RETSMØDERAPPORT
i sag C-351/88 *

I — De relevante retsregler

1. *De italienske bestemmelser*

1. Til grund for hovedsagen ligger først og fremmest de italienske bestemmelser, hvorefter virksomheder med hjemsted i Syditaliens regioner er forbeholdt en andel af arbejder og leverancer i henhold til offentlige indkøbsaftaler.

2. Reglen om »den forbeholdte andel« fandtes tidligere i lovdekret nr. 40 af 18. februar 1947, hvorefter den italienske forvaltning havde mulighed for at forbeholde op til en sjettedel af sine indkøb for virksomheder med hjemsted i visse regioner i Syditalien. Ved ændringen heraf ved lov nr. 835 af 6. oktober 1950 blev reglen gjort obligatorisk.

3. Reglen om den forbeholdte andel er blevet bibeholdt i de forskellige love, der er blevet udstedt vedrørende foranstaltninger til fordel for Syditalien; den sidst tilkomne af disse love er lov nr. 64 af 1. marts 1986 (»ordningen for forvaltningen af de særlige foranstaltninger for Syditalien«, herefter benævnt »lov nr. 64/86«), der indeholder tilsvarende regler.

4. Artikel 17 i lov nr. 64/86 indeholder i stk. 16 og 17 følgende bestemmelser:

»16. Pligten til at begrænse offentlige indkøb med en vis andel af de udbudte leverancer og arbejder, jf. artikel 113, stk. 1 (i lovbekendtgørelsen om foranstaltningerne for Syditalien), pålægges desuden hele den offentlige administration, herunder regionerne, provinserne, kommunerne, de lokale sundhedsforvaltninger, de særlige enheder i bjergområder, selskaber og institutioner, som staten deltager i eller er medejer af, universiteterne og de selvstændige hospitalsinstitutioner.

17. De nævnte institutioner, virksomheder og forvaltninger har pligt til ved indkøb at udbyde en andel på mindst 30% af de ønskede ydelser til industri-, landbrugs- og håndværksvirksomheder med faste anlæg og fabrikker i de områder, der er nævnt i artikel 1 i nævnte lovbekendtgørelse, og i hvilke de ønskede produkter fremstilles helt eller delvist.«

5. Den lovbekendtgørelse, hvortil der henvises i artikel 17, findes i dekret fra republikkens præsident nr. 218 af 6. marts 1978 (lovbekendtgørelse om Syditalien), der i artikel 113, stk. 1, pålægger en række forvaltningsmyndigheder i hvert regnskabsår ved deres aftaler om køb og levering af varer og tjenesteydelser, bortset fra teknisk uopdelelige ydelser, at forbeholde mindst 30% til virksomheder, der er hjemmehørende eller dog har faste anlæg og fabrikker i Syditalien, og som er tilstrækkeligt produktionsdygtige.

* Processprog: italiensk.

6. Ved lov nr. 64/86 foretoges der en klar udvidelse af anvendelsesområdet for artikel 113, stk. 1, idet pligten til at forbeholde en bestemt andel ved kontrakt om levering af varer og tjenesteydelser til det offentlige herved også blev pålagt en række forvaltninger og institutioner foruden de oprindeligt angivne, herunder de lokale sundhedsforvaltninger (USL), og denne pligt (nu vedrørende mindst 30% og ikke som tidligere slet og ret 30%) ikke blot gælder i forhold til industrivirksomheder, men også i forhold til landbrugs- og håndværksvirksomheder, når blot disse har fabrikker eller anlæg i de omhandlede områder, og de omhandlede ydelser helt eller delvis fremstilles der.

2. *Fællesskabsretten*

7. Rådet har på det af denne sag omhandlede område udstedt direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 13, s. 1, herefter benævnt »direktiv 77/62«), der har til formål, for så vidt angår offentlige indkøbsaftaler, at fjerne restriktioner for de frie varebevægelser, der strider mod Rom-Traktatens artikel 30.

Direktivets artikel 26 indeholder følgende bestemmelse:

»Dette direktiv er ikke til hinder for anvendelsen af de bestemmelser i den italienske lov nr. 835 af 6. oktober 1950 (GURI nr. 245 af 24.10.1950) med senere ændringer, der er gældende på tidspunktet for direktivets vedtagelse, såfremt disse bestemmelser er forenelige med Traktaten.«

8. Ovenstående bestemmelse blev ved artikel 16 i Rådets direktiv 88/295/EØF af 22. marts 1988 — om ændring af direktiv 77/62/EØF samt om ophævelse af visse bestemmelser i direktiv 80/767/EØF (EFT L 127, s. 1) — erstattet af følgende:

»*Artikel 26*

1. Dette direktiv er ikke til hinder for, at der indtil den 31. december 1992 kan anvendes bestående nationale bestemmelser vedrørende offentlige indkøb, der har til formål at begrænse regionale forskelle og fremme skabelsen af arbejdspladser i udviklingsmæssigt tilbagestående områder og i områder med erhvervsmæssig tilbagegang, såfremt de pågældende bestemmelser er forenelige med Traktaten og med Fællesskabets internationale forpligtelser.

2. ...«

II — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger i hovedsagen

1. Selskabet Laboratori Bruneau Srl modtog den 25. februar 1987 fra Unità sanitaria locale RM/24 i Monterotondo (Rom) (herefter benævnt »USL«) en skrivelse vedrørende »udbydelse i privat licitation. Forbeholdt andel på 30%. Lov nr. 64/86«.

2. Licitationen vedrørte navnlig levering til USL af suturmaterialer, for så vidt angår 30% af den anslåede årlige mængde.

3. Den udtrykkelige henvisning i skrivelsen til artikel 17 i lov nr. 64/86, samt angivelsen om, at udbydelsen i lication vedrørte 30% af den årlige forhåndsleverance, viste klart, at den licitation, som opfordringen til at afgive tilbud vedrørte, var forbeholdt virksomheder, der opfyldte betingelserne ifølge artikel 17, stk. 17, i lov nr. 64/86, dvs. »... virksomheder med faste anlæg og fabrikker i dele af Italien, der er nævnt i artikel 1 i anførte bekendtgørelse (lovbekendtgørelse nr. 218 fra 1978), og i hvilke de ønskede produkter er fremstillet helt eller delvist«.

4. Selv om selskabet Laborabori Bruneau Srl hverken havde faste anlæg eller fabrikker i de i artikel 17, stk. 17, i lov nr. 64/86 nævnte områder, fremsatte det anmodning om at måtte deltage i licitationen. Endvidere anmodede det licitationsudvalget om forudgående i deres protokollat at optage en erklæring, hvori det bestred lovligheden af udbydelsen i licitation under henvisning til, at den var i strid med fællesskabsretten.

5. Formanden for licitationsudvalget udsatte efter afgivelsen af denne erklæring licitationen. Men da forvaltningen, der havde afsluttet kontrakten, derefter hverken traf skridt til at ophæve eller ændre sine vedtagelser, således at stk. 16 og stk. 17 i lov nr. 64/86 ikke blev anvendt, anlagde selskabet Laboratori Bruneau Srl den 8. april 1987 ved Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio sag med påstand om, at udbydelsen i licitation kendtes retsstridig, idet de nævnte nationale bestemmelser var i strid med fællesskabsretten.

Under behandlingen af denne sag har den nationale ret besluttet at anmode Domstolen om en præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål:

»Skal EØF-Traktatens artikel 30 og 92 fortolkes således, at en national ordning, hvorefter en bestemt andel af offentlige indkøbsaftaler forbeholdes virksomheder, der har fabrikker eller anlæg i bestemte områder på det nationale område, skal anses for at udgøre 'foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner' eller 'støtte', og er de nævnte traktatbestemmelser til hinder for en ordning som nævnt?«.

6. Forelæggelseskendelsen blev registreret på Domstolens Justitskontor den 6. december 1988.

7. I henhold til artikel 20 i protokollen vedrørende statutten for EØF-Domstolen er der indgivet skriftlige indlæg den 14. februar 1989 af sagsøgeren i hovedsagen ved advokaterne E. Baretta og A. Bozzi, Milano, advokat G. Bozzi, Rom, og advokat A. May, Luxembourg, den 14. marts 1989 af Den Italienske Republiks regering ved P. G. Ferri, som befuldmægtiget, og den 15. marts 1989 af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved G. Berardis, som befuldmægtiget.

8. Domstolen har på grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisoptagelse.

9. Domstolen har ved beslutning af 24. april 1991 i henhold til procesreglementets artikel 95, stk. 1 og 2, henvist sagen til Fjerde Afdeling.

III — Skriftlige indlæg for Domstolen

1. *Sagsøgeren i hovedsagen* har indledningsvis redegjort for, hvorledes forholdet i tidens løb har udviklet sig mellem de nationale regler og fællesskabsrettens bestemmelser om offentlige indkøbsaftaler. Selskabet har gennemgået de forskellige trin i denne udvikling med henblik på at afgøre, om den italienske ordning for offentlige indkøbsaftaler er i overensstemmelse med EØF-Traktatens bestemmelser.

Vedrørende retmæssigheden efter Traktatens artikel 30 af ordningen om den forbeholdte andel efter den udbygning af denne ordning, der skete ved artikel 17, stk. 16 og 17, i lov nr. 64/86, har selskabet Laboratori Bruneau først anført, at der med denne ordning i Italien er skabt et begrænset marked, der er forbeholdt virksomhederne i Syditalien, og som i forhold til det europæiske fælles marked udgør et ydre, fremmed marked.

Sagsøgeren har dernæst fastslået, at nævnte ordning, der tidligere alene gjaldt for den statslige administration og visse lokale forvaltninger ved lov nr. 64/86 er blevet ophøjet til at være den almindelige ordning for offentlige indkøbsaftaler. Ved denne lov blev nemlig forpligtelsen til at anvende reglen om den forbeholdte andel pålagt hele den offentlige administration og selskaber og institutioner, som staten deltager i. Samtidig gav loven mulighed for at forbeholde en andel på 100%, hvilket indebærer, at enhver virksomhed, der ikke er hjemmehørende i Syditalien, lovligt kan udelukkes helt som tilbudsgiver ved offentlige indkøb i Italien.

Denne fortolkning følger efter sagsøgeren i hovedsagen af de i artikel 17, stk. 17, i nævnte lov anvendte ord »en andel på mindst 30%«. Hermed fastsættes der en mindsteandel, som skal respekteres, men som desuden indebærer, at den forbeholdte andel lovligt kan forøges og andrage op til 100%, idet der ikke er fastsat et loft for den højst tilladelige forbeholdte andel.

Sagsøgeren i hovedsagen har endvidere gennemgået bestemmelserne i den nationale ordning på baggrund af Traktatens artikel 92. Selskabet har herved under henvisning til Domstolens praksis anført, at begrebet støtte ikke kun omfatter finansieringstilskud, men også foranstaltninger, der fritager virksomhederne for visse økonomiske byrder, og som nedsætter omkostningerne på deres budgetter. Efter sagsøgeren må der derfor være tale om fordele, der ydes af offentlige midler.

Men i det foreliggende tilfælde sker der ved foranstaltningen blot det, at virksomheder, der ikke er hjemmehørende i Syditalien, udelukkes fra offentlige indkøbsaftaler, idet den offentlige sektor er pålagt en forpligtelse til at indkøbe varer hos virksomheder, der er optaget på de særlige fortegnelser, der er blevet udfærdiget til fordel for virksomhederne i Syditalien.

Foranstaltningen går altså ifølge sagsøgeren ikke ud på udbetaling af midler til disse virksomheder, men derimod blot på at orientere efterspørgslen efter varer på en måde, der kommer dem til gode. Den kommercielle fordel er ikke et resultat af tilskud fra det offentlige, af den ene eller den anden form for afgiftsfritagelse eller af særlige regler for beskatning af eller fradrag for omkostninger, men af sikkerheden for at modtage ordrer fra det offentlige, dvs. mulighe-

den for at deltage i licitationer, ved hvilke kun virksomheder i Syditalien konkurrerer indbyrdes.

Ifølge sagsøgeren fører denne protektionistiske politik i det hele til en forøgelse af salget af varer, for hvilke de midler, der udbetales af den ordregivende lokale myndighed, ikke udgør en »støtte«, men en blot og bar betaling for levering af varer og tjenesteydelser.

Der er imidlertid ingen grund til at godtage det synspunkt, at indførelsen af et marked, der er forbeholdt visse virksomheder, udgør et tilfælde af statsstøtte efter betydningen i Traktatens artikel 92, og ikke omvendt er et typisk tilfælde af en diskriminerende og protektionistisk praksis, der ifølge Traktatens artikel 30 ff. er absolut forbudt, og som ikke på nogen måde kan henføres under et af de i Traktatens artikel 36 omhandlede undtagelsestilfælde.

Selskabet Laboratori Bruneau har endelig anført, at der for forholdet mellem Traktatens artikel 30 og 92 gælder et princip om, at en støtte ikke kan indføres, ændres eller tillades ved en kommerciel diskriminerende foranstaltning eller en (direkte eller indirekte, aktuel eller potentiel) hindring, der baseres på varernes oprindelse. Selskabet anfører, at man aldrig via en tilsidesættelse af Traktatens artikel 30 kan nå frem til, at der ydes en støtte, der er forenelig med fællesmarkedet i medfør af Traktatens artikel 92, stk. 3.

Selskabet har afslutningsvis anført, at en regel om en forbeholdt andel til visse indenlandske varer er et klart eksempel på en retsstridig adfærd, som artikel 30 tager sigte på og forbyder, og at denne retsstridighed ikke blot kan begrundes med, at den er blevet godkendt som en foranstaltning i henhold til lovgivningen om foranstaltninger til fordel for Syditalien, en ordning som reglen hverken har sammenhæng med eller funktionelt er omfattet af.

Af alle de anførte grunde har selskabet Laboratori Bruneau anmodet Domstolen om at fastslå følgende:

1) EØF-Traktatens artikel 92 skal fortolkes således, at regler om, at visse, selv begrænsede andele af leverancer til det offentlige er forbeholdt visse nationale virksomheder med hjemsted eller produktionsanlæg i de økonomisk mindre udviklede områder, ikke udgør »støtte« i denne artikels forstand.

2) EØF-Traktatens artikel 30 skal fortolkes således, at de omtalte regler om endog begrænsede forbeholdte andele ved offentlige indkøb udgør foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner, der efter denne artikel er forbudt.

2. Efter *den italienske regerings* opfattelse har bestemmelserne om den forbeholdte andel i artikel 17 i lov nr. 64/86 karakter af en støtte, jf. Traktatens artikel 92, idet der er tale om en af staten udstedt bestemmelse, hvorefter det påhviler offentlige forvaltninger at sørge for, at der ydes en gruppe producenter, der er afgrænset efter deres virksomheds geografiske placering, en fordel.

Da ordningen om den forbeholdte andel ifølge den italienske regering har karakter af støtte, må den bedømmes efter den i Traktatens artikel 93 fastlagte procedure, hvilket

medfører, at Kommissionens afgørelse ikke kan foregribes og erstattes af en dom afsagt af Domstolen i medfør af Traktatens artikel 177.

For så vidt angår støtte, hvis retmæssighed ifølge fællesskabsretten følger af artikel 92, stk. 3, litra a), har den italienske regering anført, at den nævnte bestemmelse ikke som den følgende bestemmelse i litra c), som betingelse for støttens lovlighed stiller, »at den ikke ændrer samhandelsvilkårene på en måde, der strider mod den fælles interesse«. Dette betyder ifølge den italienske regering, at statsstøtte til fremme af udviklingen af økonomisk tilbagestående områder i fællesskabssammenhæng har en helt afgørende positiv betydning og ikke kan underordnes andre af Fællesskabets formål.

Ifølge den italienske regering er reglen om den forbeholdte andel for offentlige indkøbsaftaler ganske vist en internretlig foranstaltning til de indenlandske virksomheders fordel, men ordningen er ikke af den grund omfattet af artikel 30, eftersom den kun prioriterer virksomheder med hjem- eller produktionssted i visse områder, der er fastlagt på grundlag af et kriterium om underudvikling, hvis opfyldelse lader sig objektivt konstatere, og som er af stor vigtighed for Fællesskabet.

Endvidere er ifølge den italienske regering de nationale foranstaltninger, der er omhandlet i Traktatens artikel 30, sådanne, der vil kunne give anledning til en forskelsbehandling af indenlandske varer og varer fra andre medlemsstater. Dette forhold bliver der ifølge den italienske regering slet ikke tale om her, idet ordningen om den forbeholdte andel udelukkende medfører en fortrinsstilling for erhvervsdrivende med hjemsted eller produktionssted i Syditalien, mens den ringere stilling bliver alle andre virksomheder i Fællesskabet til del, herunder også italienske virksomheder uden for området.

Ifølge den italienske regering er jo det i henhold til artikel 2, stk. 3, litra k), i Kommissionens direktiv 70/50/EØF af 22. december 1969 en forudsætning for konstateringen af, at der foreligger en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ indførselsrestriktion, at den pågældende hindring vedrører produkter i deres egenskab af indførte produkter, og at fortrinsstillingen stiller indenlandske produkter gunstigere.

3. *Kommissionen* har i første række henvist til Domstolens praksis, hvorefter tilskyndelse til køb af indenlandske varer udgør foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner, der er forbudt ifølge Traktatens artikel 30 i det omfang, de direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt kan være til hindring for handelen i Fællesskabet. Ifølge Kommissionen er der principielt tale om det samme ved en national ordning, hvorefter det offentlige skal forbeholde indenlandske producenter visse indkøb.

Kommissionen har dernæst henvist til en række bestemmelser i Kommissionens direktiv 70/32/EØF af 17. december 1969 om levering af varer til staten, dens lokale organer og de øvrige offentligretlige juridiske personer, hvorefter navnlig nationale bestemmelser om, at levering til det offentlige er forbeholdt indenlandske varer, eller at disse har en fortrinsstilling, der ikke udgør en støtte i den i Traktatens artikel 92 forudsatte betydning, skal ophæves.

Kommissionen har endvidere henvist til direktiv 77/62, der ifølge den bygger på det princip, at begrænsningen i de frie varebevægelser i forbindelse med offentlige indkøb er forbudt i henhold til Traktatens artikel 30 ff.

Det må på baggrund heraf ifølge Kommissionen være et spørgsmål, om nationale bestemmelser, hvorefter en vis andel af varer, der skal leveres i henhold til offentlige indkøbsaftaler, skal forbeholdes virksomheder med hjemsted eller produktionssted i bestemte regioner, er foranstaltninger af en sådan selektiv art, at der er tale, ikke om foranstaltninger med tilsvarende virkning, jf. artikel 30, men snarere om støtte, jf. artikel 92.

Kommissionen har herved anført, at disse bestemmelser har samme virkning for importen som bestemmelser, der påbyder, at en vis andel forbeholdes indenlandske producenter som sådan. Og den har anført, at omfanget af disse virkninger ikke beror på antallet af de favoriserede produkter, men på omfanget af det offentliges behov, der ikke eller kun i begrænset omfang eller vanskeligere kan opfyldes med indførte produkter.

Herudover har den gjort gældende, at det er irrelevant for afgørelsen af, hvorledes de omhandlede bestemmelser retligt skal bedømmes, at tage hensyn til medlemsstaternes målsætninger f.eks. af regionalpolitisk eller socialpolitisk art, idet frie varebevægelser udgør et af Traktatens grundprincipper, hvis overtrædelse kun kan være begrundet i de i artikel 36 nævnte hensyn samt i visse »tvingende« hensyn, der er fastlagt i Domstolens praksis. I det foreliggende tilfælde foreligger der hverken den ene eller den anden af disse to typer hensyn.

Kommissionen har endvidere anført, at henførelsen af den i nærværende sag omtvistede foranstaltning under begrebet »foranstaltning med tilsvarende virkning« ikke kan imødegås alene under henvisning til, at selektive forbeholdsbestemmelser ikke blot virker til skade for produkter fra de øvrige medlemsstater, men også for andre indenlandske varer, som disse bestemmelser ikke omfatter. Det afgørende kriterium for dette begrebs afgrænsning er nemlig foranstaltningens handelsbegrænsende virkning.

Kommissionen har vedrørende begrebet »støtte«, jf. Traktatens artikel 92, udtalt, at det af selve ordlyden af nævnte artikel samt af Domstolens praksis vedrørende støtte fremgår, at støttebegrebet ikke blot omfatter positive ydelser i form af økonomiske overførsler, men også tiltag for at mindske de byrder, der sædvanligvis belaster en virksomheds budget, og som derigennem uden at være egentlige subventioner er af samme beskaffenhed og virker på samme måde. Sådanne tiltag gennemføres med statsmidler.

Hertil føjes, at artikel 92 umuligt kan indeholde et forbud mod foranstaltninger, der i forvejen er forbudt ved andre af Traktatens bestemmelser. På grundlag heraf har Kommissionen fastslået, at forbuddet i artikel 92 mod støtte nødvendigvis må være et forbud mod andre foranstaltninger end told og afgifter eller foranstaltninger med tilsvarende virkning. Anvendelsesområdet for Traktatens artikel 92 omfatter følgelig alene tiltag fra myndighedernes side, hvorved statens økonomiske ressourcer anvendes til gunst for modtagervirksomhederne.

Heraf følger ifølge Kommissionen, at de omtvistede italienske bestemmelser ikke kan anses for støtteforanstaltninger som omhandlet i artikel 92, idet bestemmelserne hverken direkte eller indirekte indebærer anvendelse af statsmidler, men staten blot pålægger den offentlige sektor en pligt til at foretage indkøb hos visse virksomheder og dermed begrænser adgangen til at købe de samme varer hos andre virksomheder. Endvidere repræsenterer de midler, staten bruger i sådanne tilfælde, blot den pris, der må betales for den købte vare efter markedsvilkårene. Der er ikke tale om rundhåndethed, men om en modydelse.

Dette må ifølge Kommissionen medføre, at de omtvistede italienske foranstaltninger udgør en direkte hindring for indførslen af konkurrerende varer, men ikke støtteforanstaltninger som omhandlet i Traktatens artikel 92.

Dersom disse foranstaltninger skulle blive anset for støtte i den i Traktatens artikel 92 forudsatte betydning, er det ifølge Kommissionen ikke nødvendigvis ensbetydende med, at de må anses for retmæssige efter Traktatens artikel 30. Den har støttet dette synspunkt på Domstolens faste praksis siden dommen af 22. marts 1977, sag 74/76, Iannelli & Volpi, Sml. s. 557, og til dommen af 5. juni 1986, sag 103/84, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 1759, hvorefter Traktatens artikel 92 ff. under ingen omstændigheder må tjene til at sætte Traktatens bestemmelser om de frie varebevægelser ud af spil.

Kommissionen har endelig understreget, at ordninger om fortrinsstilling af den i sagen omhandlede art desuden er uforenelige med bestemmelserne i direktiv 77/62. Det er korrekt, at artikel 26 i nævnte direktiv bestemmer, at direktivet »ikke [er] til hinder for anvendelsen af de bestemmelser i den italienske lov nr. 835 af 6. oktober 1950... med senere ændringer, der er gældende på tidspunktet for direktivets vedtagelse«.

Men det står ifølge Kommissionen ikke desto mindre fast, at indholdet af den nationale lov, den forelæggende ret henviser til (lov nr. 64/86), delvis er forskelligt fra lovens indhold på tidspunktet for direktivets vedtagelse og desuden mere omfattende, samt at direktivet under alle omstændigheder stiller krav om, at disse bestemmelser skal være forenelige med Traktaten.

Kommissionen har foreslået Domstolen følgende besvarelse:

»1) Traktatens artikel 92 skal fortolkes således, at bestemmelser, hvorefter offentlige indkøb helt eller delvis skal placeres hos bestemte indenlandske virksomheder, ikke udgør støtte i den i denne artikel forudsatte betydning.

2) Traktatens artikel 30 skal fortolkes således, at sådanne bestemmelser udgør foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriktioner, der er forbudt ifølge denne artikel.«

M. Díez de Velasco
Refererende dommer