

Sag C-728/22**Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement****Dato for indlevering:**

24. november 2022

Forelæggende ret:

Consiglio di Stato (Italien)

Afgørelse af:

21. november 2022

Appellanter:

Associazione Nazionale Italiana Bingo – Anib

Play Game Srl

Appelindstævnte:

Ministero dell'Economia e delle Finanze

Agenzia delle Dogane e dei Monopoli

Hovedsagens genstand

Appel til prøvelse af en dom, hvormed TAR Lazio (den regionale forvaltningsdomstol for Lazio) ikke gav en række udbydere af »bingo« medhold i deres søgsmål. Disse udbydere havde nedlagt påstand om annullation af en administrativ foranstaltning, der ved gennemførelse af en lovbestemmelse havde pålagt disse udbydere, hvis koncessioner var udløbet, og som i øjeblikket er omfattet af en ordning om »teknisk forlængelse«, indtil staten iværksætter en ny udbudsprocedure for gentildeling af koncessioner, at betale en månedlig afgift.

Genstand og retsgrundlag for anmodningen om præjudiciel afgørelse

I henhold til artikel 267, stk. 2, TEUF anmodes om en fortolkning af visse EU-retlige bestemmelser om etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser, og navnlig af direktiv 2014/23/EU, samt princippet om

beskyttelse af den berettigede forventning med henblik på at fastslå, om de er til hinder for en national ordning, ifølge hvilken udløbne koncessioner til drift af bingo skal gentildeles efter en ny udbudsprocedure, der er åben for alle erhvervsdrivende inden for sektoren (oprindeligt planlagt til 2014, efterfølgende udskudt og endnu ikke iværksat), idet de foregående koncessionshavere i mellemtiden er blevet forpligtet til at operere under en ordning om »teknisk forlængelse« og betale staten en månedlig afgift, som har været genstand for flere forhøjelser, som en betingelse for at kunne deltage i den nye udbudsprocedure, uden at den offentlige myndighed kan suspendere betalingen af eller nedsætte den omhandlede afgift for at tage hensyn til forringelsen af de pågældende koncessionshaveres finansielle balance som følge af covid-19-pandemien.

Præjudicielle spørgsmål

[1]. »Skal direktiv 2014/23/EU om tildeling af koncessionskontrakter og de almindelige principper, der kan udledes af traktaten, og navnlig af artikel 15, 16, 20 og 21 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, artikel 3 i traktaten om Den Europæiske Union samt artikel 8, 49, 56, 112, 145 og 151 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde, fortolkes således, at de finder anvendelse på koncessioner til drift af bingo, som blev tildelt efter en udvælgelsesprocedure i 2000 og efterfølgende udløb, men som senere er blevet forlænget gentagne gange ved lovbestemmelser, der er trådt i kraft efter direktivets ikrafttrædelse og efter udløbet af fristen for dets gennemførelse?«

[2]. »Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende, er direktiv 2014/23/EU da til hinder for en fortolkning eller anvendelse af nationale lovbestemmelser, eller praksis på grundlag heraf, hvorefter den offentlige myndighed efter uventede og uforudsigelige begivenheder, som ikke kan henregnes parterne, og som markant påvirker den normale driftsrisiko, fratages skønsbeføjelsen til, på anmodning af de pågældende erhvervsdrivende, at indlede en administrativ procedure med det formål at ændre koncessioners driftsbetingelser – med eller uden afholdelse af en ny tildelingsprocedure afhængigt af, om genforhandlingen af kontraktens balance betragtes som en væsentlig ændring eller ej – så længe denne unormale driftsrisiko foreligger og i hele den periode, som er nødvendig for eventuelt at genoprette koncessioners oprindelige driftsbetingelser?«

[3]. »Er direktiv 89/665/EØF, som ændret ved direktiv 2014/23/EU, til hinder for en fortolkning eller anvendelse af nationale lovbestemmelser, eller praksis på grundlag heraf, hvorefter lovgiver eller den offentlige myndighed kan bestemme, at deltagelsen i udbudsproceduren for gentildeling af koncessioner vedrørende spil er betinget af, at koncessionshaveren tiltræder ordningen om teknisk forlængelse, selv hvis muligheden for at genforhandle koncessionens driftsbetingelser med henblik på at genoprette deres balance efter uventede og uforudsigelige begivenheder, som ikke kan henregnes parterne, og som markant påvirker den normale driftsrisiko, er udelukket, så længe denne unormale driftsrisiko foreligger

og i hele den periode, som er nødvendig for eventuelt at genoprette koncessioners oprindelige driftsbetingelser?»

[4]. »Er artikel 49 TEUF og 56 TEUF samt retssikkerhedsprincippet, princippet om effektiv retsbeskyttelse og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning under alle omstændigheder til hinder for en fortolkning eller anvendelse af nationale lovbestemmelser, eller praksis på grundlag heraf, hvorefter den offentlige myndighed efter uventede og uforudsigelige begivenheder, som ikke kan henregnes parterne, og som markant påvirker den normale driftsrisiko, fratages skønsbeføjelsen til, på anmodning af de pågældende erhvervsdrivende, at indlede en administrativ procedure med det formål at ændre koncessioners driftsbetingelser – med eller uden afholdelse af en ny tildelingsprocedure afhængigt af, om genforhandlingen af kontraktens balance betragtes som en væsentlig ændring eller ej – så længe denne unormale driftsrisiko foreligger og i hele den periode, som er nødvendig for eventuelt at genoprette koncessioners oprindelige driftsbetingelser?»

[5]. »Er artikel 49 TEUF og 56 TEUF samt retssikkerhedsprincippet, princippet om effektiv retsbeskyttelse og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning til hinder for en fortolkning eller anvendelse af nationale lovbestemmelser, eller praksis på grundlag heraf, hvorefter lovgiver eller den offentlige myndighed kan bestemme, at deltagelsen i udbudsproceduren for gentildeling af koncessioner vedrørende spil er betinget af, at koncessionshaveren tiltræder ordningen om teknisk forlængelse, selv hvis muligheden for at genforhandle koncessionens driftsbetingelser med henblik på at genoprette deres balance efter uventede og uforudsigelige begivenheder, som ikke kan henregnes parterne, og som markant påvirker den normale driftsrisiko, er udelukket, så længe denne unormale driftsrisiko foreligger og i hele den periode, som er nødvendig for eventuelt at genoprette koncessioners oprindelige driftsbetingelser?»

[6]. »Er artikel 49 TEUF og 56 TEUF samt retssikkerhedsprincippet, princippet om effektiv retsbeskyttelse og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning mere generelt til hinder for en national ordning som den i hovedsagen omhandlede, ifølge hvilken erhvervsdrivende, der driver bingo-haller, skal betale en byrdefuld månedlig afgift i perioden med teknisk forlængelse, som ikke var fastsat i de oprindelige koncessionsdokumenter, hvis størrelse er identisk for alle kategorier af erhvervsdrivende, og som lovgiver har ændret over tid uden nogen påvist sammenhæng med egenskaberne og udviklingen af det enkelte koncessionsforhold?»

Anførte EU-retlige forskrifter

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26. februar 2014 om tildeling af koncessionskontrakter

Artikel 49 TEUF – etableringsfriheden i EU

Artikel 56 TEUF – den frie udveksling af tjenesteydelser

Princippet om beskyttelse af den berettigede forventning

Artikel 15, 16, 20 og 21 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«).

Artikel 3 TEU

Artikel 8 TEUF, 12 TEUF, 145 TEUF og 151 TEUF

Anførte nationale forskrifter

Artikel 1, stk. 636-638, i legge 27 dicembre 2013, n. 147 – Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato («Legge di stabilità per il 2014») (lov nr. 147 af 27.12.2013 – Bestemmelser om fastsættelsen af det årlige og flerårige statsbudget («finansloven for 2014»), herefter »lov nr. 147/2013«), med senere ændringer og tilføjelser, navnlig de ved lov nr. 208 af 28. december 2015 (herefter »lov nr. 208/2015«) og nr. 205 af 27. december 2017 (herefter »lov nr. 205/2017«) indførte.

Artikel 165 i lovdekret nr. 150 af 18. april 2016 (herefter »loven om offentlige kontrakter«).

Kort fremstilling af de faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne i hovedsagen

- 1 I Italien er afholdelse af bingo forbeholdt staten, som regulerede den for første gang ved finansministerens dekret nr. 29 af 31. januar 2000, ifølge hvilket driften af disse spilaktiviteter altid udbydes som koncession, der tildeles flere erhvervsdrivende efter en udvælgelsesprocedure. Staten har tildelt forvaltningen af sektoren til Agenzia delle dogane e dei monopoli (told- og monopolmyndigheden, herefter »ADM«).
- 2 Indledningsvis havde koncessionerne en løbetid på seks år, hvorefter koncessionerne højst kunne fornyes én gang, og koncessionshavere skulle ikke betale nogen afgift til staten. Manglende opkrævning af vederlag var begrundet med, at de erhvervsdrivendes virksomhed alligevel ville generere en direkte økonomisk fordel for staten i form af den såkaldte »statslige afgift« af koncessionshaveres indtægter fra salg af spillebrikker.
- 3 For at sikre overholdelsen af det EU-retlige konkurrenceprincip i forbindelse med tildeling af nye koncessioner eller gentildeling af udløbne koncessioner besluttede den italienske lovgiver, efter en indledende tilpasning af udløbstidspunktet for hovedparten af de koncessioner, som var udløbet eller ville udløbe i 2013 og 2014, at iværksætte en samlet udbudsprocedure, der var åben for alle erhvervsdrivende inden for sektoren og oprindeligt planlagt til senest den 31.

december 2014. Lovgiver bestemte, at de foregående koncessionshavere (dvs. hvis koncession var i færd med at udløbe) i mellemtiden skulle operere under ordningen om »teknisk forlængelse« og betale staten en månedlig afgift på 2 800 EUR, og at dette udgjorde en betingelse for at kunne deltage i den fremtidige udbudsprocedure, og indførte således princippet om den gensidigt bebyrdende karakter af koncessioner (artikel 1, stk. 636-638, i lov nr. 147/2013).

- 4 I 2015 efter udløbet af den oprindeligt fastsatte frist for afholdelsen af udbudsproceduren udsatte lovgiver denne frist til den 31. december 2016 og udvidede ordningen om teknisk forlængelse til også at omfatte koncessioner, der ville udløbe i 2015 og 2016, idet lovgiver samtidig forhøjede den månedlige afgift til 5 000 EUR og forbød overdragelse af spillehallerne i hele perioden for den tekniske forlængelse (lov nr. 209/2015).
- 5 I 2017 efter endnu et udløb af fristen for afholdelse af udbudsproceduren udsatte lovgiver denne frist til den 30. september 2018 og udvidede ordningen om teknisk forlængelse til også at omfatte koncessioner, der ville udløbe i 2017 og 2018, idet lovgiver samtidig forhøjede den månedlige afgift til 7 500 EUR (lov nr. 205/2017).
- 6 Ved senere lovgivningsmæssige indgreb forlængede lovgiver ordningen om teknisk forlængelse indtil 2023, suspenderede i løbet af 2020 betalingen af afgiften i perioden med nedlukning af forretningerne som følge af covid-19-pandemien, udskød betalingen af de skyldige beløb og fastsatte endeligt, at den nye udbudsprocedure skulle afholdes senest den 31. marts 2023. Indtil nuværende tidspunkt er denne udbudsprocedure endnu ikke indledt.
- 7 Appellanterne, der udøver spil- og væddemålsaktiviteter i form af bingo i kraft af udløbne koncessioner og opererer under ordningen om teknisk forlængelse, mener, at de befinder sig i en situation med meget alvorlige finansielle vanskeligheder – som følge af både covid-19-pandemien og anvendelsen af den ovenfor beskrevne ordning, der bl.a. har indført princippet om den gensidigt bebyrdende karakter af koncessionen og pålagt betaling af en månedlig afgift – indgav en anmodning til ADM om umiddelbar suspension af betalingen af denne afgift, indtil de oprindelige betingelser vedrørende økonomisk og finansiell balance var genoprettet, og under alle omstændigheder om ændring af de skyldige afgifter på grundlag af deres reelle bidragsevne.
- 8 Appellanterne anmodede bl.a. ADM om at undlade at anvende de ovennævnte lovbestemmelser, fordi de var i strid med artikel 15, 16, 20 og 21 i chartret, artikel 3 TEU samt artikel 8 TEUF, 49 TEUF, 56 TEUF, 12 TEUF, 145 TEUF og 151 TEUF.
- 9 Ved skrivelse af 18. november 2020 gav ADM afslag på anmodningen med den begrundelse, at ADM ikke havde beføjelse til at ændre virkningerne af en lovbestemmelse ved en administrativ foranstaltning.

- 10 Appellanterne anlagde sag til prøvelse af dette afslag ved TAR per il Lazio (den regionale forvaltningsdomstol for Lazio), der – også under hensyntagen til dom nr. 49/2021 afsagt af Corte costituzionale (forfatningsdomstol), som havde besvaret visse spørgsmål om forfatningsstridighed med hensyn til lov nr. 205/2017 benægtende – ikke tog sagen til følge.
- 11 Appellanterne har iværksat appel ved den forelæggende ret. Appellanterne har bl.a. gjort gældende, at de lovbestemmelser, som ADM anvendte i den anfægtede afgørelse, er uforenelige med både national forfatningsret og EU-retten.
- 12 Den omstændighed, at afgiften i perioden med teknisk forlængelse er fastsat i en lovbestemmelse, kan efter appellanternes opfattelse ikke begrunde en praksis, ifølge hvilken ADM fratages skønsbeføjelsen til at træffe administrative foranstaltninger med det formål at genoprette balancen i koncessioners økonomiske og finansielle driftsbetingelser, når disse betingelser er forringet af uforudsigelige begivenheder. I denne forbindelse er de af lovgiver vedtagne foranstaltninger om midlertidig suspension af betalingen af denne afgift i perioden med nedlukning af spillehallerne som følge af covid-19-pandemien ikke tilstrækkelige, eftersom betalingspligten ikke er blevet ophævet, men blot udskudt, og fordi aktiviteterne efter genåbningen er kraftigt reducerede, hvorimod driftsomkostningerne er steget.
- 13 Endvidere er artikel 165 i loven om offentlige kontrakter (hvorved artikel 43 i direktiv 2014/23/EU er blevet gennemført i den italienske retsorden) blevet tilsidesat henset til den manglende genforhandling af koncessionens økonomiske balance, der qua sin natur indebærer en overdragelse af driftsrisikoen til koncessionshaveren, som realiserer hovedparten af indtægterne fra salg af tjenesteydelserne på markedet, men ikke udelukker muligheden for, på bestemte betingelser, at tage højde for virkningerne af ekstraordinære driftsbetingelser og at ændre det igangværende koncessionsforhold.

Kort fremstilling af begrundelsen for forelæggelsen

- 14 Den forelæggende ret har indledningsvis anført, at der mellem appellanternes to anmodninger – forelæggelse for Den Europæiske Unions Domstol (herefter også »Domstolen«) eller Corte costituzionale (forfatningsdomstol) – skal gives forrang for den førstnævnte, fordi Domstolen er den højeste instans, og fordi fortolkningen af EU-retten er relevant for at kunne træffe afgørelse i sagen.
- 15 **For det første** har den forelæggende ret påpeget, at appellanterne har indgivet oplysninger, som beviser, at koncessioners driftsbetingelser, især holdbarheden af driftsomkostningerne, er alvorligt forringet som følge af covid-19-pandemien, mens Corte costituzionale (forfatningsdomstol) udtalte sig i dom nr. 49/2021, hvorpå den regionale forvaltningsdomstol baserede sig, på grundlag af oplysninger fra 2019, dvs. før sundhedskrisen.

- 16 Selv om genåbningen af spillehallerne (som fandt sted gradvist fra og med maj 2021), den midlertidige suspension af betalingen af afgift og den samtidige afdragsordning for betalingen heraf (dog uden at ophæve pligten) har gjort det muligt for virksomhederne at overleve, har disse foranstaltninger i sig selv ikke været i stand til at forbedre situationen for indehaverne af koncessioner til bingo, som opererer under ordningen om teknisk forlængelse.
- 17 **For det andet** har den forelæggende ret anført, at eftersom de omhandlede koncessioner blev tildelt efter en udbudsprocedure i 2000, senere udløb og blev forlænget gentagne gange ved lovbestemmelser, senest i 2017, burde situationen være omfattet af direktiv 2014/23/EU. I denne henseende har den forelæggende ret henvist til Domstolens praksis, ifølge hvilken det imidlertid står fast, at selv om *»den EU-lovgivning, der skal anvendes på en koncessionskontrakt, principielt er den EU-lovgivning, som er gældende på det tidspunkt, hvor den ordregivende myndighed vælger, hvilken procedure der skal følges«*, og *»bestemmelserne i et direktiv, hvor gennemførelsesfristen er udløbet efter dette tidspunkt, ikke [finder] anvendelse«*, er *»den EU-lovgivning, der [...] skal anvendes ved vurderingen af denne ændring, [...] den EU-lovgivning, der var gældende på tidspunktet for denne ændring. Domstolen præciserede i denne sammenhæng, at den omstændighed, at indgåelsen af den oprindelige koncessionskontrakt ligger forud for vedtagelsen af EU-reglerne på området, ikke har betydning i denne henseende«* (Domstolens dom af 2.9.2021, Sisal m.fl., C-721/19 og C-722/19, EU:C:2021:672, præmis 24 og 28 og den deri nævnte retspraksis).
- 18 Såfremt Domstolen fastslår, at direktivet ikke alene har tilnærmet medlemsstaternes lovgivning, men fastsat en udtømmende harmonisering, gælder det endvidere, at *»[i]nden for et område, der har været genstand for en udtømmende harmonisering [...], skal enhver national foranstaltning imidlertid ikke bedømmes på grundlag af bestemmelser i den primære ret, men på grundlag af de harmoniserede bestemmelser«* (Domstolens dom af 2.9.2021, Sisal m.fl., C-721/19 og C-722/19, EU:C:2021:672, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis).
- 19 Den forelæggende ret finder, at situationen er omfattet af bl.a. artikel 43 i direktiv 2014/23/EU, læst i lyset af definitionen af »koncession« i artikel 5 og principperne i 75. og 76. betragtning til direktivet. Ifølge denne bestemmelse må igangværende koncessioner kun undtagelsesvist være genstand for ændringer, navnlig når disse ændringer er fastsat i den oprindelige aftale, og når fortsættelsen af koncessionsforholdet ikke er mulig af økonomiske eller tekniske årsager.
- 20 Denne bestemmelse er blevet gennemført i den nationale lovgivning ved bl.a. artikel 165 i loven om offentlige kontrakter, der – under hensyntagen til, at koncessioner pr. definition indebærer overdragelsen af driftsrisikoen til koncessionshaveren, som modtager sit vederlag ved tildelingen af hovedparten af driftsindtægterne – definerer koncessionens økonomiske og finansielle balance, hvis opretholdelse forudsætter, at driftsbetingelser forbliver normale. I modsat fald kan koncessionen være omfattet af forskellige korrigerende foranstaltninger, herunder i form af offentligt tilskud.

- 21 Den forelæggende ret nærer tvivl om foreneligheden mellem direktiv 2014/23/EU og
- a) den af ADM anlagte fortolkning af de italienske love om koncessioner til drift af bingo, ifølge hvilken denne myndighed efter uventede begivenheder, som ikke kan henregnes parterne, og som markant påvirker den normale driftsrisiko, ikke har beføjelsen til, på anmodning af de pågældende erhvervsdrivende at træffe foranstaltninger om ændring af koncessioners driftsbetingelser – med eller uden afholdelse af en ny udbudsprocedure (afhængigt af, om genforhandlingen af kontraktens balance betragtes som en »væsentlig ændring« eller ej) – og
 - b) de nationale love, som har fastsat den tekniske forlængelse af udløbne koncessioner, indtil en ny udbudsprocedure iværksættes, og betinget såvel denne forlængelse som muligheden for at deltage i den fremtidige udbudsprocedure af, at der betales en månedlig afgift, som over tid er blevet genstand for betydelige forhøjelser. Denne afgift er endvidere fastsat på abstrakt vis, uden nogen konkret vurdering af de økonomiske betingelser for den enkelte koncession, og kan potentielt påvirke koncessionens generelle balance.
- 22 **For det tredje** og sidste – såfremt Domstolen ikke lægger til grund, at direktiv 2014/23/EU finder anvendelse – har den forelæggende ret anført, at den nærer tvivl om, hvorvidt den praksis og de nationale bestemmelser, som er nævnt i den foregående præmis, er forenelige med de almindelige principper i artikel 15, 16, 20 og 21 i chartret, artikel 3 TEU og artikel 8 TEUF, 49 TEUF, 56 TEUF, 12 TEUF, 145 TEUF og 151 TEUF, og navnlig princippet om etableringsfriheden, princippet om den frie udveksling af tjenesteydelser og princippet om beskyttelse af den berettigede forventning. I denne sammenhæng har den forelæggende ret henvist til den fortolkning af disse almindelige principper, som Domstolen anlagde i dom af 2. september 2021 (Sisal m.fl., C-721/19 og C-722/19, EU:C:2021:672).
- 23 Selv om det i denne sammenhæng indrømmes, at indførelsen af ordningen om teknisk forlængelse af de omhandlede koncessioner er begrundet i behovet for at tilpasse udløbstidspunktet for igangværende koncessioner med henblik på at gennemføre de EU-retlige bestemmelser, ifølge hvilke offentlige koncessioner efter deres udløb skal gentildeles efter åbne udbudsprocedurer, synes denne ordning at være i strid med artikel 49 TEUF og 56 TEUF, fordi den indfører restriktioner for etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser, der henset til deres konkrete konfiguration og gentagelse giver anledning til tvivl om, hvorvidt det anvendte middel reelt er nødvendigt, rimeligt, forholdsmæssigt og egnet til at opnå det forfulgte formål.