

DOMSTOLENS DOM (Fjerde Afdeling)

22. oktober 2009\*

I sag C-438/08,

angående et traktatbrudssøgsmål i henhold til artikel 226 EF, anlagt den 3. oktober 2008,

**Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber** ved E. Traversa og M. Teles Romão, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

**Den Portugisiske Republik** ved L. Fernandes og A. Pereira de Miranda, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

har

\* Processprog: portugisisk.

DOMSTOLEN (Fjerde Afdeling)

sammensat af formanden for Tredje Afdeling, K. Lenaerts, som fungerende formand for Fjerde Afdeling, og dommerne E. Juhász, G. Arestis, J. Malenovský og T. von Danwitz (refererende dommer),

generaladvokat: Y. Bot  
justitssekretær: R. Grass,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

og idet Domstolen efter at have hørt generaladvokaten har besluttet, at sagen skal pådømmes uden forslag til afgørelse,

afsagt følgende

**Dom**

- I stævningen har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber nedlagt påstand om, at det fastslås, at Den Portugisiske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 43 EF, idet den har pålagt restriktioner for etableringsfriheden for organer fra andre medlemsstater, som ønsker at drive bilsynsvirksomhed i Portugal, navnlig ved at betinge udstedelse af tilladelse af, at den er i offentlighedens interesse, ved et krav om en selskabskapital på minimum 100 000 EUR, ved en begrænsning af virksomhedernes selskabsformål og ved at pålægge selskabsdeltagere, forretningsførere og administratorer regler om uforenelighed med andre former for virksomhed.

## Retsforskrifter

### *Fællesskabsbestemmelser*

- 2 I betragtning 33 til Rådets direktiv 96/96/EF af 20. december 1996 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om teknisk kontrol med motorkøretøjer og påhængskøretøjer dertil (EFT 1997 L 46, s. 1) bestemmes:

»[...] de i dette direktiv omhandlede fællesskabsforanstaltninger [...] [er] nødvendige for, at [...] reglerne for teknisk kontrol harmoniseres, således at konkurrencen mellem transportvirksomhederne ikke forvrides, og det garanteres, at køretøjerne er færdselssikkerhedsmæssigt tilfredsstillende justeret og vedligeholdt [...]«

- 3 Artikel 1, stk. 1, i direktiv 96/96 bestemmer:

»I hver medlemsstat skal motordrevne køretøjer, der er registreret i denne medlemsstat, samt påhængsvogne og sættevogne til disse køretøjer underkastes en periodisk teknisk kontrol i overensstemmelse med dette direktiv [...]«

- 4 Direktivets artikel 2 har følgende ordlyd:

»Den tekniske kontrol i henhold til dette direktiv skal udøves af staten, af offentlige særligt udpegede organisationer, eller af de organer eller virksomheder, der er udpeget af staten, herunder også behørigt autoriserede private organer, som virker under dens

direkte tilsyn. Medlemsstaterne skal sikre, at kontrollen er objektiv og af høj kvalitet; dette gælder især, når der er tale om tekniske kontrolcentre, der samtidig virker som autoværksteder.«

*Nationale bestemmelser*

- 5 Artikel 3 i lovdekret nr. 550/99 af 15. december 1999 om virksomhed med teknisk kontrol med køretøjer (herefter »lovdekretet«) har følgende ordlyd:

»1. Bevilling til at udøve bilsynsvirksomhed udstedes ved beslutning truffet af indenrigsministeren på forslag fra generaldirektoratet for trafikale anliggender til nationale eller udenlandske juridiske personer, dog er det for sidstnævnte en forudsætning, at de er lovligt etableret på det nationale område.

2. Generaldirektoratet for trafikale anliggender kan kun fremsætte det i foregående stykke nævnte forslag, hvis den offentlige interesse i udførelse af synet kan begrunde udstedelse af bevillingen.«

- 6 Da generaldirektoratet for trafikale anliggender i mellemtiden er nedlagt, er dets kompetencer på bilsynsområdet overgået til det offentlige institut for mobilitet og landtransport.

7 I lovdekretets artikel 6 bestemmes:

»1. Som virksomheder, der har den nødvendige tekniske, økonomiske og finansielle kapacitet, anses virksomheder, der fremlægger et bæredygtighedsstudie og godtgør, at virksomheden har de nødvendige ressourcer til at sikre åbningen og driften af synscentre.

2. Studiets indhold og opbygning samt de indikatorer for finansiel kapacitet, der er nævnt i foregående stykke, fastlægges af indenrigsministeren ved bekendtgørelse.«

8 Med hjemmel i denne artikels stk. 2 blev bekendtgørelse nr. 1165/2000 af 9. december 2000 om godkendelse af reglementet for offentlige udbud for opførelse af bilsynscentre (herefter »bekendtgørelsen«) udstedt. I bekendtgørelsens punkt 1 bestemmes:

»Udstedelse af bevilling til at udøve bilsynsvirksomhed forudsætter, at den tekniske, økonomiske og finansielle kapacitet som omhandlet i artikel 4 og 6 i lovdekret nr. 550/99 af 15. december 1999 godtgøres ved, at den pågældende virksomhed fremlægger følgende:

[...]

e) dokumentation for, at den pågældende virksomhed har en selskabskapital på minimum 100 000 EUR eller det tilsvarende beløb i escudos [...]

9 I lovdekretets artikel 7 bestemmes:

»Virksomheder, der befinder sig i en af følgende situationer, kan ikke indrømmes bevilling til at udøve bilsynsvirksomhed:

- a) Selskabsformålet er ikke begrænset til drift af bilsynsvirksomhed.
- b) Virksomhedens selskabsdeltagere, forretningsførere eller administratorer beskæftiger sig med fremstilling, reparation, udlejning, indførsel eller forhandling af køretøjer, dele eller tilbehør hertil eller udøver transportvirksomhed.«

### **Den administrative procedure**

10 Da Kommissionen fandt, at den nationale lovgivning, hvori de betingelser, der skulle opfyldes for at opnå bevilling til at udøve bilsynsvirksomhed, var fastsat, gav anledning til problemer med hensyn til foreneligheden med princippet om etableringsfrihed, der er fastsat i artikel 43 EF, besluttede den at indlede den procedure, der er omhandlet i artikel 226 EF, og tilsendte Den Portugisiske Republik en åbningsskrivelse dateret den 18. oktober 2005.

11 Den Portugisiske Republik svarede ved skrivelse af 25. april 2006, efter at den havde opnået en forlængelse af svarskriften indtil den 18. februar 2006. Da Kommissionen efter denne besvarelse stadig var af den opfattelse, at den pågældende lovgivning var uforenelig med artikel 43 EF, fremsatte den den 15. december 2006 en begrundet udtalelse, hvori den opfordrede medlemsstaten til at træffe de nødvendige foranstaltninger for at efterkomme udtalelsen inden for en frist på to måneder fra dens modtagelse.

- 12 Den Portugisiske Republik svarede i første omgang denne begrundede udtalelse ved skrivelse af 29. januar 2007, hvori den angav, at der var udfærdiget lovforslag til ændring af lovdekretet med henblik på at ophæve de kritiserede bestemmelser. Ved skrivelse af 11. januar 2008 bekræftede den, at lovændringsproceduren ville være afsluttet inden udgangen af januar 2008, hvorefter den i en skrivelse af 19. maj 2008 anførte, at den befandt sig i sidste fase af lovændringen. Da Kommissionen ikke havde kunnet fastslå, at alle de foranstaltninger, der var nødvendige for at gøre den pågældende nationale lovgivning forenelig med artikel 43 EF, var blevet truffet, besluttede den at anlægge denne sag.

## Om søgsmålet

### *Parternes argumenter*

- 13 Kommissionen har indledningsvis gjort gældende, at undtagelsesbestemmelsen i artikel 45, stk. 1, EF, som Den Portugisiske Republik har påberåbt sig med henblik på at godtgøre, at lovgivningen er forenelig med artikel 43 EF, ikke finder anvendelse i denne sag.
- 14 For det første kan undtagelsen med hensyn til udøvelse af offentlig myndighed kun påberåbes i forhold til diskriminerende foranstaltninger, hvorimod den omtvistede bevillingsordning udtrykkeligt finder anvendelse på såvel nationale som udenlandske virksomheder. For det andet skal undtagelsen fortolkes strengt, og den finder alene anvendelse på virksomhed, der som sådan er direkte og særligt forbundet med udøvelse af offentlig myndighed.
- 15 Den Portugisiske Republik har i sit svar på åbningsskrivelsen bekræftet, at bilsyn var en økonomisk virksomhed, og at bilsynsvirksomhedernes ansvar for skader, der forårsages under eller som følge af et bilsyn, er omfattet af privatretlige regler. Udstedelse af en synsrapport eller af en mærkat udgør ikke et bevis for udøvelse af offentlig myndighed. Den omstændighed, at der kan pålægges sanktioner for manglende overholdelse af

reglerne om bilsyn, er heller ikke relevant. Pålæggelse af sådanne sanktioner henhører under politiets og de retslige myndigheders enekompetence, idet synsvirksomhederne ikke har nogen tvangsbeføjelser.

- 16 Kommissionen har derfor gjort gældende, at betingelserne for opnåelse af bevilling til at udøve bilsynsvirksomhed udgør en restriktion for etableringsfriheden, der er uforenelig med artikel 43 EF. For det første underlægger betingelsen i lovdekretets artikel 3, stk. 2, om, at udstedelse af nye bevillinger skal være i offentlighedens interesse, juridiske personer fra andre medlemsstater, der ønsker at udøve denne virksomhed i Portugal, de kompetente nationale myndigheders skøn. Denne lovgivning opfylder derfor ikke de betingelser, der er opstillet i Domstolens praksis, hvorefter en ordning med forudgående administrative tilladelser skal hvile på objektive, ikke-diskriminerende og på forhånd kendte kriterier, således at de nationale myndigheders skønsudøvelse afgrænses.
- 17 Kriteriet om offentlighedens interesse kan desuden ikke begrundes i hensynet til at sikre trafiksikkerheden, da Kommissionen herved har gjort gældende, at proportionalitetsbetingelsen ikke er opfyldt. Da den pågældende nationale lovgivning ikke tager hensyn til driften af bilsynscentre, er den ikke egnet til at sikre opfyldelsen af dette hensyn. Udstedelse af bevilling i henhold til det usikre kriterium om offentlighedens interesse går i øvrigt ud over, hvad der er nødvendigt for at nå målet om at sikre trafiksikkerheden.
- 18 Kommissionen har for det andet gjort gældende, at kravet i lovdekretets artikel 6, stk. 1, sammenholdt med bekendtgørelsens punkt 1, litra e), om en selskabskapital på minimum 100 000 EUR ifølge dom af 29. april 2004, Kommissionen mod Portugal (sag C-171/02, Sml. I, s. 5645, præmis 54), hindrer en fællesskaberhvervsdrivende, der har en mindre selskabskapital, i at etablere sig på det portugisiske område. Kommissionen har desuden gjort gældende, at Den Portugisiske Republiks argument om, at dette krav tilsigter at sikre, at de godkendte virksomheder er økonomisk solvente, ikke er gyldigt. Der findes således mindre restriktive foranstaltninger til beskyttelse af fordringshaverne, såsom en garantistillelse eller indgåelse af en forsikringsaftale (dommen i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 55).



- 19 Kommissionen har for det tredje anført, at lovdekretets artikel 7, litra a), der begrænser bilsynsvirksomheders selskabsformål til denne ene form for virksomhed, heller ikke er forenelig med artikel 43 EF. Erhvervsdrivende, der ligeledes lovligt leverer andre tjenesteydelser i deres etableringsmedlemsstat, er således — for at kunne udøve deres virksomhed i Portugal — nødt til at ændre selskabsformålet og måske ligefrem deres interne struktur. Hensynet til trafikikkerheden kan ikke påberåbes, da den pågældende bestemmelse ikke er egnet til at sikre dette hensyn, og kvaliteten af synet ville kunne sikres ved hjælp af procedurer for kvalitetskontrol. Hvad endelig angår målet om at minimere svigagtige syn har Kommissionen anført, at der ikke blot kan gås ud fra, at syn er svigagtige i tilfælde af, at der udøves tilknyttede former for virksomhed, og at risikoen for sådanne syn ikke foreligger i tilfælde af virksomhed, der ikke er knyttet til bilsyn. Desuden kunne man forestille sig mindre restriktive foranstaltninger.
- 20 Kommissionen har for det fjerde gjort gældende, at de regler om uforenelighed, der pålægges bilsynsvirksomheders selskabsdeltagere, forretningsførere og administratører i medfør af lovdekretets artikel 7, litra b), vil kunne have tilsvarende restriktive virkninger, idet de tvinger erhvervsdrivende, der allerede er lovligt etableret i en anden medlemsstat, og som dér udøver andre former for virksomhed, til at ændre deres interne struktur, til at skille sig af med selskabsdeltagere eller til at opgive uforenelige former for virksomhed. I øvrigt står sådanne regler ifølge Kommissionen ikke i et rimeligt forhold til de påberåbte hensyn til trafikikkerheden, synets objektivitet og forebyggelse af svig. Der findes mindre restriktive foranstaltninger, såsom en forpligtelse til at lade køretøjer, der er knyttet til en af selskabsdeltagernes, forretningsførernes eller administratorernes tilknyttede virksomheder, syne hos en anden virksomhed og omvendt en forpligtelse til efter en negativ synsrapport at lade reparationerne udføre af en uafhængig virksomhed, et forbud mod at kontrollere virksomhedens lederes, personales og disses pårørendes køretøjer, at underlægge virksomhederne en systematisk kontrol eller at indføre en ordning med civilretlige eller strafferetlige sanktioner.
- 21 Den Portugisiske Republik har gjort gældende, at det forekommer indiskutabelt, at virksomhed med teknisk kontrol med køretøjer er omfattet af offentlighedens interesse i trafikikkerhed. Den har gjort gældende, på den ene side at denne form for virksomhed udgør et grundlæggende særkende for staten, der imidlertid kan samarbejde med private organer, hvilket bekræftes af artikel 2 i direktiv 96/96. Uddelegering til sådanne organer udgør imidlertid under ingen omstændigheder en materiel privatisering af denne egentlige statslige opgave. Det er nødvendigheden af en specifik statslig kontrol

af de private virksomheder, der har fået bevilling til at udøve denne form for virksomhed ved uddelegering, som begrundet anvendelsen af de omtvistede kriterier.

22 På den anden side foretager disse befuldmægtigede private organer handlinger, der udgør udøvelse af offentlig myndighed. Der er i teorien to muligheder for at gennemføre den pågældende virksomhed. Enten foretages den forberedende synshandling af private organer, hvorefter den offentlige myndighed udsteder et certifikat, eller det overlades til det private organ at foretage synet og udstede certifikatet under den offentlige myndigheds kontrol. I det portugisiske system kulminerer synsproceduren, der udelukkende har en forberedende funktion, i, at der træffes beslutning om, hvorvidt køretøjernes overholdelse af de relevante regler kan certificeres, uden at en administrativ offentlig myndighed deltager i processen. Disse beslutninger er som følge af deres virkning for køretøjets ejers juridiske sfære forbundet med udøvelse af offentlig myndighed.

23 Den Portugisiske Republik har derfor anført, at bilsynsvirksomhed er direkte knyttet til udøvelse af offentlig myndighed. Selv hvis det forudsættes, at man kunne forestille sig det tilfælde, at de pågældende regler er uforenelige med artikel 43 EF, ville de være begrundet i henhold til artikel 45, stk. 1, EF.

24 Den Portugisiske Republik har under alle omstændigheder gjort gældende, at den har indledt en procedure til ændring af lovdekretet med henblik på i det væsentlige at erstatte ordningen med forudgående tilladelse med et system med koncessioner, der tildeles efter udbud. Med vedtagelsen og offentliggørelsen af denne nye lovtekst, der oprindeligt forventedes at være på plads i første kvartal 2009, senere ifølge duplikken i juli 2009, ville de bevillingsbetingelser, der var fastsat i lovdekretet, og eventuelle restriktioner for etableringsfriheden forsvinde.

*Domstolens bemærkninger*

## Om der foreligger en restriktion

- 25 Kommissionen kritiserer i det væsentlige Den Portugisiske Republik for at pålægge private erhvervsdrivende, der ønsker at udøve bilsynsvirksomhed i Portugal, adgangsregler, der er uforenelige med artikel 43 EF.
- 26 Indledningsvis bemærkes, at direktiv 96/96 ifølge betragtning 33 hertil har som mål, at reglerne for teknisk kontrol med køretøjer harmoniseres, bl.a. således som det er anført i direktivets artikel 1, stk. 2, ved at fastsætte de køretøjskategorier, der skal afprøves, den tekniske kontrols hyppighed samt de tvungne kontrolpunkter. Direktivet indeholder imidlertid ingen bestemmelser om reglerne vedrørende adgangen til at drive bilsynsvirksomhed.
- 27 Selv om det er korrekt, at medlemsstaterne i princippet fortsat har kompetence til at fastsætte betingelserne for udøvelsen af virksomhed i en sektor, når der ikke er sket en fuldstændig harmonisering på fællesskabsplan i sektoren, er de dog forpligtet til at udøve deres kompetence på dette område under iagttagelse af de grundlæggende friheder, der er garanteret ved EF-traktaten (jf. domme af 29.11.2007, sag C-393/05, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 10195, præmis 29, og sag C-404/05, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 10239, præmis 31 og den deri nævnte retspraksis).
- 28 I nærværende sag er der rejst spørgsmål om foreneligheden med artikel 43 EF af en national lovgivning, hvorved der pålægges visse betingelser for opnåelse af bevilling til at udøve bilsynsvirksomhed, navnlig ved at betinge udstedelse af administrative tilladelser af, at de er i offentlighedens interesse, ved et krav om, at virksomheder, der ønsker at etablere sig på dette marked, skal have en selskabskapital på minimum 100 000 EUR, ved en begrænsning af disse virksomheders selskabsformål og ved at pålægge selskabsdeltagere, forretningsførere og administratorer regler om uforenelighed med andre former for virksomhed.

- 29 Ifølge fast retspraksis skal alle foranstaltninger, som forbyder, medfører ulemper for eller gør udøvelsen af etableringsfriheden mindre attraktiv, betragtes som restriktioner for denne frihed (jf. bl.a. dom af 17.10.2002, sag C-79/01, Payroll m.fl., Sml. I, s. 8923, præmis 26, af 5.10.2004, sag C-442/02, CaixaBank France, Sml. I, s. 8961, præmis 11, og af 23.10.2008, sag C-157/07, Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt, Sml. I, s. 8061, præmis 30).
- 30 Selv om de krav, der er fastsat i den portugisiske lovgivning, finder ens anvendelse på såvel erhvervsdrivende etableret i Portugal som erhvervsdrivende fra andre medlemsstater, kan de medføre, at erhvervsdrivende, der ikke opfylder de deri fastsatte kriterier, hindres i at etablere sig i Portugal med henblik på dér at udøve en bilsynsvirksomhed. Særligt kan kriteriet om offentlighedens interesse, som udstedelse af den omtvistede administrative tilladelse er underlagt, således som Kommissionen har fremhævet, bane vejen for arbitrær brug af de kompetente myndigheders skønsbeføjelse, idet det giver myndighederne mulighed for at afslå denne tilladelse til visse erhvervsdrivende, der anmoder herom, selv om disse opfylder de øvrige betingelser, der er fastsat i lovgivningen.
- 31 De omtvistede betingelser for adgang til at udøve virksomhed med teknisk kontrol af køretøjer, der er fastsat i den portugisiske lovgivning, udgør derfor en hindring for etableringsfriheden.

Om artikel 45, stk. 1, EF finder anvendelse

- 32 Den Portugisiske Republik, der ikke udførligt har bestridt, at den omhandlede lovgivning er restriktiv, har gjort gældende, at bilsynsvirksomhed er en form for virksomhed, der »er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed« i artikel 45 EF's forstand og derfor ligger uden for anvendelsesområdet for artikel 43 EF. Kommissionen har herved gjort gældende, at det drejer sig om en økonomisk virksomhed, der ikke er direkte og særligt forbundet med udøvelse af offentlig myndighed, og at artikel 45 EF udelukkende finder anvendelse på diskriminerende foranstaltninger.

- 33 Med hensyn til sidstnævnte argument skal det imidlertid bemærkes, at artikel 43 EF, således som det er anført i denne doms præmis 29, ifølge fast retspraksis ikke blot indeholder et forbud mod forskelsbehandling, men også et forbud mod enhver restriktion, der gør udøvelsen af etableringsfriheden mindre attraktiv. Da artikel 45 EF indeholder en generel undtagelsesklausul fra princippet om etableringsfriheden i artikel 43 EF, kan anvendelsen heraf derfor ikke være begrænset til blot at omfatte diskriminerende foranstaltninger. Dette argument fra Kommissionen kan derfor ikke tiltrædes.
- 34 Det bemærkes derimod, at artikel 45 EF som en undtagelse fra den grundlæggende regel om etableringsfrihed skal fortolkes således, at dens rækkevidde begrænses til det, der er strengt nødvendigt for at varetage de interesser, som bestemmelserne tillader medlemsstaterne at beskytte (jf. bl.a. dom af 15.3.1988, sag 147/86, Kommissionen mod Grækenland, Sml. s. 1637, præmis 7, af 29.10.1998, sag C-114/97, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 6717, præmis 34, og af 30.3.2006, sag C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, Sml. I, s. 2941, præmis 45).
- 35 Det er ligeledes ubestridt, at der ved vurderingen af undtagelserne til etableringsfriheden, der er fastsat i artikel 45 EF, skal tages hensyn til, at de ved denne artikel fastsatte begrænsninger i undtagelserne i denne frihed har fællesskabskarakter (jf. i denne retning dom af 21.6.1974, sag 2/74, Reyners, Sml. s. 631, præmis 50, og dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland, præmis 8).
- 36 Den undtagelse, der er fastsat i denne artikel, skal således ifølge fast retspraksis begrænses til virksomhed, som i sig selv er direkte og særligt forbundet med udøvelse af offentlig myndighed (jf. Reyners-dommen, præmis 45, dom af 13.7.1993, sag C-42/92, Thijssen, Sml. I, s. 4047, præmis 8, og af 31.5.2001, sag C-283/99, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 4363, præmis 20), hvilket udelukker, at rent vejledende og forberedende funktioner i forhold til det organ, der faktisk udøver offentlig myndighed ved at træffe den endelige beslutning, kan betragtes som »forbundet med udøvelse af offentlig myndighed« i undtagelsens forstand (Thijssen-dommen, præmis 22, dommen i sagen Kommissionen mod Østrig, præmis 36, og i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 38).

- 37 Domstolen har yderligere præciseret sondringen mellem private organers virksomhed, der består i simple forberedende handlinger, og virksomhed, der er direkte og særligt forbundet med udøvelse af offentlig myndighed, idet den har fastslået, at det, selv når de private organer udøver beføjelser, der henregnes til offentlig myndighed, idet de drager konsekvenserne af de kontroller, de udfører, er udelukket at påberåbe sig artikel 45 EF, når den lovgivning, der finder anvendelse, foreskriver, at den kompetente offentlige myndighed inddrager disse private organer (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Østrig, præmis 41, og dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 43). Domstolen har således fastslået, at private organer, der udøver deres virksomhed under de kompetente offentlige myndigheders tilsyn, som i sidste ende er ansvarlige for organernes kontrol og afgørelser, ikke kan anses for »direkte og særligt forbundet med udøvelse af offentlig myndighed« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 45 EF (dommen i sagen Kommissionen mod Østrig, præmis 42, og i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 44).
- 38 Ifølge de oplysninger, der fremgår af stævningen og svarskriftet, henhører gennemførelsen af teknisk kontrol med køretøjer i Portugal under kompetencen for et offentligt organ, det offentlige institut for mobilitet og landtransport, der imidlertid kan gøre brug af private organer med henblik på at gennemføre disse kontroller. Beslutningen om at certificere, at køretøjerne opfylder de tekniske krav, træffes af det private bilsynsorgan uden nogen indblanding fra den offentlige administrative myndighed.
- 39 Som det bl.a. fremgår af svarskriftet, er bilsynsvirksomhedernes aktivitet opdelt i to faser. I første fase består denne aktivitet i at udføre tekniske inspektioner, dvs. at kontrollere, at de inspicerede køretøjer opfylder de gældende tekniske normer, og at udfærdige en inspektionsrapport, hvori detaljerne om de udførte test og de opnåede resultater er optegnet. I anden fase omfatter denne aktivitet certificering af den foretagne kontrol ved påsætning af en mærkat på bilen eller i modsat fald afslag på en sådan certificering.
- 40 De opgaver, der henhører under første fase, er udelukkende af teknisk karakter og derfor i sagens natur uden sammenhæng med udøvelse af offentlig myndighed (jf. i denne retning dom af 5.12.1989, sag C-3/88, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 4035, Præmis 13). Den anden fase med certificering af den tekniske kontrol indebærer

derimod udøvelse af beføjelser som offentlig myndighed, for så vidt som den består i at drage de juridiske konsekvenser af den tekniske inspektion.

41 Herved bemærkes imidlertid, at beslutningen om at certificere eller ikke at certificere den tekniske kontrol dels ikke indebærer nogen beslutningsautonomi, der kan udgøre udøvelse af beføjelser som offentlig myndighed, dels træffes inden for rammerne af et direkte statsligt tilsyn, da beslutningen i realiteten blot består i at omsætte det resultat, der er fastlagt under den tekniske inspektion.

42 Det fremgår således af artikel 2 i direktiv 96/96, at en medlemsstat, når den har overdraget driften af tekniske kontrolcentre til private organer, imidlertid vedbliver at føre direkte tilsyn hermed.

43 Det påhviler således medlemsstaten i henhold til denne artikels første punktum at udpege de kompetente virksomheder, at indføre en autorisationsprocedure og at holde de kompetente virksomheder under direkte tilsyn. I henhold til artiklens andet punktum, der nævner de forholdsregler, der skal træffes i tilfælde af interessekonflikt mellem en inspektionsvirksomhed og en autoværkstedsvirksomhed, skal medlemsstaterne især sikre, at kontrollen er objektiv og af høj kvalitet. Det følger af anvendelsen af udtrykket »især«, at direktiv 96/96 tilsigter, at staten sikrer en streng gennemførelse af disse to konkrete kvalitative mål, dvs. at den tekniske kontrol er objektiv og af høj kvalitet, i tilfælde af interessekonflikt, men så meget desto mere også ved gennemførelsen af direktivets mål om, at de private bilsynsvirksomheder, der er beskrevet i artikel 2, første punktum, i direktiv 96/96, inddrages.

44 I øvrigt råder de private bilsynsorganer, således som Kommissionen har gjort gældende uden at blive modsagt af Den Portugisiske Republik, ikke over tvangsbeføjelser i forbindelse med deres virksomhed, idet sanktionerne i tilfælde af manglende overholdelse af reglerne om bilsyn henhører under politiet og de retslige myndigheder.

45 Den i denne sag omhandlede virksomhed, som private organer, der udfører teknisk kontrol med køretøjer, udøver, henhører derfor ikke under undtagelsen i artikel 45 EF. Det er derfor nødvendigt at undersøge, om den ordning for adgang til at udøve bilsynsvirksomhed, der er indført i Den Portugisiske Republik, kan være begrundet.

### Om der foreligger en begrundelse

46 Det følger af fast retspraksis, at en restriktion for etableringsfriheden kun kan være berettiget, hvis den er begrundet i tvingende almene hensyn. Det kræves i en sådan situation endvidere, at den skal være egnet til at sikre gennemførelsen af det pågældende mål, og at den ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå dette formål (jf. i denne retning dom af 27.10.2005, sag C-158/03, Kommissionen mod Spanien, præmis 35, af 28.4.2009, sag C-518/06, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 3491, præmis 72, og af 19.5.2009, sag C-531/06, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 4103, præmis 49).

47 Det påhviler i denne henseende de kompetente nationale myndigheder at godtgøre, dels at deres retsfor skrifter er nødvendige for at tilgodese det tilsigtede formål, dels at retsfor skrifterne er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet (jf. i denne retning dom af 15.3.2007, sag C-54/05, Kommissionen mod Finland, Sml. I, s. 2473, præmis 39, og af 20.9.2007, sag C-297/05, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 7467, præmis 76).

48 I denne sag har Den Portugisiske Republik under den administrative procedure anført som begrundelse, at det er nødvendigt at varetage trafiksikkerheden, der ifølge fast retspraksis udgør et tvingende alment hensyn (jf. bl.a. dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 77, og dom af 10.2.2009, sag C-110/05, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 519, præmis 60).



- 49 Det må imidlertid fastslås, at Den Portugisiske Republik ikke har forsvaret sig mod Kommissionens påstande på dette punkt under den administrative procedure, og at den ikke har godtgjort, hverken at de omtvistede foranstaltninger er nødvendige eller forholdsmæssige i forhold til det forfulgte mål. De omtvistede bestemmelser kan derfor ikke anses for berettigede af grunde vedrørende beskyttelsen af trafikikkerheden.
- 50 Den Portugisiske Republik har i øvrigt anført, at den har indledt en procedure med henblik på ændring af lovdekretet, der skulle være gennemført i juli 2009, med henblik på at omdefinere de tekniske og retlige rammer for bilsynsvirksomhed og fjerne de restriktioner for etableringsfriheden, der følger af det gældende system.
- 51 Det bemærkes imidlertid, at det følger af fast retspraksis, at ændringer, der foretages i national lovgivning, er uden relevans for afgørelsen af en traktatbrudssag, når de ikke er blevet iværksat før udløbet af fristen i den begrundede udtalelse (jf. bl.a. dom af 2.7.1996, sag C-173/94, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 3265, præmis 16, og af 20.11.2008, sag C-66/06, Kommissionen mod Irland, præmis 91). Den Portugisiske Republik kan derfor ikke påberåbe sig lovgivningsændringer, som vil blive indført efter denne dato.
- 52 Kommissionen må derfor gives medhold i sit søgsmål.
- 53 Henset til ovenstående bemærkninger, skal det fastslås, at Den Portugisiske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 43 EF, idet den har pålagt restriktioner for etableringsfriheden for organer fra andre medlemsstater, som ønsker at drive bilsynsvirksomhed i Portugal, nemlig ved at betinge udstedelse af tilladelse af, at den er i offentlighedens interesse, ved et krav om en selskabskapital på minimum 100 000 EUR, ved en begrænsning af virksomhedernes selskabsformål og ved at pålægge selskabsdeltagere, forretningsførere og administratorer regler om uforenelighed med andre former for virksomhed.

## Sagens omkostninger

- 54 Ifølge procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Den Portugisiske Republik har tabt sagen og bør derfor pålægges at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Fjerde Afdeling):

- 1) **Den Portugisiske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 43 EF, idet den har pålagt restriktioner for etableringsfriheden for organer fra andre medlemsstater, som ønsker at drive bilsynsvirksomhed i Portugal, nemlig ved at betinge udstedelse af tilladelse af, at den er i offentlighedens interesse, ved et krav om en selskabskapital på minimum 100 000 EUR, ved en begrænsning af virksomhedernes selskabsformål og ved at pålægge selskabsdeltagere, forretningsførere og administratorer regler om uforenelighed med andre former for virksomhed.**
- 2) **Den Portugisiske Republik betaler sagens omkostninger.**

Underskrifter