CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL A. LA PERGOLA

van 23 oktober 1997 *

I — Vooraf

1. Met de onderhavige prejudiciële verwijzing vraagt de Belgische Raad van State het Hof de strekking te preciseren van zijn eerder arrest [1] betreffende de uitlegging van richtlijnen 71/304/EEG [2] en 71/305/EEG [3], waarin het heeft verklaard, dat holdingmaatschappijen op de lijsten van erkende aannemers kunnen worden geplaatst met het oog op deelneming aan overheidsopdrachten, wanneer die maatschappijen aantonen dat zij werkelijk kunnen beschikken over de middelen die voor de uitvoering van de opdrachten noodzakelijk zijn. Aan de orde in de onderhavige zaak is de vraag, of er voor de Lid-Staten al dan niet een verplichting bestaat om rekening te houden met de dominerende positie van de holdingmaatschappijen ten opzichte van de vennootschappen van de groep.

II — De feiten

2. De omstandigheden die aanleiding hebben gegeven tot de prejudiciële verwijzing waarover het Hof zich thans heeft uit te spreken, zijn dezelfde als in zaak C-389/92; in die zaak is op 14 april 1994 uitspraak gedaan, en het onderhavige verzoek om uitlegging betreft het beschikkend gedeelte van dat arrest.

3. Voor de elementen feitelijk en rechtens van de onderhavige zaak verwijs ik naar de processtukken van zaak C-389/92. In die zaak heeft het Hof voor recht verklaard: „Richtlijn 71/304/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de opheffing van de beperkingen van het verrichten van diensten op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en van de gunning van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken door bemiddeling van agentschappen of filialen, en richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, moeten aldus worden uitgelegd, dat bij de beoordeling van de criteria waaraan een aannemer moet voldoen bij het onderzoek van een erkenningsaanvraag ingediend door een dominerende rechtspersoon van een groep, rekening kan worden gehouden met de vennootschappen die van deze groep deel uitmaken, voor zover de betrokken rechtspersoon aantoont dat hij werkelijk kan beschikken over de middelen van deze vennootschappen die voor de uitvoering van de opdrachten noodzakelijk zijn. Het staat aan de nationale rechter, te onderzoeken of dit bewijs in de hoofdzaak is geleverd."

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

1 — Arrest van 14 april 1994, zaak C-389/92 (Ballast Nedam Groep, Jurispr. 1994, blz. I-1289).

2 — Richtlijn van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de opheffing van de beperkingen van het verrichten van diensten op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en van de gunning van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken door bemiddeling van agentschappen of filialen (PB 1971, L 185, blz. 1).

3 — Richtlijn van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB 1971, L 185, blz. 5).

4. Mede gelet op de conclusie van advocaat-generaal Gulmann in die zaak [4], vraagt de verwijzende rechter zich af welke de precieze betekenis is van het woord „kan", dat is gebruikt in het beschikkend gedeelte van voormeld arrest, en of dat woord de Lid-Staat een beoordelingsmarge laat inzake de erkenning van aannemers.

Met het oog op de beslechting van de bij hem aanhangige zaak, heeft de Belgische Raad van State het Hof derhalve de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„Dient het woord ‚kan' in de zinsnede ‚(...) rekening kan worden gehouden met (...)' in het dictum van het arrest van 14 april 1994 in de zaak C-389/92 begrepen te worden als ‚moet'?

Indien het woord ‚kan' in voornoemde zinsnede niet dient te worden begrepen als ‚moet', houdt dit in dat de betrokken Lid-Staat desbetreffend over een discretionaire bevoegdheid beschikt, zelfs indien de door het Hof gestelde voorwaarde is vervuld?

In welke gevallen en om welke redenen dient alsdan rekening te worden gehouden met de vennootschappen die van een dominerende rechtspersoon van een groep deel uitmaken?"

III — Bespreking

5. Voor de beantwoording van de aan het Hof voorgelegde vraag, moet het woord „kan" worden gezien in de context van het arrest van 14 april 1994. Vaststaat, dat het Hof deze term heeft gebruikt in de geest van richtlijnen 71/304 en 71/305, die door de Gemeenschap zijn vastgesteld met de bedoeling de sector overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken te liberaliseren, en de Europese ondernemingen de gelegenheid te geven deel te nemen aan openbare aanbestedingen in de Lid-Staten, en aldus de belemmeringen weg te nemen die in de weg stonden aan de verwezenlijking van één markt voor de betrokken diensten. [5] Het was namelijk de bedoeling van het Hof, de mogelijkheid te garanderen voor de ondernemingen van de andere Lid-Staten om op voet van gelijkheid met de ondernemingen van de betrokken Lid-Staat deel te nemen aan de aanbestedingen als bedoeld in richtlijn 71/305.

Het ligt voor de hand, dat de mogelijkheid voor een Lid-Staat om een discretionaire bevoegdheid uit te oefenen in verband met deze erkenning, die een voorwaarde kan

4 — Conclusie van 24 februari 1994, Jurispr. 1994, blz. I-1291.

5 — Zie zevende overweging van de considerans van richtlijn 71/304, en negende overweging van de considerans van richtlijn 71/305.

vormen voor deelneming aan aanbestedingen, het beginsel dat is neergelegd in artikel 28, lid 4, van richtlijn 71/305 volledig zou uithollen. Deze bepaling luidt als volgt: „Voor de inschrijving van aannemers van de overige Lid-Staten op een dergelijke lijst mogen geen andere bewijzen en verklaringen worden verlangd dan die welke van de nationale aannemers worden gevraagd, en in geen geval andere bewijzen en verklaringen dan die welke in de artikelen 23 tot en met 26 zijn vermeld."

6. Bovendien zij erop gewezen, dat het Hof in voormeld arrest het begrip „kunnen" heeft gebruikt, dat dezelfde inhoud heeft als het woord „toestaan", dat de verwijzende rechter heeft gebruikt in zijn prejudiciële vraag in die zaak. Die term moet dus worden gezien in die context, en bij de uitlegging ervan moet rekening worden gehouden met de door het Hof in zijn arrest gestelde voorwaarde, dat „de betrokken rechtspersoon aantoont dat hij werkelijk kan beschikken over de middelen van deze vennootschappen [de vennootschappen van de groep] die voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijk zijn".

7. Uit een en ander volgt dus, dat de Lid-Staat over geen enkele discretionaire bevoegdheid beschikt bij de beslissing inzake de erkenning van een holding, voor zover aan de door het Hof gestelde voorwaarden is voldaan. Wel moet de Lid-Staat onderzoeken of de holding daadwerkelijk aan die voorwaarden voldoet. Met het oog daarop moet de Lid-Staat mijns inziens criteria vaststellen, aan de hand waarvan kan worden uitgemaakt of een groep van vennootschappen al dan niet voldoende garanties biedt dat hij zal kunnen voldoen aan de verplichtingen die voortvloeien uit de eventuele toewijzing van een aanbesteding.

8. Ik ben mij ervan bewust dat het in de betrokken materie aanbeveling zou verdienen, dat de gemeenschapswetgever zou overgaan tot harmonisatie en coördinatie van de verschillende bepalingen van het vennootschapsrecht inzake de aansprakelijkheid van de groep, en van de afzonderlijke vennootschappen die er deel van uitmaken, inzake de verplichtingen die de dominerende rechtspersoon van de groep bij de toewijzing van de aanbesteding op zich neemt. De omstandigheid dat een groep in zijn geheel beschouwd op één lijn wordt geplaatst met een afzonderlijke aannemer, doet namelijk delicate vragen rijzen. Het gaat daarbij om vragen van vergaande strekking die, zoals gezegd, door de wetgever grondig zouden moeten worden uitgediept. Advocaat-generaal Gulmann in zijn conclusie [6] in zaak C-389/92 heeft hier reeds op gewezen, en heeft het Hof gewaarschuwd tegen het geven van een algemeen en abstract antwoord; volgens hem verdient het aanbeveling de aan het Hof voorgelegde zaken van geval tot geval te onderzoeken.

9. Problemen zoals die welke voortvloeien uit belangenconflicten tussen de dominerende vennootschap van de groep en vennootschappen die van de groep deel uitmaken, dan wel betreffende de ongeschiktheid van het doel van de vennootschappen die uiteindelijk het aanbestede werk zullen moeten uitvoeren, kunnen namelijk ernstig nadeel teweeg brengen voor de aanbestedende

6 — Reeds aangehaald in voetnoot 4.

dienst, indien zij niet tijdig ontdekt en opgelost worden. In dit verband zij erop gewezen, dat de rechtspraak van de nationale rechterlijke instanties inzake belangenconflicten binnen de groep of inzake de nietigheid van een handeling wegens strijd met het doel van de vennootschap, in de regel te maken heeft met situaties waarin de schuldeiser van de vennootschap waarin de holding een belang heeft, of de minderheidsvennoot zich beroept op gebreken van het bestreden contract om te voorkomen dat een deel van het vermogen van bedoelde vennootschap hem kan ontglippen en wegvloeit naar dat van de holdingmaatschappij, of ook nog om de holdingmaatschappij aansprakelijk te doen stellen. De rechtspraak van de nationale rechterlijke instanties heeft gepoogd voor deze problemen van geval tot geval een oplossing te vinden, welke oplossingen weliswaar onvolmaakt zijn, doch de mogelijkheid hebben gecreëerd om in ruime mate twee eisen te verzoenen, namelijk het verzekeren van een correcte en gezonde ontwikkeling van het handelsverkeer, en de transparantie verzekeren van relaties tussen schuldeisers, vennoten en vennootschappen. [7]

10. In de zaak waarover het Hof zich thans heeft uit te spreken, doet zich evenwel een volledig andere situatie voor: de schuldeiser in kwestie is de aanbestedende dienst, en zijn medecontractant is de holdingmaatschappij, die de aanbestede werken uitvoert via de door haar gecontroleerde vennootschappen. De banden die bestaan tussen de holding en de door haar gecontroleerde vennootschappen, kunnen van zeer verschillende aard zijn, wegens de grootte van haar deelneming daarin en de aard van de onderlinge rechtsverhoudingen. De invloed van het nationale vennootschapsrecht kan bovendien een beslissende rol spelen bij het tot stand komen van het uitzicht en de structuur van de groep. In die situatie kan het voorkomen dat de aanbestedende dienst uiteindelijk schade leidt, omdat hij er niet in slaagt in bepaalde gevallen van de holdingmaatschappij, en vaker nog, van de vennootschappen die van de groep deel uitmaken, gedaan te krijgen dat zij de verbintenissen naleven die de holding bij de toewijzing van de aanbesteding op zich heeft genomen. [8] Anders gezegd, alleen in uiterste situaties kan de verplichting tot tenuitvoerlegging werkelijk, in de vorm van een juridisch bindende verplichting, ten laste komen van de vennootschappen van de groep. [9] Het ligt voor de hand, dat de context van dit probleem nog veel ingewikkelder wordt, indien men bedenkt wat de gevolgen zijn van de toepasselijkheid, ook binnen eenzelfde groep, van het vennootschapsrecht van verschillende Lid-Staten en van het onvermijdelijk beroep op regels van internationaal privaatrecht, die soms niet toereikend zijn om een uitweg te vinden uit de juridische doolhof waarin de rechtspracticus zich bevindt, en vooral om de volledige gelijkwaardigheid te garanderen

7 — Zie onder meer, voor een vergelijkende studie: F. Wooldridge, *Aspects of the Regulation of Groups of Companies in European Laws*, in *European Company Laws — A comparative Approach*, Aldershot, 1991, blz. 103; A. Cerrai, A. Mazzoni, *La tutela del socio e delle minoranze*, in *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, Milaan, 1993, blz. 339; K. J. Hopt, *Groups of companies. Legal elements and policy decisions in regulating groups of companies*, *ibidem*, blz. 715; C. K. Grierson, *Shareholders liability, Consolidation and Pooling*, in *Current Issues in Cross-Border Insolvency and Reorganisations*, Londen, 1994, blz. 205.

8 — De situatie die zich thans voordoet vertoont enige gelijkenis met die van de onderneming die een deel van het werk aan derden in onderaanneming geeft. Zie in dit verband richtlijn 89/440/EEG van de Raad van 18 juli 1989 tot wijziging van richtlijn 71/305/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB 1989, L 210, blz. 1), die weliswaar ratione temporis niet van toepassing is op de onderhavige zaak, doch waarbij een artikel 20 ter is ingevoerd, dat als volgt luidt: „In het bestek kan de aanbestedende dienst de inschrijver verzoeken hem in zijn offerte mede te delen welk gedeelte van de opdracht hij eventueel voornemens is aan derden in onderaanbesteding te geven. Deze mededeling laat het probleem van de aansprakelijkheid van de hoofdaannemer onverlet."

9 — Zie in dit verband de opmerkingen van G. Rossi bij het vonnis van 14 april 1994 in *Giurisprudenza italiana*, deel I, afdeling I, col. 545, 1995.

van de regels van verschillende landen, met verschillende tradities en rechtsopvattingen. [10]

11. Het door het Hof in voormeld arrest vastgesteld rechtsbeginsel houdt dus mijns inziens in, dat op de Lid-Staten, afgezien van de naleving van het non-discriminatiebeginsel, dat in het onderhavige geval is neergelegd in het verbod van elke discretionaire beoordeling in het kader van de betrokken erkenning, eveneens de verplichting rust om bijzonder zorgvuldig objectieve en transparante regels vast te stellen en toe te passen ter verzekering dat in het kader van het nationale recht, de door het Hof gestelde voorwaarden betreffende de feitelijke beschikbaarheid van de voor de uitvoering van het werk noodzakelijke middelen, daadwerkelijk worden nageleefd. Bij ontbreken van dit bewijs wordt de concurrentie vervalst, zodat een groep vennootschappen, die op juridisch vlak dan wel op technisch en economisch vlak niet aan de normen voldoet, toch aan de aanbesteding kan deelnemen op voet van gelijkheid met inschrijvers die wel aan alle eisen voldoen.

IV — Conclusie

12. Gelet op een en ander, geef ik het Hof in overweging de vraag van de Belgische Raad van State te beantwoorden als volgt:

„Het woord ‚kan' in het beschikkend gedeelte van het arrest van 14 april 1994 in zaak C-389/92, moet worden begrepen als ‚moet'.

10 — Het vereiste, dat een groep ondernemingen die deelneemt aan een aanbesteding, een specifieke rechtsvorm aanneemt, is erkend in artikel 21 van richtlijn 71/305, dat als volgt luidt: „Combinaties van aannemers mogen inschrijven. Er kan niet worden geëist dat deze combinaties met het oog op de inschrijving een bepaalde rechtsvorm aannemen, doch dit kan wel van een combinatie worden geëist wanneer de opdracht haar is gegund." Natuurlijk kan in het geval van een holding die regel aanleiding geven tot verschillende interpretaties, naargelang de groep in zijn geheel als één eenheid wordt beschouwd, in welk geval artikel 21 niet van toepassing is, dan wel of de betrokken norm wordt toegepast op de inschrijving van de holding, wat dus eventueel zou inhouden dat het geheel van vennootschappen dat de groep vormt, een bepaalde rechtsvorm aanneemt.

Het staat derhalve aan de nationale instanties om toe te zien op de naleving van de voorwaarde die voortvloeit uit deze verplichting tot gelijke behandeling, en met name de volledige beschikbaarheid van de middelen die voor de uitvoering van het werk noodzakelijk zijn, te controleren op basis van niet-discriminatoire criteria die een garantie vormen voor de rechten en rechtmatige verwachtingen van de aanbestedende diensten."