FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT JEAN MISCHO

föredraget den 19 oktober 2000 [1]

1. Efter att ha läst i de två franska publikationerna *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* och *Moniteur des travaux publics et du bâtiment*, fann kommissionen att tre meddelanden om anbudsinfordran från två offentliga byråer för planering och byggande (nedan kallade byråer) och ett aktiebolag för subventionerade bostäder (nedan kallade bostadsaktiebolag) inte hade offentliggjorts i del S i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*. Kommissionen ansåg att det följer av artikel 11 i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (nedan kallat direktivet), [2] att dessa meddelanden skulle ha offentliggjorts i S-delen, med anledning av såväl beloppets storlek som den upphandlande myndighetens karaktär.

2. Kommissionen menar nämligen att både byråerna och bostadsaktiebolagen är upphandlande myndigheter i den mening som avses i artikel 1 b i direktivet.

3. Kommissionen kunde inte godta Republiken Frankrikes svar på den formella underrättelsen. Den hade enligt egen uppgift funnit ett antal upphandlingar av liknande organ som inte heller hade offentliggjorts i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*, varför det fanns anledning att tala om en fast praxis. Kommissionen avgav därför ett motiverat yttrande. Då de förklaringar som därefter lämnades av de franska myndigheterna inte heller kunde godtas väckte kommissionen den talan som jag nu skall ta ställning till.

4. Det finns emellertid anledning att genast notera att tvisteföremålet har ändrats under det skriftliga förfarandet.

5. Republiken Frankrike har nämligen, sedan den lämnade in sitt svaromål, medgett att byråerna, mot bakgrund av domstolens rättspraxis framför allt i domarna av den 15 januari 1998 [3] och den 10 november 1998 [4], verkligen utgör upphandlande myndigheter i den mening som avses i artikel 1 b i direktivet. Därigenom har den även medgett att det är fråga om sådana organ som är skyldiga att offentliggöra meddelanden i del S i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*. När det

1 — Originalspråk: franska.

2 — EGT L 199, s. 54.

3 — Mål C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. (REG 1998, s. I-73).

4 — Mål C-360/96, BFI Holding (REG 1998, s. I-6821).

gäller byråerna har domstolen således enbart att fastställa fördragsbrottet.

6. Vad beträffar bostadsaktiebolagen har tvisteföremålet också inskränkts även om det fortfarande rådet oenighet om huruvida dessa skall anses som upphandlande myndigheter i den mening som avses i direktivet eller ej. Parterna har under det skriftliga förfarandet kommit fram till att deras ståndpunkter går i sär på en enda punkt, varför svaret på denna fråga kommer att bestämma utgången av målet. Frågan är om den tillsyn som staten utövar över bostadsaktiebolagen exakt motsvarar den sortens tillsyn som avses i direktivet, när det i detta uppräknas kriterier för att identifiera upphandlande myndigheter.

7. Direktivet har tolkats av domstolen i domarna i de ovannämnda målen Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. och BFI Holding, och dess innehåll är därför välkänt för domstolen. Med hänsyn härtill tror jag inte att det är nödvändigt att påminna om i vilket sammanhang det har antagits, vilka mål som det syftar till att uppnå eller dess allmänna uppbyggnad. Jag kan omedelbart inrikta mig på innehållet i artikel 1 som genom ett antal definitioner fastställer direktivets tillämpningsområde. Denna artikel har följande lydelse.

"I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

a) Offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten: skrivna avtal med ekonomiska villkor mellan en entreprenör och en av de nedan under b upphandlande myndigheterna, som omfattar utförandet eller såväl projekteringen som utförandet av arbeten hänförliga till någon av de i bilaga 2 angivna verksamheterna eller arbete som anges nedan under c, eller utförandet oavsett medel av arbete som motsvarar de av den upphandlande myndigheten angivna kraven,

b) upphandlande myndigheter: statliga, regionala eller lokala myndigheter, organ som lyder under offentlig rätt, sammanslutningar bildade av en eller flera sådana myndigheter eller organ som lyder under offentlig rätt.

Ett organ som lyder under offentlig rätt är varje organ

— som har tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen och inte har industriell eller kommersiell karaktär, och

— som är juridisk person, och

— som till större delen finansieras av staten eller regionala eller lokala myndigheter, eller av andra organ som lyder under offentlig rätt; eller vars förvaltning står under tillsyn av sådana organ; eller som har en administrativ, verkställande eller övervakande styrelse, där fler än hälften av medlemmarna utses av staten, regional eller lokal myndighet, eller av andra organ som lyder under offentlig rätt.

Förteckningarna över organ eller kategorier av organ som lyder under offentlig rätt och som uppfyller villkoren i andra stycket återfinns i bilaga 1. Dessa förteckningar skall vara så fullständiga som möjligt och kan revideras enligt artikel 35. För ändamålet skall medlemsstaterna regelbundet informera kommissionen om varje ändring i sina förteckningar över organ och kategorier.

..."

8. I sin ansökan har kommissionen försökt att visa, i huvudsak genom att stödja sig på Code de la construction et de l'habitation (lagen om byggande och bostäder, nedan kallad lagen), som publicerats i *Journal officiel de la République française* att bostadsaktiebolagen skall anses vara organ som lyder under offentlig rätt och följaktligen utgör upphandlande myndigheter i den mening som avses i artikel 1 b i direktivet.

9. I detta syfte har kommissionen anfört för det första att det är fråga om organ som tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen och inte har industriell eller kommersiell karaktär, nämligen att tillhandahålla bostäder för personer eller familjer med ringa tillgångar. Eftersom dessa organ är juridiska personer, är de två första villkoren i artikeln för att beteckna dem som lydande under offentlig rätt uppfyllda.

10. När det sedan gäller det tredje villkoret, har kommissionen — utan att ha blivit motsagd — understrukit att det räcker med att ett av de tre villkoren i direktivet är uppfyllt, nämligen att finansieringen sker till större delen med offentliga medel, att förvaltningen står under offentlig tillsyn samt att fler än hälften av medlemmarna i ledningsorganen utses av offentliga organ.

11. Enlig kommissionens mening är det uppenbart att, till följd av vissa bestämmelser i lagen, vilka jag skall analysera senare, den tillsyn som staten utövar över bostadsaktiebolagen precis motsvarar den sortens tillsyn som gemenskapslagstiftaren haft i åtanke.

12. I svaromålet har Republiken Frankrike sökt visa att den tillsyn som dessa bolag står under inte på något sätt motsvarar den som åsyftas i direktivet. Enligt Republiken Frankrike medför inte den tillsyn som kommissionen gjort gällande att staten ges något inflytande över besluten rörande bostadsaktiebolagens drift. Det är fråga om en administrativ tillsyn, som skiljer sig från en tillsyn som utövas över bolagets förvaltning eller investeringar som avses i artikel 1 b.

13. I sin replik har kommissionen ifrågasatt det riktiga i att göra en sådan åtskillnad. Den menar att innehållet i artikel 1 b inte på något sätt ger stöd för åsikten att det enbart är en tillsyn som ger myndigheterna inflytande över den dagliga driften av bolaget som avses.

14. I sin duplik har Republiken Frankrike fortfarande utgått från premissen att, för att det skall finnas en tillsyn över förvaltningen enligt artikel 1 b, det måste förekomma en kontroll av hur tillgångarna används, vilket är ett argument till stöd för slutsatsen att de olika tillsynsåtgärder som kommissionen har redovisat är av administrativ natur och inte medför något inflytande över driften.

15. I sin interventionsinlaga har Förenade kungariket anslutit sig till den tolkning av direktivet som Republiken Frankrike förordat.

16. Den fråga som är tvistig mellan parterna är sålunda när förvaltningen av ett organ skall anses underkastat tillsyn av ett annat organ.

17. Enligt min mening är svaret på frågan inte enbart beroende av vilken betydelse som skall fästas vid termen tillsyn, utan också av vad som menas med förvaltning, även om det är innebörden av begreppet tillsyn som parterna tvistar om.

18. I det följande skall dessa två termer undersökas i tur och ordning.

Vilken förvaltning? Vilken tillsyn?

19. Enligt ordboken *Le Petit Robert* är termen "gestion" (förvaltning), som beskriver handlingen att förvalta, nära besläktad med termerna administration, styrelse, företagsledning och organisation, vilka samtliga förutsätter en visst mått av maktutövning.

20. Detta ger mig ett intryck av att en tillsyn som inte rör makthavarnas sätt att leda verksamhet i ett organ inte bör anses

som en tillsyn över förvaltningen av detsamma.

21. Denna betydelse av termen "gestion" motsägs inte av termerna "gestión", [5] "gestione" [6] och "gestão", [7] som används i den spanska, italienska, respektive portugisiska versionen av direktivet och ej heller av termen "diacheirísi" som används i den grekiska versionen. [8]

22. Denna tolkning stöds av att man använt termerna "Leitung" [9] och "management" [10] i den tyska respektive den engelska versionen och att man använt de bägge termerna "activiteiten" och "beheer" i den nederländska versionen. [11]

23. Det verkar som om termen "drift" som förekommer i den danska versionen också kan anses motsvara termen "gestion". [12]

24. Om jag nu övergår till termen "contrôle" (tillsyn) kan man konstatera att den semantiska analysen av denna term tyvärr inte ger underlag för att avgöra vilken av de två motsatta ståndpunkterna, som uttryckts av å ena sidan kommissionen och å andra sidan Republiken Frankrike och Förenade kungariket, som är riktig.

25. Av *Le Petit Robert* framkommer att med "contrôle" menas såväl ett övervaknings- och granskningförhållande som ett inflytande- och ledningsförhållande.

26. Den första av dessa betydelser anges visserligen ha företräde, medan den senare har förekommit enbart under 1900-talet och medfört att den franska termen "contrôle" givits samma innebörd som den engelska termen "control". Denna semantiska utveckling är emellertid inte av sådan art att man därav utan tvekan kan sluta sig till vilken betydelse gemenskapslagstiftaren år 1993 avsåg lägga i termen "contrôle".

27. På det semantiska planet kan man vidare notera, att när det är fråga om att beskriva en situation där "contrôle" innebär "makt" talar man om ett företag som har kontroll över ett annat och inte ett företag som utövar tillsyn över ett annat. Att resonera på det omvända sättet är dock inte möjligt eftersom det förhållandet att någon faktiskt är underkastad tillsyn inte nödvändigtvis innebär att den som utövar

5 — "todo organismo..." "... cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos...".

6 — "organismo..." "... oppure la cui gestione è soggetta al controllo di questi...".

7 — "qualquer organismo..." "... cuja gestão esteja sujeita a um controlo por parte destes últimos ou...".

8 — "κάθε οργανισμός..." "... είτε η διαχείριση υπόκειται σε έλεγχο από το κράτος ή τους οργανισμούς αυτούς..."

9 — "jede Einrichtung..." "... die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegt...".

10 — "any body..." "... or subject to management supervision by those bodies...".

11 — "iedere instelling..." "waarvan of wel de activiteiten... of wel het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatsten...".

12 — "organ..." "eller hvis drift er underlagt disses kontrol...".

tillsynen kan utöva ett inflytande över de beslut som fattas.

28. Eftersom det inte är möjligt att komma fram till någon slutsats på grundval av en analys av direktivets franska text, från vilken både den franska regeringen och kommissionen utgår, måste jag, i enlighet med de tolkningsregler som utvecklats i domstolens praxis, undersöka övriga språkversioner.

29. De spanska, italienska och portugisiska versionerna som använder termerna "control", "controllo" respektive "controlo" och den grekiska versionen som använder termen "élencho" är inte mer upplysande än den franska versionen.

30. I den tyska versionen förekommer, på det ställe där den franska versionen använder "contrôle", termen "Aufsicht", som i vardagligt språkbruk används synonymt med "övervakning". Detta ger vid en första anblick intryck av att gemenskapslagstiftaren inte särskilt har avsett en tillsyn som innefattar en möjlighet att utöva inflytande över verksamheten.

31. Man kan dock enligt min mening svårligen dra en definitiv slutsats med stöd av termen "Aufsicht", då man på tyska betecknar ett aktiebolags förvaltningsråd, det vill säga det organ som tillsammans med styrelsen innehar makten då bolaget inte har bildats enligt klassik modell med bolagsstyrelse, med "Aufsichtsrat". I ett aktiebolag med en sådan form av administration, begränsar sig inte den tillsyn som utövas av "Aufsichtsrat" till en enkel övervakning av styrelsen, utan innebär också att ett inflytande utövas över driften av bolaget, vilket medför att tillsynsorganet deltar även när bolagets mål och strategier läggs upp.

32. Vad beträffar rermen "toezicht", som används i den nederländska versionen, kan man i tillämpliga delar göra samma påpekanden som i fråga om termen "Aufsicht" i den tyska versionen.

33. Den engelska versionen av direktivet bidrar inte till att göra situationen klarare, eftersom uttrycket "management supervision" inte upplyser om hur omfattande befogenheter övervakaren har, det vill säga om det är fråga om en enkel tillsyn över att verksamheten bedrivs lagenligt eller om den ger möjlighet till inflytande över de beslut som fattas angående driften av bolaget.

34. Vilken slutsats kan man då dra efter att ha fått en hastig inblick i den språkliga mångfald som karaktäriserar gemenskapsrätten?

35. Det är inte möjligt att dra en definitiv slutsats beträffande vilken typ av tillsyn

som gemenskapslagstiftaren har avsett, vilket hade gjort det möjligt att omedelbart gå in på frågan vilken sorts tillsyn bostadsaktiebolagen är underkastade och jämföra denna tillsyn med den avsedda tillsynen.

36. Jämförelsen av de olika språkversionerna verkar dock inte vara helt utan intresse, eftersom därigenom åtminstone har visats att det inte strider mot direktivets lydelse att anse att en tillsyn som innebär övervakning av hur organet i fråga leds och som inte innebär en inblandning i denna ledning, är tillräcklig för att organet skall anses lyda under offentlig rätt enligt artikel 1 b i direktivet.

37. Nästa etapp i min utredning består i att gå igenom domstolens rättspraxis. Denna genomgång gör jag inte i hopp om att finna en definition av begreppet tillsyn i den mening som avses i artikel 1 b. Om en sådan definition hade funnits skulle parterna självfallet ha hänvisat till den och den skulle omedelbart ha utgjort utgångspunkten för mitt resonemang. Jag skall emellertid gå igenom rättspraxis i syfte att finna indikationer på vilken infallsvinkel som bör väljas för att identifiera den typ av offentliga organ som omfattas av direktivets tillämpningsområde.

38. Den enda dom som hittills har rört tolkningen av begreppet organ som lyder under offentlig rätt i den mening som avses i direktiv 93/37 är domen i det ovannämnda målet Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. [13]

39. Det är riktigt att detta begrepp, som även förekommer i artikel 1 b i ett annat direktiv på området för offentlig upphandling, rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, [14] också har varit föremål för domstolens bedömning, i domen i det ovannämnda målet BFI Holding. I denna dom anges att "begreppet upphandlande myndigheter måste tolkas funktionellt för att ge full verkan åt principen om fri rörlighet (se i det avseendet dom av den 20 september 1988 i mål 31/87, Beentjes, REG 1988, s. 4635, punkt 11). Detta krav hindrar att det görs en distinktion utifrån den juridiska formen för de bestämmelser varigenom organet tillkommit och där de behov som det tillkommit för att tillgodose anges" (punkt 62). I huvudsak behandlas dock i denna dom frågan om vilka organ som skall anses ha tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose det allmänna intresset och som inte har en industriell eller kommersiell karaktär. Det är följaktligen domen i det ovannämnda målet Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. som jag skall ägna min uppmärksamhet åt.

40. Som jag ser det saknar konstaterandet från domstolen i punkt 28 i domen, i vilket

13 — I domen av den 17 december 1998 i mål C-353/96, kommissionen mot Irland (REG 1998, s. I-8565), behandlas rådets direktiv 77/62/EEG av den 21 december 1976 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor (EGT L 13, 1977, s. 1), vilket har föregått det direktiv som är aktuellt i detta mål.

14 — EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139.

fastställs att det tredje villkoret är uppfyllt, intresse för detta mål i motsats till vad kommissionen anfört. I denna punkt konstateras att:

— "Österreichische Staatsdruckerei" (österrikiska statstryckeriet, nedan kallat ÖS) har tillkommit för att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär, nämligen att framställa officiella administrativa handlingar varav vissa omfattas av sekretess eller säkerhetsföreskrifter, och är en juridisk person,

— generaldirektören för ÖS utnämns av ett organ som till större delen är sammansatt av medlemmar som utnämns av förbundskanslern eller olika ministerier,

— ÖS dessutom står under revisionsrättens kontroll, och ett statligt kontrollorgan har till uppgift att övervaka de trycksaker som omfattas av säkerhetsföreskrifter, och att

— enligt vad SRG uppgav vid sammanträdet är det slutligen så att större delen av andelarna i ÖS innehas av den österrikiska staten.

41. Konstaterandet avseende utnämningen av ledningsorganen skulle nämligen i sig räcka för att uppfylla det tredje villkoret. Uttalandet avseende den tillsyn som utövas av revisionsrätten och ett statligt kontrollorgan, vilket domstolen för övrigt var noga med att inleda med "dessutom", kan inte anses innebära att man kan dra slutsatser avseende vilken grad av tillsyn som domstolen har ansett som tillräcklig för att detta villkor skall vara uppfyllt.

42. Att i det här fallet dra sådana slutsatser skulle vara så mycket mer vågat med hänsyn till att generaladvokaten Léger i sitt förslag till avgörande i målet påpekade att enligt definitionen i bilaga 1, avsnitt XI, E 1 b, till akten om villkoren för Republiken Österrikes, Republiken Finlands och Konungariket Sveriges anslutning till de fördrag som ligger till grund för Europeiska unionen och om anpassning av fördragen [15] omfattas de österrikiska organen av direktivets tillämpningsområde när de är underkastade en budgetkontroll av revisionsrätten.

43. Det som domstolen uttalat angående den tillsyn som ÖS är underkastat leder sålunda, på sätt och vis, till slutsatsen att organet i fråga just står under en sådan tillsyn som Republiken Österrike vid anslutningen har erkänt motsvarar den

15 — EGT C 241, 1994, s. 21, och EGT L 1, 1995, s. 1.

tillsyn som avses i direktivet när det i detta talas om offentlig tillsyn.

44. Det verkligt intressanta i domen i det ovannämnda målet Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. för den fråga som skall lösas i detta mål finns i den kortfattade redogörelsen för vilka villkor som skall vara uppfyllda för att det skall vara fråga om ett organ som lyder under offentlig rätt. Resonemangen angående huruvida dessa villkor var uppfyllda i ÖS:s fall är således av särskilt vikt i det förevarande fallet.

45. I punkt 20 i domen anges följande:

"I detta avseende skall det noteras att enligt lydelsen av artikel 1 b andra stycket i direktiv 93/37 är ett organ som lyder under offentlig rätt ett organ som har tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen som inte har industriell eller kommersiell karaktär, som är en juridisk person och som är *nära knutet till staten*,[16] regionala eller lokala myndigheter eller andra organ som lyder under offentlig rätt."

46. Man lägger genast märke till att domstolen, medan den beskriver de två första villkoren i termer som har tagits direkt från direktivet, redovisar det tredje, utan att uppehålla sig vid de tre alternativa kriterier som enligt direktivet skall tillämpas, som om den ansåg att detta villkor avser ett visst förhållande till staten, nämligen ett nära beroende. Man kan därav dra slutsatsen att de tre kriterier som räknas upp i det tredje villkoret i artikel 1 b i direktivet utgör tre alternativa grunder för att fastställa samma faktiska förhållande, det vill säga att det föreligger ett nära beroende i förhållande till staten.

47. Eftersom dessa kriterier är alternativa, men kan tillämpas för att konstatera samma faktiska förhållande och därmed utgör en sorts mätinstrument, bör de anses väga lika tungt. Det verkar sålunda inte som om ett av dessa kriterier kan tolkas på så sätt att ett organ skall anses som lydande under offentlig rätt, när det är knutet till staten på ett helt annat sätt än de organ som anses som lydande under offentlig rätt i enlighet med något av de två övriga kriterierna.

48. Detta betyder i konkreta termer att bara organ, vars beroende till staten är lika omfattande som när finansieringen till större delen härrör från staten eller som det beroende som följer av att staten utser mer än hälften av ledamöterna i lednings-

16 — Författarens kursivering.

organen, skall betraktas som organ som lyder under offentlig rätt på grund av tillsynen över dess förvaltning.

49. Denna pragmatiska infallsvinkel som domstolen utgått från hjälper oss visserligen inte att avgöra vilket som är det rätta av de två principiella ställningstaganden som har utvecklats av kommissionen å ena sidan och Republiken Frankrike å den andra, det vill säga huruvida det räcker med en enkel tillsyn avseende förvaltningens lagenlighet eller om det krävs att tillsynen innebär att ett inflytande utövas över förvaltningen. Domstolen undviker i själva verket denna skiljelinje genom att inte fästa alltför stor vikt vid hur själva tillsynen går till, utan i stället inrikta sig på den konkreta situation som uppstått till följd av tillsynen. Detta betraktelsesätt verkar överensstämma fullt ut med de syften som eftersträvas med gemenskapsbestämmelserna på området för offentlig upphandling vilka gereraladvokaten Léger erinrade om när han i punkt 47 i sitt förslag till avgörande i det ovannämnda målet Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., angav följande:

"Gemenskapslagstiftningen om offentlig upphandling har utvecklats för att på gemenskapsnivå säkerställa iakttagandet av principerna om fri konkurrens, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster, som hotats av dessa traditionella och allmänna beteendemönster. Dess målsättning är att säkerställa att näringsidkare, oavsett ursprung, har samma möjligheter att delta i projekt som utbjudits av offentliga myndigheter, oberoende av i vilken form detta sker."

50. I en fotnot erinrade generaladvokaten om domen i det ovannämnda målet Beentjes. Sedan dess har domstolen preciserat, i punkt 62 i domen i det ovannämnda målet BFI Holding och i punkt 36 i domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Irland, att inte bara begreppet stat utan även upphandlande myndighet skall tolkas funktionellt.

51. Om man utgår från samma infallsvinkel som domstolen är det inte nödvändigt att kontrollera var och en av de tillsynsåtgärder som bostadsaktiebolagen är underkastade och som redovisats av kommissionen, för att avgöra om dessa betraktade isolerat i sig medför att dessa bolag försätts i en beroendeställning i förhållande till staten. Det är dock nödvändigt att bilda sig en uppfattning om huruvida det med hänsyn till *den rättsliga ram som gäller för* bostadsaktiebolagens verksamhet är på det viset att de olika kontrollerna som dessa är underkastade *de facto* skapar ett nära beroende till staten. Det är helt klart att en och samma tillsynsåtgärd kan bedömas olika beroende på i vilket sammanhang den utförs. En viss typ av tillsyn har inte samma inverkan beroende på om de bestämmelser som ligger till grund för den innebär att det övervakade organet har stor frihet i fråga om sin egen förvaltning eller tvärtom om

detta organs verksamhet enligt samma bestämmelser är noggrant reglerad och förutbestämd.

52. Det framstår därför som nödvändigt att undersöka bostadsaktiebolagens ställning och den rättsliga ramen för dem.

Den rättsliga ramen för bostadsaktiebolagens verksamhet

53. Bostadsaktiebolagen är affärsdrivande och omfattas därför av 1966 års lag om bolag. De är dock speciella i och med att de, genom artikel L. 411-2 i lagen, upptagits på listan över organ för subventionerade bostäder vilket innebär att de skall iaktta en mängd regler som räknas upp i denna lag. Vissa av reglerna är tillämpliga på alla organ för subventionerade bostäder, däri inbegripna bland annat offentliga byråer för subventionerade bostäder samt byråerna, medan andra rör enbart bostadsaktiebolagen.

54. Enligt artikel L. 422-2 i lagen är syftet med bostadsaktiebolagen att under de förutsättningar som anges i deras bolagsordningar huvudsakligen i uthyrningssyfte bedriva den verksamhet som anges i artikel L. 411-1 i lagen. Artikel L. 411-1 räknar upp verksamheterna enligt följande:

"Bestämmelserna i denna lag har till syfte att fastställa regler om byggande, förvärv, planering, sanering, reparation och förvaltning av kollektiva eller individuella bostäder inom och utom tätortsbebyggelse, i enlighet med tekniska krav och till kostnader som fastställs genom administrativt beslut, och som är avsedda för personer eller familjer med ringa tillgångar...."

55. Det bör noteras att det inte bara är i lagen som det föreskrivs till vilken kundkrets bostadsaktiebolagen skall vända sig, utan därutöver fastställs genom administrativa beslut de tekniska krav och kostnadsvillkor för bostäderna som bolagen har att iaktta i sin verksamhet.

56. Ett bostadsaktiebolag måste bildas i enlighet med de villkor som anges i den bolagsordningsmall som fogats till artikel R. 422-1 i lagen. Denna bolagsordning är mycket detaljerad. Det görs däri skillnad, vad beträffar bolagets verksamhet, mellan den huvudsakliga verksamheten som är uthyrning av bostäder till en bestämd hyra i enlighet med de regler som uppställs i lagen, liksom uppförande av sådana bostäder, och sidoverksamheten, som anges med 17 olika väl definierade verksamheter.

57. I bolagsordningen anges att överlåtelsen av aktier måste göras till ett pris som inte överstiger ett visst tak vars beräkningssätt preciseras, och det krävs, utom då överlåtelsen sker inom familjen, ett godkännande av styrelsen eller förvaltningsrådet, vilka därvid inte behöver tillkännage skälen för godkännande eller avslag.

58. Medlemmarna i styrelsen eller förvaltningsrådet i ett bostadsaktiebolag erhåller ingen ersättning utom i det fall de är anställda varvid de kan erhålla betalning i form av ett schablonarvode som räknas ut enligt bestämmelserna i lagen.

59. Om verksamheten går med vinst kan utdelning endast ske till ett visst högsta belopp.

60. Artikel 11 i bolagsordningen har följande lydelse.

"Inom en månad efter det att den ordinarie bolagsstämman har hållits i enlighet med artikel 157 i den ovannämnda lagen av den 24 juli 1966, skall bolaget översända allt räkenskapsmaterial och alla rapporter som lagts fram vid bolagsstämman samt protokollet från denna till statens ombud i det län där bolaget har sitt säte, det lokala skattekontoret samt den minister som har ansvaret för bostäder.

I det fall bolagsstämman skjuts upp skall det rättsliga beslut i vilket tilläggsfristen anges översändas på motsvarande sätt."

61. Det räcker dock inte att bostadsaktiebolagen respekterar villkoren i bolagsordningen för att de skall kunna påbörja sin verksamhet, eftersom det i artikel L. 422-5 i lagen föreskrivs att ett godkännande måste lämnas genom ett administrativt beslut som enligt artikel R. 422-16 skall fattas av ministern som har ansvaret för byggande och bostäder, efter att ha inhämtat yttrande från den regionala bostadsmyndigheten och det högre rådet för subventionerade bostäder.

62. Det kan påpekas att det i den tidigare versionen av bolagsordningen,[17] som av misstag fogades till kommissionens ansökan, föreskrevs att en regeringsadvokat (commissaire du Gouvernement) skulle närvara, vars behörighet definierades enligt följande:

"När ett bolag innehar ett godkännande enligt första stycket i artikel R. 422-4 i lagen om byggande och bostäder är en

17 — I dess lydelse enligt dekret nr 91-385 av den 23 april 1991 som ersätter dekret nr 93-749 av den 27 mars 1993.

regeringsadvokat, som utnämnts genom beslut av den minister som har ansvaret för bostäder, behörig att vidta alla kontroller på handlingar och på plats.

Han deltar i styrelsesammanträdena som rådgivare och har rätt att i förekommande fall kalla till möten. Han erhåller, i likhet med styrelsemedlemmarna, kallelser, dagordningar och alla andra handlingar som delges deltagarna inför varje sammanträde. Han har också rätt till en kopia av sammanträdesprotokollen liksom av de beslut som styrelsen fattar i enlighet med sitt mandat.

Han har också rätt att begära en omprövning av hela eller delar av ett beslut som har fattats av styrelsen inom en frist på 14 dagar räknad från den dag då han tog emot det. Omprövningen skall ske inom 14 dagar. Verkställigheten av beslutet är således uppskjuten tills dess omprövning har skett.

Han lämnar en årlig rapport om bolagets verksamhet till den minister som har ansvaret för bostäder.

Bolaget svarar för ersättningen till regeringsadvokaten, vilken fastställs i utnämningsbeslutet i enlighet med en tabell som fastställts i ett interministeriellt beslut."

63. Om denna bestämmelse inte hade upphävts år 1993, skulle till och med en tillsyn av förvaltningen som gav möjlighet till inflytande i linje med vad som anförts av Republiken Frankrike och Förenade kungariket, ha medfört att bostadsaktiebolagen ansågs som offentliga organ i den mening som avses i artikel 1 b i direktivet.

64. Det följer dock av andra bestämmelser som de är skyldiga att införa i sin bolagsordning, vilka nyss har redovisats, att bostadsaktiebolagens verksamhet är omgärdad av snäva villkor, både vad beträffar vilken sorts verksamhet de kan bedriva, deras sätt att fungera och vad beträffar användningen av deras tillgångar. Aktieägarna i ett sådant bolag har därför sannolikt en helt annan profil än aktieägare i ett bolag som enbart är underkastat 1966 års lag.

65. Denna reglering skall självfallet inte förväxlas med den tillsyn som det hänvisas till i artikel 1 b i direktivet. Att det finns bestämmelser, hur klara de än är, som ett organ skall följa är en sak, medan tillsynen över dess förvaltning är en helt annan. Om tillsynen över att dessa regler respekteras, liksom över påföljderna om de åsidosätts, bara ankommer på domstolarna, kan det inte vara fråga om en tillsyn av staten, en offentlig myndighet eller ett organ som lyder under offentlig rätt.

66. Man kan dock inte bortse från denna snäva reglering då det gäller att avgöra om

bostadsaktiebolagen står i ett nära beroendeförhållande till staten.

67. Om reglerna angående förvaltningen är detaljerade, kommer en enkel övervakning av att reglerna respekteras oundvikligen att resultera i att staten ges ett inflytande som inte skiljer sig mycket från det den har då den tillsätter majoriteten av ledamöterna i ledningsorganen eller då bolaget till största delen finansieras av offentliga medel, vilket innebär att verksamheten utövas på det sätt som staten önskar och att tillsynen bara är ett medel för att kontrollera bolaget, vilket gjorts möjligt genom regleringen.

68. Man kan med andra ord, samtidigt som man återknyter till den infallsvinkel som domstolen utgått från i det ovannämnda målet Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., konstatera att, vid en snäv reglering, den tillsyn som kommissionen åsyftar genom sin tolkning av artikel 1 b i direktivet, vad beträffar det nära beroendeförhållandet till staten, leder till samma resultat som det som, i frånvaro av en sådan reglering, skulle följa av den tillsyn som Republiken Frankrike utläser av denna artikel.

Den ifrågavarande tillsynen

69. Jag övergår nu till att undersöka om de olika tillsynsåtgärder som kommissionen har redovisat är av sådan art att bostadsaktiebolagen kan sägas stå i ett nära beroendeförhållande till staten.

70. Den första bestämmelsen i lagen som kommissionen har åberopat för att visa att förvaltningen av bostadsaktiebolagen står under statlig tillsyn är artikel L. 422-7. Denna bestämmelse har följande lydelse:

"Vid allvarliga oegentligheter eller allvarliga brister i förvaltningen eller vid försummelse av styrelsen eller förvaltningsrådet i ett bolag för subventionerade bostäder eller i ett fastighetskreditbolag, kan den minister som har ansvaret för byggande och bostäder, efter att ha tagit del av yttrande från bolaget eller om bolaget i vederbörlig ordning har förelagts att lägga fram sådant, besluta att bolaget skall upplösas och utse en likvidator."

71. Det finns anledning att göra tre påpekanden med anledning av denna bestämmelse.

72. Det verkar för det första inte vara möjligt att hävda att alla de tre situationer som beskrivits ovan avser brister i bokföringen, felaktig hantering av tillgångarna eller korruption. Det är dessa fall som i huvudsak utgör "allvarliga oegentligheter".

73. "Allvarlig brist i förvaltningen" kan däremot svårligen avse något annat än beslut av organ som fattats med ont uppsåt, till exempel beslut som inte överensstämmer med det ändamål som är vägledande för bolaget, eller som inte är ekonomiskt motiverade.

74. "Försummelse" rör slutligen fall av ovarsam brist på handling eller en allmän avsaknad av dynamik i bolaget.

75. Det måste följaktligen konstateras att dessa två senare kategorier rör företagets förvaltning och inte omfattas av en tillsyn som syftar till att kontrollera att det följer lagen.

76. Det är för det andra svårt att förstå hur den minister som har ansvaret för byggande och bostäder (nedan kallad ministern) skulle kunna upptäcka "en allvarlig brist i förvaltningen" eller en "försummelse" om han inte utför, åtminstone med regelbundna intervaller, en tillsyn över förvaltningen. En sådan tillsyn möjliggörs faktiskt av det förhållandet att bolaget är skyldigt att översända till ministern inte bara allt räkenskapsmaterial, utan i synnerhet alla rapporter som lagts fram vid bolagsstämman samt protokollet från denna (se punkt 11 i den ovannämnda bolagsordningsmallen).

77. Det är för det tredje ostridigt att de befogenheter som ministern tilldelats genom denna artikel är mycket vidsträckta eftersom denne kan besluta att upplösa ett bostadsaktiebolag, om han anser att det föreligger allvarliga brister i förvaltningen.

78. Den efterföljande bestämmelsen, artikel L. 422-8, [18] som också har åberopats av kommissionen, ger ministern möjlighet att förordna om en mindre långtgående åtgärd än upplösning av bolagen, nämligen att upplösa ledningsorganen, men denna åtgärd medför drastiska åtgärder för företagets förvaltning, eftersom denna provisoriskt skall omhändertas av en tillfällig förvaltare som utses av ministern.

18 — I de fall som anges i artikel L. 422-7, kan den minister som har ansvaret för bostäder nöja sig med att fatta ett administrativt beslut om att upplösa styrelsen eller förvaltningsrådet, eller enbart det senare, och utse en tillfällig förvaltare till vilken styrelsens och förvaltningsrådets samtliga befogenheter överflyttas så att verksamheten skall kunna fortsätta.
Den tillfälliga förvaltarens uppdrag upphör antingen när en ny styrelse eller ett nytt förvaltningsråd utses av bolagsstämman som skall sammankallas inom ett år. Denna frist kan förlängas en gång från och med ministerns beslut, eller, om en sådan utnämning inte äger rum, när en likvidator utses av den minister som har ansvaret för byggande och bostäder.
Under två år från det att den tillfällige förvaltaren har avslutat sitt uppdrag skall denne kallas till och kan närvara vid alla styrelsemöten och möten som hålls av det nya förvaltningsrådet för bolaget samt bolagsstämman.
Om det under denna period konstateras att nödvändiga åtgärder för att göra företaget bärkraftigt inte har vidtagits eller inte har genomförts, skall förvaltaren informera den minister som har ansvaret för byggande och bostäder om detta. Denne kan, efter medgivande från finansministern och efter att ha inhämtat företagets synpunkter, antingen upplösa och likvidera det ifrågavarande organet, eller på nytt upplösa styrelsen eller förvaltningsrådet och utse en tillfällig förvaltare för en bestämd tid. Förvaltaren skall inom den tid som har bestämts, sammankalla bolagsstämman för att utse en ny styrelse eller ett nytt förvaltningsråd. Om detta inte sker, skall organet upplösas och likvideras.

79. Det är alltså inte ens längre fråga om ett inflytande över företagets förvaltning, utan om ett överförande av förvaltningsbefogenheter till en person som har utsetts av staten.

80. När denna persons uppdrag är slutfört återgår dessutom inte företaget till det förutvarande läget eftersom det under två år är underkastat förstärkt tillsyn. [19]

81. Kommissionen har vidare hänvisat till artiklarna L. 423-1 och L. 423-2, [20] i den del av lagen som antagits av parlamentet, som ger ministern möjlighet att besluta dels om likvidation av ett bostadsaktiebolag som har en otillräcklig verksamhet, dels, för det fall verksamheten överstiger de volymer som fastställts, om att avyttra en del av bostadsbeståndet till annat organ för subventionerade bostäder.

82. Sådana åtgärder ger utan tvekan ministern möjlighet att påbjuda en särskild form av förvaltning eller kan åtminstone få till följd att det antingen införs ett visst mått av omfattning av verksamheten, eller förhindra att bostadsaktiebolag bildas som utgör verkliga fastighetsimperier.

83. I lagen föreskrivs emellertid inte bara, som kommissionen har hävdat, att ministern skall ingripa antingen för att vidta åtgärder då förvaltningen är behäftad med allvarliga fel eller brister, eller för att bostadsaktiebolagen skall iaktta gränserna för sin handlingsfrihet. I denna föreskrivs nämligen, såsom allmän princip, i artikel L. 451-1, att organ för subventionerade bostäder och följaktligen bostadsaktiebolagen står under "offentlig tillsyn". I artikel R. 451-1 anges att alla organ för subventionerade bostäder, vad de än har för rättslig status och sätt att finansiera sin verksamhet, "är underkastade tillsyn av finansministern och den minister som har ansvaret för byggande och bostäder". För att säkerställa den fulla verkan av denna tillsyn föreskrivs, i artikel L. 451-2, [21] att den omfattar handlingar som innehas av arki-

19 — Kommissionen hade också kunnat hänvisa till artikel L. 422-6, vilken behandlar personlig uppsägning av medlemmar i ledningsorganen, och till artikel L. 422-9, i vilken föreskrivs:
"I det fall ett bolag för subventionerade bostäder eller fastighetskreditbolag underlåter under två år att till behörig myndighet översända de administrativa handlingar och det räkenskapsmaterial som uppräknas i det dekret som avses i artikel L. 423-3, eller om det inte kan utse en ny styrelse eller hålla en bolagsstämma, skall den administrativa myndigheten besluta om upplösning och utse en likvidator i enlighet med de villkor som fastställts i dekret. Detta kan ske på begäran av aktieägare som innehar majoriteten av aktierna i bolaget, på begäran av statens representant i länet, eller på eget initiativ."

20 — Artikel L. 423-1:
"Varje organ för subventionerade bostäder som förvaltar färre än 1 500 bostäder och som inte har uppfört minst 500 bostäder eller beviljat 300 lån under en tioårsperiod kan upplösas och en likvidator utses genom beslut av den minister som har ansvaret för byggande och bostäder samt, när det är fråga om en offentlig byrå för subventionerade bostäder eller en offentlig byrå för planering och byggande, genom ett gemensamt beslut av denne minister och inrikesministern.
Varje organ för subventionerade bostäder som förvaltar fler än 50 000 bostäder kan genom beslut av den minister som har ansvaret för byggande och bostäder föreläggas att avyttra samtliga eller en del av de bostäder som överstiger detta antal till ett eller flera angivna organ."

21 — De tjänstemän som ansvarar för tillsynen kan, uteslutande i detta tillsynssyfte, kontrollera räkenskapsmaterial, brev och verifikationer avseende intäkter och kostnader hos arkitektbyråer eller företagare som har haft förbindelser med organ som står under sådan tillsyn.
Varje vägran att lämna ut handlingar som i verderbörlig ordning har konstaterats medför att den som gjort sig skyldig därtill åläggs att betala 60 000 FRF i böter.

tektbyråer eller företagare som har haft förbindelser med organ som står under sådan tillsyn och att en vägran att samarbeta är förenad med icke obetydliga ekonomiska påföljder.

84. Det bör observeras att artikel L. 451-1 inte alls begränsar omfattningen av den offentliga tillsyn som skall utövas över bostadsaktiebolagen, genom att exempelvis ange att denna tillsyn enbart går ut på att kontrollera att verksamheten bedrivs lagenligt.

85. Staten har faktiskt till sitt förfogande, utöver de medel som angivits ovan, en rad befogenheter som gör det möjligt att utöva inflytande över bostadsaktiebolagens förvaltning. Kommissionen har givit två exempel på detta.

86. För det första anges i artikel R. 423-72 i lagen att ett beslut som klart avser ett bolags förvaltning, nämligen en uppvärdering av tillgångarna, kräver ett förhandsgodkännande av ministern.

87. För det andra har kommissionen nämnt dekret nr 93-236 av den 22 februari 1993 om upprättande av en interministeriell delegation för inspektion av allmännyttiga bostäder. I artikel 3 i detta dekret föreskrivs följande:

"Delegationen har ansvaret för tillsynen över fysiska eller juridiska personer som är verksamma på området för allmännyttiga bostäder.

Delegationen kontrollerar på handlingarna och på plats de byggnationer, förvärv och förbättringar av bostäder som genomförs med finansiering som sker med stöd från eller regleras av staten eller som är föremål för ett avtal med staten eller som finansieras med obeskattade medel.

...

Delegationen kan av de ministrar som den lyder under få ansvaret för kontroller, undersökningar, studier, revisioner eller utvärderingar inom området för allmännyttiga bostäder.

Delegationen skall, med anledning av [sina] inspektionsrapporter, upprätta förslag till åtgärder och säkerställa att de kontrollerade personerna genomför de åtgärder som de ministrar som delegationen lyder under har beslutat om.

Delegationen skall på deras begäran bistå avdelningarna under de ministerier som har ansvaret för ekonomi, finanser, budget och utrustning."

88. Det är uppenbart att detta organ inte har enbart en övervakande funktion. Det lägger fram förslag till ministern avseende förvaltningen av olika organ för subventionerade bostäder och, om ministern antar dessa förslag, ansvarar för att de genomförs.

89. Republiken Frankrike bestrider självfallet inte att det finns olika former av tillsyn.

90. När det gäller de olika slag av ingripande från ministern som omnämnts av kommissionen och som återfinns i lagen, har den betonat att dessa rör mycket särskilda situationer, som sällan uppstår i praktiken.

91. När det gäller den allmänna tillsyn som ministern svarar för har kommissionen gjort gällande följande:

"Det bör understrykas att det i detta fall är fråga om en stickprovskontroll av handlingarna och på plats. Den består i en kontroll av organets bokföring. Tjänstemännen kan kräva att organets tillgångar och samtliga handlingar redovisas. De kan begära att alla uppgifter lämnas ut, med den enda begränsningen att detta inte får inverka menligt på organets verksamhet. Resultatet av denna kontroll redovisas i en rapport till ministern där de tjänstemän som utfört inspektionen endast anger om det förekommit en oriktig användning av tillgångarna eller missbruk. Inspektionsuppdraget utgör sålunda snarare ett överhängande hot för de organ som kan råka ut för en inspektion än en tillsyn över förvaltningen i egentlig mening, vilken skulle innebära att beslut fattades rörande val av strategier eller investeringar."

92. Jag anser dock att det framgår av det som har sagts ovan med avseende på artikel L. 422-7 i lagen och på den bolagsordningsmall som bostadsaktiebolagen måste följa, att myndighetens tillsyn är mer omfattande och att den rör alla handlingar som föreligger vid bolagsstämman liksom rapporten från denna.

93. När det gäller den interministeriella delegationen för inspektion av allmännyttiga bostäder, har Republiken Frankrike i sin duplik hävdat att

"[delegationen] inte kan förordna om positiva handlingsskyldigheter eller instruktioner till de organ över vilka den utövar tillsyn. Dessa inspektioner medför att en gemensam rapport utarbetas som innehåller svaren från organen på de positiva eller negativa anmärkningar som gjorts i sam-

band med inspektionen. Den kan också innehålla förslag eller rekommendationer riktade till såväl organen själva som till den övervakande myndigheten. Rapporten översänds sedan, förutom till presidenten för det granskade organet, till de lokala tillsynsorganen (åklagaren och det lokala skattekontoret) samt till nationella tillsynsorgan (ministrarna som har ansvaret för skatter och byggande). På grund av sin natur och sina adressater kan den interministeriella delegationens rapport betraktas som en form av administrativ tillsyn varigenom en utvärdering görs och information sprids. Även om det är riktigt att ledningen för delegationen eller dess ständiga råd ansvarar för vilka åtgärder som skall vidtas med anledning av rapporten, lämnar delegationen endast rekommendationer som i förekommande fall resulterar i en förhandling med organet självt för att förmå detta att utvecklas, särskilt om den ekonomiska situationen är ansträngd."

94. Även på denna punkt framstår dock argumentationen som felaktig, eftersom dessa undersökningar utförs utöver den tillsyn som redan har beskrivits. Det saknar för övrigt inte intresse att påpeka att, enligt Republiken Frankrikes egen utsago, den nämnda delegationen kan dras in i förhandlingar med det granskade organet "för att förmå detta att utvecklas".

95. Enligt min mening, kan man, om man utgår från domstolens resonemang i det ovannämnda målet Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., inte annat än ge kommissionen rätt, eftersom allt tyder på att bostadsaktiebolagen i praktiken, redan genom den offentliga tillsyn som utövas över deras förvaltning, står i ett nära beroendeförhållande till staten.

96. Det återstår bara att svara på en sista fråga som rör det sätt på vilket kommission har kommit fram till att det föreligger ett fördragsbrott. I sin talan har den begärt att domstolen skall fastställa att Republiken Frankrike, i samband med olika offentliga upphandlingsförfaranden rörande byggande av bostäder som utförts av byråerna och bostadsaktiebolagen, har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktiv 93/37, och särskilt dess artikel 11 andra stycket. Enligt min mening är det svår att bifalla kommissionens yrkande såsom det framställts.

97. Eftersom kommissionen inte har begärt att domstolen skall fastställa att skyldigheterna enligt direktiv 93/37 inte har uppfyllts på grund av att Republiken Frankrike har underlåtit att vidta de åtgärder som är nödvändiga för att förplikta byråerna och bostadsaktiebolagen att i del S i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* offentliggöra meddelanden om anbudsinfordran i de fall deras värde överstiger de tröskelvärden som anges i nämnda direktiv, vilket inte hade varit svårt eftersom det är just denna fråga som har diskuterats under förfarandet, anser jag att domstolen endast bör fastställa att det förelåg fördragsbrott i de tre konkreta fall som kommissionen har redovisat.

Förslag till avgörande

98. Med hänsyn till vad som anförts ovan föreslår jag att domstolen

— fastställer att Republiken Frankrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, närmare bestämt dess artikel 11.2, eftersom den inte har vidtagit de åtgärder som var nödvändiga för att den offentliga byrån för planering och byggande i Val-de-Marne, aktiebolaget för subventionerade bostäder Logirel i Lyon samt den offentliga byrån för planering och byggande i Paris skulle offentliggöra meddelanden om upphandling i del S i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* avseende de offentliga upphandlingar som annonserades genom meddelanden i *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* av den 7 februari 1995, *Moniteur des travaux publics et du bâtiment* av den 16 februari 1995 och *Bulletin officiel des annonces des marchés publics* av den 16 februari 1995,

— förpliktar Republiken Frankrike att ersätta rättegångskostnaderna.