KOHTUJURISTI ETTEPANEK

M. POIARES MADURO

esitatud 24. novembril 2004 [1]

1. Käesolevas hagis palub Euroopa Ühenduste Komisjon tuvastada, et kuna Prantsusmaa on 12. juuli 1985. aasta seaduse nr 85-704 avalik-õiguslike isikute ehitustegevuse ja nende suhete kohta ehitustööde eraõiguslikest isikutest teostajatega, mida on muudetud 13. juuli 1991. aasta seadusega nr 91-662 ja 14. novembri 1996. aasta seadusega nr 96-987 [2], artiklis 4 jätnud ehitustööde allhankelepingute sõlmimise õiguse Prantsuse õiguses ammendavalt loetletud juriidilistele isikutele, siis on Prantsusmaa rikkunud nõukogu 18. juuni 1992. aasta direktiivist 92/50/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord, [3] ja täpsemalt selle artiklitest 8 ja 9, ning EÜ artiklist 49 tulenevaid kohustusi.

2. Käesolev hagi võimaldab täpsustada direktiivi 92/50 materiaalõiguslikku kohaldamisala ning eelkõige hankelepingu mõistet. Lisaks viitab hagi samal ajal nimetatud direktiivile ja EÜ artiklis 49 sisalduvale teenuste osutamise vabaduse põhimõttele, mis tingib vajaduse määratleda nimetatud kahe normi vaheline seos.

I. Faktiline ja õiguslik raamistik

3. Esmalt tuleb täpsustada, et käesoleva hagi esemeks oleva seaduse nr 85-704 artikkel 4 on muutmisel. 17. juuni 2004. aasta määrus nr 2004-566 muudab nimetatud artiklit nii, et ehitustööde allhankelepingu sõlmimise õiguse võib edaspidi anda nii avalik-õiguslikele kui eraõiguslikele isikutele. [4] Nimetatud määrus loob ühitamatuse käsundisaaja ülesande ja „käsundiga seotud ehitustöid hõlmavate kõigi projektijuhtimise, ehitustööde teostamise või tehnilise kontrolli ülesannete" vahel, et vältida huvide konflikti tekkimist. [5] Ühitamatus laieneb käsundisaajaga seotud ettevõtetele. 15. septembril 2004. aastal esitati Rahvusassambleele nimetatud määruse ratifitseerimise seaduseelnõu. Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt peab rikkumist hindama siiski kahekuulise tähtaja mööduimisel alates põhjendatud arvamuse esitamisest ehk 27. juunist 2002. Seetõttu viitan käesolevas ettepanekus edaspidi Prantsuse seadusele sellisena, nagu see kehtis sel hetkel.

1 — Algkeel: portugali.

2 — Vastavalt *JORF*, 13.7.1985, lk 7914; 19.7.1991, lk 9524 ja 15.11.1996, lk 16656; edaspidi „seadus nr 85-704".

3 — EÜT L 209, lk 1; ELT eriväljaanne 06/01, lk 322.

4 — *JORF* nr 141, 19.6.2004.

5 — Niisugune ühitamatus oli ette nähtud vaid käsundisaajate suhtes, kes on loetletud seaduse varasema versiooni artikli 4 teises taandes.

4. Enne Prantsuse Vabariigi ja komisjoni seisukohtade selgitamist neis kahes küsimuses kirjeldan lühidalt asjakohaseid siseriiklikke ja ühenduse sätteid.

5. Direktiiv 92/50 koordineerib riiklike teenuslepingute sõlmimise korda. Selle eesmärk on „kaotada teenuste vaba liikumise takistused ja seega kaitsta ühes liikmesriigis asutatud ettevõtjate huve, kes soovivad pakkuda kaupu või teenuseid mõnes teises liikmesriigis asutatud tellijatele". [6] Nimetatud eesmärgi saavutamiseks püüab direktiiv „tagada, et teiste liikmesriikide ettevõtted saaksid teha pakkumisi lepingutele või lepingu kogumikele, mis võiksid huvi pakkuda nende maksumusega seotud objektiivsetel põhjustel". [7] Direktiivi 92/50 I A ja I B lisas loetletud teenuste kategooriatele kohaldatakse erinevaid sätteid. Vastavalt direktiivi artiklile 9 puudutavad I B lisas sätestatud teenustele kohaldatavad eeskirjad ainult tehniliste kirjelduste määratlemise nõuet ja pakkumismenetluse tulemust puudutava teate edastamist. Seevastu direktiivi I A lisas kirjeldatud teenustele kohaldatakse vastavalt direktiivi artiklile 8 täielikumaid kohustusi: näiteks tuleb neist teenustest teha eelteade, järgides täpseid menetlustingimusi ja tähtaegasid.

6 — 10. novembri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-360/96: BFI Holding (EKL, lk I-6821, punkt 41).

7 — 5. oktoobri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-16/98: komisjon *v.* Prantsusmaa (EKL, lk I-8315, punkt 44). Otsus puudutas nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiivi 93/38/EMÜ, millega kooskõlastatakse veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate tellijate hankemenetlused (EÜT L 199, lk 84; ELT eriväljaanne 06/02, lk 194).

6. EÜ artiklis 49 kehtestatud teenuste osutamise vabaduse põhimõtet kohaldatakse igasugusele teenuste osutamisele tingimusel, et viimased ei kuulu EÜ artiklites 45 ja 46 kehtestatud erandite alla. Direktiivi 92/50 kohaldatakse ainult nende teenuste osutamisele, mida teostatakse riigihangete korras, [8] muul alusel osutatavatele teenustele kohaldatakse vaid teenuste osutamise vabaduse põhimõtet. EÜ artiklit 49 kohaldatakse ka neile lepingutele, mille maksumus ei ületa direktiivi 92/50 artiklis 13 kindlaks määratud rahalisi piirmäärasid.

7. Käesoleva hagi esemeks olev seadus korraldab ja reguleerib avalik-õiguslike isikute ehitustegevust. Seadust kohaldatakse kõigi ehitus- ja infrastruktuuritööde teostamisel ning ka nende jaoks vajalike tööstushoonete väljaehitamisel, kus ehitise omanik on riik, avalik-õiguslikud või mõned määratud eraõiguslikud asutused. [9] Selles kontekstis võib ehitise omanik sõlmida käsunduslepingu vastavalt nimetatud seaduse sätetele.

8 — Direktiivi 92/50/EMÜ kaheksas põhjendus.

9 — Seadus 85-704, artikkel 1: „[e]hitise omanik on 1) riik ja tema avalik-õiguslikud asutused; 2) kohalikud omavalitsused, nende avalik-õiguslikud asutused, planeerimisseaduse artikli L. 321-1 kohaselt asutatud avalik-õiguslikud linnaplaneerimise asutused, nende huvirühmad ja ka kommuunide seaduse artiklis L. 166-1 sätestatud kohalike omavalitsuste sihtotstarbelised ühendused; 3) sotsiaalkindlustuse koodeksi artiklis L. 64 sätestatud eraõiguslikud asutused, nende liidud ja ühendused; 4) ehitus- ja elamuseadustiku artiklis L. 411-2 sätestatud sotsiaalkorteritega tegelevad eraõiguslikud asutused ja riigi osalusega äriühingud nende poolt ehitatavate riikliku toetusena antavate korterite osas".

8. Nimetatud lepingu tunnused on täpsustatud seaduse nr 85-704 artiklis 5: „[e]hitise omaniku ja [käsundisaaja] vaheline suhe on määratletud lepingus, mis kehtib ainult juhul kui: lepingu objektiks olev ehitis; käsundisaajale antud volitused; tingimused, mille kohaselt ehitise omanik loeb käsundi täidetuks; käsundisaajale tasu maksmise viisid; lepingutrahvid, mida käsundisaaja suhtes kohaldatakse tema kohustuste täitmata jätmisel ja tingimused, mille puhul võib lepingu üles öelda [...]".

9. Nimetatud seadus esitab oma artiklis 3 nimekirja volitustest, mida ehitise omanik võib käsundisaajale anda:

— „nende halduslike ja tehniliste tingimuste määratlemine, mille kohaselt ehitustöid planeeritakse ja ellu viiakse;

— ehitusettevõtja valiku ettevalmistus, ehitustöölepingu sõlmimine pärast seda, kui ehitise omanik on ehitusettevõtja valiku heaks kiitnud, ning ehitustöölepingu haldamine;

— ehitusprojekti heakskiitmise ja ehituslubade taotlemine;

— ehitusettevõtja valiku ettevalmistus, ehitustöölepingu sõlmimine pärast seda, kui ehitise omanik on ettevõtja valiku heaks kiitnud, ning ehitustöölepingu haldamine;

— ehitustööde juhtimisega ja teostamisega seotud tööde eest tasu maksmine;

— ehitustöö vastuvõtmine;

— ja kõigi eespool nimetatud volitustega seotud toimingute lõpuleviimine."

10. Vastavalt nimetatud seaduse artiklile 2 ei saa ehitise omanik volitada teatavate ülesannete täitmist. See puudutab ehitise üldplaneerimist ja selle teostamise juhtimist.

11. Nagu nähtub ka hagi esemeks oleva seaduse eespool viidatud sätetest, on ehitise omaniku antavad volitused käsundisaajale väga laiad. Käsunduslepingu iseärasus on aga käsundisaaja isik, kelle ehitise omanik

võib valida ainult kõnealuse seaduse artiklis 4 ammendavalt loetletud kategooriatest:

— „käesoleva seaduse artikli 1 punktides 1 ja 2 nimetatud juriidilised isikud [see tähendab riik ja tema avalik-õiguslikud asutused, kohalikud omavalitsused, nende avalik-õiguslikud asutused, avalik-õiguslikud linnaplaneerimise asutused, nende huvirühmad ja kohalike omavalitsuste sihtotstarbelised ühendused], välja arvatud tervishoiu- ja sotsiaalasutused, kellele võib täitmiseks anda ainult teiste tervishoiu- ja sotsiaalasutuste ehitustöid;

— juriidilised isikud, kelle kapitalist vähemalt pool on otseselt või vahendaja kaudu artikli 1 punktides 1 ja 2 nimetatud isikute valduses ja kes abistavad ehitise omanikku, tingimusel et nad ei tegutse ehitusettevõtjana ega tegutse kolmandate isikute arvel;

— ehitus- ja elamuseadustiku artiklis L. 411-2 sätestatud sotsiaalkorteritega tegelevad eraõiguslikud organisatsioonid ainult teiste sotsiaalkorteritega tegelevate organisatsioonide huvides ning riikliku toetusena antavate eluruumide ehituse osas;

— kohalike omavalitsuste riigi osalusega äriühingud, mille suhtes kohaldatakse 7. juuni 1983. aasta seadust nr 83-597 riigi osalusega kohalike omavalitsuste äriühingute kohta;

— planeerimisseaduse artikli L. 321-1 alusel asutatud avalik-õiguslikud asutused nagu ka sama seaduse artiklis L. 322-1 heaks kiidetud või otseselt nende sätete alusel asutatud linna kinnisvaraühingud;

— äriühingud, mis on asutatud 24. mai 1951. aasta seaduse nr 51-592 riigikassa erikontode kohta 1951. aastaks (loi n° 51-592 du 24 mai 1951 relative aux comptes spéciaux du Trésor pour l'année 1951), mida on muudetud põllumajanduse raamseadust täiendava 8. augusti 1962. aasta seaduse nr 62-933 (loi n°62-933 du 8 août 1962 complémentaire à la loi d'orientation agricole) artikliga 28, artikli 9 alusel;

— kõik avalik-õiguslikud või eraõiguslikud isikud, keda on volitatud välja ehitama planeerimisseaduse III osa esimese jaotise tähenduses hoonestatavat ala või ehituseks määratud maatükki, mis puudutab nimetatud tööde hulka lisatud ehitisi;

— äriühingud, kes sõlmivad ehitus- ja elamuseadustiku artiklis L. 222-1 ette nähtud lepingu maksu üldseadustiku artikli 1466 A punktis 1 mainitud halvas

seisukorras asustusalade ja elamukvartalite ümberehitustööde teostamiseks."

12. Seaduse nr 85-704 alusel sõlmitud käsunduslepingutele ei kohaldata Prantsuse riigihankeseadust.[10] Ehitise omanikule ei kehtestata käsundisaaja valimisel mingit eelnevat konkureerimiskohustust. Käsundisaajale endale kohaldatakse aga Prantsuse riigihankeseadust[11] nende lepingute puhul, mida ta ehitise omaniku nimel sõlmib. Tõusetub aga küsimus, kas seaduse nr 85-704 alusel sõlmitud käsunduslepingute suhtes peaks kohaldama konkureerimise ja eelneva teavitamise põhimõtteid, mis tulenevad direktiivist 92/50 ja EÜ asutamislepingu teenuste osutamise vabadusega seotud sätetest.

13. Komisjon, kes ei olnud rahul vastustega oma 31. mail 2000 Prantsuse Vabariigile saadetud teabetaotlusele, saatis 25. juulil 2001 märgukirja. Kuna Prantsuse ametiasutuste esitatud vastused ei veennud komisjoni, saatis ta 27. juunil 2002 põhjendatud arvamuse. Kuigi Prantsuse Vabariik teatas, et vaidlusalused sätted peagi tühistatakse, otsustas komisjon pöörduda Euroopa Kohtusse.

14. Täpsustan, et komisjoni etteheited põhinevad kahel aspektil. Esiteks kuulub Prantsuse seaduses ette nähtud käsundusleping direktiivi 92/50 kohaldamisalasse ja seda puudutavad sätted ei ole direktiivi artiklitega 8 ja 9 kooskõlas. Teiseks, juhtudel, kui direktiivi 92/50 ei kohaldata, on EÜ asutamislepingu teenuste osutamise vabaduse sätetega vastuolus käsitletava seaduse artikkel 4, mis jätab käsunduslepingu sõlmimise õiguse teatavatele juriidilistele isikutele.

15. Niivõrd, kuivõrd direktiiv 92/50 on kohaldatav, tuleb uurida, kas seda täidetakse. Teiseks, juhtudel, kui direktiiv ei ole kohaldatav, tuleb kindlaks teha, kas seadus nr 85-704 on kooskõlas EÜ artikliga 49.

II. Seaduse nr 85-704 vastuolu direktiiviga 92/50

16. Et tuvastada, kas seaduse nr 85-704 artikkel 4 on vastuolus direktiivi 92/50 säte-

10 — See tuleneb riigihankeseaduse artikli 3 lõikest 7, mis on vastu võetud 7. märtsil 2001 dekreediga nr 2001-210, mis käsitleb riigihankeid (*JORF*, 8.3.2001, lk 3700). Vt sellel teemal ka Richer, L., *Le contrat de mandat au risque du droit administratif* CJEG 1999, lk 127. Tuleb märkida, et nimetatud säte tunnistati Prantsusmaa Conseil d'État' 8. märtsi 2003. aasta otsusega kehtetuks. Riigihankeseadus, mis võeti vastu 7. jaanuari 2004. aasta dekreediga nr 2004-15 (*JORF*, 8.1.2004, lk 703), võtab nimetatud kehtetuks tunnistamist arvesse: seda kohaldatakse nüüdsest käsunduslepingutele.

11 — Seadus nr 85-704, artikli 4 teine lõik.

tega, nagu väidab oma hagis komisjon, tuleb esiteks uurida, kas nimetatud seaduses ette nähtud olukorrad kuuluvad direktiivi kohaldamisalasse.

A. *Seaduses nr 85-704 määratletud käsunduslepingu kuulumine direktiivi 92/50 kohaldamisalasse*

17. Pooled vaidlevad sisuliselt selle üle, kas seaduses nr 85-704 määratletud käsundusleping kuulub direktiivi 92/50 materiaalõiguslikku kohaldamisalasse. Nimetatud direktiivi kohaldamisala on määratletud selle artiklis 1. Võimaliku rikkumise väljaselgitamiseks on kõigepealt vaja uurida, kas seaduses nr 85-704 määratletud käsundusleping vastab direktiivi 92/50 artikli 1 punktis a ette nähtud kriteeriumidele.

18. Nimetatud sättes ette nähtud määratluse järgi on „riiklikud teenuslepingud — teenuseosutaja ja tellija vahel kirjalikult sõlmitud rahaliste huvidega seotud lepingud". Nimetatud kriteeriumid näivad olevat käesolevas asjas täidetud.

19. Esiteks on direktiivi artikli 1 punkti b mõistes tellija „riik, piirkondlikud või kohalikud omavalitsused, avalik-õiguslikud isikud ning ühest või mitmest kõnealusest organist või avalik-õiguslikust isikust koosnevad ühendused". Avalik-õiguslik isik on samas artiklis funktsionaalselt määratletud kui „mis tahes isik, mis on asutatud üldistes huvides ega tegele tööstuse ega kaubandusega" ja mida kontrollib riik kapitali põhiosa omamise tõttu või võimalusega määrata nimetatud asutuse juhtivorganeid. Vastavalt seaduse 85-704 artiklile 1 võivad riiklike ehitustööde hankijad olla riik ja tema avalik-õiguslikud asutused, kohalikud omavalitsused, nende avalik-õiguslikud asutused, avalik-õiguslikud linnaplaneerimise asutused, nende huvirühmad ja ka kohalike omavalitsuste sihtotstarbelised ühendused. Sotsiaalkindlustuse koodeksi artiklis L. 64 sätestatud eraõiguslikud asutused, nende liidud ja ühendused ning sotsiaalkorteritega tegelevad eraõiguslikud asutused ja riigi osalusega äriühingud nende poolt ehitatavate riikliku toetusena antavate korterite osas võivad nimetatud seaduse alusel samuti ehitustööde allhanget puudutavaid käsunduslepinguid sõlmida. Puudub kahtlus, et nimetatud asutused on kõik direktiivi 92/50 mõistes tellijad.

20. Teiseks järeldub seaduse nr 85-704 artiklist 5, et kõik käsunduslepingud peavad olema sõlmitud kirjalikult. Seega on direktiivi 92/50 artikli 1 punktis a sõnastatud teine tingimus täidetud.

21. Kolmandaks näeb nimetatud seaduse artikkel 5 ette käsundisaajale tasu maksmise, mille täitmata jätmine toob kaasa käsunduslepingu kehtetuse. Seega on ehitise omaniku käsundusleping tasuline leping.

22. Neljandaks näivad vastavat nimetatud seaduse artikli 4 järgsed käsundisaajale antavad volitused teenuste osutamisele.

23. Nimetatud kriteeriumide alusel nähtub esmasest analüüsist, et käsundusleping Prantsuse seaduse mõistes on riiklik teenusleping direktiivi 92/50 artikli 1 punkti a tähenduses.

24. Prantsuse Vabariik esitab siiski kaks argumenti sellise liigituse vastu. Ta väidab kõigepealt, et seaduses nr 85-704 määratletud käsunduslepingut ei saa selle mitme iseärasuse tõttu pidada teenuste riigihankelepinguks. Lisaks on ta arvamusel, et Euroopa Kohtu põhjendused kohtuotsuses Ordine degli Architetti jt,[12] mida saab kohaldada analoogiliselt käesolevas kohtuasjas, viiksid samuti selleni, et seaduses nr 85 704 sätestatud käsundusleping jääks direktiivi 92/50 kohaldamisalast väljapoole.

1. Kas ehitustöid puudutava käsunduslepinguga delegeeritakse avalikku võimu?

25. Kostjaks oleva riigi sõnul eristub ehitustöid puudutav käsundusleping teenuste osutamise lepingust mitmel viisil. Käsunduslepingu sisu seisneb õiguses, mille ehitise omanik käsundisaajale enda esindamiseks annab. Nimetatud esindamise ülesanne on lahutamatult seotud käsundisaajale delegeeritud teiste volitustega. Seega on käsundisaaja saanud üldist huvi puudutava ülesande ning tal on koos ehitise omanikuga isegi kaasotsustamise õigus. Ehitise omaniku ja käsundisaaja vahelised suhted erinevad täielikult kaubanduslikust lepingust tulenevatest suhetest. Kui nimetatud iseärasusi vaadelda koos, ei ole võimalik samastada käsunduslepingut riikliku teenuslepinguga.

26. Komisjon vaidlustab kõik esitatud asjaolud. Tema sõnul tõik, et teenuseid pakutakse käsunduslepingu alusel, ei ole piisav asjaolu kõnealuste teenuste välistamiseks direktiivi 92/50 kohaldamisalast. Näiteks jääb advokaadi ja tema kliendi vaheline käsundusleping nimetatud direktiivi kohaldamisalasse vastavalt I B lisa punktile 21. Selline analüüs on kooskõlas ka Prantsusmaa Conseil d'État' analüüsiga 5. märtsi 2003. aasta kohtuotsuses,[13] milles ta leiab, et üldine ja süstemaatiline käsunduslepingute välista-

12 — 12. juuli 2001. aasta otsus C-399/98: Ordine degli Architetti jt (EKL 2001, lk I-5409).

13 — Kohtuasi nr 233372: Union nationale des services publics, industriels et commerciaux jt.

mine Prantsuse riigihankeseaduse kohaldamisalast ei ole kooskõlas direktiiviga 92/50. See, et käsunduslepinguga on seotud üldised huvid, ei takista teenuste osutamise lepinguid direktiivi tähenduses kvalifitseerimast, sest sellised asjaolud on väga tihti esindatud lepingutes, millele direktiivi kohaldatakse.[14] Seega ei näi ükski Prantsuse Vabariigi esile toodud iseärasust välistavat kõnealuste lepingute kuulumist direktiivi kohaldamisalasse.

27. Esimene lahendamist vajav küsimus puudutab ehitise omaniku ja tema käsundisaaja vahel sõlmitud lepingu olemust. Kuigi sellel, kuidas siseriiklik õigus liigitab tellija ja teenuse osutaja vahel sõlmitud lepingut, ei ole põhimõtteliselt tähtsust lepingu liigitamisel ühenduse õiguses, tuleks siiski jälgida, et direktiivi kohaldatakse ainult teenuslepingutele, välistades eelkõige avalike teenuste kontsessioonilepingud.

28. Kinnitamata, et kõnealune lepinguline suhe oleks samastatav kontsessioonilepinguga,[15] kinnitab Prantsuse Vabariik, et tegemist on siiski avaliku võimu teostamise üleandmisega ehitise omanikult käsundisaajale. Ta üritab niiviisi tõmmata paralleeli kontsessioonilepingute valdkonda puudutava väljakujunenud kohtupraktika ja lahenduse vahele, mille Euroopa Kohus võiks vastu võtta seoses ehitise omaniku käsunduslepingutega. Kohtupraktika analüüsist nähtub tegelikult, et just avaliku võimu teostamise üleandmine kontsessiooni saajale õigustab selle välistamist direktiivi 92/50 kohaldamisalast. Pärast kontsessioonilepinguid puudutava kohtupraktika esitamist uurin, kas see on kohaldatav käesolevas asjas käsitletavale käsunduslepingule.

29. Kui riiklike ehitustööde kontsessioonilepingutele kohaldatakse sõnaselgelt nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiivi 93/37/EMÜ,[16] millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord, siis teenuste kontsessioonilepinguid ei reguleerita direktiiviga 92/50. Otsustati, et need jäävad direktiivi kohaldamisalast välja.[17] Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta

14 — Vt selle kohta 5. detsembri 1989. aasta otsus kohtuasjas C-3/88: komisjon *v.* Itaalia (EKL 1989, lk I-4035).

15 — Märgin, et Prantsuse õiguses ette nähtud kahte liiki avalike teenuste delegeerimise lepingut võib võrrelda ühenduse õiguse kontsessioonilepingutega. Termin „kontsessioon" on ühenduse õiguses laiem kui Prantsuse õiguses.

16 — Direktiivi 93/37/EMÜ artikkel 3 (EÜT L 199, lk 54; ELT eriväljaanne 06/02, lk 163); direktiivi on viimati muudetud komisjoni 13. septembri 2001. aasta direktiiviga 2001/78/EÜ, millega muudetakse nõukogu direktiivi 93/36/EMÜ IV lisa, nõukogu direktiivi 93/37/EMÜ IV, V ja VI lisa, nõukogu direktiivi 92/50/EMÜ, mida on muudetud direktiiviga 97/52/EÜ, III ja IV lisa ning nõukogu direktiivi 93/38/EMÜ, mida on muudetud direktiiviga 98/4/EÜ, XII–XV, XVII ja XVIII lisa (direktiiv tüüpvormide kasutamise kohta hanketeadete avaldamisel) (EÜT L 285, lk 1; ELT eriväljaanne 06/04, lk 94).

17 — 7. detsembri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-324/98: Telaustria ja Telefonadress (EKL 2000, lk I-10745, punkt 48), ja 30. mai 2002. aasta määrus kohtuasjas C-358/00: Buchhändler-Vereinigung (EKL 2002, lk I-4685, punktid 27 ja 28).

direktiiv 2004/18/EÜ [18] ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta, mis asendab eelkõige direktiivi 92/50, jätab teenuste kontsessioonilepingud endiselt oma kohaldamisalast välja.

30. Kuigi kontsessioonilepingute kriteeriumi ei ole kehtestatud õigusnormide tasemel, võib selle kindlaks määrata direktiivis 93/37 [19] sisalduva määratlusega võrdlemisel. Komisjon üritab oma tõlgendatavas teatises kontsessioonide kohta ühenduse õiguses [20] välja töötada nimetatud mõiste määratlust ja hoiatab riskide eest selle kasutamisel otsustava kriteeriumina. Võib ka märkida, et direktiiv 2004/18 kõrvaldab kogu nimetatud teemaga seotud ebakindluse, sest ta määratleb oma artikli 1 lõikes 4 teenuse kontsessiooni järgmiselt: „sama liiki leping kui teenuste riigihankeleping, välja arvatud asjaolu, et vastutasuks teenuste osutamise eest antakse üksnes õigus teenust kasutada või see õigus koos tasuga".

18 — EÜT L 134, lk 114; ELT eriväljaanne 06/07, lk 132. Tegelikult näeb käesoleva direktiivi artikkel 17 ette, et „ei kohaldata käesolevat direktiivi [...] teenuste kontsessioonide suhtes".

19 — Direktiivi 93/37/EMÜ artikli 1 punkt d määratleb riiklike ehitustööde kontsessiooni: „sama liiki leping, kui punktis a osutatu [st riigihankelepingud], välja arvatud asjaolu, et vastutasuks teostatavate tööde eest antakse üksnes ehitise ekspluateerimise õigus või see õigus koos tasuga".

20 — EÜT 2000 C 121, lk 2.

31. Kohus sedastas kohtuotsuses BFI Holding, et jäätmekogumise leping, mis oli siseriikliku õiguse järgi kontsessioonileping, võis kuuluda direktiivi 92/50 [21] kohaldamisalasse. Tegelikult viitas Euroopa Kohus vaid direktiivi 92/50 artiklis 1 ette nähtud tingimustele, sidumata end siseriikliku liigitusega.

32. Kohtuasjas Telaustria ja Telefonadress esitatud ettepanekus on kohtujurist N. Fennely pakkunud esiteks välja nõustuda sellega, et „kontsessiooniandjal endal tuleb kanda põhiline majandusrisk". [22] Asjaolu, et kontsessioonileping sõlmitakse kolmandate osapoolte kasu silmas pidades, on teisene kriteerium ja osutatud teenuse üldise huvi nõudest tuleks seetõttu tema sõnul kõrvale kalduda. Nimetatud asjas ei ole Euroopa Kohus mõistet täpselt piiritlenud, kuid ta on nõustunud kontsessiooni olemasoluga, kui „ühe ettevõtte vastutasu teisele seisneb selles, et teine saab õiguse oma tasu eest kasutada omaenda teenust". [23]

21 — Eespool viidatud kohtuotsus. Kohtujurist A. La Pergola analüüsis olukorda erinevalt: „Kokkuvõttes on minu arvates nii, et käesolevas asjas ei ole ARA kahe valla suhtes kolmas isik, see tähendab, et ta ei eristunud sisuliselt. Tegemist on asutustevahelise delegeerimise vormiga, mis ei ületa valdade halduspädevust; ARA-le kõnealuseid ülesandeid andes ei olnud valdadel mingil viisil kavatsust erastada ülesandeid, millega nad varem tegelesid nimetatud alal. Lõpetuseks, minu arvates ei saa suhet valdade ja ARA vahel kuidagi pidada hankeks direktiivi tähenduses" (ettepanek, punkt 38).

22 — 18. mai 2000. aasta ettepanek eespool viidatud kohtuasjas C-324/98: Telaustria ja Telefonadress, punkt 30.

23 — Eespool viidatud kohtuotsus Telaustria ja Telefonadress, punkt 58.

33. Samas kui Euroopa Kohus uuris Itaalias tehtud Loto kontsessiooni,[24] otsustas ta, et kontsessiooni saajale võimu üleandmise puudumisel tuleb käesolevale lepingule kohaldada nõukogu 21. detsembri 1976. aasta direktiivi 77/62/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike tarnelepingute sõlmimise kord.[25]

34. Kontsessiooni saaja tasuga seotud kriteeriumi ei saa kohaldada käsunduslepinguga seotud põhjendustele. Tegelikult ei saagi ehitustööde allhanget puudutava käsunduslepingu raames olla olemas kasutusõigust. Kontrollin aga, kas käsunduslepinguga toimub ehitise omanikult avaliku võimu üleandmine käsundisaajale. See osutaks sellele, et nimetatud leping ei ole tõepoolest direktiivis 92/50 ette nähtud leping. Seevastu siis, kui selline delegeerimise üleandmine puudub, tuleb Prantsuse Vabariigi argument tagasi lükata.

35. Käesoleva juhtumi keerukus seisneb käsunduslepingu, mille alusel käsundiandja esindab käsundisaajat, spetsiifilises olemuses. Samas ei ole seaduses nr 85-704 kirjeldatud ehitustööde allhanget puudutava käsunduslepingu puhul tegemist ainult lepinguga, mille alusel käsundisaaja võtab kohustuse ehitise omanikku esindada ja seetõttu ei kehti ka kostjaks oleva riigi sellel erisusel põhinev argument. Nagu nähtub volituste mitmekesisest loetelust, mida käsundisaajale võib nimetatud seaduse artikli 3 alusel anda, tegeleb käsundisaaja samal ajal ka ehitise omaniku abistamise ülesannetega.[26]

36. Prantsuse Vabariik väidab, et käsundisaaja nimetatud kaks ülesannet on üksteisest lahutamatud. Asjaolu, et seaduse nr 85-704 artikkel 3 esitab vaid suunava loetelu ülesannetest, mida käsundisaajale võib anda, räägib kostjaks oleva riigi tõlgenduse vastu. Käesoleva seaduse nimetatud sätte alusel võib ehitise omanik teatavate teenuste osutamiseks palgata teenuse osutaja ning delegeerida käsundisaajale ainult enda esindamise ülesande. Samas on tal lubatud nimetatud seaduse artiklis 3 loetletud kõik ülesanded delegeerida ühele isikule. Tema tegutsemisvabadus on piiratud vaid sama seaduse artikliga 2, mis keelab tal üle anda „ehitustööde eest peamise vastutaja" ülesannet. Kuna ehitise omanikul on võimalik valida, milliseid ülesandeid ta käsundisaajale annab ja milliseid mitte, on täiesti võimalik lahutada üksteisest need erinevad ülesanded, mis kuuluvad käsundisaajale: ühelt poolt teenuseosutamisega seotud ülesanded ning teiselt poolt ehitise omaniku esindamisega seotud ülesanded.

24 — 26. aprilli 1994. aasta otsus kohtuasjas C-272/91: komisjon *v.* Itaalia (EKL 1994, lk I-1409, punkt 24).

25 — EÜT 1977, L 13, lk 1, muudetud nõukogu 22. märtsi 1988. aasta direktiiviga 88/295/EMÜ, millega muudetakse direktiivi 77/62 ja tühistatakse direktiivi 80/767/EMÜ teatavad sätted (EÜT L 127, lk 1).

26 — Näiteks haldus- ja tehniliste tingimuste määratlus, mille alusel töid uuritakse ja teostatakse, või allhanke või ehitustööde lepingute juhtimine.

37. Kuna on võimalik eristada kahte liiki käsundisaajale antavaid volitusi, ei välista miski, et nimetatud kahele liigile kohaldatakse erinevaid sätteid. Ehitustööde allhanget puudutava käsunduslepingu alusel teostatavad teenuse osutamisega seotud ülesanded vastavad riiklike teenuslepingute mõistele direktiivi 92/50 artikli 1 punkti a tähenduses. Järelikult tuleb kohaldada nimetatud direktiivi eeskirju vähemalt sellistele ehitustööde allhanget puudutavatele käsunduslepingutele, mis sõlmitakse seaduse nr 85-704 alusel ja mis seisnevad teenuse osutamises.

38. Analüüsin nüüd teist käsundisaajale antavate ülesannete liiki, et kindlaks teha, kas need võiksid avaliku võimu üleandmise tõttu jääda direktiivi kohaldamisalast välja. Käsundisaaja esindab ehitise omanikku kahel juhul: projektijuhtimise ja ehitustööde lepingu allkirjastamisel ning teenuse osutajatele ja ettevõtjatele tasu maksmisel.

39. Kuigi käsundisaajal on õigus ehitise omaniku nimel projektijuhtimise ja ehitustööde lepinguid allkirjastada, ei saa ta seda teha enne temalt nõusoleku saamist.[27] Sellisel juhul ei toimu avaliku võimu tegelikku üleandmist, sest käsundisaaja ei saa otsuseid vastu võtta iseseisvalt.

40. Mis puudutab teenuse osutajatele ja ettevõtjatele tasu maksmist, siis ehitise omanik tagab ka selle rahastamise, mistõttu käsundisaajal puudub ka nimetatud valdkonnas tegutsemisvabadus. Käsundisaaja kannab vaid üle need rahalised vahendid, mille ta on ehitise omanikult saanud.

41. Kuigi käsundisaaja saab ehitise omaniku nimel mõningaid juriidilisi toiminguid sooritada, ei ole ta neid toiminguid sooritades piisavalt iseseisev, et teda võiks käsitleda isikuna, kes on saanud õiguse teostada avalikku võimu.[28] Seetõttu tuleb tagasi lükata Prantsuse Vabariigi argument, mis käsitleb ehitustööde allhanget puudutava käsundi spetsiifikat, ning kogu lepingule kohaldatakse direktiivi 92/50.

2. Kohtuotsuse Ordine degli Architetti jt võimalik mõju

42. Prantsuse Vabariigi sõnul saab eespool viidatud kohtuotsuse Ordine degli Archetti jt

27 — Märgin, et käsundisaaja vastupidi ei saa vaidlustada ehitise omaniku otsuseid.

28 — Esindaja iseseisvuse puudumine suhetes kindlustusjärelevalve ametiga, 13. juuli 1993. aasta otsus kohtuasjas C-42/92: Thijssen (EKL 1993, lk I-4047, punktid 20–22). Vt ka eespool viidatud 5. detsembri 1989. aasta kohtuotsus komisjon v. Itaalia ja eespool viidatud 26. aprilli 1994. aasta kohtuotsus komisjon v. Itaalia.

põhjendusi kohaldada analoogiliselt ja see viiks kõigi käsunduslepingute välistamiseni riigihangete direktiivide kohaldamisalast. Kõnealuses asjas küsis Itaalia kohus Euroopa Kohtult selle kohta, kas ühenduse õigusega on kooskõlas siseriiklik õigus, mis näeb ette, et ehitusloa taotleja võib osaliselt või täielikult vabastada loa saamisega kaasnevatest kuludest vastutasuks ehitustööde (näiteks elamute teed, parkimisalad, gaasivõrgud) otsese teostamise eest.

43. Pärast analüüsimist, et kõnealused tööd kuuluvad direktiivi 93/37 kohaldamisalasse, sedastas Euroopa Kohus, et sellest hetkest alates, kui tööde maksumus ületab direktiivis kehtestatud piirmäära, on selline säte nagu käsitletav siseriiklik säte nimetatud direktiiviga vastuolus.[29] Teisisõnu arvab kohus, et leping, mis sõlmitakse valla ja ehitusluba taotleva krundi omaniku vahel, jääb nimetatud direktiivi kohaldamisalasse. Euroopa Kohus teeb enne järelduse tegemist kohtuotsuse punktis 100 reservatsiooni: „Selleks, et ehitustööde teostamisel peetaks direktiivist kinni, ei ole kohalikul omavalitsusel ehitustööde teostamisel käesoleva asjaga sarnastes tingimustes vaja selles sättes ette nähtud riiklike teenuslepingute sõlmimise korda ise rakendada. Nimetatud direktiivi kasulik mõju oleks tagatud ka siis, kui siseriiklik õigus võimaldaks kohalikul omavalitsusel kohustada ehitusloa saanud asustusala planeerijat temaga sõlmitud lepingu alusel pidama ehitustöid teostades kinni korrast, mis on ette nähtud direktiivis, ja seda selleks, et täita kohustusi, mis kohalikul omavalitsusel on kõnealuse direktiivi alusel. Sellisel juhul tuleb asustusala planeerijat pidada nimetatud ehitise ehitamiseks valla antud sõnaselgelt käsundi saajaks lepingu alusel kohaliku omavalitsusega, kes vabastab ta kasutuselevõtmisega seotud kuludest vastutasuks riiklike ehitustööde teostamise eest. Direktiivi artikli 3 lõige 4 lubab sõnaselgelt, et riikliku ehitustööde kontsessioonilepingu korral kohaldab teavitamiseeskirju muu isik kui tellija."

44. Komisjon ja Prantsuse Vabariik tõlgendavad kohtuotsuse seda lõiku erinevalt.

45. Prantsuse Vabariik üritab nimetatud punktist tuletada käsundi üldist teooriat.[30] Vastavalt selle punkti kohta tema välja pakutud tõlgendusele piisaks direktiivides 93/37 ja 92/50 sisalduvate nõuete täitmiseks sellest, et direktiivid ise kohustaksid käsundisaajat. Seadus nr 85-704 on

29 — Eespool viidatud kohtuotsus Ordine degli Architetti jt, punkt 103.

30 — Kohtuistungi ajal lisas Prantsuse Vabariik, et direktiivi 2004/18/EÜ artiklis 11 korratakse käsundi teooriat kohaldades seda kesksete ostjate suhtes.

järelikult kooskõlas ühenduse õigusega, sest käsundisaajate sõlmitud lepingutele kohaldatakse samu kohustusi nagu lepingutele, mille sõlmib ehitise omanik.[31]

46. Komisjon üritab tuvastada erinevused põhikohtuasja ja kohtuotsuse Ordine degli Architetti jt aluseks olnud kohtuasja vahel. Ta märgib kõigepealt, et asjades käsitletakse erinevaid direktiive. Seejärel rõhutab ta, et kohtuasja Ordine degli Architetti jt olukorras ei saanud vald oma käsundisaajat valida, kes peab kindlasti olema ehitusloa saajaks olev maksumaksja. Lõpuks piirdus valla ja ehitusluba taotleva krundi omaniku vahel sõlmitud leping vaid kulude vähendamisega vastutasuks ehitustööde teostamise eest, jättes välja igasuguse muu teenuse osutamise valla hüvanguks.

47. Nimetatud asjaoludest tulenevalt näib mulle, et kohtuotsust Ordine degli Architetti jt ei saa tõlgendada nii, nagu Prantsuse Vabariik on seda soovitanud teha. Tegelikult, nagu komisjon selgitab, säilib direktiivi 93/37 kasulik mõju siis, kui omanike sõlmitavatele ehitustööde riigihankelepingutele kohaldatakse kõnealuse direktiivi nõudeid.[32] Teisisõnu ei ole direktiivi 93/37 eesmärkide täitmiseks oluline, kas ehitise omanik, keda konkurentsikohustus puudutab, on vald või ehitusluba taotleva krundi omanik.

48. Kui analoogiliselt nõustuda, et ehitise omaniku ja käsundisaaja vahel sõlmitud teenuse osutamise leping võiks samuti jääda direktiivi 92/50 kohaldamisalast välja, oleks see nimetatud direktiivi kasuliku mõjuga vastuolus. Erinevalt kohtuasjas Ordine degli Architetti jt uuritud olukorrast tuleb siin eristada esiteks esindamise ülesandeid, nagu ehitise omaniku nimel allkirjastatavad lepingud, ja teiseks tasulisi teenuseid, mida käsundisaaja ehitise omanikule osutab. Kohtuotsuse Ordine degli Architetti jt võimalik kohaldamine saaks puudutada ainult esimesi ülesandeid. Kui ehitise omanik annaks käsundisaajale üle avaliku võimu teostamise, saaks järeldada, et direktiivi 92/50 kasuliku mõju tagamiseks piisaks kõnealuse õigusakti kohaldamisest üksnes käsundisaajale. Seevastu ehitise omanikule osutatavatele teenustele ei takista nimetatud direktiivi kohaldamist pelk asjaolu, et need teostatakse käsunduslepingu raames.

31 — Seadus nr 85-704, artikli 4 viimane lõik.

32 — Jõuaksime loomulikult erinevale järeldusele, kui ehitusluba taotlevale krundi omanikule ei kohaldataks direktiivi kohustusi ettevõtjatega sõlmitavate lepingute osas, sest siis oleks direktiivi kohaldamine täielikult välistatud, isegi kui ehitatavad hooned oleksid direktiivi tähenduses „riiklikud tööd".

49. Käsundisaaja esindamistegevuse korral, kui puudub avaliku võimu üleandmine, saab seda tegevust samastada ainult teenuse osutamise tegevustega. Lisaks olukorras, kus puudub takistus selleks, et ehitise omanik teeb käsundisaajale riigihankelepingu raames ja mitte käsundi tingimuste alusel ülesandeks osutada abiteenuseid, mis on identsed nendega, mida võib teostada käsundisaaja, puudub kahtlus direktiivi 92/50 kohaldamises ehitustööde allhanget puudutavatele käsunduslepingutele. Samas ei saa olla siseriiklikus õiguses teatava lepingu liigitamise tagajärg see, et ühenduse õigust ei kohaldata. Sellest nähtub, et direktiiv 92/50 on kohaldatav käsundisaaja poolt ehitise omanikule osutatavatele teenuste osutamisele, ilma et see, kuidas siseriiklik õigus kõnealust lepingulist suhet liigitab, seda kuidagi mõjutaks.

50. Igal juhul ja nagu ma selgitan täpsemalt kolmandas osas, isegi kui Prantsuse õiguses määratletud käsundusleping ei kuuluks direktiivi kohaldamisalasse, kohaldataks lepingule teenuste osutamise vabaduse nõudeid.

B. *Seaduse nr 85-704 artikli 4 vastuolu direktiiviga 92/50*

51. Kuna seaduse 85-704 sätestatud käsundusleping kuulub direktiivi 92/50 kohaldamisalasse, kontrollin, kas Prantsuse seadus on kooskõlas nimetatud direktiiviga. Käesoleva hagi esemeks oleva seaduse nr 85-704 artikkel 4 jätab käsundisaaja ülesande Prantsuse õiguses ammendavalt loetletud avalik-õiguslikele isikutele.

52. See on väga selgelt vastuolus direktiivi 92/50 eemärgiga võimaldada kõigile teenuste pakkujatele võrdne ligipääs riiklikele tellimustele.[33] Nagu Euroopa Kohus otsustas nõukogu 26. juuli 1971. aasta direktiivi 71/305/EMÜ osas, millega kooskõlastatakse riiklike ehitustöölepingute sõlmimise kord,[34] „kuigi direktiivis ei mainita sõnaselgelt pakkujate võrdse kohtlemise põhimõtet, vastab nimetatud põhimõtte järgimise kohustus nimetatud direktiivi põhiolemusele".[35] Sama kehtib ka direktiivi 92/50 kohta. Seaduse nr 85-704 artikkel 4 on seega väga selgelt pakkujate võrdse kohtlemise põhimõttega vastuolus, sest selles hoitakse ehitustööde käsunduslepinguid ainult teatavatele avalik-õiguslike juriidiliste isikute kategooriatele.

33 — Vt eriti direktiivi 20. põhjendus.

34 — EÜT L 185, lk 5.

35 — 22. juuni 1993. aasta otsus kohtuasjas C-243/89: komisjon *v.* Taani, (EKL 1993, lk I-3353, punkt 33). Vt ka kohtujurist A. Tesauro ettepanek selles kohtuasjas, punkt 18: „Sellega seoses on vaevalt vaja rõhutada, et riigihanke lepingu konkurentsimenetluses, ainult sellepärast, et tegemist on konkurentsiga, on vaja kindlasti tagada kõigi nimetatud menetluses osalejate võrdsus: vastasel korral ei oleks tegemist mitte avaliku hankemenetluse, vaid pigem eraläbirääkimistega. Kokkuvõttes on võrdne kohtlemine kõigi riigihankega seotud menetluste alus, sest see on niisuguste menetluste põhiolemus".

53. Lisaks ei näe seadus nr 85-704 ette käsunduslepingu sõlmimisele eelnevat konkureerimist, kuigi ehitise omanik on oma valikus täiesti vaba kõnealuse seaduse artiklis 4 sätestatud avalik-õiguslike isikute kategooria raames, isegi kui teenuste osutamise maksumus ületab direktiivi 92/50 artiklis 13 ette nähtud piirmäära.

54. Nagu eespool on mainitud, konkureerimist ja eelnevat teavitamist puudutavad kohustused erinevad sõltuvalt sellest, kas tellijale osutatavad teenused kuuluvad direktiivi 92/50 I A või I B lisades sisalduvasse loetellu. See, kas teenus kuulub lisa I A või I B kategooriasse, mõjutab seda, millist korda kohaldatakse. Lepingute suhtes, mis hõlmavad direktiivi 92/50 I B lisas loetletud teenuseid, kehtib vähem kohustusi, kui I A lisas loetletud teenuste lepingute suhtes. Segatüüpi lepingu puhul näeb direktiivi 92/50 artikkel 10 ette: „Lepingud, mille objektiks on nii I A kui ka I B lisas loetletud teenused, sõlmitakse kooskõlas III–VI jaotise sätetega, kui I A lisas loetletud teenuste maksumus on suurem kui I B lisas loetletud teenuste maksumus. Teistel juhtudel sõlmitakse lepingud kooskõlas artiklitega 14 ja 16".

55. Käesolevas asjas ja ilma et peaks isegi kindlaks tegema, millist menetlust ehitustööde allhanget puudutavale käsunduslepingule kohaldada, piisab märkimisest, et vaidlusalune seadus ei näe ette mitte ühtegi konkureerimismenetlust käsundisaaja valikuks. Arvestades ka I A ja I B lisades kirjeldatud teenuse osutamist, mis käsundisaajale antakse, tuleb sedastada, et seadus nr 85-704 ei ole direktiivi 92/50 artiklitega 8 ja 9 kooskõlas.

56. Isegi kui käsundisaaja teenuste osutamise liigitus mõjutab vähe direktiivi 92/50 ja siseriikliku õiguse vahelist vastuolu, tuleb asjas selgust tuua, kui pooled kaitsevad vastandlikke seisukohti.[36] Kostjaks olev riik väidab teise võimalusena, et käsundisaaja osutatud teenused vastavad peamiselt direktiivi 92/50 I B lisa punktis 21 mainitud õigusabiteenustele ning lisaks haldusülesannetele, nii nagu konkureerimismenetluse ja lepingute sõlmimise ettevalmistus ning raamatupidamisega seotud aspektid, mis kuuluvad sama lisa 27. kategooriasse (muud teenused). Komisjon on arvamusel, et käsundisaaja osutab peamiselt arhitektuuri- ja inseneriteenuseid, mis on loetletud I A lisa punktis 12. Käsundisaaja esindamise ülesanded võivad komisjoni arvates tuleneda direktiivi 92/50 I B lisa punktist 27 pealkirjaga „Muud teenused".

36 — Lisaks ei ole nimetatud küsimus tähtsusetu, mis puudutab seaduse nr 85-704, mida on muudetud määrusega nr 2004-566, vastavust direktiivile 92/50/EMÜ.

57. Kui lugeda seaduse nr 85-704 artiklit 3, mida tsiteeritakse käesoleva ettepaneku punktis 9, ja mis kirjeldab ülesandeid, mida käsundisaajale võib anda, näib olevat raske kinnitada, nagu komisjon seda tegi, et käsundisaajale antavad ülesanded koosnevad ainult arhitektuuri- või inseneriteenustest, mis esinevad I A lisa 12. kategoorias, isegi kui „nende halduslike ja tehniliste tingimuste määratlemine, mille kohaselt ehitustöid planeeritakse ja ellu viiakse",[37] ja samuti „ehitustöö vastuvõtmine",[38] näivad sinna kategooriasse kuuluvat. Selles osas tuleb läbi viia juhtumipõhine uurimine. Vastavalt direktiivi 92/50 artiklile 10 saab ehitise omanik otsustada, millist korda kohaldada kõnealustele ehitustööde allhanget puudutavatele käsunduslepingutele, sest näib võimatu kohaldada nende suhtes ühtset korda, sest selliste lepingute esemed on väga mitmesugused.[39]

58. Arvestades neid põhjendusi, tuleb sedastada, et kõnealuse seaduse artikli 4 ja direktiivi 92/50 artiklite 8 ja 9 vahel on vastuolu.[40] Juhtudel kui direktiivi ei kohaldata, tuleb kindlaks teha, kas seaduse nr 85-704 artikkel 4 on kooskõlas teenuste osutamise vabaduse põhimõttega.

III. Seaduse nr 85-704 artikli 4 vastuolu EÜ artikliga 49

59. Võib tekkida küsimus, kas on põhjust kohaldada asutamislepingu artikleid teenuste osutamise vabaduse ja asutamisvabaduse kohta kumulatiivselt riigihangete direktiividega ning käesolevas asjas direktiiviga 92/50. Liikumisvabadust puudutavad EÜ asutamislepingu sätted reguleerivad neid riigihankeid, mis jäävad direktiivi 92/50 kohaldamisalast väljapoole.[41] Lepingutele, mis on väljaspool direktiivi 92/50 kohaldamisala nagu kontsessioonilepingud kohaldatakse EÜ asutamislepingu üldsätteid.[42] Seega, juhul kui ehitustööde allhanget puudutav käsundusleping ei ulatu direktiivi 92/50[43] rahalise piirmäärani või kui selle suhtes saab kohaldada erandit nimetatud direktiivist, tuleb kindlaks teha, kas kõnealuse seaduse artikkel 4 on kooskõlas EÜ artikliga 49.

60. Prantsuse Vabariigi arvates ei saaks EÜ artiklit 49 käesolevas asjas kohaldada, sest käsundisaaja ei osuta teenuseid. Erine-

37 — Seadus nr 85-704, artikli 3 esimene taane.

38 — Seadus nr 85-704, artikli 3 kuues taane.

39 — 14. novembri 2002. aasta otsus kohtuasjas C-411/00: Felix Swoboda (EKL 2002, lk I-10567).

40 — Märgime siinkohal, et Prantsuse riigihankeseaduse artikli 2 lõike 2 kohaldamisel, nii nagu see on 7. jaanuari 2004. aasta dekreediga nr 2004-15 (*JORF*, lk 703) vastu võetud, kohaldatakse „lepingutele, mis on sõlmitud käesoleva artikli punktis 1 mainitud ühe avalik-õigusliku isiku antava käsundiga" nimetatud seaduse sätteid.

41 — 9. juuli 1987. aasta otsus liidetud kohtuasjades 27/86–29/86: CEI jt (EKL 1987, lk 3347, punkt 15), ja 3. detsembri 2001. aasta määrus kohtuasjas C-59/00: Vestergaard (EKL 2001, lk I-9505, punktid 19–21).

42 — 9. septembri 1999. aasta otsus kohtuasjas C-108/98: RI.SAN. (EKL 1999, lk I-5219, punkt 20) ja eespool viidatud 7. detsembri 2000. aasta kohtuotsus Telaustra ja Telefonadress, punkt 60. Vt ka Cassia, P., *Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement*, RTDEur. 2002, lk 413.

43 — Direktiivi 92/50/EMÜ artikkel 7.

valt teenuse osutajast osaleb käsundisaaja üldistes huvides tehtavas toimingus, esindab avalik-õiguslikku isikut ja saab volitused, millega kaasneb otsustamispädevus.

61. Tulenevalt eespool toodust, ei näi miski takistavat seda, et teenuste osutamist saaks liigitada käsundisaaja teostatavaks ülesandeks.

62. Lisaks kordab kostjaks olev riik oma argumente, mis põhinevad eespool viidatud kohtuotsusel Ordine degli Architetti jt ning arvab, et tema õigus on kooskõlas EÜ artikliga 49, kuna käsundisaajale kohaldatakse riigihanke eeskirju nende lepingute puhul, mille ta sõlmib ehitise omaniku nimel.

63. Prantsuse Vabariigi tõlgendus kõnealuse kohtuotsuse kohta ei ole veenev. Tegelikult, nagu on selgitatud eespool, ei piirdu käsundisaaja vaid ehitise omaniku nimel lepingute sõlmimisega, vaid osutab viimasele ka arvukalt tasulisi teenuseid. Komisjoni etteheide on suunatud ainult nimetatud lepingulisele suhtele, milles käsundisaaja on tegelikult teenuse osutaja. Kohtuotsus Ordine degli Architetti jt käsitleb käsundit väga kitsas tähenduses, see tähendab olukorras, milles käsundisaaja piirdub tegutsemisega vaid esindatava isiku arvel. Lisaks ei välistata nimetatud kohtuotsusega ühelgi hetkel käsundilepingut teenuste osutamise liigitusest. Kuna käsundisaaja tegutseb ka teenuse osutajana, kohaldatakse talle EÜ artiklit 49.

64. Asjaolu, et mõnedele avalik-õiguslikele juriidilistele isikutele on jäetud õigus sõlmida ehitustööde allhankelepinguid, on seaduse nr 85-704 artikli 4 kohaldamine teenuste osutamise vabaduse piirang. Kuigi vaidlusalune säte ei viita sõnaselgelt volitatud pakkujate rahvusele, on mõne teise liikmesriigi ettevõttel peaaegu võimatu saada Prantsuse õiguse järgi avalik-õigusliku juriidilise isiku õiguslikku seisundit.[44]

65. Veelgi enam, isegi kui välismaisel ettevõttel oleks võimalik kuuluda kõnealuse seaduse artiklis 4 viidatud juriidilise isiku kategooriasse, on välismaise ettevõtte kohustus vahetada oma juriidilist seisundit kõnealuste teenuste osutamiseks vastuolus teenuste osutamise vabaduse põhimõttega. Nagu rõhutab ka kohtujurist C. O. Lenz oma

44 — Eespool viidatud 5. detsembri 1989. aasta otsus kohtuasjas C-3/88: komisjon v. Itaalia (EKL 1989, lk 4035) ja 26. aprilli 1994. aasta kohtuotsus komisjon v. Itaalia. Kaupade vaba liikumise küsimuses järgib Euroopa Kohus samu põhjuseid: 20. märtsi 1990. aasta otsus kohtuasjas C-21/88: Du Pont de Nemours Italiana (EKL 1990, lk I-889). Vt sel teemal ka Noguellou R., „La délégation de maitrise d'ouvrage publique face au droit communautaire: un conflit latent", *Problèmes actuels de droit communautaire*, LGDJ, 1998.

ettepaneku punktis 22 kohtuasjas C-360/89 komisjon *v.* Itaalia[45]: „ettevõtlusvabadus, mida artikkel 59 üritab täpsemalt säilitada, tähendab, et seda toimingut ei pea tegema".

66. Lõpuks tuleb märkida, et seaduse nr 85-704 artikkel 4 kujutab endast piirangut teenuste osutamise vabadusele, kuna see jätab viimati nimetatud seaduse artiklis 3 loetletud teenuseid hõlmavate lepingute sõlmimise õiguse vaid Prantsuse õiguse alusel asutatud teenuse osutajatele.

67. Kui on välja selgitatud, et seadus nr 85-704 ei ole kooskõlas EÜ artikliga 49, tuleb kontrollida, kas saab kohaldada EÜ artikli 45 esimest taanet, mis näeb ette, et „käesoleva peatüki sätteid ei kohaldata liikmesriigis tegevuse puhul, mis selles riigis on kas või ajutiselt seotud avaliku võimu teostamisega". Komisjon kavandab nimetatud erandi kohaldamist ja seejärel loobub. Pärast meenutamist, et nimetatud erandit tuleb tõlgendada kitsendavalt „tegevuse suhtes, mis iseenesest hõlmab otsest osalemist avaliku võimu teostamisel",[46] märgib komisjon, et käsundisaajale antavad ülesanded on põhiliselt tehnilised, mis ei vasta nimetatud määratlusele.

68. Komisjon leiab veel, et EÜ artiklit 45 ei saa kohaldada, kui tegemist on tegevusega, milles käsundisaaja esindab ehitise omanikku, nagu projektijuhtimise ja ehitustööde lepingu allkirjastamine ning teenuse osutajate ja ettevõtjate tasustamine. Lepingute allkirjastamine eeldab ehitise omaniku nõusolekut, mistõttu komisjoni sõnul ei saa järeldada, et tegemist oleks avaliku võimu delegeerimisega käsundisaajale. Teenuse osutajatele ja ettevõtjatele tasu maksmise puhul ei ole tegemist sellega, et käsundisaaja teostaks avalikku võimu, sest rahastamise tagab ehitise omanik.

69. Nagu on tõendatud eespool, ei osale käsundisaaja avaliku võimu teostamisel talle antud abistamis- või esindamisülesannetes. Järelikult ei kohaldata talle EÜ artiklis 45 ette nähtud erandit.[47]

70. EÜ artiklis 46 ette nähtud erandit ei kohaldata samuti, sest kostjaks olev riik ei ole enam esitanud ühtegi põhjendust, mis oleks seotud avaliku korra, julgeoleku ja rahvatervisega.

45 — 3. juuni 1992. aasta otsus kohtuasjas C-360/89: komisjon *v.* Itaalia (EKL 1992, lk I-3401).

46 — Eespool viidatud 5. detsembri 1989. aasta kohtuotsus komisjon *v.* Itaalia.

47 — Vt selle kohta eespool 27. joonealuses märkuses viidatud kohtupraktika.

IV. Ettepanek

71. Tuginedes eelnevale, teen Euroopa Kohtule ettepaneku tuvastada, et kuna Prantsusmaa on jätnud 12. juuli 1985. aasta seaduse nr 85-704 avalik-õiguslike isikute ehitustegevuse ja nende suhte kohta ehitustööde eraõiguslikest isikutest teostajatega, muudetud 13. juuli 1991. aasta seadusega nr 91-662 ja 14. juuli 1996. aasta seadusega nr 96-987 linnauuendamispakti rakendamise kohta, artiklis 4 ehitustööde allhankelepingute sõlmimise õiguse Prantsuse õiguses ammendavalt loetletud juriidilistele isikutele, siis on Prantsusmaa rikkunud nõukogu 18. juuni 1992. aasta direktiivist 92/50/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord, ja eelkõige selle artiklitest 8 ja 9, ning EÜ artiklist 49 tulenevaid kohustusi.