YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (kolmas jaosto)

13 päivänä marraskuuta 2008 *

Asiassa C-324/07,

jossa on kyse EY 234 artiklaan perustuvasta ennakkoratkaisupyynnöstä, jonka Conseil d'État (Belgia) on esittänyt 3.7.2007 tekemällään päätöksellä, joka on saapunut yhteisöjen tuomioistuimeen 12.7.2007, saadakseen ennakkoratkaisun asiassa

Coditel Brabant SA

vastaan

Commune d'Uccle ja

Région de Bruxelles-Capitale,

Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévisionin **(Brutélé)**

osallistuessa asian käsittelyyn,

* Oikeudenkäyntikieli: ranska.

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN (kolmas jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja A. Rosas sekä tuomarit A. Ó Caoimh, J. N. Cunha Rodrigues (esittelevä tuomari), J. Klučka ja A. Arabadjiev,

julkisasiamies: V. Trstenjak,
kirjaaja: hallintovirkamies C. Strömholm,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä ja 9.4.2008 pidetyssä istunnossa esitetyn,

ottaen huomioon huomautukset, jotka sille ovat esittäneet

– Coditel Brabant SA, edustajinaan avocat F. Tulkens ja avocat V. Ost,

– Commune d'Uccle, edustajanaan avocat P. Coenraets,

– Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (Brutélé), edustajinaan avocat N. Fortemps ja avocat J. Bourtembourg,

– Belgian hallitus, asiamiehenään J. C. Halleux, jota avustaa avocat B. Staelens,

– Saksan hallitus, asiamiehinään M. Lumma ja J. Möller,

– Alankomaiden hallitus, asiamiehinään C. Wissels ja Y. de Vries,

– Euroopan yhteisöjen komissio, asiamiehinään B. Stromsky ja D. Kukovec,

kuultuaan julkisasiamiehen 4.6.2008 pidetyssä istunnossa esittämän ratkaisuehdotuksen,

on antanut seuraavan

tuomion

1 Ennakkoratkaisupyyntö koskee EY 43 ja EY 49 artiklan, yhdenvertaisen kohtelun ja kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kiellon periaatteiden sekä näistä seuraavan avoimuuden periaatteen tulkintaa.

2 Tämä pyyntö on esitetty asiassa, jossa kantajana on Coditel Brabant SA (jäljempänä Coditel) ja vastaajina commune d'Uccle (jäljempänä Ucclen kunta) ja Région de Bruxelles-Capital, Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévisionin (Brutélé) (jäljempänä Brutélé) osallistuessa asian käsittelyyn. Asiassa on kyse siitä, että Ucclen kunta on luovuttanut kunnallisen kaapelitelevisioverkon käyttöoikeuden kuntienväliselle osuuskunnalle.

Asiaa koskevat oikeussäännöt

Kansallinen säännöstö

3 Kuntayhtymistä annetun lain (loi du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales; Moniteur belge 26.6.1987, s. 9909) 1 §:ssä säädetään seuraavaa:

"Kunnat voivat tässä laissa säädetyin edellytyksin perustaa yhteenliittymiä, joilla on tiettyjä kuntien edun mukaisia tavoitteita. Tällaisia yhteenliittymiä kutsutaan kuntayhtymiksi."

4 Tämän lain 3 §:ssä säädetään seuraavaa:

"Kuntayhtymät ovat julkisoikeudellisia oikeushenkilöitä. Ne eivät ole luonteeltaan kaupallisia siitä riippumatta, millaisia ne ovat muodoltaan tai tavoitteiltaan."

5 Lain 10 §:ssä säädetään seuraavaa:

”Kuntayhtymällä on yleiskokous, hallitus ja tarkastuslautakunta.”

6 Sen 11 §:ssä säädetään edelleen seuraavaa:

”Siitä riippumatta, minkä suuruisella osuudella kunnat ovat osallistuneet yhtymän pääomaan, kunnilla on kuntayhtymän hallinnosta ja valvonnasta vastaavissa elimissä aina äänten enemmistö ja niiden puheenjohtajuus.”

7 Kuntayhtymistä annetun lain 12 §:ssä säädetään seuraavaa:

”Jäsenkuntien kunnanvaltuustot valitsevat edustajansa yhtymän yleiskokoukseen kunnanvaltuutettujen, pormestarin ja raatimiesten joukosta.

Kullakin kunnalla on yleiskokouksessa äänimäärä, joka vastaa sen omistamien osuuksien lukumäärää.”

Pääasia ja ennakkoratkaisukysymykset

8 Ucclen kunta oli antanut Coditelin perustaa alueelleen kaapelitelevisioverkon ja käyttää sitä vuosina 1969–1999. Kunta päätti 28.10.1999 ostaa verkon itselleen. Omistajanvaihdoksen oli tarkoitus tulla voimaan 1.1.2000.

9 Ucclen kunta päätti lisäksi samoin 28.10.1999 tehdä tarjouspyynnön käyttöoikeussopimuksen tekemiseksi verkon käytöstä uuden konsession saajan kanssa. Neljä yhtiötä, joiden joukossa oli myös Coditel, teki tarjouksen tämän tarjouspyynnön perusteella.

10 Ucclen kunta päätti 25.5.2000 luopua kaapelitelevisioverkkonsa käyttöä koskevan sopimuksen tekemisestä ja tämän sijasta myydä verkon.

11 Bulletin des adjudicationissa julkaistiin 15.9.2000 tarjouspyyntöilmoitus verkon ostosta kiinnostuneille. Viisi yhtiötä, joiden joukossa oli myös Coditel, teki ostotarjouksen. Tämän lisäksi Brutélé-niminen kuntienvälinen osuuskunta teki ostotarjouksen sijasta Ucclen kunnalle osuuskunnan jäseneksi liittymistä koskevan tarjouksen.

12 Ucclen kunta katsoi, että kaikki viisi tarjousta oli hylättävä niitä arvioimatta, koska ne eivät täyttäneet tarjouspyynnössä asetettuja edellytyksiä. Kunnan mukaan vain Coditelin tarjous täytti nämä edellytykset, mutta sen tekemä hintatarjous oli liian alhainen. Tämän johdosta kunta päätti 23.11.2000 luopua kunnallisen kaapelitelevisioverkon myynnistä.

13 Ucclen kunta teki 23.11.2000 päätöksen liittymisestään Brutéléen ja luovutti käyttöoikeussopimuksella kunnan kaapelitelevisioverkon hallinnoinnin Brutélélle.

14 Päätöksen perusteluissa todettiin muun muassa seuraavaa:

”Brutélé on tehnyt Ucclen kunnalle esityksen, jonka mukaan liittyessään osuuskunnan jäseneksi Ucclen kunta muodostaa yksin palvelualueen alasektorin, jolla on itsenäinen päätösvalta.

Päätösvaltaan sisältyy muun muassa oikeus määrätä

– ohjelmatarjonnasta

– liittymä- ja asennusmaksuista

– investointi- ja laajennusstrategiasta

– tietyille henkilöryhmille myönnettävistä alennuksista tai eduista

– verkon kautta tarjottavien muiden palvelujen luonteesta ja ehdoista sekä mahdollisuudesta siirtää osuuskunnan hoidettaviksi sellaiset kunnan edun mukaiset hankkeet, jotka vastaavat osuuskunnan säännöissä määriteltyä tarkoitusta, esim. kunnallisen intranetin ja www-sivuston käyttöönotto ja henkilöstön koulutus tätä varten.

Esityksen mukaan

– Brutélé laatii tuloslaskelman ja taseen Ucclen verkon toiminnasta

– Ucclen kunnalla on yksi jäsen Brutélén hallituksessa ja kolme jäsentä Brysselin palvelualueen hallituksessa, yksi tilintarkastaja ja yksi kunnallinen asiantuntija.

Brutélé sitoutuu vastaamaan koko Ucclen verkon käytöstä, laajentamaan sen kapasiteettia sekä kunnan niin halutessa lisäämään siihen viimeistään vuoden kuluessa seuraavat palvelut:

– televisio-ohjelmatarjonnan laajentaminen: lisäohjelmia ja kanavapaketti

– kertamaksuohjelmat

– Internet-yhteydet

– puhelinpalvelut

– videovalvonta

– nopeat tiedonsiirtopalvelut.

Tarjouksen mukainen vuosimaksu muodostuu seuraavasti:

a) kiinteä maksu, jonka määrä on 10 prosenttia kaapelitelevisioverkon perusliittymien tuottamista tuloista (arvion mukaan 31 000 liittymää, joiden arvonlisäveroton vuosimaksu, jossa ei huomioida tekijänoikeusmaksuja, on 3 400 BEF, eli yhteensä 10 540 000 BEF vuodessa)

b) 5 prosenttia Canal+:n ja kanavapaketin liikevaihdosta

c) verkon kaikkien palvelujen tuotto kokonaisuudessaan.”

15 Ennakkoratkaisupyynnön mukaan Ucclen kunnan piti merkitä 76 Brutélé-osuuskunnan osuutta (yhden osuuden arvo 200 000 BEF). Lisäksi siinä todetaan, että Ucclen kunta oli vaatinut Brutéléä hyväksymään sen, että kunta voi halutessaan milloin tahansa erota yksipuolisella ilmoituksella tästä kuntienvälisestä osuuskunnasta. Brutélé oli hyväksynyt vaatimuksen.

16 Ennakkoratkaisupyynnön mukaan Brutélé on kuntienvälinen osuuskunta, jonka jäseninä on kuntia ja yksi kuntayhtymä, jonka jäseninä on myös ainoastaan kuntia. Brutélén jäseninä ei voi olla yksityisiä henkilöitä. Sen hallituksessa on kuntia edustavia jäseniä (korkeintaan kolme yhdestä kunnasta), jotka nimittää osuuskunnan kokous, joka koostuu kuntien edustajista. Osuuskunnan hallituksen toimivalta on laajin.

17 Ennakkoratkaisupyynnössä todetaan lisäksi, että kunnat on jaettu kahteen palvelualueeseen, joista toiseen kuuluvat Brysselin alueen kunnat ja jotka voidaan jakaa edelleen palvelualueen alasektoreihin. Kullakin palvelualueella on hallitus, joka muodostuu osuuskunnan kokouksen kuntien esityksestä nimittämistä edustajista, jotka kokoontuvat omistusosuuksia kullakin palvelualueella kuvaavissa erilaisissa kokoonpanoissa. Osuuskunnan hallitus voi siirtää palvelualueiden hallituksille sille kuuluvia toimivaltuuksia sekä palvelualueita koskevissa erityiskysymyksissä, erityisesti hinnoittelua koskevien yksityiskohtaisten sääntöjen, laajennus- ja investointisuunnitelman, näiden rahoituksen ja mainoskampanjoiden osalta, että kysymyksissä, jotka ovat kaikille palvelualueen alasektoreille yhteisiä. Muut Brutélé-osuuskunnan sääntömääräiset elimet ovat osuuskunnan kokous, jonka päätökset sitovat kaikkia osuuskunnan jäseniä, toimitusjohtaja, asiantuntijakomitea, jonka jäsenet ovat kunnallisia virkamiehiä, joiden määrä vastaa hallituksen jäsenten lukumäärää ja joiden tehtävänä on avustaa hallituksen jäseniä, sekä tarkastuslautakunta. Toimitusjohtajan, asiantuntijat ja tarkastajat nimittää elimen mukaan hallitus tai osuuskunnan kokous.

18 Ennakkoratkaisupyynnössä todetaan lisäksi, että Brutélé toteuttaa pääosan toiminnastaan jäsentensä kanssa.

19 Coditel vaati 22.1.2001 toimittamallaan kannekirjelmällä Conseil d'État'ta (Belgia) kumoamaan Ucclen kunnan 23.11.2000 tekemän päätöksen, jolla kunta oli päättänyt liittyä Brutélén jäseneksi. Coditel esitti väitteen siitä, että kunta on liittynyt Brutéléen ja luovuttanut sille kaapelitelevisioverkkonsa käyttöoikeuden ilman, että se olisi verrannut tämän vaihtoehdon kannattavuutta sen vaihtoehdon kannattavuuteen, jossa kaapelitelevisioverkon käyttöoikeus olisi luovutettu jollekin toiselle toimijalle. Coditel väitti lisäksi, että Ucclen kunta on tällä tavoin loukannut muun muassa yhteisön oikeudessa vahvistettuja syrjintäkiellon periaatetta ja avoimuusvelvollisuutta.

20 Brutélé kiisti väitteen esittämällä olevansa puhdas kuntayhtymä, jonka toiminta on suunnattu ja varattu yksinomaan sen jäsenkunnille, ja se totesi, että sen säännöt

mahdollistavat sen, että Ucclen kunnalla on yhtenä palvelualueen alasektorina sellainen välitön ja yksityiskohtainen määräysvalta Brutélén toiminnassa tällä alasektorilla kuin kunnalla olisi oman hallintonsa sisäisissä yksiköissä.

21 Conseil d'État katsoo, että Ucclen kunnan liittymistä Brutéléen ei ole pidettävä julkisena palveluhankintana vaan yhteisön oikeudessa tarkoitettuna julkisia palveluja koskevana käyttöoikeussopimuksena. Conseil d'État'n mukaan julkisia hankintoja koskevia yhteisön direktiivejä ei voida soveltaa tällaiseen käyttöoikeussopimukseen, mutta kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kiellon periaate edellyttää yhteisöjen tuomioistuimen asiassa C-324/98, Telaustria ja Telefonadress, 7.12.2000 antaman tuomion (Kok. 2000, s. I-10745) mukaisesti avoimuusvelvollisuuden noudattamista käyttöoikeussopimusta tehtäessä. Conseil d'État katsoo, että noudattaakseen yhteisön oikeuden vaatimuksia Ucclen kunnan olisi lähtökohtaisesti pitänyt kilpailuttaa kaapelitelevisiopalvelua koskevan käyttöoikeuden luovutus voidakseen selvittää, olisiko käyttöoikeuden luovuttaminen jollekin muulle elinkeinonharjoittajalle kuin Brutélélle ollut valittua vaihtoehtoa kannattavampi ratkaisu. Conseil d'État pohtii sitä, onko nämä yhteisön oikeuden vaatimukset syrjäytettävä asiassa C-107/98, Teckal, 18.11.1999 annetussa tuomiossa (Kok. 1999, s. I-8121) omaksutun oikeuskäytännön nojalla, jonka mukaan vaatimuksia ei sovelleta silloin, kun konsession saaja kuuluu käyttöoikeuden luovuttavan viranomaisen määräysvaltaan ja kun se toteuttaa pääosan toiminnastaan tämän viranomaisen kanssa.

22 Tämän johdosta Conseil d'État päätti lykätä asian käsittelyä ja esittää yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Voiko kunta tarjouskilpailua järjestämättä liittyä pelkästään muista kunnista ja kuntien yhteenliittymistä koostuvaan osuuskuntaan (ns. puhdas kuntayhtymä) siirtääkseen sille kaapelitelevisioverkkonsa hallinnoimisen, kun tämä osuuskunta harjoittaa pääosaa toiminnastaan jäsentensä kanssa ja niiden hyväksi ja kun sen toimintaan liittyvät päätökset tehdään osuuskunnan hallituksessa ja hallituksen myöntämien valtuuksien mukaan palvelualueiden hallituksissa, jotka kumpikin ovat viranomaisten edustajista koostuvia ja enemmistöpäätöksiä tekeviä sääntömääräisiä elimiä?

2) Voidaanko tällaisen päätösvallan, jota kaikki osuuskunnan jäsenet käyttävät tai – palvelualueiden tai alasektoreiden tapauksessa – osa sen jäsenistä käyttää osuuskunnan sääntömääräisten elinten välityksellä, katsoa merkitsevän sitä, että niillä on osuuskunnassa vastaava määräysvalta kuin niillä on suhteessa omiin yksikköihinsä?

3) Edellyttääkö kyseisten päätös- ja määräysvallan määritteleminen vastaavanlaisiksi sitä, että jokainen osuuskunnan jäsen käyttää niitä yksinään, vai riittääkö, että jäsenet käyttävät niitä enemmistöpäätösten kautta?"

Ennakkoratkaisukysymykset

Ensimmäinen ja toinen kysymys

23 Ensimmäinen ja toinen kysymys liittyvät toisiinsa, minkä vuoksi ne on käsiteltävä yhdessä.

24 Ennakkoratkaisupyynnöstä käy ilmi, että liittyessään Brutéléen Ucclen kunta on luovuttanut sille kaapelitelevisioverkkonsa käyttöoikeuden. Pyynnön mukaan Brutélé ei saa vastikettaan kunnalta vaan tämän verkon käyttäjien suorittamista maksuista. Tämän tyyppinen vastike on luonteenomainen julkisia palveluja koskevalle käyttöoikeussopimukselle (asia C-458/03, Parking Brixen, tuomio 13.10.2005, Kok. 2005, s. I-8585, 40 kohta).

25 Julkisia palveluja koskevat käyttöoikeussopimukset jäävät julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18.6.1992 annetun neuvoston direktiivin 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1), jota sovellettiin pääasian tosiseikkojen tapahtumahetkellä, soveltamisalan ulkopuolelle. Siitä huolimatta, että tällaiset sopimukset jäävät tämän direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle, niitä tekevien viranomaisten on kuitenkin noudatettava EY:n perustamissopimuksen perustavanlaatuisia oikeussääntöjä, kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa koskevaa periaatetta, yhdenvertaisen kohtelun periaatetta sekä näistä seuraavaa avoimuusvelvollisuutta (ks. vastaavasti em. asia Telaustria ja Telefonadress, tuomion 60–62 kohta ja asia C-231/03, Coname, tuomio 21.7.2005, Kok. 2005, s. I-7287, 16–19 kohta). Vaikka avoimuusvelvollisuus ei välttämättä edellytäkään tarjouskilpailun toimittamista, se velvoittaa käyttöoikeuden luovuttavan viranomaisen takaamaan kaikkien potentiaalisten tarjoajien edun mukaisesti riittävän julkisuuden, jonka avulla palveluja koskevat käyttöoikeuksien luovutukset saadaan avattua kilpailulle ja niitä koskevien sopimuksentekomenettelyjen puolueettomuutta voidaan valvoa (ks. vastaavasti em. asia Telaustria ja Telefonadress, tuomion 62 kohta ja em. asia Coname, tuomion 21 kohta).

26 EY 12, EY 43 ja EY 49 artiklassa vahvistettuja oikeussääntöjä sekä niitä yleisiä oikeusperiaatteita, joiden erityisiä ilmauksia nämä säännöt ovat, ei kuitenkaan sovelleta, jos käyttöoikeuden luovuttavalla viranomaisella on käyttöoikeuden saavassa yksikössä vastaava määräysvalta kuin sillä on omissa yksiköissään ja jos kyseinen yritys toteuttaa pääosan toiminnastaan sen omistavan viranomaisen tai sen omistavien viranomaisten kanssa (ks. vastaavasti em. asia Teckal, tuomion 50 kohta ja em. asia Parking Brixen, tuomion 62 kohta).

27 Kansallinen tuomioistuin on ennakkoratkaisupyynnössä todennut tämän toisen vaatimuksen osalta, että Brutélé toteuttaa pääosan toiminnastaan jäsentensä kanssa. Vielä on siis tutkittava ensimmäisen eli sen vaatimuksen sisältöä, jonka mukaan käyttöoikeuden luovuttavalla viranomaisella tai sen luovuttavilla viranomaisilla on oltava konsession saajana olevassa yksikössä vastaava määräysvalta kuin sillä on omissa yksiköissään.

28 Selvitettäessä sitä, onko käyttöoikeuden luovuttavalla viranomaisella vastaava määräysvalta konsession saajana olevassa yksikössä kuin sillä on omissa yksiköissään, on otettava huomioon kaikki asian kannalta merkitykselliset lainsäännökset ja olosuhteet. Niitä koskevasta tarkastelusta on seurattava, että konsession saajana olevassa yksikössä käytetään sellaista määräysvaltaa, että käyttöoikeuden luovuttava viranomainen voi vaikuttaa mainitun yksikön päätöksiin. Kyseessä on oltava mahdollisuus vaikuttaa ratkaisevasti sekä kyseisen yksikön strategisiin tavoitteisiin että sen tärkeisiin päätöksiin (ks. vastaavasti em. asia Parking Brixen, tuomion 65 kohta ja asia C-340/04, Carbotermo ja Consorzio Alisei, tuomio 11.5.2006, Kok. 2006, s. I-4137, 36 kohta).

29 Ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenevinä merkityksellisinä olosuhteina on pidettävä ensimmäiseksi osuutta käyttöoikeuden saajan pääomasta, toiseksi sen päätöksentekoelinten kokoonpanoa ja kolmanneksi sitä, kuinka laaja toimivalta sen hallitukselle on annettu.

30 Ensimmäistä edellytystä tarkasteltaessa on muistettava, ettei käyttöoikeuden luovuttavalla viranomaisella voi olla konsession saajana olevassa yksikössä vastaavaa määräysvaltaa kuin sillä on omissa yksiköissään, jos yksityinen yritys omistaa osuuden tämän yksikön pääomasta (ks. vastaavasti asia C-26/03, Stadt Halle ja RPL Lochau, tuomio 11.1.2005, Kok. 2005, s. I-1, 49 kohta).

31 Sitä vastoin se, että käyttöoikeuden luovuttava viranomainen omistaa joko yksin tai yhdessä muiden viranomaisten kanssa kokonaan konsession saajana olevan yhtiön pääoman, voi osoittaa, vaikkakaan ei ratkaisevalla tavalla, että kyseisellä viranomaisella on tässä yhtiössä vastaava määräysvalta kuin sillä on omissa yksiköissään (em. asia Carbotermo ja Consorzio Alisei, tuomion 37 kohta ja asia C-295/05, Asemfo, tuomio 19.4.2007, Kok. 2007, s. I-2999, 57 kohta).

32 Ennakkoratkaisupyynnön mukaan pääasiassa konsession saajana on kuntienvälinen osuuskunta, jonka jäseninä on kuntia ja kuntayhtymä, jonka jäseninä on ainoastaan kuntia, eikä sen jäseninä voi olla yksityisiä henkilöitä.

33 Asian oikeudenkäyntiaineistosta käy toiseksi ilmi, että Brutélén hallitus muodostuu jäsenkuntien edustajista, jotka osuuskunnan kokous on nimittänyt. Osuuskunnan kokous muodostuu sekin jäsenkuntien edustajista. Kuntayhtymistä annetun lain 12 §:n mukaan kunkin kunnan valtuusto nimittää osuuskunnan kokouksen jäsenet kunnanvaltuutettujen, pormestarin ja raatimiesten joukosta.

34 Se, että Brutélén päätöksentekoelimet muodostuvat sen jäseninä olevien viranomaisten edustajista, merkitsee, että jäsenillä on päätösvalta Brutélén päätöksentekoelimissä ja että ne voivat näin vaikuttaa ratkaisevasti sekä kyseisen yksikön strategisiin tavoitteisiin että sen tärkeisiin päätöksiin.

35 Kolmanneksi oikeudenkäyntiasiakirjoista käy ilmi, että Brutélén hallituksella on laajin toimivalta. Se vahvistaa muun muassa sovellettavat hinnat. Sillä on lisäksi oikeus, vaan ei velvollisuutta, valtuuttaa palvelualueiden tai niiden alasektoreiden hallitukset ratkaisemaan itse tietyt niitä koskevat kysymykset.

36 On siis selvitettävä, onko Brutéléä tästä syystä pidettävä päämääriltään liiketoiminnallisena ja katsottava, että sen toimintamarginaali on sillä tavoin itsenäinen, että sen jäseninä olevien viranomaisten määräysvalta jäisi epävarmalle pohjalle.

37 Tätä tarkasteltaessa on pidettävä mielessä se, että Brutélé ei ole muodoltaan osakkuusyhtiö tai osakeyhtiö, joka voi toimia päämääriensä mukaisesti osakkaistaan riippumatta, vaan kuntienvälinen osuuskunta, joka kuuluu kuntayhtymistä annetun lain alaan, ja se, etteivät kuntayhtymät tämän lain 3 §:n mukaan ole luonteeltaan kaupallisia.

38 Tämän lain ja Brutélén sääntöjen mukaan tämän osuuskunnan tavoitteena on kuntien edun mukaisten hankkeiden toteuttaminen. Se on perustettu tätä varten ja sen tarkoituksena on toimia ainoastaan sen jäseninä olevien viranomaisten etujen mukaisesti.

39 Ellei ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen suorittamasta tosiseikkojen tarkastuksesta muuta johdu, tästä seuraa, että Brutéléllä ei sen hallituksen toimivallan laajuudesta huolimatta ole sillä tavoin itsenäistä toimintamarginaalia, että tämä estäisi sen jäsenkuntia käyttämästä osuuskunnassa vastaavaa määräysvaltaa kuin niillä on omissa yksiköissään.

40 Näitä toteamuksia voidaan soveltaa erityisesti tapauksessa, jossa kuntienvälisen osuuskunnan toimintaa koskevat päätökset tehdään palvelualueen tai sen alasektoreiden hallituksissa niiden valtuutusten mukaisesti, jotka osuuskunnan kokous on niille myöntänyt. Silloin kun yhden tai useamman jäsenkunnan katsotaan muodostavan yhden osuuskunnan toimintaan kuuluvan palvelualueen tai sen alasektorin, määräysvalta, joka kunnilla on palvelualueen hallitusten tai alasektoreiden hallitusten ratkaistaviksi siirretyissä kysymyksissä, on vielä suurempi kuin se, jota ne käyttävät yhdessä muiden jäsenten kanssa osuuskunnan päätösvaltaisissa elimissä.

41 Edellä esitetystä seuraa, että ellei ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen suorittamasta niiden tosiseikkojen tarkastuksesta muuta johdu, jotka koskevat kyseessä olevan kuntienvälisen osuuskunnan itsenäisen toimintamarginaalin laajuutta, pääasiassa kyseessä olevan kaltaisissa olosuhteissa määräysvallan, jota kuntienvälisen osuuskunnan jäseninä olevat viranomaiset käyttävät sääntömääräisten elinten

välityksellä osuuskunnan päätöksenteossa, voidaan katsoa antavan näille viranomaisille vastaavan määräysvallan osuuskunnassa kuin niillä on omissa yksiköissään.

42 Ensimmäiseen ja toiseen kysymykseen on siis vastattava seuraavasti:

– EY 43 ja EY 49 artikla, yhdenvertaisen kohtelun ja kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kiellon periaatteet ja niistä seuraava avoimuusvelvollisuus eivät ole esteenä sille, että viranomainen luovuttaa julkisia palveluja koskevan käyttöoikeuden sitä kilpailuttamatta kuntienväliselle osuuskunnalle, jonka jäsenet ovat kaikki viranomaisia, jos näillä viranomaisilla on tässä osuuskunnassa vastaava määräysvalta kuin niillä on omissa yksiköissään ja jos kyseinen osuuskunta toteuttaa pääosan toiminnastaan näiden viranomaisten kanssa.

– Ellei ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen suorittamasta niiden tosiseikkojen tarkastuksesta muuta johdu, jotka koskevat kyseessä olevan osuuskunnan itsenäisen toimintamarginaalin laajuutta, pääasiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa, jossa kuntienvälisen osuuskunnan, jonka kaikki jäsenet ovat viranomaisia, sääntömääräiset elimet, jotka koostuvat jäseninä olevien viranomaisten edustajista, tekevät tämän osuuskunnan toimintaa koskevat päätökset, määräysvallan, jota nämä viranomaiset käyttävät näiden päätösten osalta, voidaan katsoa antavan näille viranomaisille vastaavan määräysvallan osuuskunnassa kuin niillä on omissa yksiköissään.

Kolmas kysymys

43 Ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen kolmas kysymys koskee sitä, onko silloin, kun viranomainen liittyy kuntienväliseen osuuskuntaan, jonka kaikki jäsenet ovat viranomaisia, luovuttaakseen osuuskunnalle julkisen palvelun hoitamisen, kunkin tämän osuuskunnan jäsenenä olevan viranomaisen käytettävä sillä osuuskunnassa olevaa määräysvaltaa yksin vai voivatko ne käyttää tätä määräysvaltaa yhdessä ja tehdä tarvittaessa päätöksiä enemmistöllä, jotta määräysvallan voitaisiin katsoa vastaavan määräysvaltaa, joka niillä on omissa yksiköissään.

44 Yhtäältä on muistettava, että yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan silloin, kun konsession saajana oleva yksikkö on useiden viranomaisten omistama, yksikön toiminnan pääosaa koskeva vaatimus voi täyttyä ottamalla huomioon toiminta, jota yksikkö harjoittaa kaikkien näiden viranomaisten kanssa (ks. vastaavasti em. asia Carbotermo ja Consorzio Alisei, tuomion 70 ja 71 kohta ja em. asia Asemfo, tuomion 62 kohta).

45 Tämän oikeuskäytännön tausta-ajatuksen kanssa johdonmukaista on katsoa, että vaatimus, joka koskee viranomaisten määräysvaltaa, voi täyttyä myös ottamalla huomioon konsession saajan omistavien viranomaisten tässä yksikössä yhdessä käyttämä määräysvalta.

46 Oikeuskäytännössä edellytetään sitä, että määräysvalta, joka käyttöoikeuden luovuttavalla viranomaisella on konsession saajana olevassa yksikössä, vastaa määräysvaltaa, joka viranomaisella on omissa yksiköissään, mutta ei sitä, että määräysvalta olisi kaikilta osiltaan täysin sama (ks. vastaavasti em. asia Parking Brixen, 62 kohta). Konsession saajana olevassa yksikössä käytettävän vallan on oltava todellinen, mutta viranomaisen ei ole välttämättä käytettävä sitä yksin.

47 Toisaalta silloin, kun useammat viranomaiset päättävät toteuttaa julkisia palveluja koskevat tehtävänsä käyttämällä yhteistä konsession saajaa, on yleensä poissuljettua, että jokin näistä viranomaisista, ellei sillä sitten ole enemmistöomistusta kyseisessä yksikössä, käyttää yksin ratkaisevaa määräysvaltaa yksikön päätöksenteossa. Jos edellytettäisiin, että viranomaisen pitäisi tällaisessa tapauksessa käyttää määräysvaltaansa yksin, johtaisi tämä kilpailuttamispakkoon useimmissa sellaisissa tapauksissa, joissa viranomainen haluaisi liittyä muiden viranomaisten muodostamaan yhteenliittymään, kuten kuntienväliseen osuuskuntaan.

48 Tällainen lopputulos ei kuitenkaan olisi julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevan yhteisön sääntelyn mukainen, vaan viranomaisella on katsottu olevan mahdollisuus suorittaa yleisen edun mukaisia tehtäviään itse omilla hallinnollisilla, teknisillä tai muilla voimavaroillaan ilman, että sen olisi turvauduttava sellaisten ulkoisten yksiköiden apuun, jotka eivät kuulu sen omiin yksiköihin (em. asia Stadt Halle ja RPL Lochau, tuomion 48 kohta).

49 Viranomainen voi käyttää tätä mahdollisuutta toteuttaa julkisia palveluja koskevat tehtävänsä omilla voimavaroillaan yhdessä muiden viranomaisten kanssa (ks. vastaavasti em. asia Asemfo, tuomion 65 kohta).

50 On siis hyväksyttävä, että silloin, kun useat viranomaiset omistavat konsession saajana olevan yksikön, jolle ne luovuttavat jonkin julkista palvelua koskevan tehtävänsä hoitamisen, ne voivat käyttää yhdessä määräysvaltaa, joka niillä on tässä yksikössä.

51 Merkitystä ei ole sillä, minkälaista menettelyä kollegiaalisen elimen päätöksenteossa noudatetaan, esimerkiksi enemmistöpäätösten tekemistä.

52 Tätä päätelmää ei horjuta edellä mainitussa asiassa Coname annettu tuomio. Yhteisöjen tuomioistuin tosin totesi siinä, että 0,97 prosentin omistusosuus on niin pieni, ettei kunta voi sen perusteella käyttää määräysvaltaa julkista palvelua hoitavaan konsession saajaan nähden (ks. em. asia Coname, tuomion 24 kohta). Tässä tämän tuomion kohdassa yhteisöjen tuomioistuin ei kuitenkaan käsitellyt kysymystä siitä, voidaanko tällaista määräysvaltaa käyttää yhdessä.

53 Yhteisöjen tuomioistuin onkin myöhemmin edellä mainitussa asiassa Asemfo antamassaan tuomiossa (56–61 kohta) hyväksynyt sen, että tietyissä olosuhteissa viranomaisen määräysvaltaa koskeva vaatimus voi täyttyä, vaikka asianomainen viranomainen omisti vain 0,25 prosenttia julkisen yrityksen pääomasta.

54 Näin ollen kolmanteen kysymykseen on vastattava, että silloin, kun viranomainen liittyy kuntienväliseen osuuskuntaan, jonka kaikki jäsenet ovat viranomaisia, luovuttaakseen osuuskunnalle julkisen palvelun hoitamisen, tämän osuuskunnan jäsenenä olevat viranomaiset voivat käyttää niillä osuuskunnassa olevaa määräysvaltaa yhdessä ja tehdä tarvittaessa päätöksiä enemmistöllä, jotta määräysvallan voitaisiin katsoa vastaavan määräysvaltaa, joka niillä on omissa yksiköissään.

Oikeudenkäyntikulut

55 Pääasian asianosaisten osalta asian käsittely yhteisöjen tuomioistuimessa on välivaihe kansallisessa tuomioistuimessa vireillä olevan asian käsittelyssä, minkä vuoksi kansallisen tuomioistuimen asiana on päättää oikeudenkäyntikulujen korvaamisesta. Oikeudenkäyntikuluja, jotka ovat aiheutuneet muille kuin näille asianosaisille huomautusten esittämisestä yhteisöjen tuomioistuimelle, ei voida määrätä korvattaviksi.

Näillä perusteilla yhteisöjen tuomioistuin (kolmas jaosto) on ratkaissut asian seuraavasti:

1) **EY 43 ja EY 49 artikla, yhdenvertaisen kohtelun ja kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kiellon periaatteet ja niistä seuraava avoimuusvelvollisuus eivät ole esteenä sille, että viranomainen luovuttaa julkisia palveluja koskevan käyttöoikeuden sitä kilpailuttamatta kuntienväliselle osuuskunnalle, jonka jäsenet ovat kaikki viranomaisia, jos näillä viranomaisilla on tässä osuuskunnassa vastaava määräysvalta kuin niillä on omissa yksiköissään ja jos kyseinen osuuskunta toteuttaa pääosan toiminnastaan näiden viranomaisten kanssa.**

2) **Ellei ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen suorittamasta niiden tosiseikkojen tarkastuksesta muuta johdu, jotka koskevat kyseessä olevan osuuskunnan itsenäisen toimintamarginaalin laajuutta, pääasiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa, jossa kuntienvälisen osuuskunnan, jonka kaikki jäsenet ovat viranomaisia, sääntömääräiset elimet, jotka koostuvat jäseninä olevien viranomaisten edustajista, tekevät tämän osuuskunnan toimintaa koskevat päätökset, määräysvallan, jota nämä viranomaiset käyttävät näiden päätösten osalta, voidaan katsoa antavan näille viranomaisille vastaavan määräysvallan osuuskunnassa kuin niillä on omissa yksiköissään.**

3) **Silloin, kun viranomainen liittyy kuntienväliseen osuuskuntaan, jonka kaikki jäsenet ovat viranomaisia, luovuttaakseen osuuskunnalle julkisen palvelun hoitamisen, tämän osuuskunnan jäsenenä olevat viranomaiset voivat käyttää niillä osuuskunnassa olevaa määräysvaltaa yhdessä ja tehdä tarvittaessa päätöksiä enemmistöllä, jotta määräysvallan voitaisiin katsoa vastaavan määräysvaltaa, joka niillä on omissa yksiköissään.**

Allekirjoitukset