

DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 22 oktober 2009*

I mål C-438/08,

angående en talan om fördragsbrott enligt artikel 226 EG, som väckts den 3 oktober 2008,

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av E. Traversa och M. Teles Romão, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Republiken Portugal, företrädd av L. Fernandes och A. Pereira de Miranda, båda i egenskap av ombud,

svarande,

meddelar

* Rättegångsspråk: portugisiska.

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av ordföranden på tredje avdelningen K. Lenaerts, tillförordnad ordförande på fjärde avdelningen samt domarna E. Juhász, G. Arestis, J. Malenovský och T. von Danwitz (referent),

generaladvokat: Y. Bot,
justitiesekreterare: R. Grass,

efter det skriftliga förfarandet,

med hänsyn till beslutet, efter att ha hört generaladvokaten, att avgöra målet utan förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Europeiska gemenskapernas kommission har yrkat att domstolen ska fastställa att Republiken Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 43 EG, genom att införa inskränkningar i etableringsfriheten för rättssubjekt i andra medlemsstater som önskar bedriva fordonsbesiktningens verksamhet i Portugal, särskilt genom kravet på allmänintresse för beviljande av auktorisation, kravet på ett eget kapital på minst 100 000 euro, begränsningen av föremålet för företagets verksamhet och reglerna om förbud för delägare, företagsledare och styrelseledamöter att bedriva oförenlig verksamhet.

Tillämpliga bestämmelser

Gemenskapslagstiftningen

- 2 Skäl 33 i rådets direktiv 96/96/EG av den 20 december 1996 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om provning av motorfordons och tillhörande släpfordons trafiksäkerhet (EGT L 46, 1997, s. 1) har följande lydelse:

”... gemenskapsåtgärderna enligt detta direktiv [är] nödvändiga för att uppnå målet att harmonisera bestämmelserna om provning av trafiksäkerheten, för att förhindra en snedvridning av konkurrensen mellan transportföretag och för att säkerställa att fordon provas och underhålls på ett riktigt sätt. ... ”

- 3 I artikel 1.1 i direktiv 96/96 föreskrivs följande:

”I varje medlemsstat skall i den staten registrerade motorfordon med tillhörande släp- och påhängsvagnar genomgå periodisk trafiksäkerhetsprovning i enlighet med de[tt]a direktiv ... ”

- 4 Artikel 2 i direktivet har följande lydelse:

”De trafiksäkerhetsprovningar som avses i detta direktiv skall utföras av staten eller av ett offentligt organ som utsetts av staten för detta uppdrag eller av organ eller institutioner, även privata, som utsetts av och som direkt övervakas av staten. Om de

institutioner som handhar trafiksäkerhetsprovning samtidigt utsetts att reparera fordon, skall medlemsstaterna särskilt kontrollera att objektivitet och en hög kvalitet på provningen upprätthålls.”

Den nationella lagstiftningen

- 5 Artikel 3 i lagdekret nr 550/99 av den 15 december 1999 om fordonsbesiktningsverksamhet (nedan kallat lagdekretet) har följande lydelse:

”1. Auktorisation för att bedriva fordonsbesiktningsverksamhet meddelas genom beslut av inrikesministern, efter förslag av generaldirektoratet för vägtrafik, till inhemska eller utländska juridiska personer. De senare måste vara lagenligt etablerade i landet.

2. Generaldirektoratet för vägtrafik kan endast lämna ett sådant förslag som avses i första stycket om auktorisationen kan motiveras med allmänintresset av att fordonsbesiktningsverksamhet genomförs.”

- 6 Generaldirektoratet för vägtrafik har upphört i mellantiden och dess behörighet vad gäller fordonsbesiktning har överförts till Institutet för reglering och tillsyn på vägtransport- och järnvägsområdet.

7 Artikel 6 i lagdekretet har följande lydelse:

”1. De rättssubjekt som kan uppvisa en studie som visar deras tekniska och ekonomiska förmåga och som kan visa att de har tillräckliga medel för att säkerställa att besiktningens anläggningar kan öppnas och drivas i vederbörlig ordning ska anses ha nödvändig teknisk, ekonomisk och finansiell förmåga.

2. Omfattningen av denna studie liksom de finansiella indikatorer som anges i föregående stycke, fastställs genom beslut (portaria) av inrikesministern.”

8 Med stöd av ovannämnda artikel 6.2 antogs beslut nr 1165/2000 av den 9 december 2000 om godkännande av förordningen om anbudsinfordran avseende upprättande av besiktningens anläggningar (nedan kallat beslutet). I punkt 1 i beslutet föreskrivs följande:

”För att tillstånd att bedriva fordonsbesiktningens verksamhet ska kunna ges måste sådan teknisk, ekonomisk och finansiell förmåga som avses i artiklarna 4 och 6 i lagdekret nr 550/99 av den 15 december 1999 styrkas genom att sökanden uppvisar följande:

...

e) Handling som utvisar att sökanden har ett eget kapital på minst 100 000 euro, eller motsvarande belopp i escudos ... ”

9 I artikel 7 i lagdekretet föreskrivs följande:

”Följande juridiska personer kan inte auktoriseras att bedriva fordonsbesiktningsverksamhet:

- a) juridiska personer vars verksamhet inte är begränsad till fordonsbesiktningsverksamhet,

- b) juridiska personer vars delägare, företagsledare och styrelseledamöter bedriver tillverkning, reparation, uthyrning, import eller försäljning av fordon, reservdelar eller tillbehör till fordon, eller bedriver transportverksamhet.”

Det administrativa förfarandet

10 Kommissionen ansåg att den nationella lagstiftning i vilken kraven för att erhålla auktorisation för att bedriva fordonsbesiktningsverksamhet anges innebar problem vad avser dess förenlighet med principen om etableringsfrihet enligt artikel 43 EG. Kommissionen beslutade därför att inleda förfarandet som föreskrivs i artikel 226 EG. Genom skrivelse av den 18 oktober 2005 sände kommissionen en formell underrättelse till Republiken Portugal.

11 Republiken Portugal svarade, efter det att fristen förlängts till den 18 februari 2006, genom skrivelse av den 25 april 2006. Kommissionen ansåg, efter detta svar, fortfarande att den aktuella lagstiftningen inte var förenlig med artikel 43 EG och riktade därför den 15 december 2006 ett motiverat yttrande till denna medlemsstat och uppmanade den att inom två månader från mottagandet vidta nödvändiga åtgärder för att rätta sig efter detsamma.

- 12 Republiken Portugal besvarade detta motiverade yttrande genom en första skrivelse av den 29 januari 2007. I nämnda skrivelse angavs att en lagtext med ändringar i lagdekretet hade utarbetats för att de kritiserade bestämmelserna skulle kunna upphävas. Genom skrivelse av den 11 januari 2008 angav Republiken Portugal att detta ändringsförfarande skulle avslutas före januari månads utgång år 2008 och därefter, i skrivelse av den 19 maj 2008, att förfarandet höll på att avslutas. Kommissionen väckte förevarande talan då den inte hade kunnat finna att alla de åtgärder som var nödvändiga för att den nationella lagstiftningen skulle vara förenlig med artikel 43 EG hade vidtagits.

Talan

Parternas argument

- 13 Kommissionen anser för det första att undantagsbestämmelsen i artikel 45 första stycket EG, vilken har åberopats av Republiken Portugal för att visa att lagstiftningen är förenlig med artikel 43 EG, inte är tillämplig i förevarande mål.
- 14 Det undantag som avser utövandet av offentlig makt kan endast åberopas när det är fråga om diskriminerande åtgärder, medan den aktuella ordningen för auktorisation uttryckligen är tillämplig på såväl nationella som utländska rättssubjekt. Detta undantag ska vidare tolkas restriktivt och endast tillämpas på verksamheter som i sig är direkt och specifikt förenade med utövande av offentlig makt.
- 15 Republiken Portugal har emellertid, enligt kommissionen, i sitt svar på den formella underrättelsen bekräftat att fordonsbesiktning utgör en ekonomisk verksamhet och att besiktningsorganens ansvar för skador som uppkommit i samband med, eller till följd av, en kontrollbesiktning omfattas av civilrättsliga regler. Utfärdandet av ett besiktningsprotokoll eller ett kontrollmärke bevisar inte att det är fråga om utövandet av offentlig makt. Även den omständigheten att sanktioner kan utgå om

bestämmelserna om fordonbesiktning åsidosätts saknar betydelse. Det är nämligen endast polismyndigheter eller rättsliga myndigheter som har behörighet att påföra sådana sanktioner. Besiktningsorganen har inte någon rätt att använda tvångsmedel.

- 16 Kommissionen har följaktligen hävdad att kraven för att få auktorisation att utöva fordonsprovningsverksamhet utgör en begränsning i etableringsfriheten som är oförenlig med artikel 43 EG. För det första innebär det krav som anges i artikel 3.2 i lagdekretet – att nya tillstånd ska prövas i förhållande till allmänintresset – att juridiska personer från andra medlemsstater som avser bedriva nämnda verksamhet i Portugal underkastas den skönsmässiga bedömning som görs av de behöriga nationella myndigheterna. Följaktligen uppfyller denna lagstiftning inte de krav som anges i domstolens rättspraxis. Enligt denna rättspraxis ska ett system med föregående myndighetstillstånd, för att vara berättigat, grundas på objektiva kriterier som inte är diskriminerande och som är kända på förhand, så att myndigheternas utrymme för skönsmässig bedömning är begränsat.
- 17 Eftersom kriteriet avseende allmänintresse dessutom inte motiveras av trafiksäkerhetsskäl har kommissionen preciserat att proportionalitetskriteriet inte är uppfyllt. Det nationella systemet i fråga är nämligen, eftersom det inte tar hänsyn till hur besiktningsanläggningarna fungerar, inte ägnat att säkerställa att detta syfte tillgodoses. Det går dessutom utöver vad som är nödvändigt för att uppfylla syftet med trafiksäkerhet att meddela tillstånd på grundval av detta obestämda kriterium avseende allmänintresset.
- 18 Kommissionen har för det andra gjort gällande att det krav på ett lägsta eget kapital om 100 000 euro som föreskrivs i artikel 6.1 i lagdekretet, jämförd med punkt 1 e i beslutet, enligt dom av den 29 april 2004 i mål C-171/02, kommissionen mot Portugal (REG 2004, s. I-5645), punkt 54, utgör hinder för en gemenskapsaktör med ett lägre eget kapital att etablera sig i Portugal. Kommissionen har vidare hävdad att de argument som framförts av Republiken Portugal och som innebär att detta krav syftar till att säkerställa de godkända rättssubjektens solvens inte kan godtas. Det finns nämligen mindre restriktiva åtgärder för att skydda fordringsägarna, exempelvis genom krav på ställande av en säkerhet eller ingående av ett försäkringsavtal (domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Portugal, punkt 55).

- 19 För det tredje är, enligt kommissionen, artikel 7 a i lagdekretet, enligt vilken föremålet för besiktningsorganens verksamhet ska vara begränsat till enbart denna typ av verksamhet, heller inte förenlig med artikel 43 EG. De aktörer som lagenligt tillhandahåller andra tjänster i den medlemsstat i vilken de har sitt säte är nämligen tvungna att ändra föremålet för sin verksamhet, och till och med sin interna struktur, för att kunna utöva sin verksamhet i Portugal. Syftet avseende trafiksäkerhet kan inte göras gällande, eftersom den aktuella bestämmelsen inte är lämplig om detta syfte ska kunna uppnås och eftersom kvaliteten på besiktningarna kan säkerställas genom förfaranden för kvalitetskontroll. Vad slutligen avser syftet att minimera besiktningsbedrägerier har kommissionen anmärkt att det inte kan presumeras att det skulle förekomma bedrägerier vid besiktningarna om, och enbart på grund av att, besiktningsorganen fick bedriva till fordonsbesiktningen anknuten verksamhet och att denna risk är obefintlig när någon sådan verksamhet inte förekommer. Vidare är mindre restriktiva åtgärder tänkbara.
- 20 Kommissionen har för det fjärde hävdatt att de bestämmelser om oförenlig verksamhet som enligt artikel 7 b i lagdekretet gäller för delägare, företagsledare och styrelseledamöter i besiktningsorgan kan ha motsvarande restriktiv verkan genom att de aktörer som redan är lagenligt etablerade i en annan medlemsstat och som där bedriver annan verksamhet är tvungna att ändra sin interna struktur, att förmå delägare att lämna företaget eller avveckla oförenlig verksamhet. Enligt kommissionen är sådana bestämmelser dessutom inte proportionerliga i förhållande till de syften som åberopats vad gäller trafiksäkerhet, besiktningarnas objektivitet och att förebygga bedrägerier. Det finns andra, mindre restriktiva lösningar, såsom skyldigheten att låta fordon som används av delägare, företagsledare och styrelseledamöter i anknuten verksamhet besiktigas av andra företag, och omvänt, skyldigheten att efter en besiktningsanmärkning låta reparera fordonen hos ett oberoende företag, förbud mot att utföra kontrollbesiktning på fordon som tillhör företagsledare, personal eller deras närstående, att låta besiktningsorganen underkastas systematiska kontroller eller införande av ett system med civilrättsliga eller straffrättsliga sanktioner.
- 21 Republiken Portugal har angett att det förefaller odiskutabelt att kontrollbesiktning omfattas av det allmänintresse som utgörs av trafiksäkerhet. Republiken Portugal har gjort gällande att nämnda verksamhet är ett statligt åliggande som emellertid kan utföras genom samarbete med privata organ, vilket har stöd i artikel 2 i direktiv 96/96. Delegation till sådana organ medför emellertid inte under några omständigheter att denna statliga uppgift privatiseras i materiellt hänseende. De omtvistade kriterierna

motiveras av nödvändigheten av en särskild statlig kontroll av de privata aktörer som getts tillstånd att utöva denna verksamhet på delegation.

- 22 De privata organ till vilka dessa uppgifter har delegerats utövar vidare offentlig makt. Det finns i teorin två möjligheter att genomföra den aktuella verksamheten. Antingen genomförs den förberedande besiktningen av ett privat organ, följt av godkännande av en offentlig myndighet, eller så tilldelas privata organ uppgiften att ansvara för besiktningen och godkännandet under offentlig kontroll. I det portugisiska systemet avslutas besiktningen, som har en helt förberedande roll, med ett beslut om att godkänna fordonen beroende på huruvida de är i överensstämmelse med tillämpliga bestämmelser eller ej. Detta sker helt utan inblandning av några myndigheter. Dessa beslut är, på grund av den verkan de har på fordonsägarnas rättsliga ställning, förenade med utövande av offentlig makt.
- 23 Republiken Portugal anser följaktligen att fordonsbesiktningens verksamhet är direkt förenad med utövandet av offentlig makt. Även om de aktuella bestämmelserna skulle vara oförenliga med artikel 43 EG är de således berättigade enligt artikel 45 första stycket EG.
- 24 Republiken Portugal har under alla omständigheter gjort gällande att ett förfarande har inletts för att ändra lagdekretet, med det huvudsakliga syftet att ersätta systemet med förhandstillstånd med ett system med tilldelning av koncessioner efter ett ansökningsförfarande. Genom antagandet och utfärdandet av den nya lagtexten – vilket ursprungligen avsågs ske under det första kvartalet 2009 och därefter under juli 2009 – ska, enligt dupliken, de villkor för tillstånd som krävs enligt lagdekretet och de eventuella inskränkningarna i etableringsfriheten försvinna.

Domstolens bedömning

Huruvida det föreligger en inskränkning

- 25 Kommissionen har i huvudsak kritiserat Republiken Portugal för att den, för privata aktörer som önskar bedriva fordonsbesiktningsverksamhet i Portugal, har uppställt tillträdeskrav som är oförenliga med artikel 43 EG.
- 26 Domstolen erinrar inledningsvis om att målet med direktiv 96/96, enligt skäl 33 i direktivet, är att harmonisera bestämmelserna om provning av trafiksäkerheten, bland annat, vilket framgår av artikel 1.2, genom att bestämma de fordonskategorier som ska provas, trafiksäkerhetsprovningarnas periodicitet samt vilka komponenter som ska provas. Direktivet innehåller emellertid inga bestämmelser om tillträde till fordonsbesiktningsverksamhet.
- 27 När en sektor inte till fullo harmoniserats på gemenskapsnivå är medlemsstaterna i och för sig i princip behöriga att fastställa villkoren för att utöva verksamhet inom denna sektor. De är emellertid skyldiga att iaktta de grundläggande friheter som föreskrivs i EG-fördraget när de utövar sin behörighet (se domar av den 29 november 2007 i mål C-393/05, kommissionen mot Österrike, REG 2007, s. I-10195, punkt 29, och i mål C-404/05, kommissionen mot Tyskland, REG 2007, s. I-10239, punkt 31 och där angiven rättspraxis).
- 28 I förevarande mål aktualiseras frågan huruvida en nationell lagstiftning enligt vilken det uppställs vissa villkor för att erhålla auktorisation för att bedriva fordonsbesiktningsverksamhet – bland annat ett kriterium om allmänintresse för att erhålla myndighetstillstånd, krav för de företag som önskar bedriva verksamhet på denna marknad att ha ett eget kapital om minst 100 000 euro, en begränsning av föremålet för dessa företags verksamhet och krav på delägare, företagsledare och styrelseledamöter att inte bedriva oförenlig verksamhet – är förenlig med artikel 43 EG.

- 29 Enligt fast rättspraxis ska varje åtgärd som innebär att utövandet av etableringsfriheten förbjuds, hindras eller blir mindre attraktivt anses utgöra en inskränkning i denna frihet (se bland annat dom av den 17 oktober 2002 i mål C-79/01, Payroll m.fl., REG 2002, s. I-8923, punkt 26, av den 5 oktober 2004 i mål C-442/02, CaixaBank France, REG 2004, s. I-8961, punkt 11, samt av den 23 oktober 2008 i mål C-157/07, Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt, REG 2008, s. I-8061, punkt 30).
- 30 Kraven i den portugisiska lagstiftningen är visserligen tillämpliga på såväl aktörer i Portugal som aktörer i andra medlemsstater på exakt samma sätt. De kan emellertid medföra att aktörer som inte uppfyller de kriterier som anges i lagstiftningen hindras att etablera sig i Portugal och där bedriva fordonsbesiktningsverksamhet. I likhet med vad kommissionen har påpekat kan särskilt det kriterium som avser allmänintresset, vilket måste uppfyllas för att de aktuella auktorisationerna ska kunna ges, leda till att de behöriga myndigheterna godtyckligt använder sitt utrymme för skönsmässig bedömning genom att dessa myndigheter kan vägra att ge vissa aktörer auktorisation trots att de uppfyller övriga villkor i lagstiftningen.
- 31 De i den portugisiska lagstiftningen föreskrivna omtvistade villkoren för att få bedriva fordonsbesiktningsverksamhet utgör följaktligen ett hinder för etableringsfriheten.

Huruvida artikel 45 första stycket EG är tillämplig

- 32 Republiken Portugal har inte anfört några närmare skäl till bestridande av att den aktuella lagstiftningen är restriktiv, utan har endast gjort gällande att fordonsbesiktningsverksamhet är verksamhet som är "förenad med utövandet av offentlig makt" i den mening som avses i artikel 45 EG och att den således faller utanför tillämpningsområdet för artikel 43 EG. Kommissionen har härvidlag åberopat att det är fråga om en ekonomisk verksamhet som inte är direkt och specifikt förenad med utövandet av offentlig makt och att artikel 45 EG endast är tillämplig på diskriminerande bestämmelser.

- 33 Domstolen konstaterar, i likhet med vad som angetts i punkt 29 i förevarande dom, att enligt fast rättspraxis innebär artikel 43 EG inte enbart ett förbud mot diskriminering utan även mot alla inskränkningar som gör det mindre attraktivt att utöva etableringsfriheten. Artikel 45 EG utgör en allmän undantagsregel till principen om etableringsfrihet i artikel 43 EG. Tillämpningen av denna undantagsregel är följaktligen inte förbehållen diskriminerande åtgärder. Kommissionens argument kan således inte godtas.
- 34 Artikel 45 EG ska däremot, i egenskap av ett undantag från den grundläggande regeln om etableringsfrihet, tolkas så att dess räckvidd begränsas till att endast omfatta vad som är absolut nödvändigt för att säkerställa de hänsyn som medlemsstaterna ges rätt att skydda (se bland annat dom av den 15 mars 1988 i mål 147/86, kommissionen mot Grekland, REG 1988, s. 1637, punkt 7, svensk specialutgåva, volym 9, s. 439, av den 29 oktober 1998 i mål C-114/97, kommissionen mot Spanien, REG 1998, s. I-6717, punkt 34, och av den 30 mars 2006 i mål C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, REG 1998, s. I-2941, punkt 45).
- 35 Det är likaledes fastslaget att, vid bedömningen av de undantag för etableringsfriheten som föreskrivs i artikel 45 EG, hänsyn ska tas till den gemenskapsrättsliga karaktären på de begränsningar av undantagen från etableringsfriheten som medges i denna artikel (se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 juni 1974 i mål 2/74, Reyners, REG 1974, s. 631, punkt 50, svensk specialutgåva, volym 2, s. 309, och domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Grekland, punkt 8).
- 36 Enligt fast rättspraxis ska det undantag som föreskrivs i denna artikel därför begränsas till verksamhet som i sig är direkt och specifikt förenad med utövandet av offentlig makt (se domen i det ovannämnda målet Reyners, punkt 45, dom av den 13 juli 1993 i mål C-42/92, Thijssen, REG 1993, s. I-4047, punkt 8, och av den 31 maj 2001 i mål C-283/99, kommissionen mot Italien, REG 2001, s. I-4363, punkt 20). Detta innebär att uppgifter som enbart är underordnade och förberedande i förhållande till ett organ som utövar offentlig makt genom att det fattar det slutliga beslutet inte kan betraktas som verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt i den mening som avses i nämnda undantag (domarna i de ovannämnda målen Thijssen, punkt 22, kommissionen mot Österrike, punkt 36 och kommissionen mot Tyskland, punkt 38).

- 37 Domstolen har ytterligare preciserat skillnaden mellan sådan verksamhet som bedrivs av privata organ vilken enbart utgörs av förberedande uppgifter och verksamhet av sådana organ som är direkt och specifikt förenad med utövandet av offentlig makt, då den konstaterat att även om de privata organen utövar offentlig makt genom att de har befogenhet att vidta åtgärder med beaktande av vad som framkommit vid de kontroller de utför, kan artikel 45 EG inte göras gällande när dessa privata organ enligt den tillämpliga lagstiftningen övervakas av behöriga myndigheter (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Österrike, punkt 41, och kommissionen mot Tyskland, punkt 43). Domstolen har nämligen slagit fast att privata organ som utövar sin verksamhet under aktiv tillsyn av behöriga myndigheter som i sista hand är ansvariga för dessa organs kontroller och beslut inte kan anses bedriva verksamhet som är ”direkt och specifikt förenad med utövandet av offentlig makt” i den mening som avses i artikel 45 EG (domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Österrike, punkt 42, och kommissionen mot Tyskland, punkt 44).
- 38 Enligt uppgifter i ansökan och i svaromålet ansvarar ett offentlighetsorgan, Institutet för reglering och tillsyn på vägtransport- och järnvägsområdet, för genomförandet av trafiksäkerhetsprovning i Portugal. Detta institut kan emellertid anlita privata organ för att genomföra provningarna. Beslut om huruvida fordon ska godkännas eller ej fattas emellertid av det privata besiktningsorganet utan inblandning av offentliga myndigheter.
- 39 Besiktningsorganets verksamhet uppdelas, i likhet med vad som angetts i svaromålet, i två led. Ett första led består i att genomföra kontrollbesiktningarna, det vill säga kontrollera att de besiktigade fordonen är i överensstämmelse med de tillämpliga tekniska föreskrifterna, och upprätta ett besiktningsprotokoll innehållande en beskrivning av de kontroller som gjorts och resultaten därav. I ett andra led består verksamheten av att den utförda kontrollbesiktningen godkänns genom att ett kontrollmärke fästs på fordonet eller, vid det motsatta förhållandet, att sådant godkännande vägras.
- 40 De uppgifter som omfattas av det första ledet är av enbart teknisk karaktär och således inte förenade med utövandet av offentlig makt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 december 1989 i mål C-3/88, kommissionen mot Italien, REG 1989, s. 4035, svensk specialutgåva, volym 10, s. 269, punkt 13). Det andra ledet, som avser godkännande av kontrollbesiktningen, innebär däremot utövande av offentlig makt

eftersom det här är fråga om att vidta åtgärder som har rättsverkan med beaktande av vad som framkommit vid besiktningen.

- 41 Beslutet huruvida kontrollbesiktningen ska godkännas eller ej innebär i huvudsak endast ett konstaterande av resultaten från besiktningen och innefattar inte ett sådant självständigt beslutsfattande som innebär utövande av offentlig makt. Dessa beslut fattas dessutom under direkt statlig övervakning.
- 42 Det framgår nämligen av artikel 2 i direktiv 96/96 att när staten överlåter ledningen av trafikprovningensanläggningar till privata organ fortsätter den likväl att övervaka dessa anläggningar direkt.
- 43 Det ankommer nämligen, enligt första meningen i denna artikel, på medlemsstaterna att utse behöriga institutioner, att införa ett system för auktorisation och att direkt övervaka dessa institutioner. Enligt den andra meningen, vilken anger de åtgärder som ska vidtas vid intressekonflikter mellan besiktningens verksamheten och verksamheten att reparera fordon, ska medlemsstaterna särskilt kontrollera att objektivitet och en hög kvalitet på provningen upprätthålls. Det framgår av uttrycket "särskilt" att medlemsstaterna strikt ska iaktta dessa båda konkreta kvalitetskriterier, det vill säga objektivitet och en hög kvalitet på provningarna, enligt direktiv 96/96, i de fall det föreligger en intressekonflikt men även, *a fortiori*, vid övervakningen av de privata trafikprovningensanläggningar som anges i artikel 2 första meningen i direktiv 96/96.
- 44 I likhet med vad kommissionen har påpekat utan att bli motsagd av Republiken Portugal, har de privata besiktningensorganen för övrigt inte någon rätt att använda tvångsmedel inom ramen för sin verksamhet. Påförande av sanktioner vid åsidosättande av bestämmelser rörande kontrollbesiktning ankommer på polisiära eller rättsliga myndigheter.

45 Den verksamhet som de aktuella privata trafikprovningsorganen bedriver omfattas följaktligen inte av undantaget i artikel 45 EG. Det ska därför undersökas huruvida det system för tillträde till fordonsbesiktningsverksamhet som har inrättats av Republiken Portugal kan motiveras.

Huruvida systemet är motiverat

46 Det framgår av fast rättspraxis att en inskränkning i etableringsfriheten endast kan godtas om den är motiverad av tvingande skäl av allmänintresse. I ett sådant fall krävs dessutom att inskränkningen är ägnad att säkerställa förverkligandet av det syfte som eftersträvas och att den inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta syfte (se, för ett liknande resonemang, dom av den 27 oktober 2005 i mål C-158/03, kommissionen mot Spanien, punkt 35, av den 28 april 2009 i mål C-518/06, kommissionen mot Italien, REG 2009, s. I-3491, punkt 72, och av den 19 maj 2009 i mål C-531/06, kommissionen mot Italien, REG 2009, s. I-4103, punkt 49).

47 Det ankommer härvid på de behöriga nationella myndigheterna att visa att den nationella lagstiftningen är nödvändig för att förverkliga det avsedda syftet och att den ovannämnda lagstiftningen är förenlig med proportionalitetsprincipen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 mars 2007 i mål C-54/05, kommissionen mot Finland, REG 2007, s. I-2473, punkt 39, och av den 20 september 2007 i mål C-297/05, kommissionen mot Nederländerna, REG 2007, s. I-7467, punkt 76).

48 I förevarande mål rör de skäl som Republiken Portugal har åberopat under det administrativa förfarandet nödvändigheten av att säkerställa trafiksäkerheten, vilken enligt fast rättspraxis utgör ett tvingande skäl av allmänintresse (se bland annat domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Nederländerna, punkt 77, och av den 10 februari 2009 i mål C-110/05, kommissionen mot Italien, REG 2009, s. I-519, punkt 60).

- 49 Republiken Portugal har emellertid inte försvarat sig mot kommissionens påståenden i detta avseende under det administrativa förfarandet. Republiken Portugal har således inte visat att de aktuella bestämmelserna är nödvändiga eller proportionerliga för att uppnå det avsedda syftet. De omtvistade bestämmelserna kan följaktligen inte anses vara motiverade av skäl avseende skyddet för trafiksäkerheten.
- 50 Republiken Portugal har för övrigt angett att den har inlett ett förfarande för ändring av lagdekretet, vilket förfarande skulle ha avslutats under juli 2009. Genom detta förfarande skulle den tekniska och rättsliga ramen för fordonsbesiktningsverksamhet omdefinieras och de inskränkningar i etableringsfriheten som följer av det aktuella systemet skulle försvinna.
- 51 Enligt fast rättspraxis saknar emellertid de ändringar som har gjorts i nationell lagstiftning betydelse när det gäller att avgöra en talan om fördragsbrott, om dessa inte har genomförts före utgången av den tidsfrist som angetts i det motiverade yttrandet (se bland annat dom av den 2 juli 1996 i mål C-173/94, kommissionen mot Belgien, punkt 16, och av den 20 november 2008 i mål C-66/06, kommissionen mot Irland, punkt 91). Republiken Portugal kan följaktligen inte åberopa ändringar som sker efter denna tidpunkt.
- 52 Kommissionens talan måste således anses vara välgrundad.
- 53 Av vad ovan anförts följer att Republiken Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 43 EG genom att införa inskränkningar i etableringsfriheten för rättssubjekt i andra medlemsstater som önskar bedriva fordonsbesiktningsverksamhet i Portugal, inskränkningar som yttrar sig i krav på allmänintresse för beviljande av auktorisation, krav på ett eget kapital på minst 100 000 euro, begränsning av föremålet för företagets verksamhet och regler om förbud för delägare, företagsledare och styrelseledamöter att bedriva oförenlig verksamhet.

Rättegångskostnader

54 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att Republiken Portugal ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom Republiken Portugal har tappat målet, ska kommissionens yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (fjärde avdelningen) följande:

- 1) **Republiken Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 43 EG genom att införa inskränkningar i etableringsfriheten för rättssubjekt i andra medlemsstater som önskar bedriva fordonsbesiktningssamhet i Portugal, inskränkningar som yttrar sig i krav på allmänintresse för beviljande av auktorisation, krav på ett eget kapital på minst 100 000 euro, begränsning av föremålet för företagets verksamhet och regler om förbud för delägare, företagsledare och styrelseledamöter att bedriva oförenlig verksamhet.**

- 2) **Republiken Portugal ska ersätta rättegångskostnaderna.**

Underskrifter