Sag C-272/91 R

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber
mod
Den Italienske Republik

»Koncession på et system til automatisering af lotto-spillet«

Kendelse afsagt af Domstolens præsident den 31. januar 1992 457

Sammendrag af kendelse

Særlige rettergangsformer — foreløbige forholdsregler — betingelser — forholdsreglen forekommer umiddelbart berettiget — alvorligt og uopretteligt tab — afvejning af samtlige interesser — hensyntagen til en dom, der fastslog et traktatbrud med samme genstand, som det her omhandlede

(EØF-Traktaten, art. 186)

KENDELSE AFSAGT AF DOMSTOLENS PRÆSIDENT
31. januar 1992 *

I sag C-272/91 R,

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved A. Aresu og R. Pellicer, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg hos Roberto Hayder, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Centre Wagner, Kirchberg,

sagsøger,

* Processprog: italiensk.

mod

Den Italienske Republik ved lederen af servizio del contenzioso diplomatico del Ministero degli Affari Esteri professor Luigi Ferrari Bravo som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato Ivo M. Braguglia, og med valgt adresse i Luxembourg på Den Italienske Ambassade, 5, rue Marie-Adélaïde,

sagsøgt,

angående en begæring om foreløbige forholdsregler gående ud på, at det pålægges Den Italienske Republik at træffe de nødvendige foranstaltninger til at udsætte tildelingen af koncessionen på et system til automatisering af lotto-spillet,

har

DOMSTOLENS PRÆSIDENT

afsagt følgende

Kendelse

1 Ved stævning indleveret til Domstolens Justitskontor den 18. oktober 1991 har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber i medfør af EØF-Traktatens artikel 169 anlagt sag med påstand om, at det fastslås, at Den Italienske Republik ikke har overholdt de forpligtelser, der påhviler den i henhold til EØF-Traktatens artikel 30, 52 og 59, samt artikel 9 og artikel 17-25 i Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT 1977 L 13, s. 1), som ændret ved Rådets direktiv 88/295/EØF af 22. marts 1988 (EFT L 127, s. 1), idet den i begyndelsen af 1990 undlod ved en vejledende bekendtgørelse at offentliggøre de samlede indkøb, som Ministero delle Finanze agtede at indgå i løbet af dette år, og dernæst i november 1990 undlod at offentliggøre en udbudsbekendtgørelse i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* vedrørende

koncessionen på et system til automatisering af lotto-spillet, og idet den bestemte, at kun institutioner, selskaber og konsortier samt sammenslutninger, hvis kapital hver for sig eller samlet overvejende ejes af det offentlige, kunne deltage i udbuddet.

2 I et særskilt dokument indleveret til Domstolens Justitskontor samme dag har Kommissionen desuden i medfør af EØF-Traktatens artikel 186 og procesreglementets artikel 83 fremsat begæring om foreløbige forholdsregler gående ud på, at det pålægges Den Italienske Republik at træffe de nødvendige foranstaltninger til at udsætte retsvirkningerne af finansministerens dekret af 14. juni 1991 om tildeling af kontrakten eller retsvirkningerne af den kontrakt, der eventuelt senere måtte være indgået.

3 Sagsøgte fremsatte sine skriftlige bemærkninger til begæringen om foreløbige forholdsregler den 31. oktober 1991, og parterne afgav mundtlige indlæg den 2. december 1991.

4 Under retsmødet fremlagde sagsøgte to dokumenter, og parterne blev opfordret til at fremsætte supplerende bemærkninger til disse dokumenter. Kommissionen indgav sine bemærkninger den 9. december og sagsøgte den 16. december 1991.

5 Før der tages stilling til, om begæringen om foreløbige forholdsregler skal tages til følge, skal der kort gøres rede for sagens forhistorie.

6 Det italienske Finansministerium offentliggjorde den 13. november 1990 i den italienske presse en udbudsbekendtgørelse vedrørende koncession på et system til automatisering af lotto-spillet.

7 Det fremgår af oplysningerne i sagen, at lotto-spillets administration varetages af Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, som er et administrativt organ under Finansministeriet. Spillerne sætter en bestemt sum på et eller flere tal med henblik på de ugentlige udtrækninger. Indskuddene indbetales til godkendte registreringssteder (navnlig tobakshandlere), og der foretages udtrækning hver lørdag i hver af de ti 'udtrækningszoner' (ruote), Italien er opdelt i. Indskuddet kan dels foretages med henblik på udtrækningen i den zone, hvor registreringsstedet ligger, dels med henblik på udtrækningerne i alle zonerne. Gevinsterne, hvis størrelse fastsættes på grundlag af indskudssummen efter en beregningsmetode, der er fastsat i den italienske lovgivning, udbetales på registreringsstedet, eller — hvis der er tale om gevinster over et vist beløb — på Finansministeriets lokale kontorer.

8 Det system til automatisering af lotto-spillet, der ifølge udbuddet skal gives koncession på, omfatter ifølge udbudsbekendtgørelsen lokaler, leverancer, installation, vedligeholdelse, drift, datatransmission og alt andet, der er nødvendigt for afholdelsen af spillet.

9 Koncessionen er ifølge udbudsbekendtgørelsen begrænset til en ni-årig periode, og når den udløber, skal hele automatiseringssystemet, herunder lokaler, maskiner, registreringsstedernes terminaler, installationer, strukturer, programmer, arkiver og alt andet, der er nødvendigt for systemets funktion, drift og udnyttelse, gratis overgå til den offentlige administration.

10 Det præciseres, at koncessionen er opdelt i tre faser: I fase 1 leveres, installeres og prøvekøres systemet parallelt med det manuelle system, og denne fase afsluttes med, at automatiseringssystemet sættes i funktion i én udtrækningszone. I fase 2 udvides systemet til at omfatte alle udtrækningszonerne, og i fase 3 skal det være i fuld drift med en gradvis stigning i antallet af registreringssteder. Buddene skal indeholde en angivelse af fristerne for iværksættelse af hver af disse faser.

11 Koncessionaren har ikke ret til vederlag i fase 1, men oppebærer i fase 2 og 3 en procentdel af bruttoindtægterne fra de elektronisk registrerede indskud. Buddene skal indeholde en angivelse af den pågældende procentdel.

12 Udbudsbekendtgørelsen indeholdt desuden en nærmere angivelse af, efter hvilke økonomiske og tekniske kriterier institutioner og selskaber, der ønskede at deltage i udbuddet, ville blive udvalgt.

13 Ifølge udbudsbekendtgørelsen var deltagelse i udbuddet imidlertid forbeholdt institutioner, selskaber, konsortier og sammenslutninger, hvis kapital hver for sig eller samlet overvejende ejedes af det offentlige, idet Finansministeriet skulle tage hensyn til, at lotto-spillet, som drives inden for rammerne af de fiskale monopoler for at maksimere indtægterne, i kraft af automatiseringen får en særlig karakter og betydning og således kræver særlige garantier samt ubetinget tillid og sikkerhed i forbindelse med etableringen og udnyttelsen af systemet.

14 Tre institutioner eller virksomheder blev opfordret til at deltage i udbuddet. Ved dekret udstedt af finansministeren den 14. juni 1991 blev koncessionen tildelt konsortiet Lottomatica.

15 Kommissionen fremsendte allerede den 8. april 1991 en åbningsskrivelse til de italienske myndigheder. Åbningsskrivelsen blev den 2. september 1991 fulgt op af en begrundet udtalelse. Heri gjorde Kommissionen navnlig gældende, at den omstændighed, at kun selskaber eller institutioner, hvis kapital overvejende ejedes af det offentlige, kunne deltage i udbuddet, var ensbetydende med en overtrædelse af EØF-Traktatens artikel 52 og 59, for så vidt som denne begrænsning begunstigede italienske virksomheder, og desuden udgjorde en foranstaltning med tilsvarende virkning, som er forbudt i henhold til Traktatens artikel 30. I den forbindelse henledte Kommissionen de italienske myndigheders opmærksomhed på, at Domstolen i dommen af 5. december 1989 (sag C-3/88, Kommissionen mod Italien, Sml.

s. 4035) havde antaget, at den italienske lovgivning, hvorefter kun selskaber, som det offentlige ejede hovedparten af, kunne indgå aftaler med den italienske stat om indførelse af edb-systemer i forvaltningen, var i strid med især EØF-Traktatens artikel 52 og 59, og fastslog, at Den Italienske Republik havde tilsidesat sine forpligtelser. De italienske myndigheder har endnu ikke gennemført de til dommens opfyldelse nødvendige foranstaltninger, og Kommissionen har i øvrigt af den grund indledt en traktatbrudsprocedure i henhold til EØF-Traktatens artikel 171.

16 De italienske myndigheder har i deres svar på den begrundede udtalelse navnlig gjort gældende, at det omtvistede udbud ikke hører ind under de udbud, der er omhandlet i Domstolens ovenfor nævnte dom. De vedrørte nemlig levering af edb-systemer, hvis drift ligeledes skulle varetages af leverandøren, men i form af en tjenesteydelse over for det offentlige, mens det her omhandlede udbud vedrører en koncession, hvorved det offentlige overlader det til en tredjemand at udøve en virksomhed, der henhører under offentlig myndighed, nemlig registrering af lotto-indskuddene. I henhold til EØF-Traktatens artikel 55 finder bestemmelserne i artikel 52 og 59 ikke anvendelse på virksomhed, som er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed.

17 Det bemærkes, at Domstolen i medfør af EØF-Traktatens artikel 186 kan foreskrive de nødvendige foreløbige forholdsregler i de sager, der er indbragt for den.

18 Ifølge procesreglementets artikel 83, stk. 2, er det en betingelse for at træffe foreløbige forholdsregler som dem, der er fremsat begæring om, at der foreligger omstændigheder, der medfører uopsættelighed, samt faktiske og retlige grunde til, at de begærede foreløbige forholdsregler umiddelbart forekommer berettigede. I henhold til Domstolens faste praksis skal spørgsmålet om, hvorvidt en begæring om foreløbige forholdsregler er uopsættelig, vurderes på baggrund af nødvendigheden af, at der træffes en foreløbig afgørelse for at undgå, at den begærende part udsættes for et alvorligt og uopretteligt tab.

19 Det må undersøges, om disse betingelser er opfyldt i den foreliggende sag.

20 Hvad for det første angår betingelsen om fumus boni juris, har Kommissionen gjort gældende, at tilsidesættelsen af EØF-Traktatens artikel 52 og 59 er åbenbar, og at den foreliggende sag fuldstændig svarer til den, der lå til grund for dommen af 5. december 1989. Koncessionen på det omhandlede automatiseringssystem kan navnlig ikke anses for at indebære udøvelse af offentlig myndighed som omhandlet i Traktatens artikel 55, stk. 1. Det samme argument blev fremsat af den italienske regering med hensyn til de aftaler om indførelse af edb-systemer i forvaltningen, dommen af 5. december 1989 vedrørte. Domstolen anførte i den forbindelse, at den i artikel 55 hjemlede undtagelse fra etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser skal begrænses til de former for virksomhed, der i sig selv er direkte og særligt forbundet med udøvelse af offentlig myndighed. Domstolen fastslog, at dette ikke var tilfældet med hensyn til arbejdsopgaver, som vedrørte edb-systemernes udarbejdelse, programmel og drift, som er af teknisk karakter.

21 Sagsøgte har gjort gældende, at koncessionen på systemet til automatisering af lotto-spillet indebærer en virkelig overdragelse af offentlig myndighed til koncessionaren og ikke kan sammenlignes med en kontrakt om levering af goder og tjenesteydelser. Det forhold, at koncessionarens vederlag ydes med en procentdel af indtægterne, bevirker, at der ikke kan foretages en sådan sammenligning. Det er i medfør af den italienske lovgivning strengt forbeholdt staten at afholde lotto-spil, og enhver opgave i forbindelse med spillet falder derfor ind under udøvelse af offentlig myndighed, som efter Traktatens artikel 55, stk. 1, ikke blot kan være beføjelser til at træffe afgørelser, men også organisations-, tilsyns- og attestationsbeføjelser. Det tekniske program i forbindelse med udbuddet, som sagsøgte fremlagde under retsmødet, viser, hvilke beføjelser der med koncessionen overdrages til koncessionaren. Der er navnlig tale om beføjelsen til at modtage indskud, da lottokuponerne for at være gyldige skal udskrives af koncessionarens terminaler, som er installeret på registreringsstederne, og om beføjelsen til at afgøre, hvilke kuponer der er gevinst på, en afgørelse, der træffes af koncessionarens bearbejdningscentre i hver enkelt udtrækningszone.

22 For det første bemærkes, at indførelsen af det omhandlede automatiseringssystem ikke umiddelbart synes at ændre de forskellige opgaver i forbindelse med lottospillet, som udføres på nuværende tidspunkt, når henses til den beskrivelse, der er givet i det tekniske program, sagsøgte har fremlagt. Ved første øjekast ses koncessionaren ikke at få overdraget ansvaret for nogen af disse opgaver. Således er regi-

streringsstederne fortsat ansvarlige for modtagelsen af indskuddene, idet koncessionarens terminal kun har den funktion at foretage registreringen, den automatiske kontrol og transmissionen af de data, der fremkommer som følge af de handlinger, der foretages af den ansvarlige for registreringsstedet, som ifølge det tekniske program i tilfælde af fejl skal være i stand til at rette registreringen og endog annullere en kupon udskrevet af terminalen. Det samme gælder afgørelsen af, hvilke kuponer der er gevinst på, idet det administrative organ, zonekommissionen, fortsat er ansvarlig for kontrollen med og godkendelsen af kuponerne.

23 For det andet bemærkes, at de ydelser, der påhviler den, der har koncession på systemet til automatisering af lotto-spillet, ikke umiddelbart synes at adskille sig fra ydelserne i henhold til de aftaler om indførelse af edb-systemer i forvaltningen, der var omtvistet i dommen af 5. december 1989. I begge tilfælde er der tale om udarbejdelse af edb-systemer, levering af materiel og programmel samt drift af systemet. Ganske vist bliver systemet til automatisering af lotto-spillet først statens ejendom, når koncessionen udløber, og ganske vist består koncessionarens vederlag i en andel af indtægterne i forbindelse med systemets drift, men disse omstændigheder synes umiddelbart ikke at have relevans, for så vidt angår de omhandlede fællesskabsregler.

24 Når henses til dommen af 5. december 1989, må det derfor fastslås, at den af Kommissionen anlagte sag på nuværende stadium ikke synes at være ubegrundet, og at betingelsen om fumus boni juris er opfyldt.

25 Hvad dernæst angår betingelsen om uopsættelighed, har Kommissionen gjort gældende, at den ikke kan afvente udfaldet af hovedsagen uden at lide et alvorligt og uopretteligt tab som den institution, der har til opgave at drage omsorg for gennemførelsen af Traktaten. Når Domstolen træffer afgørelse i sagen, vil automatiseringssystemet længe have været i drift, og Kommissionen vil ikke kunne gøre andet end at acceptere dette fait accompli til trods for, at der foreligger en åbenbar tilsidesættelse af fællesskabsretten. For at den dom, Domstolen skal afsige, kan få effektiv virkning, må der træffes foreløbige forholdsregler.

26 Sagsøgte har i den forbindelse anført, at kontrakten med konsortiet Lottomatica om koncessionen blev underskrevet den 22. november 1991. Fase 1 ophører den 1. april 1992 og fase 2 den 31. december 1992. Sagsøgte har gjort gældende, at indførelsen af automatiseringssystemet vil indebære en betydelig forbedring af spillet, hvilket er den eneste måde, hvorpå man kan få bugt med det illegale spil, som for tiden er meget udbredt. De indtægter, staten går glip af, hvis automatiseringssystemet ikke sættes i drift, kan anslås til 500 mia. LIT om året. Det illegale spils ophør og de meget betydelige indtægter i forbindelse med automatiseringen af spillet må således afvejes mod den interesse, Kommissionen har i at sikre, at de formelle regler i Traktaten overholdes.

27 Hvad dette spørgsmål angår, må det fastslås, at hvis der gives Kommissionen medhold i hovedsagen, vil dommen — som Kommissionen har gjort gældende — ikke få effektiv virkning, medmindre der træffes foreløbige forholdsregler.

28 Med hensyn til interesseafvejningen bemærkes, at sagsøgtes interesse i hurtigt at gennemføre automatiseringen af lotto-spillet må sammenholdes med Kommissionens interesse i som Traktatens vogter at forhindre en overtrædelse af de grundlæggende regler i Traktaten. Især når henses til Domstolens dom af 5. december 1989, må Kommissionens interesser gå forud for vedkommende medlemsstats interesser.

29 Da betingelsen om uopsættelighed derfor også er opfyldt, bør begæringen om foreløbige forholdsregler tages til følge.

Af disse grunde

bestemmer

DOMSTOLENS PRÆSIDENT

1) **Den Italienske Republik træffer de nødvendige foranstaltninger til at udsætte retsvirkningerne af dekret, udstedt af ministro delle Finanze den 14. juni 1991 om tildeling af koncessionen på systemet til automatisering af lotto-spillet samt gennemførelsen af den kontrakt, der i den anledning er indgået med konsortiet Lottomatica.**

2) **Afgørelsen om sagens omkostninger udsættes.**

Således bestemt i Luxembourg, den 31. januar 1992.

J.-G. Giraud
Justitssekretær

O. Due
Præsident