# FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ANTONIO LA PERGOLA

fremsat den 23. oktober 1997 *

## I — Indledning

1. Med det præjudicielle spørgsmål, der er forelagt i denne sag, har Belgiens Raad van State anmodet Domstolen om at præcisere rækkevidden af en af sine tidligere domme [1], hvori den fortolkede direktiverne 71/304/EØF [2] og 71/305/EØF [3] og udtalte, at holdingselskaber kan optages på listerne over anerkendte entreprenører med henblik på deltagelse i licitationer, når de godtgør, at de disponerer over de kvalifikationer, som er nødvendige til udførelsen af kontrakterne. Det i nærværende sag omtvistede spørgsmål er, om medlemsstaterne er forpligtet til at tage hensyn til den dominerende stilling, et holdingselskab har i forhold til koncernselskaberne.

## II — Sagsfremstilling

2. De faktiske omstændigheder, der ligger til grund for det præjudicielle spørgsmål, Domstolen nu skal tage stilling til, er de samme, som forelå i sag C-389/92, hvori Domstolen afsagde dom den 14. april 1994. Det er konklusionen i denne dom, der er genstand for nærværende præjudicielle anmodning.

3. I sidstnævnte dom, hvortil jeg henviser for så vidt angår en mere fuldstændig fremstilling af de faktiske og retlige omstændigheder i nærværende sag, udtalte Domstolen: »Rådets direktiv 71/304/EØF af 26. juli 1971 om ophævelse af begrænsninger i den frie udveksling af tjenesteydelser inden for området offentlige bygge- og anlægskontrakter og ved tildeling af offentlige bygge- og anlægskontrakter gennem agenturer og filialer samt Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter skal fortolkes således, at de tillader, at der ved bedømmelsen af de kriterier, en entreprenør skal opfylde, i forbindelse med behandlingen af en godkendelsesansøgning indgivet af den dominerende juridiske person i en koncern tages hensyn til de selskaber, der hører til koncernen, når den juridiske person godtgør, at den reelt disponerer over de kvalifikationer, som selskaberne besidder, og som er nødvendige til udførelsen af kontrakterne. Det tilkommer den nationale retsinstans at bedømme, om dette er godtgjort i den konkrete sag for retten«.

* Originalsprog: italiensk.

1 — Dom af 14.4.1994, sag C-389/92, Ballast Nedam Groep, Sml. I, s. 1289.

2 — Rådets direktiv af 26.7.1971 om ophævelse af begrænsninger i den frie udveksling af tjenesteydelser inden for området offentlige bygge- og anlægskontrakter og ved tildeling af offentlige bygge- og anlægskontrakter gennem agenturer og filialer, EFT 1971 II, s. 610.

3 — Rådets direktiv af 26.7.1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, EFT 1971 II, s. 613. Både dette direktiv og det i note 2 nævnte direktiv er berigtiget i EFT 1952-1972, Supplement til Specialudgaven, s. 39-46.

4. Den forelæggende ret ønsker nu — bl.a. på grundlag af generaladvokat Gulmann's forslag til afgørelse i den ovennævnte sag [4] — oplyst, hvad der er den nøjagtige betydning af ordet »tillader«, som anvendes i domskonklusionen i denne sag, og om der med dette udtryk overlades medlemsstaterne et skøn ved den omhandlede godkendelse.

Med henblik på at kunne træffe afgørelse i den verserende sag har Belgiens Raad van State forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal ordene 'tillader, at der ... tages hensyn' i Domstolens dom af 14. april 1994 i sag C-389/92 forstås som 'skal'?

Såfremt ordene ikke skal forstås som 'skal', har den pågældende medlemsstat da på dette område et skøn, selv om den af Domstolen opstillede betingelse er opfyldt?

I hvilke tilfælde og af hvilke grunde skal der i så fald tages hensyn til de selskaber, der hører til en dominerende juridisk person i en koncern?«

## III — Gennemgang af sagen

5. Det spørgsmål, der er forelagt Domstolen, må besvares på den måde, at der sættes et andet ord i stedet for ordet »tillader« i den tidligere nævnte dom. Det er klart, at Domstolen anvendte dette udtryk med henvisning til ånden bag direktiv 71/304 og 71/305, hvorved Fællesskabet ønskede at liberalisere området for offentlige bygge- og anlægskontrakter og gøre det muligt for virksomhederne i Fællesskabet at deltage i licitationer i medlemsstaterne, således at hindringerne for gennemførelsen af et åbent marked for disse tjenesteydelser blev fjernet [5]. Domstolen har villet sikre virksomhederne i de øvrige medlemsstater mulighed for på lige fod med den pågældende medlemsstats virksomheder at deltage i de af direktiv 71/305 omfattede licitationer.

Det er i denne forbindelse åbenbart, at såfremt en medlemsstat har mulighed for at udøve et vist skøn i forbindelse med den omhandlede godkendelse, som kan være en betingelse for deltagelse i licitationer, ville

4 — Forslag fremsat den 24.2.1994, Sml. I, s. 1291.

5 — Jf. syvende betragtning til direktiv 71/304 og niende betragtning til direktiv 71/305.

bestemmelsen i artikel 28, stk. 4, i direktiv 71/305 ikke længere have noget indhold. Det anføres heri: »For optagelse af andre medlemsstaters entreprenører på en sådan liste, kan der ikke kræves andre bevisligheder og erklæringer end dem, der kræves af landets egne entreprenører, og i hvert fald ikke andre end dem, der er fastsat i artiklerne 23 til 26.«

6. Endvidere bemærkes, at Domstolen i den tidligere dom anvendte udtrykket »tillader«, hvilket netop er det udtryk, den forelæggende ret havde anvendt i det præjudicielle spørgsmål, den havde forelagt i den tidligere sag. For at forstå udtrykket må man derfor tage udgangspunkt i den nævnte dom, og der må tages hensyn til den betingelse, Domstolen opstillede, om, at »den juridiske person [skal] godtgør[e], at den reelt disponerer over de kvalifikationer, som selskaberne [i koncernen] besidder, og som er nødvendige til udførelsen af kontrakterne«.

7. Det følger derfor af det anførte, at medlemsstaten ikke har nogen skønsmæssig kompetence ved afgørelsen om godkendelse af holdingselskaber, når de af Domstolen opstillede betingelser er opfyldt. Det tilkommer imidlertid medlemsstaten at undersøge, om holdingselskabet faktisk opfylder betingelserne. Efter min opfattelse må medlemsstaten endvidere i denne forbindelse fastsætte kriterier, som kan anvendes ved afgørelsen af, om en koncern kan anses for at frembyde de garantier, som er nødvendige for at sikre opfyldelsen af de forpligtelser, som tilslagsmodtageren påtager sig i forbindelse med en eventuel tildeling af kontrakten.

8. Jeg vil gerne medgive, at det utvivlsomt ville være ønskeligt, at fællesskabslovgiver på dette område gennemfører en harmonisering og koordinering af de forskellige selskabsretlige bestemmelser om koncerners og de enkelte koncernselskabers ansvar med hensyn til de forpligtelser, det dominerende selskab i en koncern påtager sig, når det tildeles en kontrakt. Der opstår vanskelige problemer, når en koncern set under ét anses for at være én entreprenør. Der er tale om vidtgående spørgsmål, der — som jeg allerede har nævnt — bør overvejes nærmere i forbindelse med udarbejdelse af regler herom. Generaladvokat Gulmann henviste også hertil i sit forslag til afgørelse i sag C-389/92 [6] og gjorde Domstolen opmærksom på, at det ikke var muligt at give et generelt og abstrakt svar. Han foretrak derfor, at Domstolen konkret tog stilling til det problem, der var forelagt den.

9. Problemer som dem, der opstår i tilfælde af interessekonflikt mellem det dominerende selskab i en koncern og koncernselskaberne, og problemer som følge af, at det af licitationen omfattede arbejde ikke falder inden for det vedtægtsmæssige formål i de selskaber, som i sidste ende skal gennemføre arbejdet, vil kunne påføre det ordregivende organ et betydeligt tab, hvis de ikke opdages og løses i tide. Man skal i denne forbindelse være opmærksom på, at praksis ved de

6 — Nævnt ovenfor i note 4.

nationale domstole med hensyn til interessekonflikter inden for en koncern eller ophævelse af en disposition med den begrundelse, at den er i strid med det vedtægtsmæssige formål, normalt har sit udspring i, at en fordringshaver i et deltagende eller associeret selskab forsøger at påberåbe sig fejl ved den anfægtede disposition med henblik på at undgå, at en del af det deltagende selskabs formue går uden om ham og ind i holdingselskabet, eller at påberåbe sig, at det dominerende selskab har pådraget sig et erstatningsansvar. De nationale domstole har søgt at afklare disse problemer ved konkret at finde løsninger, der ganske vist vil kunne gøres bedre, men som i stort omfang gør det muligt at sikre en sund og korrekt gennemførelse af forretningsmæssige transaktioner og gennemskuelighed i forholdet mellem fordringshavere, selskabsdeltagere og selskaber [7].

10. I den sag, der her er forelagt Domstolen, er situationen i det væsentlige den modsatte: Fordringshaveren er det ordregivende organ og medkontrahenten er holdingselskabet, som udfører kontrakten ved hjælp af koncernselskaber. Der kan være tale om meget forskelligartede forhold mellem holdingselskaber og koncernselskaber for så vidt angår omfanget af deltagelsen og karakteren af retsforholdet mellem dem. Endvidere kan påvirkningen fra selskabsretten i det pågældende land spille en afgørende rolle med hensyn til koncernens fremtræden og struktur. I så fald kan det ordregivende organ i sidste ende blive stillet ringere, fordi det ikke vil være i stand til effektivt at kræve af holdingselskabet og — hvad der er mere vigtigt — de forskellige koncernselskaber, at de overholder de forpligtelser, holdingselskabet har påtaget sig i forbindelse med tildelingen af kontrakten [8]. Det er med andre ord påkrævet, at de nødvendige betingelser for, at koncernselskaberne faktisk er underkastet forpligtelsen til at udføre kontrakten, er opfyldt, og der må i denne forbindelse være tale om en juridisk bindende forpligtelse [9]. Det siger sig selv, at de spørgsmål, der opstår på grund af denne problematik, er meget mere komplicerede, når der tages hensyn til virkningerne af, at der selv inden for en koncern kan være tale om, at selskabslovgivningen i forskellige medlemsstater samtidig finder anvendelse. Det er derfor nødvendigt at anvende de internationale privatretlige regler, som ofte er utilstrækkelige til, at de fortolkende myndigheder kan komme ud af den retlige labyrint, de befinder sig i, og frem for alt sikre, at reglerne i stater, som har

7 — Med hensyn til komparative studier henvises der blandt en lang række værker til F. Wooldridge: »Aspects of the Regulation of Groups of Companies in European Laws« i *European Company Laws — A comparative Approach*, Aldershot, 1991, s. 103; A. Cerrai og A. Mazzoni: »La tutela del socio e delle minoranze« i *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progretti*, Milano, 1993, s. 339; K. G. Hopt: »Groups of companies, Legal elements and policy decisions in regulating groups of companies«, a.st., s. 715; C. K. Grierson: »Shareholders liability, Consolidation and Pooling« i *Current Issues in Cross-Border Insolvency and Reorganisations*, London, 1994, s. 205.

8 — Situationen svarer på visse punkter til den situation, hvor en virksomhed har overladt udførelsen af en del af kontrakten til en underentreprenør. Det bemærkes i denne forbindelse, at der ved Rådets direktiv 89/440/EØF af 18.7.1989 om ændring af direktiv 71/305/EØF (EFT L 210, s. 1) som artikel 20b er indsat følgende bestemmelse, der ganske vist ikke tidsmæssigt finder anvendelse på denne sag: »I udbudsbetingelserne kan den ordregivende myndighed anmode den bydende om i buddet at meddele, hvilke dele af arbejdet han eventuelt har til hensigt at give i underentreprise. Denne meddelelse berører ikke hovedentreprenørens ansvar.«

9 — Der henvises til G. Rossi's bemærkninger til dommen af 14.4.1994 i *Giurisprudenza italiana*, afsnit I, sektion I, kolonne 545, 1995.

forskellige retlige traditioner og forestillinger, tillægges samme betydning [10].

11. Det retlige princip, Domstolen har fastslået i den tidligere nævnte dom, indebærer således efter min opfattelse, at medlemsstaterne ud over at overholde lighedsgrundsætningen, som i dette tilfælde indebærer, at de ikke anlægger et skøn, når den omhandlede godkendelse meddeles, også skal udvise særlig agtpågivenhed ved fastsættelsen og anvendelsen af objektive og gennemskuelige regler, hvorved det i overensstemmelse med de i den pågældende medlemsstat gældende regler sikres, at de af Domstolen opstillede betingelser faktisk overholdes, nemlig at det pågældende selskab reelt disponerer over de kvalifikationer, som er nødvendige til udførelsen af kontrakterne. Hvis der ikke føres bevis herfor, vil konkurrencen kunne blive fordrejet, idet man i så fald åbner mulighed for, at koncerner, som ikke har de relevante kvalifikationer, hverken juridisk eller teknisk-økonomisk, kan deltage i licitationer på lige fod med andre selskaber, som fuldt ud opfylder disse betingelser.

## IV — Forslag til afgørelse

12. Jeg foreslår herefter, at det af Belgiens Raad van State forelagte spørgsmål besvares således:

»Ordet 'tillader' i konklusionen i dom af 14. april 1994 i sag C-389/92 skal forstås således, at der er tale om en forpligtelse.

Det tilkommer imidlertid de nationale myndigheder at sikre, at den betingelse, som er knyttet til dette krav om ligebehandling, er opfyldt, navnlig at sikre, at det

10 — Det er i artikel 21 i direktiv 71/305 anerkendt, at entreprenørkonsortier, der deltager i en licitation, skal have en bestemt retlig form. Det anføres heri: »Entreprenørkonsortier har ret til at give bud. Af sådanne bydende kan ikke forlanges, at de med henblik på at give bud skal antage en bestemt retlig form; dette kan imidlertid forlanges, når de har fået tildelt kontrakten«. Denne bestemmelse kan naturligvis med hensyn til et holdingselskab fortolkes på forskellige måder, alt efter om man anser koncernen for samlet at udgøre én enhed, således at artikel 21 ikke finder anvendelse, eller om reglen også skal anvendes på et holdingselskab, der afgiver bud, således at det eventuelt kræves, at de i koncernen samlede selskaber har en bestemt retlig form.

pågældende selskab råder over de kvalifikationer, som er nødvendige til udførelsen af kontrakterne. Der skal i denne forbindelse anvendes kriterier, som ikke indebærer forskelsbehandling, og hvorved det effektivt sikres, at de ordregivende organers rettigheder og berettigede forventninger tilgodeses.«