabsform.

34 — Det fremgår af bilagene i sagen, at ARA's samlede omsætning i 1995 udgjorde 39 392 000 NLG, der var fordelt med 32 791 000 NLG på indsamling af husholdningsaffald og 6 601 000 NLG på indsamling og behandling af industriaffald.

35 — Jf. ovenfor i fodnote 28. I denne sag fandt Domstolen, at den virksomhed, der udførtes af det østrigske organ ud over dettes hovedvirksomhed, som helhed faldt ind under direktivet om offentlige bygge- og anlægsarbejder. Domstolen nåede frem til denne konklusion ved at sondre mellem de institutionelle aktiviteter, der særligt bestod i at imødekomme almenhedens behov på det ikke-erhvervs- eller forretningsmæssige område, og aktiviteter, der ikke havde denne karakter. Domstolens løsning, hvis konklusion jeg i det væsentlige finder rigtig, fortjener dog nogen afklaring. Jeg bemærker i denne henseende, at det fra mit synspunkt er umuligt at sondre mellem aktiviteter på det erhvervs- eller forretningsmæssige område og aktiviteter, der ikke har denne karakter, når det pågældende organ hører under dem, der udgør en ordregivende myndighed i direktivet om bygge- og anlægsvirksomheds forstand eller i medfør af tjenesteydelsesdirektivet. Fjernelsen af den risiko, der er et karakteristisk træk ved driften af den pågældende aktivitet, bevirker, selv om driften teoretisk kan give fortjeneste, at aktiviteten i sidste instans ikke fra et økonomisk synspunkt kan adskilles fra den institutionelle aktivitet, der således skjuler de øvrige aktiviteter og ændrer deres erhvervs- eller forretningsmæssige karakter.

nemlig kravet om indsamling og behandling af affald. Denne opgave løses uden økonomisk vinding for øje og uden for enhver markedsmæssig tankegang. De to betingelser, der stilles af fællesskabslovgiver i første del af definitionen på et offentligretligt organ, nemlig imødekommelse af almenhedens behov, dog ikke på det erhvervs- eller forretningsmæssige område, er således fuldt ud opfyldt.

Forslag til afgørelse

På baggrund af de ovenfor anførte betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de af Gerechtshof, Arnhem, forelagte spørgsmål som følger:

»1) Forholdet mellem to kommuner og et organ, der er oprettet af dem, og til hvilket de har overladt tjenesten med indsamling og behandling af affald på deres områder, og som tillige vederlægges med bidrag fra kommunernes budget, hvorved det under alle omstændigheder sikres, at dette organ opnår økonomisk balance i forbindelse med dets virksomhed, er ikke en tjenesteydelsesaftale i dette begrebs forstand i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler.

2) Et organ af den ovenfor beskrevne type er ligeledes et offentligretligt organ i dette begrebs forstand i direktiv 92/50.«