DOMSTOLENS DOM (Fjerde Afdeling)

13. september 2007 *

I sag C-260/04,

angående et traktatbrudssøgsmål i henhold til artikel 226 EF, anlagt den 17. juni 2004,

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved K. Wiedner, C. Cattabriga og L. Visaggio, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

Den Italienske Republik ved I.M. Braguglia, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato G. De Bellis, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

* Processprog: italiensk.

støttet af:

Kongeriget Danmark ved J. Molde, som befuldmægtiget, og med valgt adresse i Luxembourg,

Kongeriget Spanien ved F. Díez Moreno, som befuldmægtiget, og med valgt adresse i Luxembourg,

intervenienter,

har

DOMSTOLEN (Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, K. Lenaerts, og dommerne E. Juhász, R. Silva de Lapuerta, G. Arestis (refererende dommer) og J. Malenovský,

generaladvokat: E. Sharpston
justitssekretær: R. Grass,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 29. marts 2007,

afsagt følgende

Dom

1 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har i sin stævning nedlagt påstand om, at det fastslås, at Den Italienske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til EF-traktaten og navnlig det generelle princip om gennemsigtighed samt forpligtelsen til offentliggørelse, der følger af artikel 43 EF og 49 EF, idet den har fornyet 329 koncessioner på afholdelse af hestevæddemål uden nogen form for indkaldelse af konkurrerende bud.

Retsforskrifter

Nationale bestemmelser

2 I Italien var afholdelse af spil og hestevæddemål oprindeligt forbeholdt Unione Nazionale per l'Incremento delle Razze Equine (den italienske sammenslutning til hesteavlens fremme, herefter »UNIRE«), som kunne vælge selv at forestå afholdelsen af disse hestevæddemål eller at overlade afholdelsen af disse til tredjemænd. UNIRE har overladt afholdelsen af hestevæddemål til agenturer for hestevæddemål.

3 Ved lov nr. 662 af 23. december 1996 (GURI nr. 303 af 28.12.1996, almindeligt tillæg) blev organiseringen og afholdelsen af spil og væddemål vedrørende hestevæddeløb herefter overdraget til finansministeriet samt til ministeriet for landbrug, fødevarer og skovbrug, som blev bemyndiget til at forestå organiseringen

og afholdelsen heraf enten direkte eller gennem offentlige organer, selskaber eller bookmakere, som de udpeger. Det bestemtes i lovens artikel 3, stk. 78, at der ved bekendtgørelse ville blive foretaget en reorganisering af spil og væddemål forbundet med hestevæddeløb for så vidt angår de organisatoriske, funktionelle, skattemæssige og sanktionsmæssige aspekter samt en fordeling af indtægterne fra disse væddemål.

4 Til gennemførelse af denne artikel udstedtes præsidentielt dekret nr. 169 af 8. april 1998 (GURI nr. 125 af 1.6.1998, herefter »dekret nr. 169/1998«), hvis artikel 2 bestemte, at finansministeriet efter samråd med landbrugsministeriet tildeler koncessionerne på afholdelse af hestevæddemål til fysiske personer og virksomheder, som opfylder de fastsatte betingelser, ved offentligt udbud i overensstemmelse med fællesskabsreglerne. Som en overgangsforanstaltning blev der i medfør af artikel 25 i dekret nr. 169/1998 fastsat en forlængelse af de af UNIRE tildelte koncessioner indtil den 31. december 1998 eller, hvis det viste sig at være umuligt at gennemføre en udbudsprocedure inden denne dato, indtil den 31. december 1999.

5 Ved ministerielt dekret af 7. april 1999 (GURI nr. 86 af 14.4.1999) blev der derefter godkendt en plan til styrkelse af nettet for modtagelse af hestevæddemål med henblik på at forøge antallet af væddemålscentraler på hele det italienske område fra 329 til 1 000. Mens 671 nye koncessioner blev sendt i udbud, bestemtes det i finansministeriets bekendtgørelse af 9. december 1999, at 329 af UNIRE's »gamle koncessioner« skulle fornyes. I medfør af denne bekendtgørelse har finansministeriet ved beslutning af 21. december 1999 (GURI nr. 300 af 23.12.1999, herefter den »anfægtede beslutning«) fornyet de nævnte koncessioner for en periode på seks år fra den 1. januar 2000.

6 Ved lovdekret nr. 452 af 28. december 2001 (GURI nr. 301 af 29.12.2001), efter ændring ophøjet til lov nr. 16 af 27. februar 2002 (GURI nr. 49 af 27.2.2002), blev det siden bestemt, dels at »gamle koncessioner« ville blive gentildelt i overensstemmelse

med lovdekret nr. 169/1998, dvs. ved afholdelse af en EU-udbudsprocedure, dels at de nævnte koncessioner ville forblive gyldige, indtil de igen var blevet endeligt tildelt.

7 Endelig bestemmes det i artikel 8, stk. 1, i lovdekret nr. 147 af 24. juni 2003 vedrørende forlængelse af frister samt hastebestemmelser på budgetområdet (GURI nr. 145 af 25.6.2003), ophøjet til lov nr. 200 af 1. august 2003 (GURI nr. 178 af 2.8.2003, herefter »lov nr. 200/2003«), at hver koncessionsindehavers økonomiske situation skal verificeres med henblik på at løse problemet vedrørende »minimumsgarantien«, den afgift, som enhver koncessionsindehaver var forpligtet til at indbetale til UNIRE, uafhængigt af det faktiske omfang af indtægter for det løbende år, som havde vist sig at være uforholdsmæssigt høje, og som havde resulteret i en økonomisk krise i hestevæddemålsektoren. Den særlige kommissær, som er blevet udpeget af UNIRE, har til gennemførelse af nævnte lov vedtaget beslutning nr. 107/2003 af 14. oktober 2003, hvorved de koncessioner, der allerede var blevet tildelt, blev forlænget med henblik på fastlæggelse af de beløb, som koncessionsindehaverne skulle indbetale inden forfaldsdatoen for den sidste betaling, den 30. oktober 2011, og under alle omstændigheder inden de nye koncessioner tildeles ved afholdelse af en udbudsprocedure.

Sagens faktiske omstændigheder og den administrative procedure

8 Som følge af en klage indgivet af en privat tjenesteyder i hestevæddemålsektoren sendte Kommissionen den 24. juli 2001 de italienske myndigheder en åbningsskrivelse i henhold til artikel 226 EF, hvori den henledte deres opmærksomhed på den omstændighed, at den italienske ordning for tildeling af koncessioner på afholdelse af hestevæddemål og særligt den anfægtede beslutning, hvorefter 329 af UNIRE's gamle koncessioner blev fornyet uden indkaldelse af konkurrerende bud, ikke var forenelig med det generelle princip om gennemsigtighed og kravet om offentliggørelse, som følger af artikel 43 EF og 49 EF. Som svar på åbningsskrivelsen meddelte den italienske regering ved skrivelse af 30. november 2001 og 15. januar 2002 henholdsvis forslaget til og vedtagelsen af lov nr. 16 af 27. februar 2002.

9 Da Kommissionen ikke fandt opfølgningen på lovens bestemmelser tilfredsstillende, tilstillede den den 16. oktober 2002 Den Italienske Republik en begrundet udtalelse, hvori den opfordrede medlemsstaten til at træffe de nødvendige foranstaltninger for at efterkomme udtalelsen inden for en frist på to måneder fra modtagelsen af udtalelsen. Ved skrivelse af 10. december 2002 svarede den italienske regering, at det inden iværksættelsen af en udbudsprocedure var nødvendigt at foretage en nøjagtig verificering af den økonomiske situation hos indehaverne af koncessioner, der fortsat var gældende.

10 Da Kommissionen ikke modtog yderligere oplysninger vedrørende gennemførelsen af den pågældende verificeringsprocedure og iværksættelsen af en udbudsprocedure for gentildeling af de pågældende koncessioner, besluttede den at anlægge nærværende sag.

11 Kongeriget Danmark og Kongeriget Spanien er indtrådt i sagen til støtte for Den Italienske Republik.

Søgsmålet

12 Kommissionen har fremført et eneste klagepunkt til støtte for sit søgsmål. Den har gjort gældende, at Den Italienske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til traktaten, herunder særligt at den har overtrådt det generelle princip om gennemsigtighed samt kravet om offentliggørelse, der følger af artikel 43 EF og 49 EF, idet den har fornyet UNIRE's 329 gamle koncessioner på afholdelse af hestevæddemål uden nogen form for afholdelse af konkurrerende bud.

13 Kommissionen har i sin stævning angivet, at det følger af fællesskabsretten, at tildeling af koncessioner på afholdelse af hestevæddemål i Italien bør betragtes som en offentlig tjenesteydelseskoncession. En sådan tildeling er derfor ikke omfattet af anvendelsesområdet for Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1). Det fremgår imidlertid af Domstolens retspraksis, bl.a. dom af 7. december 2000, Telaustria og Telefonadress (sag C-324/98, Sml. I, s. 10745), at de nationale myndigheder, som foretager en sådan tildeling, er forpligtede til at overholde princippet om forbud mod forskelsbehandling og gennemsigtighedsprincippet for at sikre en tilstrækkelig grad af offentliggørelse, som gør det muligt at åbne markedet for tjenesteydelser for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske.

14 Kommissionen har i denne forbindelse anført, at den italienske regering ikke har overholdt disse principper i forbindelse med fornyelsen af UNIRE's 329 allerede eksisterende koncessioner uden indkaldelse af konkurrerende bud. Ifølge Kommissionen er fravigelser af disse principper således kun tilladt i de tilfælde og af de grunde, som er fastsat i artikel 45 EF og 46 EF. De begrundelser, som den italienske regering har gjort gældende, hører imidlertid ikke under de begrundelser, som udtrykkeligt er nævnt i disse artikler, og regeringen har under alle omstændigheder ikke ført bevis for, at de pågældende fravigelser er nødvendige og proportionelle i forhold til de mål, som påberåbes.

15 Den italienske regering har i sit svarskrift gjort gældende, at lov nr. 200/2003 og beslutning nr. 107/2003 opfylder fællesskabsrettens krav med hensyn til offentlige tjenesteydelseskoncessioner. Ifølge denne regering er forlængelsen af UNIRE's gamle koncessioner begrundet i nødvendigheden af at sikre indehaverne af en koncession kontinuitet, økonomisk stabilitet og et passende afkast af tidligere foretagne investeringer samt i nødvendigheden af at modvirke tilflugt til ulovlig bookmakervirksomhed, indtil koncessionerne kan gentildeles på grundlag af udbudsprocedurer. Sådanne begrundelser udgør tvingende almene hensyn, som er egnet til at tillade

fravigelser af traktatens principper vedrørende forpligtelsen til at åbne markedet for tjenesteydelser for konkurrence.

16 Den danske regering har anfægtet Kommissionens fortolkning af dommen i sagen Telaustria og Telefonadress hvad angår rækkevidden af gennemsigtighedsforpligtelsen under omstændigheder som de i nærværende sag foreliggende. Den spanske regering har fremført betragtninger omkring særegenheder vedrørende tilladelsen til og tilrettelæggelsen af væddemål, som Kommissionen ifølge den spanske regering har undladt at tage hensyn til.

17 Indledningsvis bemærkes, at den italienske regering ikke har bestridt, at lov nr. 200/2003 og beslutning nr. 107/2003 er vedtaget efter udløbet af den frist, som var fastsat i den begrundede udtalelse.

18 Det bemærkes i den henseende, at ifølge Domstolens faste retspraksis skal spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger traktatbrud, vurderes på baggrund af forholdene i medlemsstaten, som de var ved udløbet af fristen i den begrundede udtalelse, og at ændringer af forholdene i tiden derefter ikke kan tages i betragtning af Domstolen (jf. dom af 2.6.2005, sag C-282/02, Kommissionen mod Irland, Sml. I, s. 4653, præmis 40, og af 26.1.2006, sag C-514/03, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 963, præmis 44).

19 Bestemmelserne i lov nr. 200/2003 og beslutning nr. 107/2003 er derfor ikke relevante med henblik på at det traktatbrud, som foreholdes Den Italienske Republik. Det følger heraf, at nærværende søgsmål kun hviler på en undersøgelse af den anfægtede beslutning.

20 Som Kommissionen med rette har gjort gældende, har den italienske regering hverken under den administrative procedure eller i løbet af nærværende procedure bestridt, at tildeling af koncessioner på afholdelse af hestevæddemål i Italien udgør en offentlig tjenesteydelseskoncession. En sådan kvalificering følger af Domstolens dom af 6. marts 2007, Placanica m.fl. (forenede sager C-338/04, C-359/04 og C-360/04, Sml. I, s. 1891), hvori Domstolen fortolker artikel 43 EF og 49 EF i forbindelse med samme nationale lovgivning.

21 Det er imidlertid ubestridt, at offentlige tjenesteydelseskoncessioner ikke er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 92/50 (jf. dom af 13.10.2005, sag C-458/03, Parking Brixen, Sml. I, s. 8585, præmis 42).

22 Domstolen har fastslået, at selv om offentlige tjenesteydelsekoncessioner på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin er udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 92/50, er de offentlige myndigheder, der indgår aftalerne, ikke desto mindre forpligtet til at overholde traktatens grundlæggende regler i almindelighed og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i særdeleshed (jf. i denne retning dommen i sagen Telaustria og Telefonadress, præmis 60, og dom af 21.7.2005, sag C-231/03, Coname, Sml. I, s. 7287, præmis 16, samt Parking Brixen-dommen, præmis 46).

23 Domstolen har siden kendt for ret, at de traktatbestemmelser, som finder anvendelse på offentlige tjenesteydelseskoncessioner, bl.a. artikel 43 EF og 49 EF, samt forbuddet mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet er et særligt udtryk for ligebehandlingsprincippet (jf. i denne retning Parking Brixen-dommen, præmis 48).

24 I denne forbindelse indebærer ligebehandlingsprincippet og princippet om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet navnlig en gennemsigtigheds-

forpligtelse, således at den ordregivende myndighed kan sikre sig, at principperne overholdes. Denne gennemsigtighedsforpligtelse, der påhviler den ordregivende myndighed, består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver, der gør det muligt at åbne koncessionen på tjenesteydelser for konkurrence og at kontrollere, at udbudsprocedurerne er upartiske (jf. i denne retning Telaustria og Telefonadress-dommen, præmis 61 og 62, samt Parking Brixen-dommen, præmis 49).

25 Det bemærkes, at det fuldstændige fravær af en indkaldelse af konkurrerende bud med henblik på tildeling af koncessioner på afholdelse af hestevæddemål ikke er i overensstemmelse med artikel 43 EF og 49 EF, og at det særligt krænker det generelle princip om gennemsigtighed og forpligtelsen til at sikre en tilstrækkelig grad af offentliggørelse. Således hindrer en fornyelse uden udbudsprocedure af 329 gamle koncessioner, dels at de nævnte koncessioner åbnes for konkurrence, dels at det kontrolleres, at udbudsprocedurerne er upartiske.

26 Under disse omstændigheder skal det undersøges, om den pågældende fornyelse kan tillades, fordi den er omfattet af de undtagelser, der udtrykkeligt er nævnt i artikel 45 EF og 46 EF, eller om den, i overensstemmelse med Domstolens praksis, kan begrundes i tvingende almene hensyn (jf. i denne retning dom af 6.11.2003, sag C-243/01, Gambelli m.fl., Sml. I, s. 13031, præmis 60, og dommen i sagen Placanica m.fl., præmis 45).

27 En række tvingende almene hensyn, som f.eks. hensynene til forbrugerbeskyttelse, forebyggelse af bedrageri og fjernelse af incitamenter for borgerne til overdrevent forbrug i tilknytning til spillevirksomhed samt hensynet til generelt at forebygge forstyrrelser af samfundsordenen, er i den henseende blevet anerkendt i retspraksis (jf. dommen i sagen Placanica m.fl., præmis 46).

28 Selv om medlemsstaterne i denne henseende frit kan fastsætte målene for deres politik på hasardspilsområdet, og i givet fald nøjagtigt fastsætte det ønskede

beskyttelsesniveau, skal de restriktioner, som pålægges, imidlertid fortsat opfylde de betingelser, der fremgår af Domstolens praksis for så vidt angår deres forholdsmæssighed (jf. dommen i sagen Placanica m.fl., præmis 48).

29 Det bør derfor undersøges, hvorvidt fornyelsen af koncessionerne uden nogen form for indkaldelse af konkurrerende bud er egnet til at sikre virkeliggørelsen af det mål, som Den Italienske Republik har påberåbt sig, og om den ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå dette mål. Den pågældende fornyelse skal under alle omstændigheder anvendes uden forskelsbehandling (jf. i denne retning dommen i sagen Gambelli m.fl., præmis 64 og 65, samt dommen i sagen Placanica m.fl., præmis 49).

30 Det er ubestridt, at den italienske regering har godkendt planen for styrkelse af nettet for modtagelse af hestevæddemål med henblik på at forøge antallet af væddemålscentraler på hele det italienske område fra 329 til 1 000. For at gennemføre denne plan er der ved en udbudsprocedure blevet tildelt 671 nye koncessioner, mens 329 gamle og stadigt eksisterende koncessioner er blevet fornyet uden indkaldelse af konkurrerende bud.

31 Den italienske regering har i denne forbindelse ikke påberåbt sig de undtagelser, der udtrykkeligt er nævnt i artikel 45 EF og 46 EF. Regeringen har derimod begrundet den pågældende fornyelse uden afholdelse af udbud i nødvendigheden af navnlig at modvirke udviklingen af ulovlig væddemålvirksomhed.

32 Den italienske regering har imidlertid ikke i sit svarskrift forklaret, af hvilke grunde fraværet af enhver form for indkaldelse af konkurrerende bud skulle være nødvendig i denne forbindelse, og har ikke fremført nogen argumenter, som kan gendrive det traktatbrud, Kommissionen foreholder den. Regeringen har navnlig ikke begrundet,

hvorledes fornyelse af de eksisterende koncessioner uden nogen form for indkaldelse af konkurrerende bud kan hindre udviklingen af ulovlig virksomhed inden for hestevæddemålsektoren, og har begrænset sig til at gøre gældende, at lov nr. 200/2003 og beslutning nr. 107/2003 opfylder fællesskabsrettens krav med hensyn til offentlige tjenesteydelseskoncessioner.

33 Det bemærkes herved, at det tilkommer de kompetente nationale myndigheder at føre bevis for, dels at deres lovgivning varetager en væsentlig interesse i henhold til artikel 45 EF og 46 EF eller et tvingende alment hensyn i henhold til retspraksis, dels at den pågældende lovgivning opfylder proportionalitetsprincippet (jf. i denne retning dom af 2.12.2004, sag C-41/02, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 11375, præmis 47, af 13.1.2005, sag C-38/03, Kommissionen mod Belgien, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 20, og af 15.6.2006, sag C-255/04, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 5251, præmis 29).

34 Det må derfor fastslås, at en fornyelse af UNIRE's gamle koncessioner uden indkaldelse af konkurrerende bud ikke er egnet til at sikre virkeliggørelsen af det mål, som Den Italienske Republik ønsker at nå, og går videre end hvad der er nødvendigt for at undgå, at tjenesteydere beskæftiget i hestevæddemålsektoren involveres i kriminelle og bedrageriske aktiviteter.

35 Hvad dernæst angår de bevæggrunde af økonomisk natur, som den italienske regering har påberåbt sig, såsom at sikre koncessionsindehaverne kontinuitet, økonomisk stabilitet og et passende afkast af tidligere foretagne investeringer, bemærkes, at disse ikke kan godkendes som tvingende almene hensyn, der kan begrunde en restriktion af en grundlæggende frihed, som er sikret ved traktaten (jf. i denne retning dom af 6.6.2000, sag C-35/98, Verkooijen, Sml. I, s. 4071, præmis 48, og af 16.1.2003, sag C-388/01, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 721, præmis 22).

36 Det følger heraf, at ingen af de tvingende almene hensyn, som den italienske regering har påberåbt sig for at begrunde fornyelsen af 329 gamle koncessioner uden indkaldelse af konkurrerende bud, kan tiltrædes.

37 Kommissionen skal derfor gives medhold.

38 Det følger af det ovenstående, at Den Italienske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 43 EF og 49 EF og navnlig det generelle princip om gennemsigtighed samt forpligtelsen til at sikre en tilstrækkelig grad af offentliggørelse, idet den har fornyet 329 koncessioner på afholdelse af hestevæddemål uden nogen form for indkaldelse af konkurrerende bud.

Sagens omkostninger

39 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har nedlagt påstand om, at Den Italienske Republik tilpligtes at betale sagens omkostninger, og Den Italienske Republik har tabt sagen, bør det pålægges den at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Fjerde Afdeling):

1) **Den Italienske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 43 EF og 49 EF og navnlig det generelle princip om gennemsigtighed samt forpligtelsen til at sikre en tilstrækkelig grad af offentliggørelse, idet den har fornyet 329 koncessioner på afholdelse af hestevæddemål uden nogen form for indkaldelse af konkurrerende bud.**

2) **Den Italienske Republik betaler sagens omkostninger.**

Underskrifter