JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
ANTONIO LA PERGOLA
23 päivänä lokakuuta 1997 *

I Johdanto

1. Tällä ennakkoratkaisukysymyksellä Belgian Raad van State pyytää yhteisöjen tuomioistuinta täsmentämään tämän aikaisemmin antaman sellaisen tuomion [1] ulottuvuutta, jossa tämä tulkitsi direktiivejä 71/304/ETY [2] ja 71/305/ETY [3] siten, että holdingyhtiöt voidaan ottaa hyväksyttyjen urakoitsijoiden luetteloon tarjouspyyntömenettelyyn osallistumista varten, jos kyseiset yhtiöt näyttävät toteen, että ne tosiasiallisesti hallitsevat sopimuksen toteuttamiseksi välttämättömiä varoja. Nyt käsiteltävänä olevassa asiassa on kyse siitä, onko jäsenvaltioilla velvollisuus ottaa huomioon se määräävä asema, joka holdingyhtiöllä on muihin konserniyhtiöihin nähden.

II Asiaa koskevat tosiseikat

2. Nyt yhteisöjen tuomioistuimen käsiteltäväksi saatetussa asiassa on kyse samoista olosuhteista kuin asiassa C-389/92, jonka yhteisöjen tuomioistuin ratkaisi edellä mainitulla 14.4.1994 annetulla tuomiolla, jonka tuomiolauselmaa yhteisöjen tuomioistuinta nyt pyydetään tulkitsemaan.

3. Tuossa asiassa, jossa on perusteellisempi selvitys nyt käsiteltävänä olevan asian tosiseikoista ja oikeudellisista seikoista, yhteisöjen tuomioistuin totesi seuraavaa: "Julkisia rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien palvelujen tarjoamista koskevien rajoitusten poistamisesta sekä julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekemisestä kauppaedustajan tai sivuliikkeiden välityksellä toimivien urakoitsijoiden kanssa 26 päivänä heinäkuuta 1971 annettua neuvoston direktiiviä 71/304/ETY ja julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 26 päivänä heinäkuuta 1971 annettua neuvoston direktiiviä 71/305/ETY on tulkittava siten, että kun konsernin määräävässä asemassa olevan oikeushenkilön tekemää hakemusta hyväksyttyjen urakoitsijoiden luetteloon ottamisesta tutkittaessa arvioidaan niitä edellytyksiä, jotka urakoitsijan on täytettävä, näiden direktiivien mukaan huomioon voidaan ottaa tähän konserniin kuuluvat yhtiöt, jos kyseinen oikeushenkilö näyttää toteen, että se tosiasiallisesti hallitsee näiden yhtiöiden varoja, jotka ovat välttämättömiä sopimuksen toteuttamiseksi. Kansallisen tuomioistuimen kuuluu arvioida, onko tällainen näyttö esitetty tässä tapauksessa."

* Alkuperäinen kieli: italia.

1 — Asia C-389/92, Ballast Nedam Groep, tuomio 14.4.1994 (Kok. 1994, s. I-1289).

2 — Julkisia rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien palvelujen tarjoamista koskevien rajoitusten poistamisesta sekä julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekemisestä kauppaedustajan tai sivuliikkeiden välityksellä toimivien urakoitsijoiden kanssa 26 päivänä heinäkuuta 1971 annettu neuvoston direktiivi 71/304/ETY (EYVL L 185, s. 1).

3 — Julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 26 päivänä heinäkuuta 1971 annettu neuvoston direktiivi 71/305/ETY (EYVL L 185, s. 5).

4. Kansallinen tuomioistuin kysyy nyt — myös julkisasiamies Gulmannin edellä mainitussa asiassa antaman ratkaisuehdotuksen [4] valossa — mitä tarkkaan ottaen tarkoitetaan edellä mainitun tuomion tuomiolauselmassa käytetyllä ilmaisulla "voidaan" ja jätetäänkö tällä ilmaisulla jäsenvaltioille harkintavaltaa urakoitsijoiden hyväksymisessä.

Käsiteltävänään olevan riita-asian ratkaisemiseksi Belgian Raad van State on esittänyt yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

"Onko yhteisöjen tuomioistuimen asiassa C-389/92 14.4.1994 antaman tuomion tuomiolauselmaan sisältyvässä ilmaisussa 'huomioon voidaan ottaa' oleva sana 'voidaan' ymmärrettävä niin, että se tarkoittaa 'täytyy'?

Mikäli edellä mainitussa ilmaisussa olevan sanan 'voidaan' ei ole ymmärrettävä tarkoittavan 'täytyy', onko asianomaisella jäsenvaltiolla tältä osin harkintavaltaa silloinkin, kun yhteisöjen tuomioistuimen asettama edellytys täyttyy?

Jos näin on, missä tapauksissa ja millä perusteilla on otettava huomioon ne yhtiöt, jotka konsernin määräävässä asemassa oleva yhtiö omistaa?"

III Tapauksen erittely

5. Yhteisöjen tuomioistuimelle esitetty ennakkoratkaisukysymys on ratkaistava sijoittamalla kiistanalainen ilmaisu "voidaan" aikaisemman tuomion asiayhteyteen. On selvää, että yhteisöjen tuomioistuin on käyttänyt tätä ilmaisua viitaten direktiivien 71/304/ETY ja 71/305/ETY tarkoitukseen; yhteisö on näillä direktiiveillä pyrkinyt vapauttamaan julkisten rakennusurakoiden markkinat ja mahdollistamaan sen, että Euroopan yhteisössä toimivat yritykset voisivat osallistua jäsenvaltioiden tarjouspyyntömenettelyihin, ja yhteisö on näin poistanut esteet avointen markkinoiden tehokkaalta toteutumiselta kyseisten palvelujen tarjoamisen osalta. [5] Yhteisöjen tuomioistuin on pyrkinyt turvaamaan sen, että muiden jäsenvaltioiden yritykset voisivat osallistua direktiivillä 71/305/ETY säänneltyihin tarjouspyyntömenettelyihin yhdenvertaisina sen jäsenvaltion yritysten kanssa, jossa tarjouskilpailu järjestetään.

Tältä osin on selvää, että jos jäsenvaltiolla olisi harkintavaltaa urakoitsijoiden hyväksymisessä — joka voi olla tarjouspyyntömenettelyyn osallistumisen edellytys — se veisi

4 — Asiassa C-389/92 24.2.1994 esitetty ratkaisuehdotus (Kok. 1994, s. I-1291).

5 — Ks. direktiivin 71/305/ETY seitsemäs ja yhdeksäs perustelukappale.

kaiken merkityksen direktiivin 71/305/ETY 28 artiklan 4 kohdalta, jonka mukaan "[m]erkittäessä muista jäsenvaltioista olevia urakoitsijoita tällaiseen luetteloon ei saa vaatia muita kuin kotimaisilta urakoitsijoilta vaadittavia todisteita ja ilmoituksia, eikä missään tapauksessa muita kuin 23—26 artiklassa tarkoitettuja todisteita ja ilmoituksia".

6. On lisäksi muistutettava, että yhteisöjen tuomioistuin käytti aikaisemmassa tuomiossa ilmaisua "voidaan" eli tarkalleen samaa ilmaisua kuin kansallinen tuomioistuin tuossa asiassa esittämässään ennakkoratkaisukysymyksessä. Ilmaisua on siis tulkittava tämä huomioon ottaen, ja sen merkitys selviää, kun otetaan huomioon yhteisöjen tuomioistuimen asettama edellytys, jossa tältä osin vaaditaan, että "kyseinen oikeushenkilö näyttää toteen, että se tosiasiallisesti hallitsee näiden yhtiöiden [eli konserniin kuuluvien yhtiöiden] varoja, jotka ovat välttämättömiä sopimuksen toteuttamiseksi".

7. Edellä olevasta siis seuraa, että jäsenvaltiolla ei ole lainkaan harkintavaltaa holdingyhtiöiden hyväksymisessä, jos yhteisöjen tuomioistuimen asettamat edellytykset täyttyvät. Jäsenvaltion on toisaalta kuitenkin varmistettava, että holdingyhtiö todella täyttää nämä edellytykset. Mielestäni on myös tarpeen, että jäsenvaltio vahvistaa asianmukaiset perusteet, joiden perusteella voidaan määrittää yksityiskohtaiset säännöt sen osalta, milloin konsernin voidaan katsoa esittävän riittävät takeet mahdollisen urakkasopimuksen yhteydessä tehtävien sitoumusten noudattamisesta.

8. En peittele sitä, että tällä alalla olisi ilman muuta toivottavaa, että yhteisöjen lainsäätäjä yhdenmukaistaisi ja yhteensovittaisi ne eri yhtiöoikeudelliset säännökset, jotka koskevat koko konsernin vastuuta ja konserniin kuuluvien yksittäisten yhtiöiden vastuuta niistä sitoumuksista, joita konsernin määräävässä asemassa olevan yhtiö tekee urakkasopimuksen yhteydessä. Koko konsernin ja yksittäisen urakoitsijan rinnastaminen nimittäin aiheuttaa vaikeita ongelmia. Kyse on laaja-alaisista kysymyksistä, jotka — kuten olen aikaisemmin todennut — ansaitsisivat perusteellisempaa harkintaa lainsäädäntövaiheessa. Julkisasiamies Gulmann on asiassa C-389/92 antamassaan ratkaisuehdotuksessa [6] viitannut tähän, ja hän varoitti yhteisöjen tuomioistuinta vastaamasta kysymykseen yleisesti ja abstraktisti pitäen itse parempana antaa tähän yhteisöjen tuomioistuimen käsiteltävänä olleeseen asiaan vain tätä yksittäistapausta koskeva ratkaisu.

9. Esimerkiksi konsernin määräävässä asemassa olevan yhtiön ja muiden konserniyhtiöiden eturistiriidoista tai niiden yhtiöiden, joiden on varsinaisesti tarkoitus suorittaa tarjouspyynnön kohteena olleet rakennusurakat, toimialan epäsopivuudesta aiheutuvat ongelmat voivat nimittäin aiheuttaa huomattavaa vahinkoa hankintaviranomaiselle, jollei näitä ongelmia havaita ja ratkaista ajoissa. On

6 — Edellä alaviitteessä 4 mainittu ratkaisuehdotus.

lisäksi syytä muistuttaa, että kansallisten tuomioistuinten oikeuskäytäntö, joka koskee konsernin sisäisiä eturistiriitoja tai yhtiön toimialan vastaisten oikeustointen pätemättömyyttä, on syntynyt yleensä sellaisissa tilanteissa, joissa konserniyhtiön velkoja tai vähemmistöosakas yrittää vedota riidanalaisen oikeustoimen virheellisyyteen joko sen estämiseksi, että konserniyhtiön varallisuutta siirtyisi pois näiden ulottuvilta holdingyhtiön omistukseen, tai määräävässä asemassa olevan yhtiön omistajanvastuun toteuttamiseksi. Kansallisten tuomioistuinten oikeuskäytännössä on yritetty ratkaista nämä ongelmat kehittämällä olosuhteiden mukaan ratkaisuja, joissa varmasti olisi vielä parantamisen varaa mutta joiden avulla silti voidaan huomattavassa määrin vastata siihen kaksitahoiseen vaatimukseen, että on taattava liiketointen oikea ja terve toteuttaminen ja velkojien, osakkaiden ja yhtiöiden välisten suhteiden avoimuus. [7]

10. Tässä yhteisöjen tuomioistuimen käsiteltävänä olevassa asiassa tilanne on oleellisilta osin päinvastainen, koska kyseessä oleva velkoja on hankintaviranomainen, jonka sopimusosapuolena on holdingyhtiö, joka suorittaa urakan muiden konserniyhtiöiden välityksellä. Holdingyhtiön ja muiden konserniyhtiöiden välisissä suhteissa voi olla suuriakin eroja siltä osin kuin on kyse omistuksen laajuudesta ja yhtiöiden välisten oikeussuhteiden luonteesta. Kansallisen yhtiöoikeuden vaikutuksella voi lisäksi olla ratkaiseva merkitys konsernikuvan ja -rakenteen osalta. Hankintaviranomaiselle voisi tällaisessa tapauksessa aiheutua lopulta vahinkoa siitä, ettei se voi pätevästi ja tehokkaasti vaatia tällaisissa tapauksissa holdingyhtiötä tai — mikä on vieläkin tärkeämpää — yksittäisiä konserniyhtiöitä täyttämään niitä velvollisuuksia, joihin holdingyhtiö on sitoutunut urakkasopimusta tehtäessä. [8] Toisin sanoen vaaditaan sellaisten edellytysten täyttymistä, että konserniyhtiöille todella syntyy velvollisuus sopimuksen täyttämiseen, ja velvollisuuden on oltava oikeudellisesti sitova. [9] On itsestään selvää, että se yhteys, johon nämä ongelmat liittyvät, tulee huomattavasti monimutkaisemmaksi, kun otetaan huomioon ne seuraukset, joita aiheutuu siitä, että joskus jopa samassa konsernissa joudutaan soveltamaan samanaikaisesti eri jäsenvaltioiden yhtiölainsäädäntöjä, jolloin joudutaan väistämättä turvautumaan kansainvälisen yksityisoikeuden normeihin, jotka toisinaan ovat niin puutteellisia, etteivät ne auta tulkitsijaa pois tästä oikeudellisesta labyrintistä eivätkä etenkään takaa täyttä vastaavuutta eri valtioiden oikeussääntöjen

7 — Ks. tältä osin vertaileva selvitys mm. Woolridge, F., "Aspects of the Regulation of Groups of Companies in European Laws", *European Company Laws — A comparative Approach*, Aldershot, 1991, s. 103; Cerrai, A., Mazzoni, A., "La tutela del socio e delle minoranze", *Il diritto delle società per azioni: problemi, esperienze, progetti*, Milano, 1993, s. 339; Hopt, K. J., "Groups of companies. Legal elements and policy decisions in regulating groups of companies", mainittu teos, s. 715; Grierson, C. K., "Shareholders liability, Consolidation and Pooling", *Current Issues in Cross-Border Insolvency and Reorganisations*, London, 1994, s. 205.

8 — Tällainen tilanne itse asiassa vastaa joiltakin osin sellaista tilannetta, jossa yritys antaa osan sopimuksesta alihankintana kolmannelle. Vaikka julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annetun direktiivin 71/305/ETY muuttamisesta 18 päivänä heinäkuuta 1989 annettua neuvoston direktiiviä 89/440/ETY (EYVL L 210, s. 1) ei ajallisesti voidakaan soveltaa käsiteltävänä olevaan asiaan, voidaan silti todeta, että sillä lisättiin direktiiviin 71/305/ETY 20 b artikla, jossa säädetään seuraavaa: "Hankintaviranomainen voi sopimusasiakirjoissa pyytää tarjoajaa ilmoittamaan tarjouksessaan, minkä osan sopimuksesta tämä mahdollisesti aikoo antaa alihankintana kolmansille. Tällainen ilmoitus ei rajoita pääasiallisen urakoitsijan vastuuta."

9 — Ks. tältä osin G. Rossin huomautukset 14.4.1994 annetusta tuomiosta, Giurisprudenza italiana, I osa, I jakso, sarake 545, 1995.

välillä, kun valtioiden oikeusperinteet ja oikeuskäsitykset poikkeavat toisistaan. [10]

11. Yhteisöjen tuomioistuimen edellä mainitussa asiassa vahvistama oikeusperiaate edellyttää mielestäni jäsenvaltioilta paitsi sitä, että niiden on noudatettava syrjintäkiellon periaatetta — mikä tässä tapauksessa merkitsee sitä, että urakoitsijoita hyväksyttäessä ei voida käyttää harkintavaltaa — myös sitä, että jäsenvaltioiden on noudatettava erityistä huolellisuutta vahvistaessaan ja soveltaessaan sellaisia objektiivisia ja tavoitteidensa osalta avoimia sääntöjä, joilla taataan kyseisessä jäsenvaltiossa voimassa olevien oikeussääntöjen perusteella se, että todella noudatetaan yhteisöjen tuomioistuimen asettamaa edellytystä eli sitä edellytystä, että kyseisen yhtiön on tosiasiallisesti hallittava sopimuksen toteuttamiseksi välttämättömiä varoja. Jollei tosiasiallista hallintaa näytetä toteen, asianmukainen kilpailu vääristyy, kun sellaisten konsernien, joilla ei sen enempää oikeudelliselta kuin tekniseltä ja taloudelliselta kannaltakaan ole sellaisia asianmukaisia varoja ja välineitä, että ne voisivat osallistua tarjouskilpailuun samoin edellytyksin kuin sellaiset tarjoajat, jotka täyttävät kaikki vaatimukset.

IV Ratkaisuehdotus

12. Edellä esitetyn perusteella ehdotan, että Belgian Raad van Staten esittämään ennakkoratkaisukysymykseen vastattaisiin seuraavasti:

Asiassa C-389/92 14.4.1994 annetun tuomion tuomiolauselmassa käytettyä ilmaisua "voidaan" on tulkittava siten, että se tarkoittaa "täytyy".

10 — Vaatimus, että tarjouskilpailuun osallistuvalla yritysryhmällä on oltava tietty oikeudellinen muoto, on sallittu direktiivin 71/305/ETY 21 artiklassa, jossa säädetään seuraavaa: "Urakoitsijat voivat tehdä tarjouksia ryhmittyminä. Ryhmittymiltä ei saa tarjouksen tekemistä varten edellyttää tiettyä oikeudellista muotoa, mutta sopimuspuoleksi valituilta ryhmittymiltä voidaan kuitenkin edellyttää sitä sopimuksenteon jälkeen." Silloin kun kyse on holdingyhtiöstä, tätä sääntöä voidaan tietenkin tulkita eri tavoilla riippuen siitä, pidetäänkö koko konsernia yhtenä yksikkönä, jolloin 21 artiklaa ei sovelleta, vai katsotaanko kyseisen säännöksen viittaavan holdingyhtiön hakemukseen, jolloin siis saatetaan vaatia, että yhtiöiden muodostelmalla on tarkkaan määritelty oikeudellinen muoto.

Kansallisten viranomaisten tehtävänä on kuitenkin taata se, että tätä rinnastamisvelvollisuutta koskevaa edellytystä noudatetaan, ja erityisesti se, että sopimuksen toteuttamiseksi välttämättömien varojen täysi hallinta todennetaan sellaisilla arviointiperusteilla, jotka eivät ole syrjiviä ja joilla voidaan taata tehokkaasti myös hankintaviranomaisten oikeudet ja perustellut odotukset.