Zaak C-272/91 R

Commissie van de Europese Gemeenschappen
tegen
Italiaanse Republiek

„Concessie voor het geautomatiseerde lottosysteem"

Beschikking van de president van het Hof van 31 januari 1992 ..... I - 457

Samenvatting van de beschikking

Kort geding — Voorlopige maatregelen — Voorwaarden — „Fumus boni juris" — Ernstige en onherstelbare schade — Afweging van alle betrokken belangen — Inaanmerkingneming van arrest houdende vaststelling van niet-nakoming die vergelijkbaar is met gestelde niet-nakoming (EEG-Verdrag, art. 186)

BESCHIKKING VAN DE PRESIDENT VAN HET HOF
31 januari 1992 *

In zaak C-272/91 R,

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door A. Aresu en R. Pellicer, leden van haar juridische dienst, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij R. Hayder, representant van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verzoekster,

* Procestaal Italiaans

tegen

Italiaanse Republiek, vertegenwoordigd door L. Ferrari Bravo, hoofd van de dienst Diplomatieke geschillen van het Ministerie van Buitenlandse zaken, als gemachtigde, bijgestaan door I. M. Braguglia, avvocato dello Stato, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ter Italiaanse ambassade, Rue Marie-Adélaïde 5,

verweerster,

betreffende een verzoek om de Italiaanse Republiek bij wege van voorlopige maatregel te gelasten, de nodige maatregelen te treffen om de gunning van de concessie voor het geautomatiseerde lottosysteem op te schorten,

geeft

DE PRESIDENT VAN HET HOF VAN JUSTITIE
VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

de navolgende

Beschikking

1 Bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van het Hof op 18 oktober 1991, heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen krachtens artikel 169 EEG-Verdrag het Hof verzocht vast te stellen, dat de Italiaanse Republiek de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens de artikelen 30, 52 en 59 EEG-Verdrag en de artikelen 9 en 17 tot en met 25 van richtlijn 77/62/EEG van de Raad van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen (PB 1977, L 13, blz. 1), zoals gewijzigd bij richtlijn 88/295/EEG van 22 maart 1988 (PB 1988, L 127, blz. 1), door eerst in het begin van 1990 geen mededeling te doen, met het oog op bekendmaking in het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen,* van de indicatieve lijst van alle opdrachten die het Italiaanse Ministerie van Financiën in de loop van dat jaar voornemens was te plaatsen, en door vervolgens in november 1990

geen mededeling te doen van een bericht van inschrijving betreffende de concessie voor het geautomatiseerde lottosysteem en door de deelneming aan deze inschrijving voor te behouden aan lichamen, vennootschappen, consortiums of groepen waarin de overheid een meerderheidsbelang heeft.

2 Bij op dezelfde dag ter griffie neergelegde afzonderlijke akte heeft de Commissie voorts krachtens artikel 186 EEG-Verdrag en artikel 83 van het Reglement voor de procesvoering een verzoek in kort geding ingediend, ertoe strekkende dat de Italiaanse Republiek zal worden gelast, de nodige maatregelen te nemen om de rechtsgevolgen van het besluit van de minister van Financiën van 14 juni 1991, waarbij de betrokken concessie is verleend, dan wel de rechtsgevolgen van de eventueel daarna gesloten overeenkomst op te schorten.

3 Verweerster heeft op 31 oktober 1991 schriftelijke opmerkingen over het verzoek in kort geding ingediend en partijen hebben ter terechtzitting van 2 december 1991 hun standpunt mondeling toegelicht.

4 Tijdens die terechtzitting heeft verweerster twee documenten overlegd en partijen zijn uitgenodigd daarover desgewenst aanvullende opmerkingen in te dienen. De Commissie heeft dit gedaan op 9 december, verweerster op 16 december 1991.

5 Voorafgaande aan het onderzoek van de gegrondheid van het verzoek in kort geding volgt hier een korte samenvatting van de antecedenten van het geding.

6 Op 13 november 1990 deed de Italiaanse minister van Financiën in de Italiaanse pers een bericht plaatsen betreffende de inschrijving voor de concessie voor het geautomatiseerde lottosysteem.

7 Blijkens het dossier is de lotto een spel dat beheerd wordt door de onder het Ministerie van Financiën ressorterende autonome dienst der staatsmonopolies. Bij dat spel wedden de deelnemers op een of meer getallen, die wekelijks worden getrokken. De weddenschappen worden aangegaan bij erkende registratiepunten (met name tabakswinkels) en de trekking vindt elke zaterdag plaats in elk van de tien trekkingszones (ruote) waarin het Italiaanse grondgebied is verdeeld. Een weddenschap kan betrekking hebben hetzij op de trekking in de zone waarin het registratiepunt is gelegen, hetzij op de trekkingen in alle zones. Het bedrag van de prijzen wordt volgens een in de Italiaanse wettelijke regeling vastgestelde berekeningsmethode met name bepaald door de inzet en de prijzen worden uitbetaald in de registratiepunten of, wanneer zij een bepaald bedrag overschrijden, in de plaatselijke kantoren van de belastingdienst.

8 Het geautomatiseerde lottosysteem waarop de te verlenen concessie betrekking heeft, omvat volgens het bericht van inschrijving de lokalen, de leveringen, de installatie, het onderhoud, de bediening, de datatransmissie en alles wat er verder bij de exploitatie van het lottospel komt kijken.

9 Volgens het bericht van inschrijving wordt de concessie verleend voor negen jaar, waarna het gehele geautomatiseerde systeem — met inbegrip van lokalen, apparatuur, de terminals in de registratiepunten, de installaties, structuren, programma's, archieven en al het andere dat voor de werking, het beheer en de exploitatie van het systeem noodzakelijk is — om niet aan de overheid moet worden overgedragen.

10 Gepreciseerd wordt dat de concessie drie fasen omvat: een eerste fase van levering, installatie en beproeving, parallel met het handmatige systeem en eindigend met de ingebruikneming van het geautomatiseerde systeem in één trekkingszone; een tweede fase waarin het systeem tot alle trekkingszones wordt uitgebreid, en een derde fase waarin het tot volledige exploitatie moet komen met een geleidelijke uitbreiding van het aantal registratiepunten. De inschrijvingen dienen de termijnen te vermelden waarbinnen elk van die fasen zal worden gerealiseerd.

11 In de eerste fase ontvangt de concessiehouder van het geautomatiseerde systeem geen enkele beloning; in de tweede en de derde fase krijgt hij een percentage van de bruto ontvangsten uit de automatisch geregistreerde weddenschappen. De inschrijvingen dienen dit percentage te vermelden.

12 Verder vermeldde het bericht van inschrijving de economische en technische criteria voor de selectie van de lichamen of ondernemingen die uitgenodigd zouden worden om aan de aanbesteding deel te nemen.

13 Volgens het bericht van inschrijving stond de aanbesteding echter enkel open voor lichamen, vennootschappen of consortiums en groepen waarin de overheid een meerderheidsbelang heeft, daar de minister van Financiën rekening moest houden met de aard en het bijzondere belang van de geautomatiseerde exploitatie van het lottospel dat, als fiscaal monopolie beheerd en gericht op maximering van de schatkistontvangsten, bijzondere waarborgen vereist alsmede absoluut vertrouwen en zekerheid bij de inrichting en exploitatie van het systeem.

14 Drie lichamen of ondernemingen werden uitgenodigd aan de aanbesteding deel te nemen, en bij besluit van de minister van Financiën van 14 juni 1991 werd de concessie verleend aan het consortium Lottomatica.

15 Reeds op 8 april 1991 zond de Commissie de Italiaanse autoriteiten een aanmaningsbrief, op 2 september 1991 gevolgd door een met redenen omkleed advies. De Commissie betoogde daarin met name, dat het feit dat de aanbesteding uitsluitend openstond voor vennootschappen of lichamen waarin de publieke sector een meerderheidsbelang heeft — een beperking waardoor Italiaanse ondernemingen werden begunstigd —, in strijd was met de artikelen 52 en 59 EEG-Verdrag en een door artikel 30 van het Verdrag verboden maatregel van gelijke werking was. De Commissie herinnerde de Italiaanse autoriteiten eraan, dat het Hof in zijn arrest van 5 december 1989 (zaak 3/88, Commissie/Italië, Jurispr. 1989, blz. 4035) had verklaard, dat de Italiaanse wettelijke regeling volgens welke enkel vennoot-

schappen waarin de publieke sector een meerderheidsbelang heeft, met de overheid contracten kunnen sluiten voor het opzetten van automatiseringssystemen, in strijd was met de artikelen 52 en 59 EEG-Verdrag, en dat de Italiaanse Republiek dienvolgens haar verplichtingen niet was nagekomen. De Commissie wees er voorts op, dat de Italiaanse autoriteiten nog geen maatregelen tot uitvoering van dat arrest hadden getroffen en dat de Commissie deswege een niet-nakomingsprocedure ex artikel 171 EEG-Verdrag had ingeleid.

16 In hun antwoord op het met redenen omkleed advies betoogden de Italiaanse autoriteiten met name, dat de in geding zijnde overheidsopdracht verschilt van die waarop het genoemde arrest van het Hof betrekking had. Bij deze laatste ging het om de levering van automatiseringssystemen die door de leverancier ook moesten worden beheerd, doch in de vorm van een voor de overheid verrichte dienst; in casu gaat het evenwel om een concessie waarbij aan een derde de uitoefening wordt opgedragen van een onder het openbaar gezag vallende werkzaamheid, te weten de registratie van weddenschappen in de lotto. Volgens artikel 55 EEG-Verdrag nu is het bepaalde bij de artikelen 52 en 59 van het Verdrag niet van toepassing op werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag in de Lid-Staten.

17 Ingevolge artikel 186 EEG-Verdrag kan het Hof in bij hem aanhangige zaken de noodzakelijke voorlopige maatregelen gelasten.

18 Een beschikking houdende voorlopige maatregelen als die waarom is verzocht, kan ingevolge artikel 83, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering slechts worden gegeven in spoedeisende omstandigheden en op grond van middelen, zowel feitelijk als rechtens, die die maatregelen aanvankelijk gerechtvaardigd doen voorkomen. Het is vaste rechtspraak, dat de spoedeisendheid van een verzoek om voorlopige maatregelen moet worden getoetst aan de vraag, of een voorlopige beslissing noodzakelijk is ter voorkoming van ernstige en onherstelbare schade voor de verzoekende partij.

19 Onderzocht moet worden of in casu aan deze voorwaarden is voldaan.

20 Wat om te beginnen de voorwaarde van *fumus boni juris* betreft, stelt de Commissie, dat er sprake is van kennelijke schending van de artikelen 52 en 59 EEG-Verdrag en dat de onderhavige zaak volledig vergelijkbaar is met die waarin voornoemd arrest van 5 december 1989 is gewezen. De concessie voor het thans in geding zijnde geautomatiseerde systeem kan met name niet worden geacht de uitoefening van openbaar gezag in te houden in de zin van artikel 55, eerste alinea, van het Verdrag. Hetzelfde argument is door de Italiaanse regering aangevoerd in verband met de contracten voor het opzetten van geautomatiseerde systemen voor de overheid, waarom het in het arrest van 5 december 1989 ging. Het Hof overwoog dienaangaande, dat de in artikel 55 van het Verdrag bepaalde afwijking van de vrijheid van vestiging en van dienstverrichting moet worden beperkt tot werkzaamheden die op zich een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van openbaar gezag meebrengen, en het stelde vast, dat dat niet het geval was met zuiver technische werkzaamheden die het ontwerp, de programmatuur en het beheer van systemen voor automatische gegevensverwerking betreffen.

21 Verweerster betoogt, dat de concessie voor het geautomatiseerde lottosysteem een echte overdracht van overheidsbevoegdheden aan de concessiehouder inhoudt en niet op één lijn kan worden gesteld met een contract voor de levering van goederen en diensten. Een dergelijke gelijkstelling stuit af op de omstandigheid, dat de beloning van de concessiehouder bestaat in een percentage van de ontvangsten. Ingevolge de Italiaanse wetgeving is het lottospel een staatsmonopolie en daarom is iedere verrichting in verband met dat spel een vorm van uitoefening van overheidsbevoegdheden; in de zin van artikel 55, eerste alinea, van het Verdrag behoren daartoe niet enkel beslissingsbevoegdheden, doch ook organisatorische en toezichthoudende bevoegdheden alsmede de bevoegdheid om officiële verklaringen af te geven. De bevoegdheden die met de concessie op de concessiehouder overgaan, blijken ten duidelijkste uit het ter terechtzitting overgelegde technische programma van het bericht van aanbesteding. Het gaat met name om het aannemen van de weddenschappen — want om geldig te zijn, moeten de lottobiljetten worden afgegeven door de in de registratiepunten geplaatste terminals van de concessiehouder — en om het bepalen van de winnende biljetten door de verwerkingscentra van de concessiehouder in elke trekkingszone.

22 In de eerste plaats moet erop worden gewezen, dat de invoering van het in geding zijnde geautomatiseerde systeem op het eerste gezicht niet veel lijkt te veranderen aan de diverse bij het lottospel noodzakelijke verrichtingen, zoals deze volgens de beschrijving ervan in het door verweerster overgelegde technische programma thans plaatsvinden. Op het eerste gezicht wordt de verantwoordelijkheid voor geen

van die verrichtingen overgedragen aan de concessiehouder. Zo blijven de registratiepunten verantwoordelijk voor het aannemen van de weddenschappen en blijft de functie van de terminal van de concessiehouder beperkt tot het registreren, het automatisch controleren en de overbrenging van de gegevens die worden ingevoerd door de beheerder van het registratiepunt, die volgens het technisch programma de mogelijkheid dient te hebben, in geval van een vergissing de registratie te corrigeren en zelfs een door de terminal afgegeven biljet te annuleren. Hetzelfde geldt voor de bepaling van de winnende biljetten: het controleren en geldig verklaren van deze biljetten blijft de taak van de zonecommissie, een administratief orgaan.

23 In de tweede plaats lijken de diensten die de concessiehouder van het geautomatiseerde lottosysteem moet verrichten, op het eerste gezicht weinig te verschillen van de diensten bedoeld in de contracten inzake het opzetten van geautomatiseerde systemen voor de overheid, waarop het arrest van 5 december 1989 betrekking had. In beide gevallen gaat het om het ontwerpen van systemen voor geautomatiseerde gegevensverwerking, het leveren van de noodzakelijke hardware en software en om het beheer van het systeem. Het geautomatiseerde lottosysteem wordt weliswaar eerst na afloop van de concessie eigendom van de Staat en de beloning van de concessiehouder bestaat in een aandeel in de ontvangsten bij de exploitatie van het systeem, maar dit lijkt voorshands zonder belang voor de toepasselijke regels van het gemeenschapsrecht.

24 Mitsdien moet worden vastgesteld dat het beroep van de Commissie, gelet op eerdergenoemd arrest van 5 december 1989, in dit stadium niet ongegrond voorkomt en dat aan de voorwaarde van *fumus boni juris* is voldaan.

25 Wat vervolgens de spoedeisendheid betreft, stelt de Commissie, dat zij niet op de uitkomst van het geding in de hoofdzaak kan wachten zonder als instelling die met het toezicht op de toepassing van het Verdrag is belast, ernstige en onherstelbare schade te lijden. Op het moment dat het Hof uitspraak doet in de hoofdzaak, zou het geautomatiseerde lottosysteem al lang in werking zijn en zou de Commissie niets anders kunnen doen dan zich, de ernstige schending van het gemeenschapsrecht ten spijt, bij de feiten neerleggen. Wil het door het Hof te wijzen arrest nuttig effect kunnen hebben, dan moeten nu voorlopige maatregelen worden getroffen.

26 Verweerster merkt op, dat het concessiecontract met het consortium Lottomatica op 22 november 1991 is getekend en dat de eerste fase van de concessie op 1 april 1992 en de tweede fase op 31 december van dat jaar voltooid moet zijn. Zij betoogt, dat de ingebruikstelling van het geautomatiseerde systeem een aanzienlijke verbetering zal zijn en het enige middel om een einde te maken aan het thans bestaande omvangrijke clandestiene lottocircuit. Het inkomstenverlies voor de Staat ingeval het geautomatiseerde systeem niet in werking zou treden, kan op jaarlijks 500 miljard lire worden geschat en de zeer hoge fiscale ontvangsten die uit de automatisering van de lotto zullen voortvloeien, moeten worden afgewogen tegen het belang dat de Commissie heeft bij het verzekeren van de eerbiediging van de formele regels van het Verdrag.

27 Met de Commissie moet worden vastgesteld, dat zo zij in de hoofdzaak in het gelijk zou worden gesteld, het arrest zonder voorlopige maatregelen geen enkel nuttig effect kan hebben.

28 Wat de belangenafweging betreft, zij opgemerkt, dat het belang van verweerster bij een snelle voltooiing van het geautomatiseerde lottosysteem moet worden geplaatst tegenover het belang van de Commissie als hoedster van de Verdragen om een schending van de fundamentele regels van die Verdragen te verhinderen. Met name gelet op 's Hofs arrest van 5 december 1989, dient het belang van de Commissie voorrang te hebben boven het belang van de betrokken Lid-Staat.

29 Aangezien dus eveneens is voldaan aan de voorwaarde van spoedeisendheid, zijn er termen om de voorlopige maatregelen te gelasten.

DE PRESIDENT

beschikt:

1) **De Italiaanse Republiek zal de nodige maatregelen nemen om de rechtsgevolgen van het besluit van de minister van Financiën van 14 juni 1991 waarbij de concessie voor het geautomatiseerde lottosysteem is verleend, en de uitvoering van het daartoe met het consortium Lottomatica gesloten contract op te schorten.**

2) **De beslissing omtrent de kosten wordt aangehouden.**

Luxemburg, 31 januari 1992.

De griffier

J.-G. Giraud

De president

O. Due