

Mål C-437/20**Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler****Datum för ingivande:**

17 september 2020

Domstol som begär förhandsavgörande:

Tribunale di Parma (Italien)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

8 november 2019

Brottmål mot:

ZI

TQ

Saken i det nationella målet

Brottmål mot ZI och TQ som åtalats för brott mot den italienska lagstiftningen om bedrivande av verksamhet avseende upptagande av vadhållningsinsatser (nedan kallad vadhållningsverksamhet).

Syfte med och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande

Begäran om förhandsavgörande har framställts med stöd av artikel 267 andra stycket FEUF och avser tolkningen av direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling, principerna om etableringsfrihet, icke-diskriminering och fri konkurrens samt av artiklarna 49 FEUF, 52 FEUF, 56 FEUF och 106 FEUF, i syfte att få klarhet i huruvida nämnda bestämmelser utgör hinder för en nationell lagstiftning där det fastställs

- en mycket kort frist för att uppfylla de administrativa och skattemässiga skyldigheterna för att delta i det ”legaliseringsförfarande” som utlysts till förmån för aktörer som på uppdrag av utländska bookmakers bedrev vadhållningsverksamhet utan erforderlig koncession eller erforderligt tillstånd,

- den allmänna förlängningen på obestämd tid – utan att det nya upphandlingsförfarande för tilldelning av koncessioner för spel- och vadhållningsverksamhet har genomförts som staten skulle utlysa i syfte att efterleva EU-domstolens praxis – till förmån för aktörer som redan var innehavare av koncession till följd av tidigare upphandlingsförfaranden eller legalisering.

Frågor som har hänskjutits för förhandsavgörande

- 1) Utgör unionsrätten, närmare bestämt bestämmelserna i direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling som även är tillämpliga på ”spel och vadhållningssektorn”, hinder för att den nationella lagstiftaren – genom cirkulär av den 9 juni 2016 från [Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (ADM), tull- och monopolmyndigheten] – har förlängt de koncessioner som har tilldelats genom tidigare upphandlingsförfaranden vilka EU-domstolen har förklarat vara rättsstridiga?
- 2) Utgör principerna om etableringsfrihet, icke-diskriminering och fri konkurrens i artiklarna 49 FEUF, 56 FEUF och 106 FEUF hinder för en nationell lagstiftning som – utan att det har genomförts något upphandlingsförfarande och genom direkt tilldelning med stöd av en nationell organisatorisk förvaltningsrättsakt – genom en förlängning på obestämd tid av gamla koncessioner som tilldelats genom upphandlingsförfaranden och som skulle löpa ut den 30 juni 2016 medför en stängning av den inhemska marknaden?
- 3) Utgör de rättigheter som följer av artiklarna 49 FEUF, 52 FEUF och 106 FEUF hinder för artikel 1.926 och 1.932 i lag nr 208/2015, med hänsyn till att det i dessa bestämmelser stadgas helt orimliga och därmed omotiverat korta frister för att uppfylla de administrativa och finansiella skyldigheter som följer av bolaget Phoenix International Ltd.:s ansökan om 900 koncessioner?
- 4) Utgör artiklarna 49 FEUF, 56 FEUF och 106 FEUF hinder för en nationell lagstiftning, i dess lydelse enligt cirkulär av den 9 juni 2016, som – med hänsyn till att det inte fastställs något bestämt utgångsdatum för befintliga koncessioner – innebär att alla koncessioner, däribland dem som EU-domstolen i senare avgöranden har förklarat vara rättsstridiga, ger rätt att bedriva verksamhet på den inhemska marknaden samtidigt som den utgör hinder för att nya utländska aktörer etablerar sig eller för att befintliga aktörer såsom Phoenix International Ltd. legaliserar och utökar sin verksamhet?
- 5) Utgör principerna om jämlikhet, likabehandling och icke-diskriminering i artiklarna 2 FEU, 3 FEU och 10 FEUF hinder för att enbart tre nya dataöverföringscentraler har meddelats tillstånd efter utgången av den i stabilitetslag nr 208/2015 fastställda fristen, det vill säga den 30 juni 2016, medan övriga 847 inte har legaliserats?

Anförda unionsbestämmelser

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG

Artiklarna 49 FEUF, 52 FEUF, 56 FEUF och 57 FEUF – frihet att tillhandahålla tjänster och etableringsfrihet i unionen

Principerna om likabehandling, icke-diskriminering och fri konkurrens

Anförda nationella bestämmelser

Legge del 23 dicembre 2014, n. 190 – Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato ("Legge stabilità per il 2015") (lag nr 190 av den 23 december 2014 med bestämmelser om upprättande av en årlig och flerårig statsbudget ("2015 års stabilitetslag")): artikel 1.643

Legge del 28 dicembre 2015, n. 208 – Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato ("Legge stabilità per il 2016") (lag nr 208 av den 28 december 2015 med bestämmelser om upprättande av en årlig och flerårig statsbudget ("2016 års stabilitetslag")): artikel 1.926

Cirkulär av den 9 juni 2016 från Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (tull- och monopolmyndigheten)

Regio Decreto 18 giugno 1931, n. 773, Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza (T.U.L.P.S.) (kungligt lagdekret nr 773 av den 18 juni 1931 om godkännande av en konsoliderad version av lagarna om allmän säkerhet): artikel 88

Legge 13 dicembre 1989, n. 401 – Interventi nel settore del giuoco e delle scommesse clandestini e tutela della correttezza nello svolgimento di manifestazioni sportive (lag nr 401 av den 13 december 1989 om ingripande på området för dold spel- och vadhållningsverksamhet till skydd för sunda sporttävlingar): artikel 4

Kortfattad redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet i det nationella målet

- 1 Den 12 januari 2016 inleddes ett brottmål vid den hänskjutande domstolen där ZI och TQ står åtalade för att i egenskap av innehavare av respektive anställd på en dataöverföringscentral ha bedrivit organiserad vadhållningsverksamhet på uppdrag av en utländsk aktör utan erforderlig koncession och erforderligt polistillstånd i Italien.
- 2 ZI:s och TQ:s försvarare har yrkat att åtalet ska ogillas och ställt frågan huruvida den gällande nationella lagstiftningen om tilldelning av koncessioner för att

bedriva spel- och vadhållningsverksamhet är förenlig med unionsrätten med hänsyn tagen till dels de principer om offentlig upphandling som följer av direktiv 2014/24/EU, dels etableringsfriheten, friheten att tillhandahålla tjänster, fri konkurrens och icke-diskriminering.

Kortfattad redogörelse för skälen till att förhandsavgörande begärs

- 3 I skälen till beslutet att begära förhandsavgörande går den hänskjutande domstolen framför allt igenom hur lagstiftningen och rättspraxis på området har utvecklats.
- 4 I Italien är anordnandet av hasardspel, inbegripet upptagande av vadhållningsinsatser genom dataöverföring, oavsett av vem det utförs och vare sig vaden ingår i Italien eller utomlands, i princip förbehållet staten. För att bedriva denna verksamhet krävs således koncession från staten och därefter ett polistillstånd.
- 5 Den som utan ovannämnda koncession och polistillstånd bedriver sådan verksamhet gör sig skyldig till brott enligt artikel 4.4-bis i lag nr 401/1989. Det rör sig med andra ord om en straffrättslig bestämmelse ”in blanco”, eftersom brottsrekvisiten är avhängiga den i tidsmässigt hänseende (*ratione temporis*) gällande lagstiftningen om tilldelning av koncessioner.

Upphandlingsförfarandena åren 1999, 2006 och 2012, EU-domstolens praxis och nationell rättspraxis

- 6 De tre upphandlingsförfaranden som italienska staten hittills har utlyst för att tilldela dessa koncessioner, år 1999, år 2006 (det så kallade meddelandet om Bersani-upphandlingen) och år 2012 (det så kallade meddelandet om Monti-upphandlingen), har fastställts strida mot en rad unionsrättsliga principer, närmare bestämt genom EU-domstolens dom av den 6 november 2003, Gambelli m.fl., C-243/01, dom av den 6 mars 2007, Placanica m.fl., C-338/04, och dom av den 16 februari 2012, Costa och Cifone, C-72/10 och C-77/10.
- 7 Vad gäller för det första meddelandet om upphandling år 1999 slog EU-domstolen fast att den straffrättsliga bestämmelsen i artikel 4 i lag nr 401/1989 utgjorde en begränsning av etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster, men att det ankom på den nationella domstolen att avgöra huruvida den nationella lagstiftningen, med hänsyn till de konkreta tillämpningsbestämmelserna, gjorde det möjligt att uppnå de mål för vars skull den antagits, och om begränsningarna var proportionerliga i förhållande till dessa mål (dom av den 6 november 2003, Gambelli m.fl., C-243/01).
- 8 Senare bekräftade Corte di Cassazione (Högsta domstolen, Italien) att denna straffrättsliga bestämmelse inte stred mot de unionsrättsliga principerna, eftersom den hade ett kontrollsyfte avseende hänsyn till allmän ordning som kan motivera att de aktuella friheterna begränsas.

- 9 Därefter påpekade EU-domstolen att det uppenbarligen låg ett ekonomiskt intresse snarare än en strävan efter att upprätthålla skyddet av allmän ordning bakom den italienska lagstiftning enligt vilken anordnandet av vadhållning var förbehållet koncessionsinnehavare. EU-domstolen överlät emellertid formellt till den nationella domstolen att pröva huruvida syftet med det nationella systemet med koncessioner var att upprätthålla allmän ordning (dom av den 6 mars 2007, Placanica m.fl., mål C-338/04).
- 10 Corte di Cassazione avvek från sin tidigare ståndpunkt och slog därefter fast principen att personer inte får påföras straffrättsliga påföljder för att de utan tillstånd bedrivit vadhållningsverksamhet, om det kan styrkas att denna verksamhet bedrivs på uppdrag av bolag som i den medlemsstat där de har sitt säte lagligen bedriver sådan verksamhet med erforderliga tillstånd, även om dessa bolag saknar koncession i Italien därför att de inte har deltagit eller inte har kunnat delta i det berörda upphandlingsförfarandet mot bakgrund av begränsningarna enligt den gällande lagstiftningen.
- 11 För det andra påpekade EU-domstolen att det så kallade meddelandet om Bersani-upphandlingen – som fastställdes i lagdekret nr 223 av den 4 juli 2006 (som omvandlats till lag nr 248 av den 4 augusti 2006) i syfte att öppna upp marknaden för nya aktörer genom ett nytt upphandlingsförfarande för tilldelning av koncessioner – stred mot unionsrätten i den mån det skyddade marknadsandelar som redan existerande aktörer hade förvärvat, genom att bland annat föreskriva om ett minsta avstånd mellan nya koncessionshavares och redan existerande aktörers etableringar (dom av den 16 februari 2012, Costa och Cifone, C-72/10 och C-77/10; se, analogt, dom av den 12 september 2013, Biasci m.fl., C-660/11 och C-8/12).

I sin tur bekräftade Corte di Cassazione vidare att den italienska lagstiftningen omfattar en restriktiv reglering av spelbranschen, i och med att det fastställs objektiva och subjektiva begränsningar för att bedriva sådan verksamhet. Följaktligen kan nämnda lagstiftning utgöra hinder för att till fullo genomföra de unionsrättsliga principerna om etableringsfrihet och fri konkurrens. En sådan begränsning är dock motiverad med hänsyn till allmän ordning så länge som denna begränsning är proportionerlig, transparent och inte diskriminerar aktörer från andra medlemsstater.

- 12 För det tredje fastställdes det i lagdekret nr 16 av den 2 mars 2012 (som omvandlats till lag nr 44/2012) ett nytt meddelande om upphandling för tilldelning av koncessioner (det så kallade meddelandet om Monti-upphandlingen), enligt vilket personer som redan bedrev spelverksamhet i en medlemsstat inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet, och som hade sitt lagstadgade säte eller sätet för sin verksamhet där, och som innehade ett giltigt och gällande tillstånd för verksamheten som meddelats enligt gällande bestämmelser i den berörda statens rättsordning, fick delta i upphandlingen. Nämnda personer skulle härutöver uppvisa god vandel och tillförlitlighet samt uppfylla de krav i

ekonomiskt och förmögenhetsrättsligt hänseende som Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (ADM) ställde.

- 13 Som ett resultat av detta meddelande om upphandling erhöll bolagen Lottomatica, Snai, Cogetech, Hbg, Sisal, Codere, Cirsas, Matica och B Plus Gioco Legale Limited 2 000 koncessioner, vilka löpte ut den 1 juli 2016.

Legaliseringsförfarandet

- 14 I syfte att bland annat avhjälpa de brister i meddelandet om Monti-upphandlingen som EU-domstolen påpekat införde den italienska lagstiftaren genom artikel 1.643 i lag nr 190/2014 (den så kallade 2015 års stabilitetslag) och artikel 1.926 i lag nr 208/2015 (den så kallade 2016 års stabilitetslag) ett legaliseringsförfarande varigenom aktörer som den 30 oktober 2014 på uppdrag av utländska bookmakers bedrev vadhållningsverksamhet utan italiensk koncession och italienskt polistillstånd gavs möjlighet att avhjälpa brister i sin verksamhet förutsatt att de uppfyllde följande skyldigheter:

- De skulle efterbetala hela engångsskatten avseende perioden före legaliseringen.
- Som förskott på engångsskatten skulle de senast den 31 januari 2016 betala ett belopp på 10 000 euro för varje dataöverföringscentral som de ingav ansökan om legalisering för.
- De skulle lämna in person- och företagsuppgifter till ADM beträffande innehavaren av den dataöverföringscentral som var knuten till den ansökande bookmakern genom att fylla i ett särskilt formulär, som betecknades ”bilaga C” och även skulle gälla som ansökan om beviljande av polistillstånd.

- 15 De aktörer som deltog i nämnda legaliseringsförfarande skulle meddelas tillstånd att bedriva spel- och vadhållningsverksamhet fram till det fastställda utgångsdatumet den 1 juli 2016. Vidare skulle eventuella redan delgivna beslut om taxering och påförande av påföljder bli verkningslösa.

Utebliven utlysning av det nya upphandlingsförfarandet och den allmänna förlängningen på obestämd tid

- 16 Datumet 1 juli 2016 skulle enligt lagstiftarens planer utgöra en ”skiljelinje” mellan det regelverk som delvis var oförenligt med unionsrätten och ett nytt regelverk enligt vilket tillträdet till marknaden skulle ske i enlighet med unionsrätten.
- 17 I artikel 1.932 i lag nr 208/2015 föreskrevs nämligen att alla koncessioner för upptagande av vadhållningsinsatser i samband med sportevenemang skulle tilldelas genom ett ”öppet, konkurrensutsatt och icke-diskriminerande” upphandlingsförfarande som skulle genomföras efter den 1 maj 2016.

- 18 Emellertid utlystes detta upphandlingsförfarande inte inom de fastställda fristerna, med resultatet att Agenzia delle Dogane e dei Monopoli den 9 juni 2016 utfärdade ett cirkulär adresserat till alla koncessions- och nätverksinnehavare varigenom myndigheten av hänsyn till allmän ordning, statens budget och kontinuitet i sysselsättningen meddelade alla aktörer som var innehavare av koncession (till följd av tidigare nationella upphandlingsförfaranden eller legalisering) tillstånd att på obestämd tid fortsatt bedriva vadhållningsverksamhet .

De tilltalade ZI:s och TQ:s ståndpunkt

- 19 Den dataöverföringscentral som ZI är innehavare av och där TQ är anställd är knuten till den maltesiska aktören Phoenix International Ltd.
- 20 Phoenix International Ltd. deltog i legaliseringsförfarandet, men klarade inte av att inom den lagstadgade fristen den 31 januari 2016 verkställa alla betalningar och lämna in alla försäkringar enligt ovannämnda bilaga C som krävdes för alla 900 (niohundra) dataöverföringscentraler för vilka bolaget ansökte om legalisering, utan enbart för 50 av dem.
- 21 Eftersom Phoenix International Ltd. inte hade möjlighet att avhjälpa bristerna med avseende på de övriga 850 dataöverföringscentralerna, ansökte bolaget den 31 januari 2016 om ett uppskov på 60 dagar i detta syfte, vilket ADM beviljade. Den 31 mars 2016 inkom bolaget med de ifyllda bilagorna C med de nödvändiga uppgifterna om dessa 850 dataöverföringscentraler, men verkställde inte motsvarande betalningar som krävdes för att fullfölja legaliseringen. Några månader senare, runt mitten av juni 2016, verkställde bolaget betalningen med avseende på tre dataöverföringscentraler och fick dem således uppförda på listan över de 50 som redan var legaliserade. I slutänden innebar detta att 847 dataöverföringscentraler som var knutna till bolaget inte legaliserades.
- 22 Vid den hänskjutande domstolen har de tilltalade gjort gällande att legaliseringsförfarandet i praktiken utgjorde ett hinder för tillträde till marknaden, eftersom ADM antog genomförandebestämmelserna i enlighet med artikel 1.926 i lag nr 208 av den 28 december 2015 först den 15 januari 2016, utan att ändra fristen för att uppfylla skyldigheterna för att erhålla legaliseringen, vilken i nämnda lag var fastställd till den 31 januari 2016. Således hade Phoenix International Ltd. enbart 15 dagar på sig för att fullfölja förfarandet med avseende på de 900 dataöverföringscentraler som var knutna till bolaget. Det lyckades bara för ett litet antal av dem.

Tolkningsfrågorna

- 23 Den hänskjutande domstolen godtar försvararens argument och påpekar att ADM:s agerande tycks diskriminera den maltesiska aktören Phoenix International Ltd. och kan utgöra dels en begränsning av etableringsfriheten och den fria konkurrensen, dels ett åsidosättande av lagstiftningen om offentlig upphandling, utifrån två aspekter.

- 24 Den första aspekten har samband med den mycket korta fristen för att delta i det för år 2016 utlysta legaliseringsförfarandet. Detta utgör föremålet för *tolkningsfrågorna 3 och 5*.
- 25 En sådan frist är enligt den hänskjutande domstolen inte förenlig med unionsrätten, i synnerhet inte med övervägandena i flera av EU-domstolens avgöranden om att förfaranden för förlängning av befintliga koncessioner ska genomföras på ett icke-diskriminerande sätt (se, bland annat, dom av den 13 september 2002, C-260/04, kommissionen/Italien, punkt 29).
- 26 Den andra aspekten rör den allmänna förlängning på obestämd tid av tillståndet att bedriva spel- och vadhållningsverksamhet som meddelades alla aktörer som var innehavare av koncession med utgångsdatum den 30 juni 2016 till följd av tidigare nationella upphandlingsförfaranden eller legalisering. Denna förlängning, som ADM fattade beslut om efter att ha konstaterat att staten inte hade utlyst det upphandlingsförfarande för tilldelning av nya koncessioner som staten däremot skulle ha genomfört i syfte att efterleva EU-domstolens praxis och unionsrätten, utgör föremålet för *tolkningsfrågorna 1, 2 och 4*.
- 27 I fråga om aktörer som hade erhållit koncession genom de tidigare upphandlingsförfaranden som EU-domstolen i ovannämnda avgöranden har förklarat vara oförenliga med unionsrätten, utgör en sådan förlängning en form av direkt tilldelning av en tjänst vilket strider mot principerna om offentlig upphandling i direktiv 2014/24/EU.
- 28 Avslutningsvis förefaller de hänsyn som nämns i ovannämnda cirkulär varigenom den omtvistade förlängningen fastställdes, närmare bestämt hänsyn till statens budget och sysselsättningen, inte utgöra tvingande hänsyn till allmänintresset som kan motivera en begränsning av en grundläggande frihet som garanteras i fördraget.